

NOVOS RUMOS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



ORGANIZADORES:
MARCOS NOBREGA
DANIELA BONATO B. ZAMBELLI

AUTORES:

ALEXANDRE H. MORETTI CAMMAROSANO KOPCZYNSKI
ARTUR GIOLITO MELISSOPOULOS
BRUNA ALVES DE SOUZA
CAMILA MIGOTTO DOURADO
CAIO CESAR ALVES FERREIRA RAMOS
CAROLINA DALLA PACCE
CHRISTIANNE DE CARVALHO STROPPA
FABIO VALERO LAPCHIK
JURANDIR CAMPOS JUNIOR
MARIANA BEDA FRANCISCO
MARCELO EGREJA PAPA
OTAVIO RIBEIRO LIMA MAZIEIRO
PEDRO DIAS DE OLIVEIRA NETTO
RAFAEL CARVALHO DE FASSIO
RAPHAEL CROCCO MONTEIRO
RONNY CHARLES L. DE TORRES
SOFIA PRETO VILLA REAL

APOIO:

CNA-IASP
COMISSÃO DOS NOVOS ADVOGADOS
INSTITUTO DOS ADVOGADOS
DE SÃO PAULO

lawinst
• ONE WORLD •

ISBN: 978-65-00-33323-7

CBL



9 786500 333237

Novos Rumos das Licitações e Contratos Administrativos

Organizadores:

Marcos Nóbrega

Daniela Bonato B. Zambelli

Alexandre H. Moretti Cammarosano Kopczynski; Artur Giolito Melissopoulos;
Bruna Alves de Souza; Camila Migotto Dourado; Caio Cesar Alves Ferreira Ramos;
Carolina Dalla Pacce; Christianne de Carvalho Stroppa; Fabio Valero Lapchik;
Jurandir Campos Junior; Mariana Beda Francisco; Marcelo Egreja Papa; Otavio
Ribeiro Lima Mazieiro; Pedro Dias de Oliveira Netto; Rafael Carvalho de Fassio;
Raphael Crocco Monteiro; Ronny Charles L. de Torres; Sofia Preto Villa Real.

NOVOS RUMOS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

Novos rumos das licitações e contratos
administrativos [livro eletrônico] /
organização Marcos Nobrega , Daniela Bonato B
Zambelli. -- Osasco, SP : Daniela Zambelli,
2021.

PDF

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-00-33323-7

1. Direito administrativo 2. Licitação - Leis e
legislação - Brasil I. Nobrega, Marcos. II. Zambelli,
Daniela Bonato B.

21-86958

CDU-351.712.2.032.3(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Licitação pública : Direito
administrativo 351.712.2.032.3(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

Copyright © 2021 Marcos Nóbrega e Daniela Bonato B. Zambelli

ISBN: 978-65-00-33323-7

Todos os direitos reservados.

APOIO

COMISSÃO DOS NOVOS ADVOGADOS DO INSTITUTO DOS
ADVOGADOS DE SÃO PAULO (CNA-IASP)

Gestão 2021

José Magalhães Teixeira Filho – Diretor

Bruna Alves de Souza e Marcelo Egreja Papa – Coordenadores

A Comissão dos Novos Advogados, constituída em 05 de agosto de 1996, é órgão complementar e estatutário do Instituto dos Advogados de São Paulo, destinada a estimular os advogados recém-formados ao estudo do Direito e ao culto à Justiça. Para tanto, busca congregiar advogados interessados em seu aprimoramento cultural, profissional e ético, bem como da própria classe, com todos os esforços que se relacionem a tais objetivos.

Para que o apoio a este projeto fosse possível, a CNA-IASP contou com seu Diretor José Magalhães Teixeira Filho, seus coordenadores Bruna Alves de Souza e Marcelo Egreja Papa, e com os integrantes que redigiram os artigos Alexandre H. Moretti Cammarosano Kopczynski, Fabio Valero Lapchik, Mariana Beda Francisco, Otávio Ribeiro Lima Mazieiro, Raphael Crocco Monteiro e Sofia Preto Villa Real, a quem agradece. Agradece ainda a seu Diretor e integrantes que compuseram o Conselho Editorial *ad hoc* colaborando com a revisão dos artigos: José Magalhães Teixeira Filho, Bruna Alves de Souza, Camila Migotto Dourado, Enzo Vasquez Casavola Fachini, Guilherme de Toledo Piza, Marcelo Egreja Papa e Raphael Crocco Monteiro.

Saiba mais em www.iasp.org.br

NOVOS RUMOS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

LAWINST

Gestão 2021

Caroline Moura Maffra - Presidente

Daniela Bonato B. Zambelli - Secretária

O *LawInst* é um instituto multidisciplinar formado por profissionais da área jurídica que acreditam que o direito não pode ser estudado individualmente, assim, a principal finalidade é estimular o debate e a troca de informações.

Saiba mais em www.instagram.com/law.inst/

APRESENTAÇÃO

A Lei 14.133, de 1º de abril de 2021, também chamada de nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos chegou com a promessa de modernizar e consolidar, em um único diploma, a Lei nº 8.666/1993 que é a antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 10.520/2002 que trata da modalidade de licitação denominada pregão e a Lei nº 12.462/2011 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.

Ante as discussões que surgiram (e surgirão) envolvendo a nova Lei de Licitações, a proposta da presente obra foi a de fomentar o debate; e, para isso, contou com seletos grupo de estudiosos da área que se debruçaram sobre os temas mais relevantes a fim de fornecer uma visão prática e objetiva sobre a aplicabilidade dos principais institutos contemplados na norma, tornando este trabalho uma fonte segura para aqueles que querem adquirir ou aperfeiçoar o conhecimento.

Nesse contexto, o livro contém 14 (quatorze) artigos organizados com base no desenvolvimento ordinário dos processos de contratação pública. Contudo, importante destacar que os textos são autônomos e independentes, ou seja, a leitura de um não depende da leitura dos demais, o que permite que o leitor direcione os seus estudos aos temas que lhe interessar no momento.

Por fim, agradecemos imensamente aos articulistas pelo valioso conteúdo, bem como à Comissão dos Novos Advogados do Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo e ao Lawist por acreditarem neste projeto.

Marcos Nóbrega

Daniela Bonato B. Zambelli

INDICE

Apresentação	i
1 A definição, o conteúdo e o alcance das etapas independentes da fase preparatória das contratações públicas – Estudo técnico preliminar, anteprojeto, termo de referência, projetos básicos e executivo. - Jurandir Campos Junior	1
2 A lei federal N° 14.133/2021 aplicada aos requisitos de qualificação técnica em licitações para obras e serviços de engenharia: Uma “bússola desregulada”. - Caio César Alves Ferreira Ramos	14
3 Procedimentos auxiliares na nova lei de licitações: O rating de fornecedores no registro cadastral e o procedimento de manifestação de interesse. - Rafael Carvalho de Fassio e Marcos Nóbrega	33
4 A experiência europeia com os diálogos competitivos: Uma perspectiva para a aplicação da nova lei de licitações. - Carolina Dalla Pacce	50
5 Pregão na lei N° 14.133/2021 – Possibilidade de contratação de projetos e outros serviços de engenharia consultiva. - Artur Giolito Melissopoulos e Christianne de Carvalho Stroppa	64
6 A nova lei de licitações, credenciamento e marketplace: O turning point da inovação nas compras públicas. - Marcos Nóbrega e Ronny Charles L. de Torres	78
7 Compliance e a nova lei de licitações. - Daniela Bonato B. Zambelli	107
8 Previsibilidade e segurança jurídica: A matriz de riscos na nova lei de licitações. - Bruna Alves de Souza e Raphael Crocco Monteiro	123
9 O Seguro-garantia na nova lei de licitação e os problemas de seleção adversa e moral hazard. - Marcos Nóbrega e Pedro Dias de Oliveira Netto	142
10 Julgamento e aceitabilidade das propostas à luz nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei N° 14.133/21). - Otávio Ribeiro Lima Mazieiro e Sofia Preto Villa Real	166

NOVOS RUMOS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- 11 Comitê de resolução de disputas – Dispute board, como ferramenta adequada para a prevenção e solução de controvérsias nas contratações públicas. - Alexandre H. Moretti Cammarosano Kopczynski 180
- 12 Nova lei de licitações e arbitragem – Fixação do custo do procedimento arbitral e seu pagamento com a concretização da igualdade das partes nos casos envolvendo a administração pública. - Camila Migotto Dourado 200
- 13 Atipicidade penal na contratação direta de advogado na nova lei de licitações. - Marcelo Egreja Papa 219
- 14 Ainda sobre a fragmentariedade e adequação social do direito penal nos crimes licitatórios: Reflexos das mudanças da nova lei de licitações. - Fábio Valero Lapchik e Mariana Beda Francisco 139

A DEFINIÇÃO, O CONTEÚDO E O ALCANCE DAS ETAPAS INTERDEPENDENTES DA FASE PREPARATÓRIA DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Estudo Técnico Preliminar, Anteprojeto, Termo de Referência, Projetos Básicos e Executivo

Jurandir Campos Junior¹

Palavras-chave: Licitação; Planejamento; Etapas; Contratação; Eficácia.

Resumo: O artigo versa sobre as etapas da fase da preparatória da licitação: estudo técnico preliminar, anteprojeto, projeto básico, projeto executivo e termo de referência, procurando demonstrar o caráter sistêmico do planejamento a ser observado nas futuras aquisições governamentais em função da interdependência destas etapas. A aplicação do princípio do planejamento nas contratações públicas, positivado pela Lei 14.133/21, consubstanciado nestas etapas, permitirá que o objeto a ser licitado seja, primeiro, avaliado quanto à sua viabilidade e, se assim julgada, precisamente definido nas etapas subsequentes, trazendo aos processos licitatórios a necessária eficácia durante o efetivo fornecimento do objeto.

1.1 INTRODUÇÃO

A opção político-jurídica da sociedade brasileira, manifestada na Constituição Federal de 1988, constitui-se no princípio fundamental de se ser um Estado Democrático de Direito, trazendo por consequência intensa atuação estatal para concretização deste objetivo.

De fato, é a realidade empírica que vai determinar a eficácia constitucional, pois como assevera Otto Bachof² nesta missão constitucional

¹ Engenheiro. Graduado em Engenharia Mecânica pela Universidade de Taubaté – UNITAU. MBA em Gerenciamento de Projetos pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Especialista em Direito Tributário pela FGV Law.

² “A permanência de uma constituição depende em primeira linha da medida que em que ela for adequada à missão integradora que lhe cabe face à comunidade que ela mesma <<constitui>>” (BACHOFF, 2007, p.11)

NOVOS RUMOS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

integradora, fica patente, ante à exigência de persistência dos valores constitucionais no seio da comunidade, a necessidade de uma atuação concreta da Administração Pública, a qual, para isso, indubitavelmente, necessita ser dotada de insumos, humanos e materiais, que efetivamente se tornem instrumentos de concretização do almejado bem-estar da sociedade.

Esta busca de infraestrutura nacional, a qual irá permitir o esteio constitucional ao corpo social, é viabilizada pelas licitações públicas, ações administrativas pautadas pelas normas licitatórias vigentes no ordenamento jurídico nacional, modificadas recentemente pela nova Lei de Licitações, Lei 14.133 de 1º de abril de 2021.

Destaca-se nesta nova legislação um alargamento de princípios positivados ante a legislação anterior, e dentre estes princípios assumem relevo, para este artigo, os princípios da eficácia e do planejamento, de aplicação devida na fase preparatória da licitação, e condutores dos atos administrativos relativos à construção do objeto a ser licitado; estes princípios estão presentes e sistematizados na cinco etapas relativas à determinação do objeto, interdependentes em função da natureza do contrato, a saber: i) estudo técnico preliminar; ii) anteprojeto; iii) projeto básico; iv) projeto executivo; v) termo de referência.

O construir do objeto a ser licitado é circunstanciado por diversas condicionantes que afetam tanto a Administração Pública, polo contratante, e os interessados, agentes fornecedores, bem como as partes interessadas externas ao contrato; estas restrições são de naturezas diversas e relativas a cada contrato, como exemplos: orçamentárias, jurídicas, técnicas, ambientais, sociais.

A correta abordagem das condições restritivas que impactam a demarcação do objeto do processo licitatório é conduta fundamental a ser observada pela Administração Pública para uma contratação planejada, a fim de torná-la eficaz, conduta que, para assegurar o cumprimento das normas licitatórias, há de atravessar as etapas prescritivas do objeto existentes na fase preparatória da licitação.

O objetivo deste artigo é uma abordagem panorâmica, em face da complexidade do assunto, das etapas da fase preparatória aos processos licitatórios inerentes à determinação do objeto a ser licitado, buscando definir as respectivas naturezas, os conteúdos relativos e o alcance da aplicação de cada fase, dado que, como será observado, não raro as fronteiras destas fases se cruzam, criando superposições a exigir trabalho analítico dos agentes

envolvidos em contratações públicas.

1.2 ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR

A Lei 14.133/2021 traz o planejamento da licitação como norma jurídica, e a ideia de planejamento conduz à ideia de processo, o qual, como de conhecimento amplo, pode ser definido como uma sucessão de atos sequenciais e coordenados com vistas a um fim específico.

A finalidade de um processo licitatório de contratação pública é a entrega do objeto contratado, objeto este que pode ser na forma ou de produtos ou de serviços ou de obras, os quais, após entregues, se transmutam em instrumentos a serem utilizados para concretização dos objetivos constitucionais.

A Lei 14.133/21 estabeleceu que o processo licitatório deve possuir uma fase, a fase preparatória, caracterizada pelo planejamento, e nesta fase encontra-se a primeira etapa do planejamento de uma contratação, denominada estudo técnico preliminar, o qual visa, essencialmente, estabelecer se o atendimento do interesse público surgido em face às demandas da Administração Pública é passível de solução e em quais condições.

Como se observa, as licitações públicas se desenvolvem no mundo concreto: as aquisições de mercadorias, de prestação de serviços, e de execução de obras, as quais são respostas às demandas à Administração e por isso instrumentos de realização do interesse público, são resultados de processos de construção; passam a ser existentes no mundo físico como consequência do encerramento de um processo de licitação que conduz à materialização destes objetos.

Portanto, as condições circunstanciais de criação destes objetos são fatores determinantes à sua respectiva concretização, e estes fatores assumem, no atual ordenamento jurídico nacional, a forma de diversas restrições que têm que ser observadas pela Administração.

Restrições de ordem: orçamentária, financeira, técnica, ambiental, social, etc., sempre se apresentam à Administração no curso de um processo de contratação, e, não raro, se não tratadas adequadamente, acabam por frustrar a construção do objeto desejado pela Administração Pública, trazendo a impossibilidade de realização do interesse público colimado.

Daí a importância do Estudo Técnico Preliminar.

Nesta fase, a Administração deve avaliar as diversas restrições que gravitam em torno da construção do objeto e dimensionar o respectivo impacto; esta avaliação, portanto, leva ao cotejamento das diversas alternativas disponíveis ao atendimento do interesse público, confrontá-las ante as restrições inerentes e decidir pela viabilidade ou não da contratação, decisão orientada pelo princípio constitucional da eficiência.

Este parecer conclusivo, ou não conclusivo, de desenvolvimento do processo licitatório, qualifica a etapa de estudo técnico preliminar como a etapa principal da fase preparatória da licitação, pois, dado o caráter sistematizado das etapas relativas à construção do objeto, uma avaliação negativa nesta fase já encerra o ciclo de contratação.

Determinando ser viável a contratação, o estudo técnico preliminar subsidiará de informações as etapas subsequentes do processo, as quais têm a existência condicionada ante a natureza do objeto a ser contratado; se o objeto for mercadorias, as informações serão utilizadas no termo de referência; sendo serviços, as informações subsidiarão o projeto básico e termo de referência; na hipótese de obras e serviços de engenharia estende-se ao projeto executivo, a par do projeto básico e termo de referência.

Estas informações devem revelar a solução proposta ao atendimento do interesse público a ser atendido pela contratação, indicando os limites da solução em suas todas as suas dimensões, quer de ordem econômica, financeira, técnica jurídica, ambiental, etc., as quais, cabe dizer, deverão ser desenvolvidas nas fases posteriores, mas não modificadas, a solução proposta não poderá ser desnaturada.

Como pode ser observado o estudo técnico preliminar alcança quaisquer contratações públicas, sua aplicação é obrigatoriamente nas aquisições de produtos, prestação de serviços e realização de obras, dado que não há objeto sem restrições relativas.

1.3 ANTEPROJETO

Uma das inovações trazidas pela Lei 14.133/2021 foi um aumento expressivo da quantidade de definições, sessenta no total, ao passo que na Lei 8.666/93 este número chega a vinte delimitações; o anteprojeto, de conceituação inexistente na Lei 8.666/33, tem a concepção, na legislação atual, de ser uma das etapas da fase preparatória do processo licitatório, anterior a etapa de desenvolvimento de projeto básico e com a função de instruí-lo.

Os elementos a serem desenvolvidos na etapa de anteprojeto, ante as definições legais, aparentemente, tratam dos mesmos elementos já abrangidos no estudo técnico preliminar, e dos mesmos elementos a serem cuidados posteriormente no projeto básico, dando a impressão de redundância das etapas; contudo, é necessário estabelecer que se as fronteiras legais entre o estudo técnico preliminar, anteprojeto, projeto básico, projeto executivo e termo de referência, embora não sendo nítidas, ocorrendo em alguns momentos a ideia de superposição de matérias tratadas, o conteúdo entre estas etapas se contrastam em bases qualitativas, há se de estabelecer que as etapas se influenciam reciprocamente, a abordagem sistêmica das etapas é a orientação trazida pela Lei 14.133/21, enxergar o objeto na totalidade dos seus elementos, conferindo uma etapa específica a cada um desses constituintes do objeto.

Por exemplo, tanto o estudo técnico preliminar quanto o anteprojeto bem como o projeto básico determinam o fazimento da descrição da solução a ser contratada, criando possível interpretação de se tratar de repetição de elementos.

Entretanto, há que fincar na ideia de que a Lei estabeleceu uma sistematização do planejamento, há um processo de unidade a ser obedecido em todas as etapas, dessa forma, o anteprojeto é uma fase de aperfeiçoamento da solução concebida na fase anterior, a fase do estudo técnico preliminar.

O anteprojeto é a etapa processual do planejamento da contratação onde começa a se delinear as características concretas do objeto a ser contratado, sua feição técnica nas dimensões de definição e execução, sem, contudo, completa especificação do objeto, a qual ficará a cargo dos projetos básico e executivo.

Se na fase anterior, de estudo técnico preliminar, a ênfase é a solução do interesse público encontrada através da avaliação das várias restrições relacionadas ao objeto, na etapa de planejamento corresponde ao anteprojeto a atenção é direcionada ao desenvolvimento da forma técnica do objeto.

Por exemplo, se na fase de estudo técnico preliminar percebe-se que o interesse público será atendido com um prédio de 4.000m², o anteprojeto determinará a melhor forma de se obter esta área de atendimento dentro dos limites impostos pelas restrições técnicas, podendo estas serem de solo, ambientais, taxa de ocupação do terreno definida pela Prefeitura, etc.

Em outra hipótese, para se afastar da área de engenharia, se o estudo

técnico preliminar apontou a necessidade de uma taxa de vacinação de 500 pessoas/dia, o anteprojeto criará, dentro das condições técnicas de engenharia, medicina, logística, e de outras correlatas, a forma de atendimento da necessidade, determinando área de espera, condições de refrigeração das vacinas, quantidade de profissionais, etc.

Portanto, as formas técnicas de atendimento das necessidades do objeto podem assumir diversas características, cabendo à fase de anteprojeto a definição da melhor solução, dentro dos limites estabelecidos pelo estudo técnico preliminar.

A definição legal restringe a aplicação do anteprojeto como fundamento à criação do projeto básico, e este, também consoante à definição legal, é cabível quando o objeto a ser licitado tem a natureza de obra ou serviço.

A obra, por definição legal encontrada na Lei 14.133/2021, é toda atividade estabelecida legalmente como privativa das profissões regulamentadas de engenharia ou arquitetura, por sua vez, serviço é definido legalmente como atividade destinada a obter utilidades intelectual ou material no interesse da Administração.

Dessa maneira, a etapa anteprojeto da fase preparatória de planejamento do processo licitatório é devida em toda e qualquer atividade contratada pela Administração onde houver a necessidade de utilização de mão de obra na execução do contrato, onde os objetos serão construídos especificamente à Administração onde não se esteja adquirindo produtos de prateleira, de pronta entrega.

1.4 PROJETO BÁSICO

Crítica constantemente formulada à Lei 8.666/93 é a de que ela é voltada majoritariamente às obras e serviços de engenharia, trazendo com isso dificuldades de aplicação a objetos estranhos a estas áreas; de fato, ao se cotejar a definição de Projeto básico existente na Lei 8.666/93 com a definição de Projeto básico constante na Resolução CONFEA 361/91, percebe-se que há forte similaridade entre os conceitos.

Entretanto, a Lei 14.133/21 não trouxe alterações significativas à definição de projeto básico, mas, em contrapartida, há expressa referência de relação com a primeira etapa da fase preparatória do planejamento da licitação, estudo técnico preliminar, quando conceitua que projeto básico tem

a função de definir e dimensionar a obra ou serviço elaborado com bases no estudo técnico preliminar; assim, se a definição legal de anteprojeto informa que este subsidiará o projeto básico, e por seu lado a definição deste, de projeto básico, assevera que este será instruído com base em informações do estudo técnico preliminar, a Lei 14.133/21 acaba por determinar a existência de projeto básico para planejamento de todo e qualquer serviço, como também obras, independentemente de ser de engenharia ou não.

A abordagem sistêmica das etapas da fase preparatória conduz, dessa forma, a admitir que o anteprojeto, como já asseverado, é elemento devido a todo e qualquer serviço ou obra a ser contratados pela Administração, pois, ante definição legal, o projeto básico tem função de definir e dimensionar a obra ou serviço, e não desenvolver soluções aproximadas.

Se na etapa de anteprojeto a forma foi definida, a solução técnica alinhavada, nesta etapa, do projeto básico, a solução deverá ser aprimorada, suficientemente detalhada, seus elementos constitutivos deverão ser precisamente delineados.

Servindo-se dos mesmos exemplos utilizados no desenvolvimento do assunto anterior, a forma técnica definida na etapa anteprojeto para o prédio de área útil de 4.000m², deverá, na etapa de projeto básico, ser detalhada em todos os seus elementos constitutivos, deverá ser caracterizado por completo o empreendimento, como: cálculos estruturais, modelo de piso; sistema de segurança, etc.; noutro exemplo apresentado, definindo o anteprojeto a forma técnica para se obter a taxa de vacinação desejada, o projeto básico deverá desenvolver o detalhamento da solução, as especificações técnicas de todos os elementos definidos na solução técnica do anteprojeto, como: área de armazenamento de vacinas, tipo de refrigeradores, número de profissionais, etc.

Os elementos constitutivos do projeto básico devem caracterizar a obra, ou o serviço, com precisão, em todas as suas dimensões, incluindo financeiras, executivas, cronograma de execução; o Manual de Obras Públicas do TCU, em seu item 5.2³, assevera a importância do tema; e, embora a eleição pelo TCU do projeto básico como sendo o elemento mais importante da execução de uma obra pública, o que, em tese, confrontaria o defendido neste artigo de que a fase do estudo técnico preliminar é a mais importante

³ O projeto básico é o elemento mais importante na execução de obra pública. Falhas em sua definição ou constituição podem dificultar a obtenção do resultado almejado pela Administração. (Tribunal de Contas da União, 2014, p.13)

na fase de planejamento de uma licitação, deve-se lembrar que a posição do TCU foi formulada sob a vigência da Lei 8.666/93, na qual o estudo técnico preliminar está implícito no projeto básico.

A importância dessa fase para a conclusão do processo é vital, pois, a devida especificação pormenorizada impacta diretamente as três principais restrições do objeto, a saber: custo, prazo e qualidade; informações precisas relativas a material, cronograma de execução, métodos de execução, orçamento, enfim, todos os elementos que impactarão as já citadas restrições de custo, prazo e qualidade devem ser estritamente especificadas.

A feitura do projeto básico está a cargo da Administração, a qual poderá, em alguns casos, contratar a sua elaboração, principalmente quando o objeto a ser licitado compreende-se nas atividades privativas de profissão regulamentada; entretanto, a Lei 14.133/21 traz como inovação a contratação integrada, definida como um regime de contratação no qual fica a cargo do contratado a elaboração do projeto básico, dentre outras obrigações, mas condicionada a aprovação da Administração os desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro.

1.5 PROJETO EXECUTIVO

A Lei 14.133/21 determina que a elaboração do projeto executivo pode se dar antes ou depois da licitação do objeto, em nada modificando, em relação ao momento de elaboração do projeto, o que já constava na Lei 8.666/93; a nova Lei também alargou o conceito anterior, acrescentando que cabe nesta fase, além de determinar o conjunto de elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, o detalhamento das soluções previstas no projeto básico, juntamente com identificação de serviços, materiais e equipamentos a acrescentar à obra.

De fato, a determinação das características de um ser se difere substancialmente das determinações dos atos necessários ao atingimento daquelas características do ser, o projeto de um objeto é diferente do projeto da execução de construção deste objeto, o projeto de um automóvel difere-se, em muito, do projeto da linha de fabricação deste automóvel, a construção deste ser no mundo real, sua execução no mundo real, sob a perspectiva de contratações públicas, são um conjunto de concepções onde preponderam os elementos dos processos de execução e da qualidade de mão de obra.

A definição legal do conceito diz o que deve conter o projeto

executivo, inclusive incluindo ações mais apropriadas ao projeto básico, como identificações e detalhamentos dos elementos constituintes do objeto; mas não estabelece critérios processuais objetivos a serem obedecidos para se chegar ao conteúdo devido, similar ao existente na Lei 14.133/21 quando da elaboração do orçamento do objeto, pois executar é processo, e processo são atos sequenciais, não conteúdos instantâneos.

Em cima disso é Paulo Barros de Carvalho⁴ que orienta a interpretação deste artigo ao projeto executivo, pois a perspectiva aqui adotada é de que o projeto executivo deve determinar as ações necessárias que possibilitarão produzir o objeto de acordo com as precisas características definidas no projeto básico, o projeto executivo deve indicar as ações que resultam da combinação de mão de obra e ferramentas a serem tomadas para converter a abstração do objeto no projeto básico em um ser no mundo real, o que, convenhamos é de difícil apreensão, sendo mais que necessário exemplos esclarecedores.

O primeiro exemplo do que seriam as ações solucionadoras a serem previstas em um projeto executivo podemos retirar da culinária, o fazer de um bolo; a construção de um bolo, assim como o de uma obra, requer especificação de insumos e modo de preparo, requer projeto básico e executivo; no projeto básico serão definidos todos os ingredientes, formato, sabor, camadas, acabamento, etc., do bolo; por sua vez, no projeto executivo, serão determinados os processos sequenciais de adição dos ingredientes, modo de inserção das camadas, tempo de cozimento, temperatura de cozimento, tempo de resfriamento, etc.

Outro exemplo, agora da engenharia, o fazer de uma parte de uma obra, as lajes de um prédio; se no projeto básico encontramos a definição da espessura da laje, a resistência do concreto, dimensões da armação, tipo de escoramento, etc.; no projeto executivo serão definidos os processos de lançamento de concreto, tempo de secagem, processo de construção das armaduras, nivelamento dos escoramentos, etc.

⁴ De qualquer modo, a exegese dos textos legais, para ser completa, tem de valer-se de incursões nos níveis sintáticos, semântico e pragmático da linguagem jurídica, única forma de chegar-se ao conteúdo intelectual, lembrando-nos sempre que a interpretação é um ato de vontade e um ato de conhecimento e que, como ato de conhecimento, não cabe à Ciência do Direito dizer qual é o sentido mais justo ou correto, mas, simplesmente, apontar interpretações possíveis. (CARVALHO, 2019, p. 129)

Pode-se dessa forma observar que o projeto executivo difere em muito do projeto básico, o projeto executivo delimita o campo de atuação das soluções que efetuam a juntada de todos os insumos, materiais e humanos, inerentes ao empreendimento, compreendê-los em unidades de serviços, e organizá-las no sentido de se orientar a execução do objeto, o projeto executivo, em suma, refere-se à individualização e concatenação de todos os serviços necessários à construção do objeto.

A execução de um empreendimento em um contrato público tem a obrigatoriedade de se cumprir os objetivos a serem alcançados em um processo licitatório, e um deles, tem ligação direta com o projeto executivo: o objetivo de incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável; a utilização de tecnologias inovadoras, a possibilidade de se utilizar mão de obra local, dentre outras ações que atendam estes objetivos, são diretrizes obrigatórias a serem observadas em todas as fases da licitação pública, e em especial no projeto executivo, quando da realização de obras, dado seu enorme potencial como forma de desenvolvimento da região.

Ante a definição legal de projeto executivo, esta etapa do planejamento é devida quando o objeto do contrato for obra, à qual a Lei 14.133/21 universaliza o conceito, definindo que o todo que inova o espaço físico da natureza ou promove substancial alteração em um imóvel, cuja realização é de competência privativa às profissões regulamentadas de engenharia e arquitetura, é obra, em contraste com a legislação anterior, onde a definição de obra estava restrita a objetos específicos.

Contudo, a Lei 14.133/21, em outro momento, amplia o alcance o projeto executivo, quando traz uma expressa vedação de não se poder licitar obras e serviços de engenharia sem a existência de projeto executivo; todavia, por razões que não possíveis de se desenvolver neste artigo, cabendo apenas a síntese destas, consubstanciadas no fato de que diversos serviços, externos às áreas de engenharia e arquitetura, têm a natureza complexa como destes objetos, não é defensável, empiricamente, tecnicamente, a obrigatoriedade de existência desta etapa somente às áreas definidas na Lei ; a contratação da prestação de serviços de esterilização de centros cirúrgicos, em um exemplo afastado desta área de conhecimento, necessita de projeto executivo, em virtude do processo de execução do serviço ser um núcleo essencial deste objeto.

1.6 TERMO DE REFERÊNCIA

A definição de termo de referência pela Lei 14.133/21 indica que

este é o documento necessário à contratação de bens de serviços, e, por não haver nesta lei a definição do que seria bem, o conceito a ser utilizado neste artigo é disposto no Código Civil, por melhor refletir a função do termo de referência, dada a variedade de objetos contratados pela Administração Pública.

A finalidade do termo de referência é instruir o futuro contratado acerca de todas as informações inerentes ao objeto a ser fornecido, prestado ou construído; este documento define os limites da contratação em todos seus aspectos, inclusive jurídicos, de forma a delimitar o objeto em toda a sua extensão; contudo é necessário frisar a diferença do termo de referência para serviços e obras do termo de referência para produtos, quanto à definição do objeto.

A definição do objeto no termo de referência para obras e serviços é a produzida nas etapas anteriores de estudo técnico preliminar, anteprojeto, projeto básico e projeto executivo; por sua vez, no termo de referência para produtos a definição do objeto fica a cargo deste, fundamentado no estudo técnico preliminar, em decorrência de que no fornecimento de produtos, não há envolvimento de contratação de mão de obra.

As informações aos futuros licitantes materializadas no termo de referência são a contraparte das necessidades e limites da Administração reveladas nas etapas anteriores; o que a Administração detectou como necessário e possível de ser realizado deverá ser informado aos licitantes por intermédio do termo de referência.

As exigências para cumprimento das dimensões econômicas, temporais, funcionais, enfim, de todas as dimensões relativas a cada objeto em sua singular especificidade, necessitam ser convertidas em equivalentes jurídicos, em normas jurídicas, que possibilitem a escolha adequada do futuro fornecedor, sendo parte destes requisitos inscritos no termo de referência, outras normas jurídicas são devidas no edital.

Uma norma jurídica de termo de referência, relativa à execução contratual, é apresentada: na hipótese de se ver frustrada a execução do objeto, parcial ou total, é necessária a apuração da ocorrência de eventual infração administrativa, à qual, como de atendimento obrigatório ao princípio do devido processo legal, o termo de referência deverá conter o rito legal a ser observado, bem como das respectivas sanções, informando o futuro contratado desta condição da contratação

Outra norma jurídica, agora de edital, relativa à seleção do fornecedor : quando da ocorrência de contratação de obra, como já explanado, a atual legislação reservou a execução deste bem às atividades privativas das funções regulamentadas de arquitetura e engenharia, não permitindo que empresas que não atendam às exigências da Lei 5.194/66 forneçam este objeto; portanto, neste caso, o termo de referência conterà esta restrição, será informado aos licitantes que somente poderão fornecer o objeto obra as empresas que atendam às exigências das legislações de arquitetura e engenharia.

A etapa do termo de referência é devida em todas as contratações públicas, incluindo-se as resultantes de dispensas e inexigibilidade de licitação, por compreender todas as informações necessárias, mormente jurídicas de contratação, por condensar todas as etapas anteriores.

1.7 CONCLUSÃO

O objetivo deste artigo foi o de apresentar os conceitos, conteúdos e respectivos alcances das etapas preparatórias de um procedimento licitatório: estudo técnico preliminar, anteprojeto, projeto básico, projeto executivo e termo de referência, a serem observadas nas futuras contratações públicas sob o regime da Lei 14.133/21, em uma visão panorâmica.

A densidade dos temas, sendo cada um suscetível de estudos aprofundados, revela que as fronteiras existentes entre estes elementos não são nítidas na legislação, não sendo raro a Lei 14.133/21 determinar a mesma exigência para etapas diferentes, como no caso da identificação de serviços a executar constantes nas definições de projeto básico e executivo, superposição também presente na Lei 8.666/93.

Contudo, é necessário se afastar desta suposta existência de tautologia entre as etapas, porque a visão sistemática do encadeamento das etapas leva à conclusão que estas abrangem elementos diversos do mesmo objeto, como a telha e a colocação desta telha em uma residência, a interpretação das etapas não pode se fincar apenas nas expressões verbais, a simultaneidade detectada é de elementos e não das ações devidas a estes elemento, de assuntos distintos nas etapas diversas, é necessário adicionar às referências verbais das definições o que efetivamente cada etapa representa no sistema de construção do objeto.

Estas etapas foram aqui abordadas em seu conjunto, analisadas ante uma perspectiva sistêmica, pois a unidade do objeto a ser contratado só pode

ser corretamente obtida se os seus elementos unitários forem devidamente tratados em cada uma das etapas correlatas, se cada imprescindível exigência do objeto obtém a sua alocação na etapa adequada.

Porque os princípios do planejamento e da eficácia, por óbvio, não recomendam a redundância, planejar é enxugar ações, ser eficaz é promover ações unitárias, planejamento e eficácia necessitam ser concretizados nas licitações públicas, serem integradores, como forma de concretizar o objetivo integrador da Constituição Federal de 1988 face a sociedade brasileira.

1.8 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACHOF, Otto. *Normas Constitucionais Inconstitucionais?* Coimbra: Almedina, 2007.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Almedina.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. 30. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. *Obras Públicas, Recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras e edificações públicas*. 4. ed. Brasília: TCU, 2014.

VAN, Wylen; GORDON, John. *Fundamentos da Termodinâmica Clássica*. 2. ed. São Paulo: Edgar Blücher, 1976.

**A LEI FEDERAL Nº 14.133/2021 APLICADA AOS
REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA EM
LICITAÇÕES PARA OBRAS E SERVIÇOS DE
ENGENHARIA: UMA “BÚSSOLA DESREGULADA”**

Caio César Alves Ferreira Ramos⁵

Palavras-chave: Lei federal nº 14.133/2021; Licitação; Qualificação técnica; Obras e serviços de engenharia.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo responder se o regramento constante da Lei federal nº 14.133/2021 acerca dos requisitos de qualificação técnica pertinentes à habilitação nos processos licitatórios contribui ou não para a racionalização do sistema de contratações públicas, em especial no que se refere às licitações para obras e serviços de engenharia. A hipótese deste trabalho é de que, nesta matéria, o referido diploma legal não encampou uma opção única de modelo de contratações administrativas. É dizer, até mesmo por decorrência do seu caráter maximalista, o novo marco legal é multifacetado, ostentando, simultaneamente, regras de caráter burocrático-formal e prescrições de cunho racionalizado, que conferem maior flexibilidade funcional à atuação administrativa. Nesse sentido, por não apontar para um único norte direcional, a Lei federal nº 14.1333/2021 é comparável a uma bússola desregulada, cabendo aos responsáveis pelo seu manejo o papel de orientar a sua interpretação e aplicação em direção à trilha que, de modo racional e funcionalmente adequado, conduza as licitações para obras e serviços de engenharia aos melhores resultados possíveis à Administração Pública e à coletividade.

2.1 INTRODUÇÃO

Sob a égide da Lei federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, as licitações caracterizaram-se enquanto processos administrativos burocráticos, litigiosos e, conseqüentemente, ineficientes. Esta realidade alcançou os requisitos de qualificação técnica pertinentes à habilitação nos certames, revestindo-os da forma de verdadeiros “campeonatos de

⁵ Procurador do Estado de São Paulo, especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo (FGV Law) e bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

papelada”⁶.

As licitações para obras e serviços de engenharia não constituíram exceção à regra, uma vez que o referido diploma legal foi fortemente inspirado pelo setor⁷. Nessa toada, consolidou-se um sistema rígido e burocrático, marcado por excessivas formalidades às licitantes e amarras legais à Administração Pública, sobretudo, respectivamente, no atendimento e na modelagem editalícia dos requisitos de qualificação técnica.

O presente artigo tem como objetivo responder se o regramento constante da Lei federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, contribuiu ou não para a racionalização deste cenário. A hipótese a ser demonstrada é de que, nesta matéria, o novo marco legal não aponta para um único norte direcional: há reformas incrementais que reforçam o paradigma preexistente e outras que dele se afastam. Daí porque ser o referido diploma legal comparável a uma “bússola desregulada”.

No segundo tópico deste artigo, será realizada uma breve explicitação do tratamento conferido pela Lei federal nº 8.666/1993 aos requisitos de qualificação técnica. No terceiro tópico, será apresentada a disciplina da Lei federal nº 14.133/2021 sobre o tema. Sem a pretensão de exaurir as prescrições sobre a matéria, serão especificamente abordados: de um lado, os aspectos que – pela literalidade dos enunciados legais ou por interpretações que podem vir a comportar – incrementam o caráter burocrático-formal do sistema de contratações públicas; de outro, serão expostos aqueles que representam um avanço em direção a um panorama racional e funcionalmente adequado, especialmente no que se refere às licitações para obras e serviços de engenharia. Ao final, serão expostas as conclusões das análises realizadas nos tópicos antecedentes deste trabalho.

2.2 OS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NA LEI FEDERAL Nº 8.666/1993

Como cediço, em continuidade ao Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, a Lei federal nº 8.666/1993 encampou um modelo legal

⁶ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo e a corrupção. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (Coord.). *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 54.

⁷ ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 132-138.

maximalista, voltado, fundamentalmente, a: (i) reduzir a discricionariedade da Administração Pública no processo de escolha de seus fornecedores; e (ii) prestigiar o princípio da isonomia entre os interessados em contratar com o poder público⁸.

Esta ordem de ideias inspirou a conformação da fase de habilitação das licitações. Com efeito, encampou-se um sistema habilitatório rígido e objetivo, operado anteriormente ao julgamento das propostas comerciais apresentadas pelas licitantes e marcado por um formalismo exacerbado, com conseqüente incremento de custos de transação e prejuízo à competitividade dos certames⁹.

Em materialização deste modelo, os requisitos de habilitação foram taxativamente enunciados pelo legislador, com vedação à imposição editalícia de documentos não expressamente previstos em lei¹⁰. Nessa esteira, as exigências de qualificação técnica foram especificamente jungidas ao art. 30 da Lei federal nº 8.666/1993.

Entre os requisitos constantes do referido dispositivo legal, havia, na redação final do Projeto de Lei nº 1.491/1991, que deu origem à Lei federal nº 8.666/1993, a expressa menção a exigências de capacitação técnico-profissional e técnico-operacional. Estas seriam representativas da capacidade técnica específica das licitantes para a execução do objeto licitado e se somariam a exigências alusivas à capacidade técnica genérica para a atuação no segmento econômico a ele pertinente, a exemplo do registro no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (“CREA”), no caso das

⁸ ROSILHO, op. cit., p. 129.

⁹ GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39, jan./mar. 2020.

¹⁰ TCU, Plenário, Processo nº 012.816/2001-5, Acórdão nº 803/2003, Relator Ministro Augusto Sherman, j. 02.07.2003; e TCU, Plenário, Processo nº 025.479/2007-0, Acórdão nº 2.197/2007, Relator Ministro Augusto Sherman, j. 17.10.2007.

obras e serviços de engenharia¹¹.

Nesse contexto, a capacitação técnico-profissional foi relacionada pelo legislador à experiência anterior dos empregados das licitantes na realização de obras ou serviços de características semelhantes às do objeto licitado. A seu turno, a capacitação técnico-operacional foi referida à estrutura das licitantes para o adimplemento contratual, sendo demonstrável por meio de atestados comprobatórios da prévia execução de contratos de obras ou serviços similares¹².

Entretanto, as previsões do Projeto de Lei nº 1.491/1991 concernentes à capacitação técnico-operacional foram vetadas pelo Presidente da República. O tema foi também objeto de veto presidencial por ocasião da sanção ao Projeto de Lei de Conversão nº 10/1994, atinente à Medida Provisória nº 472, de 15 de abril de 1994, posteriormente convertida na Lei federal nº 8.883, de 8 de junho de 1994, que introduziu algumas reformas à matéria.

Por esse motivo, a Lei federal nº 8.666/1993, formalmente, sempre foi silente quanto à capacitação técnico-operacional, somente disciplinado as exigências de capacitação técnico-profissional. No entanto, a ausência de expressa previsão legal concernente à capacitação técnico-operacional não impediu, na prática, a estipulação desta exigência em sede de editais de licitação. Em realidade, os vetos presidenciais atinentes à matéria produziram o efeito oposto ao pretendido¹³.

Com efeito, na praxe administrativa chancelada pelos órgãos de controle, não apenas se admitiu a demanda de atestados de capacitação técnico-operacional, como estes escaparam a alguns dos limites opostos pela Lei federal nº 8.666/1993 à capacitação técnico-profissional, sendo viável: (i)

¹¹ GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018, p. 234-235.

¹² ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 248.

¹³ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/04*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 126.

a exigência de quantitativos mínimos¹⁴; e (ii) a comprovação por certidões dispensadas do registro junto às entidades profissionais competentes¹⁵. Nada obstante, outros limites legalmente aplicáveis aos requisitos de capacitação técnico-profissional foram estendidos à capacitação técnico-operacional, a exemplo da circunscrição às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação¹⁶.

Sendo assim, em resumo, é possível afirmar que, sob a égide da Lei federal nº 8.666/1993, o exame de qualificação técnica das licitantes foi submetido a tratamento legal rígido e objetivo, marcado pela enunciação taxativa dos requisitos exigíveis pelos editais de licitação, com consequente redução da discricionariedade administrativa na modelagem editalícia. Excepcionalmente, o vácuo legislativo concernente à capacitação técnico-operacional permitiu maior margem de liberdade decisória à Administração Pública, havendo, entretanto, a extensão jurisprudencial de alguns dos limites legalmente opostos às exigências de capacitação técnico-profissional.

2.3 OS REQUISITOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA NA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

2.3.1 ASPECTOS QUE REPRESENTAM UM REFORÇO DO PARADIGMA BUROCRÁTICO-FORMAL PREEXISTENTE

A Lei federal nº 14.133/2021 não promoveu um rompimento em relação ao modelo maximalista de contratações públicas positivado na Lei federal nº 8.666/1993. Ao contrário, o novo marco legal tem caráter continuativo, com algumas reformas incrementais, assim como a própria Lei

¹⁴ Enunciado nº 263 da Súmula do TCU.

¹⁵ TCU, Segunda Câmara, Processo nº 012.348/2016-3, Acórdão nº 7.260/2016, Relatora Ministra Ana Arraes, j. 14.06.2016.

¹⁶ TCU, Plenário, Processo nº 003.694/2014-3, Acórdão nº 2.679/2018, Relator Ministro Aroldo Cedraz, j. 21.11.2018; TCU, Segunda Turma, Processo nº 012.388/2016-5, Acórdão nº 6.219/2016, Relatora Ministra Ana Arraes, j. 24.05.2016; e TCU, TCU, Plenário, Processo nº 014.017/2012-1, Acórdão nº 2.760/2012, Relatora Ministra Ana Arraes, j. 10.10.2012.

federal nº 8.666/1993 operou em relação ao Decreto-lei nº 2.300/1986.

Nessa esteira, a Lei federal nº 14.133/2021 também disciplina taxativamente os requisitos de habilitação pertinentes aos processos licitatórios, preservando-se a lógica de redução da discricionariedade administrativa em prol do princípio da isonomia. Assim, o art. 67 da Lei federal nº 14.133/2021 concentra, de modo taxativo, os requisitos de qualificação técnica aos quais deve se adstringir a Administração Pública na elaboração dos editais de licitação¹⁷.

Sob o prisma nominal, o referido dispositivo legal não inovou em relação às exigências de aptidão técnica agasalhadas pela Lei federal nº 8.666/1993. O principal diferencial, neste particular, é a previsão legal expressa dos requisitos de capacitação técnico-operacional, suprimindo-se, assim, o vácuo normativo decorrente dos vetos presidenciais opostos à matéria. É de se destacar, no entanto, que a integração desta lacuna parece não ter prestigiado a melhor técnica legislativa.

Com efeito, na forma com que redigido, o art. 67 da Lei federal nº 14.133/2021: (i) não discrimina quais das exigências constantes dos seus incisos correspondem, respectivamente, a requisitos de capacitação técnico-profissional e/ou técnico-operacional, o que tende a gerar problemas hermenêuticos e de aplicação do novo marco legal; e (ii) sugere que a generalidade das exigências de qualificação técnica então estipuladas se resume a requisitos de capacidade técnica específica (capacitação técnico-profissional e técnico-operacional). Trata-se de equívoco na medida em que, a estes, somam-se exigências de capacidade técnica genérica (inscrição ou registro na entidade profissional competente¹⁸) e que não se relacionam com a comprovação de experiência anterior na execução de obras e serviços

¹⁷ Com relação aos requisitos de capacitação técnico-profissional e técnico-operacional previstos nos arts. 67, I e II, da Lei federal nº 14.333/2021, o §3º do mesmo dispositivo legal promove uma relativa mitigação desta taxatividade. A norma admite que estas exigências sejam substituídas por provas alternativas de que as licitantes ou os seus empregados ostentam conhecimento técnico e experiência prévia na execução de serviços similares ao objeto licitado, nos termos a serem disciplinados em regulamento. Nada obstante, por expressa dicção legal, esta inovação não é aplicável às licitações para obras e serviços de engenharia, ressaltando-se um maior rigor legislativo com os requisitos de capacitação técnico-profissional e técnico-operacional nesta senda.

¹⁸ Art. 67, V, da Lei federal nº 14.133/2021.

similares ao objeto licitado (cumprimento de requisitos eventualmente dispostos em legislação especial e conhecimento das informações e condições locais necessárias ao adimplemento contratual¹⁹).

O maior problema, entretanto, é que, paralelamente à preservação, em termos gerais, da estrutura positivada na Lei federal nº 8.666/1993, a Lei federal nº 14.133/2021 também apresenta inovações que incrementam a natureza burocrática e formalista do exame de qualificação técnica, quando não são também ampliativas das barreiras de entrada às licitações, com especial impacto nos certames para obras e serviços de engenharia.

2.3.1.1 EMISSÃO DE CERTIDÕES E ATESTADOS DE CAPACITAÇÃO TÉCNICO-OPERACIONAL PELO CONSELHO PROFISSIONAL COMPETENTE

Como registrado alhures, à míngua de previsão específica na Lei federal nº 8.666/1993, os documentos comprobatórios de capacitação técnico-operacional, diferentemente daqueles destinados à demonstração de capacitação técnico-profissional, eram gestados pelo próprio mercado. É dizer, incumbia aos contratantes de empreendimentos previamente executados pelas licitantes atestar que estas ostentariam experiência anterior na realização de obras e serviços de engenharia similares ao objeto licitado, sendo dispensada, a princípio, a participação do CREA²⁰. Não por acaso, os documentos registrados pelo CREA para a demonstração de capacitação técnico-profissional não são emissíveis em nome de pessoas jurídicas, como seria de rigor para comprovação de capacitação técnico-operacional²¹.

No entanto, o art. 67, II, da Lei federal nº 14.133/2021 dispõe sobre a comprovação de capacitação técnico-operacional por certidões ou

¹⁹ Art. 67, IV e VI, da Lei federal nº 14.133/2021.

²⁰ Diz-se a princípio porque era admitida a exigência de certidões de acervo técnico ou anotações e registros de responsabilidade técnica emitidas por conselhos profissionais como forma de conferir a autenticidade e veracidade das informações constantes dos documentos apresentados pelas licitantes para a comprovação de capacidade técnico-operacional. Nesse sentido, v.: TCU, Plenário, Processo nº 021.895/2020-1, Acórdão nº 3.094/2020, Relator Ministro Augusto Sherman, j. 18.11.2020.

²¹ Art. 55 da Resolução nº 1.025, de 30 de outubro de 2009, do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (“CONFEA”).

atestados emitidos pelo conselho profissional competente, implicando a necessidade de expedição destes documentos pelo CREA, no caso das licitações para obras e serviços de engenharia²².

Esta inovação, para além de contrariar a praxe estabelecida sob a legislação pretérita, incrementa o teor burocrático e formalista do sistema habilitatório, não sendo claros os benefícios deste requisito formal em face dos custos de transação que lhe são subjacentes.

2.3.1.2 DEFINIÇÃO LEGAL DAS PARCELAS DE MAIOR RELEVÂNCIA OU VALOR SIGNIFICATIVO DO OBJETO DA LICITAÇÃO

Conforme previamente abordado, nos termos do art. 30, §1º, I, da Lei federal nº 8.666/1993, as exigências de capacitação técnico-profissional e, por extensão, de capacitação técnico-operacional eram abstratamente limitadas às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação.

Nesse contexto, à míngua de balizas legais mais específicas, incumbia ao órgão licitante definir, em cada instrumento convocatório, estas parcelas, à luz das peculiaridades do objeto licitado e em atenção a deveres de proporcionalidade e razoabilidade, conforme motivação apta a justificar as limitações opostas à competitividade e à universalidade de participação no certame²³.

Este quadro foi sensivelmente alterado pelo art. 67, §1º, da Lei federal nº 14.133/2021, que, esclarecendo conceito antes indeterminado pela Lei federal nº 8.666/1993, dispõe que estão por ele abrangidas as parcelas de valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

Uma primeira leitura deste dispositivo comporta a conclusão de que

²² Embora o art. 67, II, da Lei federal nº 14.133/2021 contenha a expressão “quando for o caso”, esta parece albergar todas as hipóteses em que o objeto licitado tangencia atividades regulamentadas por entidades profissionais, como são as obras e serviços de engenharia.

²³ TCU, Segunda Câmara, Processo nº 011.702/2017-6, Acórdão nº 7.982/2017, Relatora Ministra Ana Arraes, j. 29.08.2017.

somente seria lícita a exigência de capacidade técnica específica atinente às parcelas de valor igual ou superior ao referido patamar. Nesta hipótese, haveria uma significativa redução da discricionariedade administrativa na definição editalícia dos requisitos de capacitação técnica, uma vez que completamente delimitado pelo legislador um conceito antes passível de densificação pelo administrador, a partir dos critérios técnicos e administrativos cabíveis, em cada caso concreto.

Por outro lado, conclusão diversa pode ser depreendida da constatação de que, diferentemente do estipulado pela Lei federal nº 8.666/1993 e da jurisprudência consolidada a seu respeito²⁴, o art. 67, §1º, da Lei federal nº 14.1333/2021 não alude a dois requisitos cumulativos (“parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação”), mas, sim, a dois requisitos alternativos (“parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação”).

Nessa esteira, em uma segunda leitura, é possível compreender que, ao se referir a valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor estimado da contratação, o referido dispositivo legal trataria somente de um destes dois requisitos alternativos, mormente à necessidade de que os atestados de capacitação técnica envolvam parcelas de valor significativo do objeto da licitação.

Sem prejuízo desta possibilidade, permaneceria, então, viável a exigência de atestados atinentes às parcelas de maior relevância do objeto da licitação. Nesta hipótese, por não ter o legislador delimitado o indigitado conceito, ainda remanesceria à Administração Pública a tarefa de densificá-lo em cada edital de licitação, em atenção às peculiaridades de cada empreendimento licitado, devendo a atividade controladora avaliar a adequação das justificativas para tanto apresentadas, à luz de critérios de razoabilidade e proporcionalidade.

Trata-se de interpretação que, ao nosso sentir, parece mais adequada ao teor do dispositivo legal em comento, uma vez que conclusão em sentido contrário desconsideraria: (i) a avaliação histórica e evolutiva da legislação, notadamente a opção legislativa pelo vocábulo “ou” em substituição ao termo “e” constante da legislação precedente; e (ii) a regra hermenêutica de que a lei não dispõe de palavras inúteis, mormente o vocábulo “ou” constante

²⁴ TCU, Plenário, Processo nº 004.912/2002-5, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, j. 29.05.2002.

da norma em questão. Esta conclusão é reforçada, ainda, pela ausência de correspondência entre o conceito quantitativo delimitado pelo legislador – valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor estimado da contratação – e a noção qualitativa de parcelas de maior relevância do objeto da licitação.

Nada obstante, considerando a incipiência do tema e a possibilidade de eventualmente restar prestigiada a primeira das interpretações explicitadas supra, é possível que a Lei federal nº 14.133/2021, neste particular, represente não somente a manutenção do paradigma burocrático-formal preexistente, mas uma intensificação das amarras legais a que sujeito o poder público na definição dos requisitos de capacitação técnica.

2.3.1.3 DEFINIÇÃO LEGAL DO LIMITE À EXIGÊNCIA DE QUANTITATIVOS MÍNIMOS EM ATESTADOS DE QUALIFICAÇÃO TÉCNICA

Na aplicação da Lei federal nº 8.666/1993, por não haver uma limitação legal preestabelecida, incumbia à Administração Pública avaliar a pertinência técnica e administrativa da exigência de quantitativos mínimos em atestados de capacitação técnico-operacional²⁵, bem como definir o patamar mínimo exigido, se o caso.

Pelo mesmo motivo, o controle destas previsões dava-se à luz de *standards* de razoabilidade e proporcionalidade, ancorando-se a jurisprudência do TCU, por exemplo, no limite de 50% (cinquenta por cento) das parcelas do objeto licitado a que se referiam os atestados de capacidade técnica. É certo, entretanto, que este patamar: (i) não era encampado pela generalidade das Cortes de Contas²⁶; e (ii) era relativizado pelo próprio TCU, o qual admitia que, justificadamente, ele fosse superado pela Administração Pública, em função de especificidades do objeto licitado²⁷.

²⁵ O art. 30, §1º, I, da Lei federal nº 8.666/1993 vedava a exigência de quantidades mínimas no que tange aos requisitos de capacitação técnico-profissional.

²⁶ V.g. Enunciado nº 24 da Súmula do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

²⁷ TCU, Plenário, Processo nº 009.423/2019-2, Acórdão nº 2.924/2019, Relator Ministro Benjamin Zymler, j. 04.12.2019; TCU, Primeira Câmara, Processo nº 040.422/2018-6, Acórdão nº 2.696/2019, Relator Ministro Bruno Dantas, j. 26.03.2019; TCU, Plenário, Processo nº 021.033/2013-7, Acórdão nº 827/2014, Relator Ministro Augusto Sherman, j. 02.04.2014; e TCU, Plenário, Processo nº

Alterando em alguma medida este quadro, o art. 67, §2º, da Lei federal nº 14.133/2021, além de reproduzir a vedação à imposição de limitações locais e temporais aos atestados de qualificação técnica, já constante do marco legal precedente²⁸, positivou o retomado limite de 50% (cinquenta por cento) à exigência de quantitativos mínimos.

Tal qual o art. 67, §1º, da Lei federal nº 14.133/2021, o supracitado dispositivo legal amplia as amarras legais incidentes sobre a definição editalícia dos requisitos de qualificação técnica. Isso porque a norma em comento preestabelece um limite taxativo à exigência de quantitativos mínimos em atestados, conferindo contornos absolutos a uma matéria anteriormente relativizada pelos órgãos controladores à luz das peculiaridades do caso concreto.

Nesse sentido, em ambos os retomados preceitos legais, visando à tutela da isonomia entre os potenciais interessados em contratar com o poder público e da competitividade dos certames, parece ter sido encampada uma estratégia legislativa de limitação da discricionariedade administrativa na estipulação dos requisitos de qualificação técnica²⁹, mediante a circunscrição de restrições editalícias a patamares legalmente definidos.

Trata-se de modelo que – ao nosso sentir, inadequadamente – pretende substituir a ponderação, anteriormente feita caso a caso, acerca da juridicidade dos requisitos de capacitação técnica em face das particularidades do objeto licitado, especialmente variantes nos projetos de infraestrutura envolvendo obras e serviços de engenharia, por uma questionável definição estanque do grau de restrição concorrencial legalmente admitido³⁰,

004.871/2012-0, Acórdão nº 1.052/2012, Relator Ministro Marcos Bemquerer, j. 02.05.2012.

²⁸ Art. 30, §5º, da Lei federal nº 8.666/1993.

²⁹ Notadamente, na definição das parcelas de maior relevância ou valor significativo da contratação (art. 67, §1º) e dos quantitativos mínimos exigíveis em atestados de capacidade técnica (art. 67, §2º).

³⁰ “Exatamente pela estreita relação das exigências de habilitação ao objeto licitado, é impossível traçar uma regra geral que permita identificar com clareza cláusulas demasiadamente restritivas. Essa será uma ponderação feita caso a caso, considerando as particularidades do projeto de infraestrutura” (SUNDFELD, Carlos Ari; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Dinâmica de Preparação do Edital. In:

encerrando, portanto, incremento do aparato burocrático-formal subjacente às contratações públicas.

2.3.2 ASPECTOS QUE REPRESENTAM UM AVANÇO EM DIREÇÃO A UM SISTEMA RACIONAL E FUNCIONALMENTE ADEQUADO

Não obstante os aspectos que representam um reforço ao paradigma burocrático-formal informador do marco legal precedente, a Lei federal nº 14.133/2021 também positivou avanços em direção a um sistema de contratações públicas racional e funcionalmente adequado, com inovações procedimentais e materiais especialmente úteis às licitações para obras e serviços de engenharia.

2.3.2.1 SISTEMA DE PÓS-HABILITAÇÃO

Como sabido, sob a égide da Lei federal nº 8.666/1993, a fase de habilitação era realizada anteriormente ao julgamento das propostas apresentadas pelas licitantes.

Esta regra contribuía para a morosidade e litigiosidade das licitações, havendo um considerável custo administrativo e de eficiência em decorrência do(a): (i) exame dos documentos de habilitação de todas as licitantes; e (ii) existência de etapa recursal própria para esta fase licitatória, que, acrescida da judicialização dos conflitos não solucionados administrativamente, importava não raramente na suspensão/anulação do processo licitatório. O modelo implicava, ainda, restrição do número de preços postos à competição, uma vez que somente analisadas as propostas comerciais de licitantes previamente habilitadas, com prejuízo à economicidade das contratações públicas.

A Lei federal nº 14.133/2021, rompendo com este paradigma, adota, como regra, o sistema de pós-habilitação, somente excepcionável mediante motivação adequada³¹, em linha com o já estipulado em diplomas legais que se sucederam à Lei federal nº 8.666/1993.

MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler Pinto (Coords.). *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 46).

³¹ Art. 17, §1º, da Lei federal nº 14.133/2021.

Este modelo prestigia a celeridade e a eficiência das licitações, evitando os problemas retromencionados, além de promover maior racionalização e simplificação do processo licitatório³². A regra também amplia o universo de propostas comerciais em competição, o que, combinado à adoção de modo aberto de disputa de lances – outra reforma incremental do novo marco legal –, tende a produzir preços mais vantajosos à Administração Pública.

2.3.2.2 EXPANSÃO DA PRERROGATIVA DE REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PARA SANEAMENTO DE DÚVIDAS RELACIONADAS AOS DOCUMENTOS DE HABILITAÇÃO

Ainda sob a vigência do marco legal precedente, o art. 43, §3º, da Lei federal nº 8.666/1993 era comumente invocado pelas comissões de licitação para o saneamento de dúvidas relacionadas a atestados de capacitação técnica, conforme admitido e estimulado pela jurisprudência do TCU³³. No entanto, a reserva legal à inclusão de documentos que deveriam originalmente constar dos envelopes licitatórios gerava incertezas sobre a admissibilidade da realização de diligências nos casos concretos.

Com efeito, tomando-se, por exemplo, as hipóteses de desatualização de atestados de capacitação técnica ou de certidões de registro no CREA, há, contraditoriamente, decisões que: (i) reputam devida a inabilitação de licitantes³⁴; e (ii) consideram excessiva a inabilitação, precisamente em razão da possibilidade da realização de diligências para o

³² GARCIA, Flávio Amaral; SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. A inversão de fases nas licitações: a constitucionalidade das leis estaduais e municipais. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, ano 18, n. 68, p. 51-53, jan./mar. 2020.

³³ TCU, Plenário, Processo nº 003.314/2011-1, Acórdão nº 747/2011, Relator Ministro André de Carvalho, j. 30.03.2011; e TCU, Plenário, Processo nº 001.542/2008-8, Acórdão nº 1.899/2008, Relator Ministro Ubiratan Aguiar, j. 03.09.2008.

³⁴ TCE/SP, Plenário, TC-016925.989.19-6, Relator Conselheiro Marcio Martins de Camargo, j. 01.10.2019; TCE/SP, Primeira Câmara, TC-3417.989.14-2, Relator Conselheiro Renato Martins Costa, j. 10.10.2017; e TCE/SP, Primeira Câmara, TC-000531/007/10, Relator Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, j. 13.09.2016.

saneamento destas falhas documentais³⁵.

O art. 64, I e II, da Lei federal nº 14.133/2021 pacificou a questão, admitindo-se a substituição de documentos de habilitação previamente apresentados ou a inclusão de documentos novos em sede de diligências destinadas à: (i) complementação de informações sobre documentos já apresentados pelas licitantes, desde que para apuração de fatos existentes à época da abertura do certame; ou (ii) atualização de documentos com prazo de validade expirada. O §1º do mesmo dispositivo, de modo mais amplo, também faculta às comissões de licitação o saneamento de erros ou falhas nos documentos de habilitação que não alterem a sua substância e validade jurídica.

Além de promover maior segurança jurídica à matéria³⁶, tais regras mitigam o formalismo e a rigidez da fase de habilitação, conferindo maior racionalidade a esta etapa licitatória.

2.3.2.3 SIMPLIFICAÇÃO DA COMPROVAÇÃO DE REGISTRO NO CREA POR LICITANTES ESTRANGEIRAS

Anteriormente à vigência da Lei federal nº 14.133/2021, a comprovação de registro no CREA³⁷ por licitantes estrangeiras era objeto de regulamentação pela Resolução CONFEA nº 444, de 14 de abril de 2000, inexistindo maior pormenorização do tema na legislação em sentido estrito.

O regulamento impunha a necessidade de comunicação da intenção de participar do certame, com 30 (trinta) dias de antecedência, a Câmaras Especializadas do CREA. Este ato deveria estar instruído com vasta documentação atinente à interessada, traduzida por tradutor público juramentado e autenticada pelo consulado brasileiro do seu país de origem³⁸. Ao final, a licitante estrangeira, se vencedora do certame, deveria, ainda,

³⁵ TCU, Plenário, Processo nº 029.610/2009-1, Acórdão nº 352/2010, Relator Ministro Marcos Bemquerer, j. 03.03.2010; e STJ, Segunda Turma, RMS nº 00006198/RJ, Relator Ministro Ari Pargendler, j. 13.12.1995.

³⁶ Art. 5º da Lei federal nº 14.133/2021.

³⁷ Art. 30, I, da Lei federal nº 8.666/1993.

³⁸ Arts. 1º e 5º da Resolução CONFEA nº 444/2000.

providenciar registro junto ao CREA da região em que realizada a obra ou serviço, anteriormente ao início da execução contratual³⁹.

Tal regramento implicava dificuldades consideráveis à entrada de licitantes estrangeiras nos certames para obras e serviços de engenharia, sendo duvidosa a sua compatibilidade ao disposto no art. 32, §4º, da Lei federal nº 8.666/1993, que lhes franqueava a habilitação por meio de documentação equivalente – e, portanto, não superior – à prevista na legislação geral de licitações e contratações públicas⁴⁰.

O art. 67, §7º, da Lei federal nº 14.133/2021 altera esse quadro. As licitantes estrangeiras atenderão ao supracitado requisito de capacidade técnica apenas por meio da apresentação de solicitação de registro perante o CREA, no momento da assinatura do contrato, dispensando-se o atendimento de formalidades específicas durante a fase habilitatória do processo licitatório.

Trata-se de inovação que amplia o acesso e a competitividade do mercado público nacional de obras e serviços de engenharia, uma vez que simplifica e desburocratiza a participação de licitantes estrangeiras vis-à-vis o disposto na Resolução CONFEA nº 444/2000, em relação à qual deve prevalecer por razões hierárquicas e cronológicas.

2.3.2.4 SUBCONTRATAÇÃO QUALIFICADA

Sob a égide da Lei federal nº 8.666/1993, em preocupação com a tutela da competitividade das licitações, enxergava-se, com forte restrição, a exigência de atestados de capacitação técnica relacionados: (i) a aspectos específicos da contratação; e (ii) parcelas do objeto licitado passíveis de subcontratação⁴¹.

³⁹ Art. 6º da Resolução CONFEA nº 444/2000.

⁴⁰ Sobre o tema, v. MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 275, p. 175-180, maio/ago. 2017.

⁴¹ TCU, Plenário, Processo nº 003.694/2014-3, Acórdão nº 2.679/2018, Relator Ministro Aroldo Cedraz, j. 21.11.2018; TCU, Segunda Turma, Processo nº 012.388/2016-5, Acórdão nº 6.219/2016, Relatora Ministra Ana Arraes, j.

Nas licitações para obras e serviços de engenharia, por exemplo, a previsão editalícia de requisitos de qualificação técnica vinculados a itens específicos do objeto da licitação somente era excepcionalmente admitida, desde que necessária à certeza da boa execução do empreendimento licitado⁴².

Em tais casos, como forma de mitigar o risco de restrição à competitividade, desenvolveu-se, inicialmente em âmbito doutrinário, a ideia de subcontratação qualificada, isto é, de franquear às licitantes: (i) a comprovação de capacitação técnica própria em relação a tais itens específicos; ou (ii) a prestação de compromisso de subcontratação destes itens junto a terceiro dotado da qualificação técnica demanda pelo edital⁴³. Este racional vem sendo paulatinamente encampado pela jurisprudência, relativizando-se a retromencionada restrição de exigência de requisitos de capacidade técnica vinculados a parcelas do objeto licitado passíveis de subcontratação⁴⁴.

O art. 67, §9º, da Lei federal nº 14.133/2021, avançando em relação à legislação precedente, expressamente encampou o instituto da subcontratação qualificada. A um só tempo, a norma admite: (i) a exigência de qualificação técnica atinente a aspectos específicos da contratação; e (ii) a comprovação por atestados relativos a potencial subcontratado, até o limite de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto licitado.

24.05.2016; e TCU, TCU, Plenário, Processo nº 014.017/2012-1, Acórdão nº 2.760/2012, Relatora Ministra Ana Arraes, j. 10.10.2012.

⁴² TCU, Plenário, Processo nº 035.209/2015-1, Acórdão nº 301/2017, Relator Ministro José Mucio Monteiro, j. 22.02.2017; TCU, Segunda Câmara, Processo nº 033.114/2013-7, Acórdão nº 2.079/2014, Relatora Ministra Ana Arraes, j. 13.05.2014; e TCU, Plenário, Processo nº 014.017/2012-1, Acórdão nº 2.760/2012, Relatora Ministra Ana Arraes, j. 10.10.2012.

⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 519; e MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 121-125, out./dez. 2004.

⁴⁴ TCU, Plenário, Processo nº 008.543/2011-9, Acórdão nº 2.992/2011, Relator Ministro Valmir Campelo, j. 16.11.2011.

Trata-se de regra especialmente útil às licitações para obras e serviços de engenharia, que, não raramente, demandam a comprovação de experiência prévia em atividades específicas para a garantia da fiel execução o contrato. Cumulativamente, a inovação legal: (i) confere a segurança jurídica necessária à estipulação de requisitos de capacidade técnica vinculados a aspectos específicos do objeto licitado, reduzindo as amarras outrora opostas à modelagem editalícia; e (ii) mitiga os riscos à competitividade do certame eventualmente relacionados a tais disposições.

2.4 CONCLUSÃO

A análise destes aspectos específicos revela que, na disciplina dos requisitos de qualificação técnica, a Lei federal nº 14.133/2021 não encampou uma opção única de modelo de contratações públicas. O novo marco legal, até mesmo por decorrência do seu caráter maximalista, é multifacetado, ostentando: (i) regras de caráter burocrático-formal; e (ii) prescrições de cunho racionalizado, que conferem maior flexibilidade funcional à atuação administrativa, com especial relevância nas licitações para obras e serviços de engenharia.

Sob a primeira vertente, manteve-se a previsão taxativa da generalidade dos requisitos de capacitação técnica pelo legislador, voltando-se à redução da discricionariedade administrativa, em atenção ao princípio da isonomia. Há, ainda, regras que incrementam as formalidades inerentes ao tema (e.g. a previsão de emissão de atestados de capacitação técnico-operacional pelo conselho profissional competente) e as amarras legais a que sujeita a modelagem editalícia da matéria (e.g. a definição legal das parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, bem como dos limites à exigência de quantitativos mínimos em atestados de capacitação técnica).

Sob a segunda vertente, há inovações que implicam maior eficiência e celeridade ao processo licitatório (e.g. a adoção, como regra, do sistema de pós-habilitação), bem como redução das formalidades e barreiras de entrada antes existentes (e.g. a flexibilização da comprovação de registro nas entidades profissionais brasileiras competentes por licitantes estrangeiras), com ampliação da possibilidade de saneamento de falhas meramente formais (e.g. a expansão da prerrogativa de realização de diligências pelas comissões de licitação). São regras que importam, ainda, maior liberdade decisória na definição dos requisitos de qualificação técnica, notadamente em relação a itens específicos do objeto licitado, sem prejuízo da competitividade do certame (e.g. o instituto da subcontratação qualificada).

A Lei federal nº 14.133/2021 é, então, comparável a uma bússola desregulada, na medida em que não aponta para um único norte direcional. Sendo assim, cabe aos agentes responsáveis pelo manejo do novo marco legal orientar a sua interpretação e aplicação em direção à trilha que, de modo racional e funcionalmente adequado, conduza as licitações para obras e serviços de engenharia aos melhores resultados possíveis à Administração Pública e à coletividade.

2.5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. *Obras públicas: licitação, contratação, fiscalização e utilização*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016

GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020

GARCIA, Flávio Amaral; SILVA, Rodrigo Crelier Zambão da. A inversão de fases nas licitações: a constitucionalidade das leis estaduais e municipais. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*. Belo Horizonte, ano 18, n. 68, p. 49-54, jan./mar. 2020

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2018

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A admissão de atestados de subcontratada nomeada nas licitações para concessão de serviços públicos. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio de Janeiro, v. 238, p. 121-130, out./dez. 2004

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. O direito administrativo e a corrupção. In: CYRINO, André; MIGUEIS, Anna Carolina; PIMENTEL, Fernanda Morgan (Coord.). *Direito Administrativo e Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2020

MARRARA, Thiago; CAMPOS, Carolina Silva. Licitações internacionais: regime jurídico e óbices à abertura do mercado público brasileiro a empresas estrangeiras. *Revista de Direito Administrativo – RDA*, Rio

de Janeiro, v. 275, p. 155-187, maio/ago. 2017

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

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo: de acordo com as Leis 8.666/93 e 8.883/04*. São Paulo: Malheiros, 1994

SUNDFELD, Carlos Ari; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Dinâmica de Preparação do Edital. In: MARCATO, Fernando S.; PINTO JUNIOR, Mario Engler Pinto (Coords.). *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017

PROCEDIMENTOS AUXILIARES NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: O *RATING* DE FORNECEDORES NO REGISTRO CADASTRAL E O PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

*Rafael Carvalho de Fássio*⁴⁵

*Marcos Nóbrega*⁴⁶

Palavras-chave: Procedimentos auxiliares; Registro cadastral; Procedimento de manifestação de interesse (PMI); *Rating*; Desempenho prévio.

Resumo: O artigo discute como alguns procedimentos auxiliares previstos na Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) podem ser vetores importantes para a transformação do sistema brasileiro de compras públicas. O estudo analisa dois desses procedimentos. Primeiramente, ao tratar do registro cadastral (art. 87 e 88), a nova legislação torna possível a construção de um sistema unificado de *rating* dos fornecedores do setor público, estimulando o aproveitamento do seu desempenho passado em licitações futuras em pelo menos três casos (art. 37, III; art. 60, II e art. 67, II). Após, o regramento previsto para o procedimento de manifestação de interesse (art. 81) incorpora a praxe já consolidada no setor de infraestrutura, invertendo a lógica natural do processo de compra pública para permitir uma via transparente, isonômica e impessoal de participação privada na fase preparatória das licitações regidas pela Nova Lei. Por fim, são apresentadas conclusões e considerações finais sobre o tema.

3.1 INTRODUÇÃO

Esqueça o diálogo competitivo, a segregação de funções e os novos

⁴⁵ Procurador do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Econômico e doutorando em Direito Administrativo pela USP. Foi consultor externo do BID para compras públicas de inovação e inovação aberta no Brasil. *Fellow* no *Centre for the Fourth Industrial Revolution* (San Francisco/EUA), do Fórum Econômico Mundial.

⁴⁶ Professor Adjunto de Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Doutor em Direito (UFPE), Visiting Scholar na Harvard Law School, Harvard Kennedy School of Government e Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE).

valores de dispensa de licitação: talvez as maiores inovações da Nova Lei de Licitações e Contratos residam nos procedimentos auxiliares previstos no artigo 78 da Lei nº 14.133/2021. Largamente negligenciados pela doutrina, o credenciamento, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse, o sistema de registro de preços e o registro cadastral são figuras bastante conhecidas na praxe administrativa que receberam, pela primeira vez, tratamento unificado pela Nova Lei de Licitações. Segundo Marçal Justen Filho, a categoria dos “procedimentos auxiliares” congrega diversos procedimentos administrativos autônomos que, por não terem vínculo com uma licitação específica, podem ter seus resultados aproveitados em um número indeterminado de contratações, favorecendo a padronização, a economicidade e a racionalização da atividade administrativa⁴⁷.

O impacto dos procedimentos auxiliares é potencializado pelo gigantismo do mercado público no Brasil, que corresponde a cerca de 12,5% do PIB⁴⁸ e contabiliza quase 180 mil procedimentos de contratação por ano, somente na esfera federal⁴⁹. Para a maior parte dos gestores brasileiros, a prática da compra pública é um fenômeno quase binário, que orbita entre os polos opostos da contratação direta e do pregão. Um estudo realizado pelo IPEA mostra como o pregão cresceu exponencialmente desde 2001, correspondendo a 93% das licitações realizadas no país em 2011⁵⁰. Nas últimas décadas, as “modalidades” da Lei nº 8.666/1993 passaram a ocupar um espaço residual, quase inexpressivo, cada vez mais esvaziado por exceções criadas para concessões, organizações sociais, PPPs, RDC, parcerias

⁴⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Ed. RT, 2021, pp. 1125-1128.

⁴⁸ "(...) é possível dizer que o mercado de compras governamentais brasileiro tem um tamanho equiparável ao dos países da OCDE. Para o período analisado, esse peso nunca esteve abaixo de dois dígitos, ou seja, uma média de 12,5% do PIB no período 2006-2016". RIBEIRO, Caio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. *O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise*. Texto para Discussão, n. 2476. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2019. p. 26.

⁴⁹ Dados do COMPRASNET, com base na média do total de compras no período 2016-2020. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br>. Acesso em 29/06/2021.

⁵⁰ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio e MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional*. Texto para discussão nº 1990. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014, p. 93.

voluntárias e empresas estatais.

Ao incorporar em seu texto trechos de decretos, Instruções Normativas, jurisprudência do Tribunal de Contas da União e até mesmo editais elaborados pela Advocacia Geral da União, a Nova Lei de Licitações limitou-se a ser uma compilação útil, uma lei maximalista que inova muito pouco e mais ajuda a entender o que a contratação pública é do que, efetivamente, ela poderia ser. Entretanto, e embora seja merecedora de muitas críticas que recebe nessa seara, é preciso reconhecer que o tratamento dado aos procedimentos auxiliares pela nova legislação é bastante positivo e apresenta potencial relevante.

Na experiência comparada, são vários os casos em que instrumentos análogos aos procedimentos auxiliares da Lei nº 14.133/2021 mostraram-se revolucionários sob a perspectiva de gestão, tal como tentado recentemente pela União com o almoxarifado virtual nacional⁵¹. Por exemplo, o *Government Digital Marketplace* é uma plataforma online criada pelo governo britânico que revolucionou a contratação de serviços de Tecnologia da Informação (TI) – em especial, desenvolvimento de *software*, *hosting*, oferta de serviços digitais (*SaaS*) e soluções baseadas em nuvem – pelo setor público no Reino Unido⁵². O projeto estende a experiência bem-sucedida do *G-Cloud framework*, implementado em 2012, e foi estruturado com base em diversos *Framework Agreements* – instrumento análogo ao *convenio marco* chileno⁵³ e ao sistema de registro de preços brasileiro – tornando possível a celebração de um grande número de contratações a partir de uma mesma e única licitação. Para tanto, o *Crown Commercial Services* e o *Government Digital Service* do Reino Unido instituíram o *Digital Marketplace* como um portal dedicado à divulgação de todos os itens disponíveis nos *framework agreements* em vigor, simplificando o

⁵¹ Sobre o almoxarifado virtual nacional, projeto ainda em andamento na Central de Compras do Ministério da Economia, confira a página seguinte: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/gestao/central-de-compras/almoxarifado-virtual-nacional>. Acesso em 26/06/2021.

⁵² Disponível em www.digitalmarketplace.service.gov.uk. Confira também o *Government Technology Innovation Strategy*, 2019. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/the-government-technology-innovation-strategy/the-government-technology-innovation-strategy>. Acessos em 24/06/2021.

⁵³ Segundo a Ley nº 19.886/2003. Disponível em: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=213004>. Acesso em 26/06/2021.

processo de contratação de serviços de TI e aproximando os clientes públicos de seus fornecedores privados.

O objetivo deste artigo é indagar como os procedimentos auxiliares previstos na Lei nº 14.133/2021 – em especial, no recorte realizado neste estudo, o registro cadastral e o procedimento de manifestação de interesse – podem ser elementos de transformação das compras públicas no Brasil sob uma perspectiva sistêmica, como defende Khi V. Thai⁵⁴. Para tanto, o texto encontra-se dividido em quatro partes, sendo que a primeira corresponde a esta introdução. A segunda trata do registro cadastral e discute como o regramento previsto na Nova Lei de Licitações pode contribuir para a construção de um sistema de *rating* de fornecedores que estimula o aproveitamento do seu desempenho passado em licitações futuras. O terceiro item dedica-se ao procedimento de manifestação de interesse, que inverte a lógica natural do processo de compra pública ao abrir espaço para a participação privada na formação da necessidade estatal, incorporando ao texto geral da Nova Lei de Licitações a prática já consolidada do setor de infraestrutura. A quarta parte apresenta algumas considerações finais sobre o tema, concluindo o artigo.

3.2 DESEMPENHO PRÉVIO DOS FORNECEDORES E O REGISTRO CADASTRAL DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Eduardo Fiuza registra um interesse crescente na utilização de dados referentes ao desempenho prévio dos fornecedores na execução de contratos firmados com o Poder Público⁵⁵. O uso dessas informações em licitações futuras pode funcionar como mecanismos de *rating* de fornecedores,

⁵⁴ Essa visão sistêmica, segundo Thai, permite comparar a dinâmica das contratações públicas ao funcionamento de um carro: "*After being assembled, the public procurement system is similar to a car. The vehicular performance of a car depends on many factors, including the quality of its parts, engineering design, road and traffic conditions, and its driver. Similarly, the vehicular performance of a public procurement system depends on its elements, (...). As these elements vary among governmental entities, it is impossible to come up with a one-size-fits-all public procurement system as the performance of a system depends not only on its elements but also on its chemistry*" THAI, Khi V. "Public Procurement re-examined". *Journal of Public Procurement*, volume 1, issue 1, 2001, p. 41.

⁵⁵ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. "Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas" In: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2009, p. 254.

incentivando a oferta de níveis mais altos de qualidade. Albano, Calzolari, Dini, Iossa e Spagnolo lembram que é próxima a relação entre a qualidade ofertada e a duração do contrato. Muito embora a pactuação de ajustes breves, com vigência reduzida, seja o mecanismo ideal para aferir o desempenho do fornecedor (gerando um período de experiência ou “*try-out period*”), a celebração de contratos mais longos, sobretudo quando associada a uma fiscalização deficiente, pode gerar certa acomodação do contratado a níveis mínimos de qualidade – o suficiente apenas para evitar o seu sancionamento e a rescisão do contrato pela Administração⁵⁶.

O uso de informações sobre o desempenho pretérito na execução contratual é bastante comum no setor privado, onde a reputação, o histórico e outros aspectos reputacionais são aspectos essenciais para selecionar e contratar fornecedores. No setor público, como a licitação é em regra obrigatória, o bom desempenho em contratos anteriores geralmente se reflete na oferta de algum tipo de preferência ou vantagem competitiva, como pontuações adicionais, critérios de desempate e até mesmo licitações restritas à participação de fornecedores bem avaliados.

Na experiência comparada, a reputação dos contratados e seu desempenho em contratações anteriores já fazem parte da avaliação realizada pelo Poder Público nos Estados Unidos, na Austrália e nas *guidelines* do Banco Mundial⁵⁷. Na União Europeia, o artigo 57, 4, “g” da Diretiva 2014/24/UE permite que se restrinja a participação do fornecedor que não tenha tido bom desempenho na execução de um contrato público no passado, excluindo-o da licitação⁵⁸. Para tanto, Stephane Saussier e Jean Tirole sugerem a criação

⁵⁶ ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 111-117.

⁵⁷ Na UE, o tema já era abordado desde a Diretiva 2004/18/CE, no art. 48, para fins de comprovação de capacidade técnica e profissional do licitante. Nos Estados Unidos, a *past performance* está prevista nas Federal Acquisition Rules, nas Parts 9.104-1, “(d)”, 15.608 e 42.1501 da FAR.

⁵⁸ Artigo 57, 4, “g” da Diretiva 2014/24/EU: “4. *As autoridades adjudicantes podem excluir ou podem ser solicitadas pelos Estados-Membros a excluir um operador económico da participação num procedimento de contratação, numa das seguintes situações: (...) g) Se o operador económico tiver acusado deficiências significativas ou persistentes na execução de um requisito essencial no âmbito de um contrato público anterior, um anterior contrato com uma autoridade adjudicante ou*

de um sistema centralizado e integrado no qual os órgãos e entidades adjudicantes no âmbito europeu possam concentrar as informações sobre o desempenho pretérito de seus respectivos contratados – a existência de sistemas parciais, a nível local e regional, torna a informação dispersa, incompleta e difícil de ser aplicada⁵⁹.

Nos Estados Unidos, a reputação dos fornecedores passou a ser bastante valorizada após a realização de diversas reformas na década de 1990, conhecidas como “*National Partnership for Reinventing Government*”, lideradas pelo então vice-presidente Al Gore⁶⁰. Na área de contratações públicas, foram editados o *Federal Acquisition Streamlining Act* (“FASA”), em 1994, e o *Federal Acquisition Reform Act* (“FARA”), em 1995. Em consequência, a *Federal Acquisition Regulation* (“FAR”) passou a tratar expressamente do tema, incluindo o uso da “*past performance information*” entre os critérios de seleção de fornecedores, determinando que departamentos e agências federais registrassem as avaliações de desempenho dos contratados de modo a poder empregá-las em licitações futuras⁶¹.

No Brasil, apesar de algum interesse recente sobre o tema, ainda não existe um canal consolidado para o armazenamento dessas informações em larga escala. Isso porque o registro cadastral previsto nos artigos 34 a 37 da Lei nº 8.666/1993 limitava-se a reunir documentos de habilitação, não coletando avaliações sobre a qualidade de obras, bens e serviços contratados

um anterior contrato de concessão, tendo tal facto conduzido à rescisão antecipada desse anterior contrato, à condenação por danos ou a outras sanções comparáveis”.

⁵⁹ SAUSSIER, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. *Les notes du conseil d'analyse économique*. Paris: Conseil d'analyse économique, nº 22, abril/2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275973839_Strengthening_the_Efficiency_of_Public_Procurement. Acesso em 29/06/2021. p. 4

⁶⁰ “*La reputazione agisce infatti per le imprese da potente pungolo a fornire prodotti di alta qualità, e la costruzione di una buona reputazione è il obiettivo che porta le imprese a migliorarsi nel tempo*”. PICCI, Lucio. “Dal modello CONSIP a un sistema di *procurement* nazionale”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 285-306, cf. p. 287.

⁶¹ Nos EUA, as avaliações não são de acesso irrestrito, e a contratada tem a oportunidade de comentar o relato do administrador, o que muda o paradigma de uma relação conflituosa para um “*rapporto tra partner*”. PICCI, Lucio. “Dal modello CONSIP a un sistema di *procurement* nazionale”. op. cit., p. 303.

pelo Poder Público. A legislação previa que os registros seriam mantidos por “*órgãos e entidades da Administração Pública*” de forma descentralizada e pelo prazo máximo de um ano (art. 34). Por isso, e muito embora já fosse permitido anotar a “(...) *atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas*” (art. 36, §2º), a ausência de um repositório centralizado de informações sobre os fornecedores tornava inviável, na prática, a coleta e emprego desses dados em contratações futuras.

A Nova Lei de Licitações altera significativamente esse cenário. Primeiro, porque o artigo 87 da Lei nº 14.133/2021 tornou obrigatório o uso do registro cadastral unificado do Portal Nacional de Contratações Públicas (“PNCP”), centralizando as informações sobre os fornecedores do setor público em todo o país. O art. 87, §3º permite restringir a licitação à participação de fornecedores cadastrados no PNCP. Mas, a rigor, a previsão se aproxima muito mais da antiga “tomada de preços” (art. 22, §2º da Lei nº 8.666/1993)⁶² do que da restrição semelhante prevista para a pré-qualificação, procedimento auxiliar voltado ao exame antecipado de requisitos de habilitação relativos a bens e/ou fornecedores onde estejam presentes condições técnicas ou de qualidade especiais (art. 80, §10º da Lei nº 14.133/2021). O fato é que a centralização no PNCP permitirá a coleta e o tratamento dessas informações em larga escala, permitindo inclusive a construção de índices de reputação de fornecedores semelhantes àqueles adotados pelos grandes *marketplaces* do setor privado⁶³.

Em segundo lugar, o artigo 88, §3º da Nova Lei tornou explícita a necessidade de avaliação dos contratados na execução contratual, a ser feita com base em indicadores objetivos e de modo a conferir medidas de incentivo aos que possuem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral. O dispositivo explicitamente condiciona a obrigatoriedade da

⁶² Artigo 22, §2º da Lei nº 8.666/1993: “Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação”.

⁶³ “Private corporations often have vendor rating systems in which suppliers start off with the same maximal reputational capital – a given number of points – and then lose points when performing poorly and may recover them by performing well, but keeping below or at best maintaining the initial level. In these quality assurance systems incumbents that already served the buyer may have lost some of the initial reputational capital while any new entrant would start off with the full initial reputational capital” SPAGNOLO, Giancarlo. “Reputation, Competition and Entry in Procurement”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, nº 3, 2012, pp. 291-296, p. 293.

avaliação à edição de regulamento (§4º), ao qual caberá detalhar o funcionamento do registro e o rol de informações que serão anotadas no PNCP. Segundo Fiuza, o cadastro deveria conter ao menos “(...) *pontuações para sua tempestividade de entrega, índice de rejeição de produtos, tempestividade em solução de problemas e assistência técnica, e assim por diante*”⁶⁴. Já Têmis Limberger, Anderson Vichinkeski Teixeira e Mateus Barbosa Gomes Abreu propõem a instituição de um cadastro positivo que premiasse os contratados que ofertassem melhores padrões de qualidade, criando um *ranking* dos fornecedores da Administração⁶⁵.

As informações coletadas no PNCP servirão pelo menos para três finalidades: (i) avaliação de propostas técnicas nas licitações com julgamento por “melhor técnica” e “técnica e preço” (art. 37, III); (ii) critério de desempate entre propostas, após a disputa final entre os licitantes (art. 60, II); e (iii) comprovação de qualificação técnico-operacional, na fase de habilitação, quando exigida no edital (art. 67, II). Note que a Lei nº 14.133/2021 não optou por medidas que excluam licitantes ou de alguma maneira restrinjam a competitividade na licitação, mas buscou perseguir uma lógica premial que, ao invés de criar mais barreiras de entrada, pretende conferir incentivos aos fornecedores com maiores níveis de qualidade. A relevância do desempenho contratual prévio dos licitantes na Nova Lei de Licitações brasileira pode parecer tímida quando comparada aos EUA e à Europa, mas certamente representa um grande passo em relação ao tratamento dado ao tema pela Lei nº 8.666/1993⁶⁶.

O emprego de informações sobre a *past performance* das firmas contratadas pelo Poder Público ainda desperta preocupações de relevo sob o ponto de vista da impessoalidade e da isonomia.

A primeira crítica diz respeito ao grau de subjetividade da avaliação

⁶⁴ FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas”. op. cit., p. 254.

⁶⁵ ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out./dez. 2014, pp. 169-170.

⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. op.cit, pp. 1188-1192.

de desempenho dos fornecedores, que não poderia ser mensurado de forma totalmente objetiva e imparcial pela Administração. De fato, a noção de qualidade comporta diversas percepções subjetivas, que contrastam com os indicadores objetivos exigidos pela legislação (art. 88, §§3º e 4º). Albano, Calzolari, Dini, Iossa e Spagnolo alertam para o risco de captura do avaliador pelo avaliado e para a ocorrência de eventuais conflitos de interesse – em especial quando quem avalia é responsável, direta ou indiretamente, por autorizar o pagamento ao contratado⁶⁷. Esses riscos podem ser mitigados pela diversificação de critérios de avaliação, pelo aumento da base de avaliadores (para incluir, p.e., os usuários finais de bens e serviços) e pelo monitoramento continuado ao longo de toda a gestão contratual⁶⁸. A experiência comparada é rica em exemplos de uso de ferramentas de TI para medir a performance do contratado⁶⁹, tais como aplicativos, portais *web* e soluções de inteligência artificial que automatizam o procedimento de avaliação e minimizam a interação humana. Além disso, na Nova Lei de Licitações, a exigência de certificação por organização independente acreditada pelo INMETRO (art. 17, §6º, II) e a contratação de terceiros para auxiliar o fiscal do contrato (art. 117, §4º) podem ser recursos adicionais para minimizar a subjetividade na avaliação de desempenho.

A segunda crítica baseia-se na alegação de que o emprego de dados referentes ao desempenho de fornecedores em licitações futuras beneficiaria os atuais contratados (“*incumbents*”) em prejuízo das firmas que queiram ingressar no mercado público (“*entrants*”), funcionando, na prática, como uma

⁶⁷ ALBANO, G. L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; “Procurement contracting strategies”. op.cit, pp. 102-104.

⁶⁸ Para o autor, “(...) *an objective index of reputation can be built over several items of performance during the life of the contract in which the procurement official has an interest; such an index can be monitored objectively by the latter during the life of the contracts*”. PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” In: ACKERMAN, Susan Rose; SOREIDE, Tina (org.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Vol. II, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2011, p. 167.

⁶⁹ A gestão das *past performance information* nos EUA foi objeto da criação de diversos sistemas informatizados, tais como o *Contractor Performance System*, do National Institute of Health, e o *Past Performance Information Retrieval System* (Ppirs), compartilhado pela National Aeronautics and Space Administration (NASA) e pelo Department of Defense (DoD). PICCI, Lucio. “Reputation-based governance of public works”. *Rivista di Politica Economica*, vol. 96, issue 1, jan/fev. 2006, pp. 161-183.

barreira à entrada de novos *players*⁷⁰. Mas o emprego de regras de *scoring* no cálculo desses índices de reputação, na visão de Saussier e Tirole⁷¹, podem ser salvaguardas suficientes para evitar o efeito incumbente. Por exemplo, os novos fornecedores não seriam penalizados caso, no cômputo deste índice de reputação, os entrantes recebessem nota equivalente à média das firmas participantes ou mesmo se já começassem com reputação máxima, perdendo pontos conforme apresentassem resultados ruins ao longo da execução contratual⁷².

3.3 DIÁLOGO PÚBLICO-PRIVADO NO PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O procedimento de manifestação de interesse (“PMI”)⁷³ inverte a lógica do processo de compra pública para permitir a participação dos particulares nos primeiros momentos do *sourcing* estatal. O uso de *unsolicited proposals* para que o setor privado espontaneamente proponha à Administração a modelagem de projetos de infraestrutura já foi objeto de muitas críticas, mas um estudo do Banco Mundial revela que seu emprego ainda é muito presente em países em desenvolvimento e em mercados com menor acesso à tecnologia, como o Brasil⁷⁴. A falta de transparência muitas

⁷⁰ Os atuais contratados, chamados de *incumbents*, reúnem um conhecimento específico que os coloca, caso haja uma nova licitação, em posição de vantagem em relação a potenciais novos prestadores, chamados de *entrants*. Essa assimetria informacional gera uma distorção que pode ser corrigida, por exemplo, com a publicação de especificações técnicas mais abrangentes e detalhadas sobre o objeto licitado, nivelando os fornecedores nesse aspecto.

⁷¹ “(...) *basic rules of scoring based on reputation can prevent favouritism and the creation of barriers to entry for new arrivals with no prior experience with the public contracting party*”. SAUSSIÉ, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. *op. cit.*, p. 8.

⁷² PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” *op. cit.*, pp. 166-169.

⁷³ Os procedimentos administrativos de participação privada recebem nomes diversos na legislação de cada ente, sendo dois os principais: (i) procedimento de manifestação de interesse (PMI), quando a iniciativa é da Administração; ou (ii) manifestação de interesse privada (MIP), para os casos de manifestação espontânea de particular.

⁷⁴ WORLD BANK. *Unsolicited proposals – an exception to public initiation of infrastructure PPPs*, 2014, p. 34 Disponível em: <https://ppp.worldbank.org/public-private->

vezes torna impossível saber se um projeto foi identificado pelo governo ou por um potencial licitante. Para evitar essas distorções é que se recomenda a realização de um procedimento prévio, público e imparcial, iniciado pela Administração, e que mitigue o risco de captura nesses casos⁷⁵.

No PMI, a Administração realiza um chamamento público para solicitar à iniciativa privada a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de empreendimentos que, se aprovados pelo órgão ou entidade demandante, servirão de subsídio técnico para realizar licitação futura. Os incentivos à participação decorrem basicamente dois fatores: (i) a previsão de ressarcimento, pelo vencedor da licitação, dos custos incorridos pelo proponente; e (ii) o reconhecimento expresso da possibilidade de participar do certame licitatório, afastando a regra que proíbe a participação direta ou indireta do autor do projeto em licitações futuras (artigo 9º, I e II, Lei nº 8.666/1993).

O PMI pretende reduzir a assimetria informacional que distancia o Poder Público de seus fornecedores, reconhecendo que a Administração nem sempre conseguirá enxergar todas as soluções para os problemas que pretende resolver⁷⁶. Mesmo antes da Nova Lei, é certo que qualquer pessoa física ou jurídica já poderia oferecer estudos e projetos à Administração, mas a impossibilidade de disputar a licitação posterior, aliada à incerteza no reembolso, atuavam como desincentivos para tanto. Isso porque, na prática, as vedações do artigo 9º da Lei nº 8.666/1993 impedem que o Poder Público interaja com particulares de forma regular, durante a fase preparatória da licitação, para formatar o objeto a ser contratado.

A Nova Lei de Licitações modifica esse cenário e estabelece o PMI como um procedimento auxiliar, aplicável à fase preparatória de qualquer contratação regida pela Lei nº 14.133/2021. Não se trata propriamente de um

partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UnsolicitedProposals_PPIAF.pdf. Acesso em 23/06/2021.

⁷⁵ É o que estabelece, por exemplo, o Enunciado nº 1 da Jornada de Direito Administrativo: “*A autorização para apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos no âmbito do Procedimento de Manifestação de Interesse, quando concedida mediante restrição ao número de participantes, deve se dar por meio de seleção imparcial dos interessados, com ampla publicidade e critérios objetivos*”.

⁷⁶ SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

instrumento novo, mas da generalização de um procedimento que, até então, era restrito a projetos de concessão e PPP⁷⁷⁻⁷⁸, parcerias com o terceiro setor⁷⁹ e empresas estatais⁸⁰.

Em síntese, o artigo 81 da Nova Lei adota um modelo de PMI já consolidado pelos regulamentos federais e locais⁸¹: o procedimento inicia com a publicação de um chamamento público, pelo qual se faculta a todos os interessados a possibilidade de participar da fase preparatória propondo estudos, investigações, levantamentos e projetos. O edital deverá prever formas e prazos para apresentação dos estudos, bem como eventuais

⁷⁷ Art. 21 da Lei nº 8.987/1995: “Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital”

⁷⁸ Art. 31 da Lei nº 9.074/1995: “Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços”.

⁷⁹ Artigo 18 da Lei nº 13.019/2014: “É instituído o Procedimento de Manifestação de Interesse Social como instrumento por meio do qual as organizações da sociedade civil, movimentos sociais e cidadãos poderão apresentar propostas ao poder público para que este avalie a possibilidade de realização de um chamamento público objetivando a celebração de parceria.”

⁸⁰ Art. 31 da Lei nº 13.303/2016: “§ 4º A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão adotar procedimento de manifestação de interesse privado para o recebimento de propostas e projetos de empreendimentos com vistas a atender necessidades previamente identificadas, cabendo a regulamento a definição de suas regras específicas.

§ 5º Na hipótese a que se refere o § 4º, o autor ou financiador do projeto poderá participar da licitação para a execução do empreendimento, podendo ser ressarcido pelos custos aprovados pela empresa pública ou sociedade de economia mista caso não vença o certame, desde que seja promovida a cessão de direitos de que trata o art. 80”

⁸¹ A respeito, confirmam-se o Decreto Federal nº 8.428/2015, da União; o Decreto nº 61.371, de 21 de julho de 2015, do Estado de São Paulo, e o Decreto nº 57.678, de 4 de maio de 2017, do Município de São Paulo.

requisitos de participação e critérios de avaliação. Após, a Administração deve fazer a sua própria análise sobre os documentos apresentados⁸², emitindo parecer fundamentado (§3º) sobre a sua consistência e fazendo mudanças e adequações antes de decidir se o projeto será ou não submetido à concorrência.

Note que a Administração não é obrigada a realizar licitação e, caso o faça, o participante do PMI não terá nenhum direito de preferência. O conhecimento aprofundado do projeto é uma vantagem competitiva relevante, mas ainda faltam evidências para analisar se a experiência brasileira do PMI tem gerado situações de favorecimento ou conflito de interesses que coloquem em risco a isonomia. De todo modo, é certo que desde há muito a iniciativa privada interage com o Poder Público para propor empreendimentos e projetos e, por isso, quanto mais transparência e processualidade, melhor.

Não há garantia de que os estudos serão aproveitados pela Administração, mas, se forem, caberá ao vencedor da licitação reembolsar os custos do proponente (art. 81, §2º, III e IV). Embora a Nova Lei de Licitações não estabeleça limites para reembolso, parece certo inferir que o valor de ressarcimento ficará restrito aos custos previamente aprovados pelo Poder Público, tal como previsto no artigo 31, §5º da Lei das Estatais. O ressarcimento é incerto e o seu valor, imprevisível. Portanto, esse é um risco relevante do PMI, especialmente em objetos complexos.

Por fim, o § 4º do artigo 81 da Nova Lei de Licitações prevê que o PMI poderá ser restrito a *startups*. Essa abertura é positiva, mas a utilidade do dispositivo parece bastante questionável. Não há evidências que sinalizem a disposição dessas empresas para dedicar tempo e recursos escassos à apresentação de estudos e projetos cujo ressarcimento, na teoria e na prática, é meramente eventual. Isso faz com que o dispositivo pareça deslocado e, de certo modo, de má técnica legislativa em pelo menos dois pontos. Primeiro, porque a Nova Lei de Licitações adotou um conceito de *startup* diferente daquele previsto no Marco Legal de Startups (Lei Complementar nº 182/2021), que tramitou paralelamente à Lei nº 14.133/2021. Segundo, pois a participação no PMI pode ser exclusiva para *startups*, ao passo que a “modalidade especial de licitação” do Marco Legal aplica-se indistintamente a qualquer pessoa física ou jurídica, não ficando restrita a essa categoria. Isso

⁸² Veja os requisitos do artigo 10 do Decreto nº 8.428/2015 para avaliação e seleção dos projetos, levantamentos, investigações e estudos apresentados pelo PMI na esfera federal.

gera um paradoxo no qual a lei “geral” autoriza a participação restrita, ao passo que a lei “específica” previu uma modalidade licitatória nova e de amplitude maior que a geral.

A Nova Lei de Licitações não enfrenta temas polêmicos sobre o PMI – como restringir a participação no procedimento a outras categorias (fora o caso das *startups*)⁸³ e conferir autorização com exclusividade para a realização dos estudos a um único proponente⁸⁴ – e remete tantos outros a regulamento. Por ser uma norma geral, contudo, cria uma exceção importante à proibição imposta pelo artigo 9º, I e II, da Lei nº 8.666/1993, abrindo um canal de diálogo público-privado que antes era restrito a nichos específicos do Direito Administrativo e, agora, pode anteceder qualquer contratação regida pela Nova Lei de Licitações.

3.4 CONCLUSÃO

As novidades trazidas pela Nova Lei de Licitações ao registro cadastral e ao PMI não devem ser menosprezadas. Pelo contrário, o aproveitamento do desempenho anterior dos fornecedores está lastreado em experiências e boas práticas internacionais, valorizando a reputação dos contratados para oferecer incentivos ao aumento da qualidade de bens e serviços adquiridos pelo Poder Público. No mesmo sentido, o emprego do PMI em maior escala pode ser útil para reduzir assimetrias de informação e ampliar a participação do setor privado na fase preparatória das licitações, propondo uma via mais transparente, isonômica e impessoal para o oferecimento de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras à Administração.

Como visto, os procedimentos auxiliares podem ser mais importantes do que se imagina. Ainda é cedo para saber como será operacionalizada a implantação do PNCP pelo Ministério da Economia⁸⁵,

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. op.cit, p. 1156.

⁸⁴ REIS, Tarcila. JORDÃO, Eduardo. “A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos” In: JUSTEN FILHO, M. e SCHWIND, R. W. (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2015, pp. 207-232., pp. 220-223

⁸⁵ O PNCP ainda não foi disponibilizado pelo governo federal na data de conclusão deste artigo.

mas o cenário normativo trazido pela Lei nº 14.133/2021 já apresenta grande potencial para revolucionar a prática das contratações públicas no Brasil, mormente se aliada ao uso intensivo de instrumentos e soluções de TI. A Índia, por exemplo, investiu nesse caminho ao lançar o *Government e-Marketplace* em 2016. A plataforma reduziu os custos do processo de aquisição, simplificando o procedimento de compra pública e atraindo novos fornecedores. Como resultado, além da redução nos preços, aumentou também a participação de pequenas e médias empresas entre os fornecedores do governo indiano, fazendo com que a iniciativa fosse premiada pelo Banco Mundial⁸⁶.

Por fim, esse contexto torna cada vez mais necessária a rediscussão do contrato administrativo enquanto categoria teórica, especialmente para a contratação de bens e serviços de baixa complexidade, que muito se distanciam da construção doutrinária que enxergava nas prerrogativas e sujeições do regime jurídico-administrativo um campo de exercício de autoridade do contratante sobre o contratado.

3.5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Mateus Barbosa Gomes; LIMBERGER, Têmis; TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. “Contratos administrativos e gestão pública – Proposições a partir de estudos de casos na Administração Pública federal indireta”. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 14, n. 58, out./dez. 2014.

ALBANO, G.L.; CALZOLARI, G.; DINI, F.; IOSSA, E.; SPAGNOLO, G.; "Procurement contracting strategies". In: DIMITRI, N.; PIGA, G.; SPAGNOLO, G. (Ed.). *Handbook of procurement*. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2006, pp. 82-120.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio. “Licitações e contratos no Brasil: a visão dos economistas” In: SALGADO, L. H.; FIUZA, E. P. S. (Ed.). *Marcos regulatórios no Brasil: é tempo de rever regras?* Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2009.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio e MEDEIROS, Bernardo Abreu de. *A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de*

⁸⁶ Disponível em: <https://blogs.worldbank.org/governance/how-government-e-marketplace-revolutionizing-procurement-india>. Acesso em 30/06/2021.

licitações e do arcabouço institucional. Texto para discussão n° 1990. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Ed. RT, 2021.

PICCI, Lucio. “Dal modello CONSIP a un sistema di *procurement nazionale*”. In: FIORENTINO, Luigi (org.). *Lo stato compratore. L'acquisto di beni e servizi nelle pubbliche amministrazioni*. Bologna: Il Mulino, 2007.

PICCI, Lucio. “Reputation-based governance of public works”. *Rivista di Politica Economica*, vol. 96, issue 1, jan/fev. 2006, pp. 161-183

PIGA, Gustavo. “A fighting chance against corruption in public procurement?” In: ACKERMAN, Susan Rose; SOREIDE, Tina (org.). *International Handbook on the Economics of Corruption*. Vol. II, Cheltenham (UK): Edward Elgar, 2011, pp. 141-181.

REIS, Tarcila. JORDÃO, Eduardo. “A experiência brasileira de MIPs e PMIs: três dilemas da aproximação público-privada na concepção de projetos” In: JUSTEN FILHO, M. e SCHWIND, R. W. (Coord.). *Parcerias público-privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. São Paulo: Ed. RT, 2015, pp. 207-232.

RIBEIRO, Caio Garcia; INÁCIO JÚNIOR, Edmundo. *O mercado de compras governamentais brasileiro (2006-2017): mensuração e análise*. Texto para Discussão, n. 2476. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2019.

SAUSSIER, Stéphane e TIROLE, Jean. “Strengthening the Efficiency of Public Procurement”. *Les notes du conseil d'analyse économique*. Paris: Conseil d'analyse économique, n° 22, abril/2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/275973839_Strengthening_the_Efficiency_of_Public_Procurement. Acesso em 29/06/2021.

SCHIEFLER, Gustavo Henrique de Carvalho. *Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

SPAGNOLO, Giancarlo. “Reputation, Competition and Entry in Procurement”, *International Journal of Industrial Organization*, vol. 30, n° 3, 2012.

NOVOS RUMOS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

THAI, Khi V. "Public Procurement re-examined". *Journal of Public Procurement*, volume 1, issue 1, 2001.

WORLD BANK. *Unsolicited proposals – an exception to public initiation of infrastructure PPPs*, 2014. Disponível em: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/UnsolicitedProposals_PPIAF.pdf. Acesso em 23/06/2021.

A EXPERIÊNCIA EUROPEIA COM OS DIÁLOGOS COMPETITIVOS: UMA PERSPECTIVA PARA A APLICAÇÃO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

*Carolina Dalla Pace*⁸⁷

Palavras-chave: Diretiva 2004/18/CE; Diretiva 2014/24/UE; Diálogo Concorrencial; Nova Lei de Licitações; Diálogo Competitivo.

A Lei nº 14.133/2021, conhecida como Nova Lei de Licitações, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o novo regramento para a realização de procedimentos licitatórios e contratações públicas, representando o mais novo marco administrativo para a operacionalização das compras governamentais na Administração Pública. Dentre as cinco modalidades licitatórias previstas pela lei, destaca-se a incorporação do diálogo competitivo, instrumento inspirado no diálogo concorrencial do direito comunitário europeu. As vantagens e desvantagens da adoção de uma modalidade dialógica de construção de soluções para as necessidades das autoridades públicas ainda não podem ser percebidas, uma vez que o diálogo competitivo ainda é uma novidade. Este artigo se propõe a desenvolver uma análise do diálogo concorrencial para compreensão dos possíveis desafios a serem enfrentados pelas autoridades públicas na utilização do diálogo competitivo, considerando a experiência europeia de mais de 15 anos com a utilização desta modalidade licitatória.

4.1 INTRODUÇÃO

Introduzido pela Lei nº 14.133/2021, conhecida como Nova Lei de Licitações, o diálogo competitivo ainda representa uma incógnita quanto a sua relevância e os impactos de sua aplicação enquanto modalidade licitatória vocacionada para contratação de obras, serviços e compras em que se verifique a existência de inovação tecnológica ou técnica, a impossibilidade da autoridade pública ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado ou a impossibilidade de as especificações

⁸⁷ Doutoranda em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2020). Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (2015). Especialista em Direito Administrativo pela FGV Direito SP (2013). Graduação em Filosofia pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (2016). Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2010). Docente na Faculdade de Direito da Universidade São Judas Tadeu. Advogada.

técnicas serem definidas com precisão suficiente pela autoridade pública.

Para além de meramente responder a indagação “o que é o diálogo competitivo”, esse texto apresenta o esforço de análise de importantes materiais publicados sobre a eficiência do diálogo concorrencial na prática do direito comunitário europeu, provendo informações relevantes sobre as vantagens e desvantagens desse procedimento para que o Poder Público brasileiro possa, com base na experiência europeia, implementar, desde já, as correções de percurso necessárias para o sucesso do diálogo competitivo, haja vista a entrada em vigência da Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Públicos.

4.2 QUE É O DIÁLOGO COMPETITIVO?

O art. 6, XLII da Lei nº 14.133/2021 define diálogo competitivo como:

[a] 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, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos.

Por sua vez, é o art. 32 da Lei nº 14.133/2021 que determina os critérios de utilização dessa modalidade licitatória, estabelecendo que o diálogo competitivo deve somente ser aplicado para contratações em que a administração pública tenha como objetivo a adjudicação de objeto que envolva: (i) inovação tecnológica ou técnica, (ii) a impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e (iii) a impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração Pública.

Atualmente, o desenvolvimento tecnológico e as inovações nas ferramentas de fornecimento de bens e serviços tornam impossível que a autoridade pública possua conhecimento sobre todas as soluções existentes no mercado para suas necessidades. Dessa maneira, a introdução do diálogo competitivo na Lei nº 14.133/2021 possui como finalidade estruturar a oportunidade necessária para que a autoridade pública realize a aquisição de bens ou serviços com soluções customizadas para suas necessidades. Em outras palavras, o diálogo competitivo é, em oposição às estruturas mais

rígidas das modalidades licitatórias tradicionais, a ferramenta introduzida no ordenamento jurídico para oportunizar à autoridade pública a flexibilidade necessária para a contratação de bens e serviços mais aderentes à nova realidade tecnológica e ao ambiente de constante inovação atualmente experimentado.

O diálogo competitivo apresenta semelhanças com o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Em ambos os procedimentos, o setor privado compartilha conhecimento e informações com a autoridade pública para a construção de soluções para futuras contratações públicas. Contudo, enquanto no diálogo competitivo esse compartilhamento de conhecimento e informações ocorre no âmbito do processo licitatório, durante a fase de diálogo, no Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), os participantes realizam um grande investimento de tempo e recursos, sem nenhuma garantia de que a autoridade pública efetivamente abrirá o processo licitatório (NOHARA, 2021, p.183).

A democratização do exercício do poder, tendência política e econômica da atualidade, indica um relacionamento cooperativo entre a autoridade pública e o setor privado (JUSTEN FILHO 2021, p.454). A implementação de ferramentas de cooperação é uma resposta, principalmente, à insuficiência de recursos estatais, haja vista que a assimetria informacional entre a autoridade pública e o setor privado especializado, por exemplo, condiciona resultados negativos quando esta autoridade atua isoladamente, sem interação com o setor privado. O diálogo competitivo, portanto, pode ser considerada a inovação normativa adequada para impulsionar as mudanças necessárias para a conformidade com esta nova realidade.

Conforme estabelece o art. 32 da Lei nº 14.133/2021, o diálogo competitivo é composto por três fases:

(1) Fase de pré-seleção: etapa em que a autoridade pública apresenta, por meio de edital, suas necessidades e as exigências já definidas, estabelecendo um prazo de 25 dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação. Os critérios empregados para a pré-seleção dos licitantes devem ser previstos em edital, admitindo-se todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos.

(2) Fase de diálogo: o diálogo competitivo será desenvolvido por uma comissão de contratação composta de pelo menos três servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da

autoridade público, admitindo-se, também, a contratação de profissionais para assessoramento técnico dessa comissão. Essa fase poderá ser mantida até que se identifique a solução ou as soluções que atendam às necessidades da autoridade pública. As reuniões com os licitantes pré-selecionados são registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo, sendo que a autoridade não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento.

(3) **Fase competitiva:** etapa em que a autoridade pública deve declarar encerrado o diálogo, juntando aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase do diálogo. A fase competitiva tem início com a divulgação do edital contendo a especificação da solução que atende às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para a seleção da proposta mais vantajosa, abrindo prazo, não inferior a 60 dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados apresentarem suas propostas, que deverão, necessariamente, conter os elementos necessários para a realização do projeto. A autoridade pode solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas. Finalmente, a autoridade pública definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado.

O diálogo competitivo apresenta vantagens interessantes para a autoridade pública, como a participação de empresas realmente interessadas na adjudicação do objeto e a elaboração de uma solução efetivamente eficiente para a necessidade da autoridade pública. Entretanto, a ausência de quadros técnicos especializados e a falta de infraestrutura, especialmente para a gravação das reuniões, são desafios ainda a serem superados. Dessa maneira, conhecer a experiência europeia na aplicação do diálogo concorrencial pode representar uma oportunidade valiosa para o contexto das contratações públicas brasileiras.

4.3 QUE É O DIÁLOGO CONCORRENCIAL?

O diálogo competitivo foi inspirado no diálogo concorrencial, modalidade licitatória introduzida no direito comunitário europeu pelo Diretiva 2004/18/CE e confirmada pela Diretiva 2014/24/UE.

Dessa forma, a compreensão das eventuais vantagens e desvantagens do diálogo competitivo pode ser extraída do estudo do diálogo concorrencial,

tanto da perspectiva normativa, como do ponto de vista prático.

4.3.1 A DIRETIVA 2004/18/CE INAUGURA O DIÁLOGO CONCORRENCIAL

O desenvolvimento de projetos economicamente acessíveis de infraestrutura integrada para o crescimento do mercado interno europeu e a obrigatoriedade de cumprimento dos prazos e metas estabelecidas pelas regras de política ambiental da União Europeia foram fatores determinantes para a criação do diálogo concorrencial, modalidade licitatória com procedimentos que oferecem a flexibilidade necessária para que a autoridade pública, em cooperação com os operadores econômicos, elaborem soluções apropriadas para endereçar as inovações tecnológicas e econômicas dos últimos anos.

O diálogo concorrencial foi introduzido pela Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, e consiste numa ferramenta por meio da qual a autoridade adjudicante conduz um diálogo com os operadores econômicos com a finalidade de desenvolver soluções capazes de responder às suas necessidades e com base na qual os licitantes serão convidados a apresentar suas propostas. Essa modalidade, portanto, possibilita que uma autoridade pública que saiba qual o resultado pretende atingir com a adjudicação de um contrato público, mas não possua a expertise necessária para a obtenção desse objetivo, discuta as possíveis soluções com os operadores econômicos, antes de receber deles as propostas finais.

O objetivo da Diretiva 2004/18/CE era simplificar o processo de aquisição, tornando-o mais flexível e assegurando que os contratos públicos pudessem atingir objetivos sociais comuns aos Estados-membros, como a proteção ambiental, a responsabilidade social, o combate à corrupção, a promoção e apoio às pequenas e médias empresas (PME), o fomento à inovação, o combate às alterações climáticas, o estabelecimento do pleno emprego e o desenvolvimento da saúde pública (BUCCINO, IOSSA, RAGANELLI e VINCZE, 2020, p. 164). Com a finalidade de alcançar satisfatoriamente estes objetivos múltiplos, a Diretiva 2004/18/CE introduziu o diálogo concorrencial, modalidade licitatória com foco na promoção da comunicação entre a autoridade pública e os operadores econômicos para a elaboração de soluções para projetos inovadores, como os comumente adjudicados nos contratos de concessão e parcerias público-privadas.

O art. 29, (1) da Diretiva 2004/18/CE estabelecia que, em caso de

contratos particularmente complexos, as autoridades adjudicantes, na medida em que considerem que o recurso ao concurso aberto ou restrito não permite a adjudicação do contrato, deveriam recorrer ao diálogo concorrencial. Com efeito, art. 1º, (11) da Diretiva 2004/18/CE informava que um contrato público pode ser considerado como particularmente complexo, quando a autoridade adjudicante (i) não está objetivamente em condições de definir os meios técnicos capazes de responder às suas necessidades ou aos seus objetivos e (ii) não está objetivamente em condições de estabelecer a montagem jurídica e/ou financeira de um projeto. São exemplos de contratos particularmente complexos, os contratos públicos com projetos de inovação, infraestrutura de transporte integrados, sistemas de tecnologia e projetos vinculados a financiamentos estruturados.

Em verdade, projetos públicos tecnicamente sofisticados e financeiramente dispendiosos são um desafio de planejamento, implementação e gestão para a autoridade pública. Nesse sentido, o diálogo concorrencial possibilita que a autoridade adjudicante entre em contato com as diversas soluções disponíveis no mercado para os desafios apresentados pelos contratos complexos, e encontre a solução adequada para o atingimento do resultado mais consentâneo com o interesse público.

4.3.2 A CONFIRMAÇÃO DO DIÁLOGO CONCORRENCIAL NA DIRETIVA 2014/24/UE

A Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, ato legislativo que revogou a Diretiva 2004/18/CE e modernizou diversos instrumentos de contratação pública, manteve o diálogo concorrencial como modalidade licitatória para a adjudicação de contratos complexos.

Conforme HAUGBØLLE, PIHL e GOTTLIEB (2015, p.557), a Diretiva 2014/24/UE possibilita à autoridade adjudicante maior flexibilidade nas contratações públicas, como nas hipóteses em que é possível a aplicação do procedimento concorrencial com negociação e dos diálogos concorrenciais. Além disso, a parceria de inovação, outra modalidade licitatória introduzida nesta diretiva, permite à autoridade pública celebrar contratos de longo prazo para o desenvolvimento de produtos e serviços. Por sua vez, na Diretiva 2014/24/EU, o preço enquanto critério de julgamento passa a ser entendido como preço unitário ou preço global. Ainda, a referida diretiva promove sensível desburocratização, haja vista que os licitantes são obrigados a apresentar apenas o Documento Europeu Único de Contratação Pública (DEUCP) - documento pelo qual a própria empresa declara que possui situação financeira e capacidade para participar num

procedimento de contratação pública – sendo que apenas o licitante vencedor deve apresentar a documentação completa. Finalmente, também é importante destacar que a publicação de editais na Diretiva 2014/24/EU deve ser realizada no âmbito da União Europeia e não mais apenas a nível nacional, aumentando as interações transfronteiriças entre os Estados-membros e, conseqüentemente, o desenvolvimento do mercado interno europeu.

O diálogo concorrencial é, certamente, a modalidade licitatória mais comentada do novo regime de contratação pública imposta pela Diretiva 2014/24/UE, o que pode ser atribuído principalmente a impossibilidade de utilização satisfatória de concursos abertos ou concursos restritos para a adjudicação de contratos complexos, categoria na qual estão incluídas as concessões e as parcerias público-privadas.

Considerando a realidade dos contratos complexos, a Diretiva 2014/24/UE destaca a importância das entidades e órgãos públicos disporem de maior flexibilidade para a escolha de procedimentos de contratação que possibilitem a negociação, uma vez que procedimentos como o diálogo concorrencial permitem a intensificação do comércio transnacional, já que os contratos adjudicados por meio de um procedimento por negociação, com publicação prévia de anúncio, apresentam uma taxa de sucesso particularmente elevada de propostas transnacionais. Além disso, também destaca que o diálogo concorrencial fez aumentar significativamente os valores dos contratos, revelando-se bastante vantajoso nas hipóteses em que a autoridade pública não consiga desenvolver uma avaliação das soluções técnicas, financeiras ou jurídicas, situação bastante comum em projetos inovadores como aqueles de infraestrutura de transportes integrados em larga escala, sistemas de tecnologia da informação e projetos dependentes de financiamentos complexos e estruturados.

As negociações são um instrumento bastante útil para assegurar que o fornecimento de bens, obras ou serviços corresponda às necessidades da autoridade pública. Assim, sempre que o fornecimento de bens, obras ou serviços exija esforços de adaptação, o diálogo concorrencial poderá beneficiar o resultado objetivado pela autoridade pública, como nos casos produtos sofisticados ou serviços intelectuais, como, por exemplo, os serviços de consultoria, os serviços de arquitetura ou engenharia, e grandes projetos de tecnologias de informação e de comunicação. Na situação dos contratos de empreitada de obras, o diálogo concorrencial pode ser consideravelmente eficiente nas hipóteses em que se pretenda a realização de edifícios que não são normalizados ou em que a obra demande soluções inovadoras.

A Diretiva 2014/24/UE destaca, ainda, que o diálogo concorrencial deverá ser desenvolvido sempre em observância aos princípios da igualdade de tratamento e da transparência. Dessa maneira, a indicação prévia dos requisitos mínimos do procedimento licitatório e a impossibilidade de alterá-los durante a negociação, bem como a manutenção da estabilidade dos critérios de adjudicação, são fundamentais para assegurar a igualdade de tratamento, não devendo, portanto, serem submetidos à negociação entre a autoridade pública e os operadores econômicos. Por outro lado, os elementos que não se constituam como requisitos mínimos do procedimento licitatório, como a qualidade, a quantidade, as cláusulas comerciais, questões sociais e ambientais e as inovações podem ser objeto de negociação na fase dialógica.

Em relação a sua operacionalização, o diálogo concorrencial é dividido em cinco fases:

(1) **Fase da publicidade:** etapa na qual a autoridade adjudicante publica um edital no Jornal Oficial da União Europeia, identificando suas necessidades, os requisitos mínimos do procedimento, os critérios de adjudicação e o cronograma.

(2) **Fase de seleção:** etapa em que a autoridade adjudicante seleciona, conforme critérios de seleção pré-determinados, os operadores econômicos para participar da fase de diálogo.

(3) **Fase de diálogo:** etapa central do procedimento, na qual a autoridade adjudicante estabelece o diálogo com os operadores econômicos selecionados, com a finalidade de identificar as soluções para suas necessidades, sendo possível a discussão de (i) aspectos técnicos, (ii) aspectos econômicos, como o preço, custos e receitas e (iii) aspectos jurídicos, como a modelagem contratual, a matriz de riscos, as garantias e as responsabilidades. O diálogo deve ser realizado individualmente com cada operador econômico, protegendo-se, assim, a confidencialidade das propostas, e deve ser operacionalizado até que se possa identificar a solução ou soluções capazes de endereçar as necessidades da autoridade adjudicante.

(4) **Fase final:** etapa na qual a autoridade adjudicante convida os operadores econômicos que participaram do diálogo a apresentarem suas propostas finais, baseando-se nas soluções escolhidas na fase dialógica. A autoridade adjudicante, nessa fase, avalia as propostas finais recebidas em relação aos critérios de adjudicação estabelecidos no edital, selecionando a proposta economicamente mais vantajosa.

(5) **Fase pós procedimento licitatório:** etapa em que a autoridade adjudicante pode confirmar os compromissos assumidos no procedimento licitatório ou clarificar questões junto ao licitante escolhido, desde que não implique em qualquer modificação aos termos previamente estipulados ou início de novas negociações.

Em linhas gerais, identificam-se diversas vantagens no diálogo concorrencial, como maior adaptabilidade das soluções às necessidades da autoridade pública e mitigação dos riscos envolvidos no projeto. Contudo, a flexibilidade do diálogo concorrencial também pressupõe desvantagens, como um aumento do risco de corrupção e abuso do poder discricionário da autoridade pública, especialmente considerando o desafio de proteção da confidencialidade, vedação de negociações paralelas e proteção contra o vazamento de segredos industriais dos diferentes participantes.

4.3.3 HEAVY USERS DO DIÁLOGO CONCORRENCIAL: A EXPERIÊNCIA DA FRANÇA E DO REINO UNIDO

A França e o Reino Unido despontam como os países com maior aplicação do diálogo concorrencial na adjudicação de contratações públicas de projetos complexos. Nesse sentido, demonstra-se relevante considerar a experiência acumulada por esses países na utilização dessa modalidade licitatória para o aprimoramento do diálogo competitivo no contexto brasileiro.

4.3.3.1 FRANÇA

A França é o país que mais utiliza o diálogo concorrencial em suas contratações públicas, tendo sido identificadas mais de 1800 contratações por meio de diálogos concorrenciais, entre os anos de 2010 e 2017. Os diálogos concorrenciais são, majoritariamente, utilizados no contexto das parcerias público-privadas (PPP), uma vez que permitem uma flexibilização dos rígidos requisitos do processo licitatório nacional (BUCCINO, IOSSA, RAGANELLI e VINCZE, 2020, p.178).

No contexto das contratações públicas na França, o diálogo concorrencial pode ser aplicado tanto a contratos com limites acima, como com limites abaixo dos determinados pelo direito comunitário europeu. Além disso, não há previsão para a duração da fase de diálogo, haja vista que a França entende que é possível se alcançar maior eficiência de resultados quanto maior for a possibilidade de cooperação entre os setores públicos e

privado, sendo que, segundo HAUGBØLLE, PIHL e GOTTLIEB (2015, p.560), a fase dialógica pode durar entre 12 e 24 meses.

Há duas maneiras distintas de aplicação do diálogo concorrencial, como modalidade licitatória na França: (i) todas as soluções apresentadas pelos operadores econômicos são compiladas em uma única solução, obrigando os proponentes a apresentem suas propostas com base nessa solução e (ii) cada operador econômico prepara individualmente suas propostas, que não são compiladas pela autoridade adjudicante (HAUGBØLLE, PIHL e GOTTLIEB, 2015, p.560).

O espaço de discricionariedade da autoridade pública francesa é mais amplo do que aquele previsto pelo direito comunitário europeu para o diálogo concorrencial. Dessa maneira, há maior liberdade para a autoridade adjudicante agir conforme seus interesses econômicos, sempre em conformidade com os princípios da não discriminação dos licitantes, transparência e igualdade de tratamento.

Em linhas gerais, o diálogo concorrencial, na França, pode ser caracterizado como (i) sem limitação de duração da fase de diálogo, (ii) com a possibilidade de desenvolvimento do procedimento de duas maneiras distintas e (iii) maior espaço de discricionariedade da autoridade pública.

4.3.3.2 REINO UNIDO

O diálogo concorrencial foi introduzido nas regras de contratações públicas do Reino Unido em 2006 e, desde então, tem sido utilizado para projetos de infraestrutura em grande escala, especialmente em parceria público privadas (PPP), e sistemas de tecnologia da informação.

Dados de pesquisa, segundo BUCCINO, IOSSA, RAGANELLI e VINCZE (2020, p.179), indicam que o Reino Unido foi o segundo maior usuário dessa modalidade licitatória na União Europeia⁸⁸, tendo realizado 2400 contratações por meio dos diálogos concorrenciais entre os anos de 2006 e 2017. Com efeito, o diálogo concorrencial foi utilizado para a realização de 401 contratações de serviços públicos gerais, 225 contratações na área da saúde, 140 contratações na área da educação e 72 contratações na área de habitação (BUCCINO, IOSSA, RAGANELLI e VINCZE, 2020,

⁸⁸ O Reino Unido deixou a União Europeia em 31 de dezembro de 2020, num evento histórico que ficou conhecido como Brexit.

p.179), entre 2010 e 2017.

Após a realização de mais dessas 1200 contratações públicas entre os anos de 2006 e 2010, o Tesouro do Reino Unido, com a finalidade de analisar os impactos do diálogo concorrencial nas contratações públicas, publicou o *HM Treasury Review of Competitive Dialogue*, estudo desenvolvido com base na aplicação de questionários e realização de mesas redondas com participantes dos setores público e privado envolvidos em procedimentos de diálogo concorrencial. O objetivo dessa análise era examinar o diálogo concorrencial na prática, identificando seu impacto para as contratações públicas no Reino Unido, a partir das experiências das autoridades adjudicantes e dos operadores econômicos.

O documento descreve licitações complexas como aquelas em que as especificações são inovativas ou difíceis de serem definidas, razão pela qual o procedimento é considerado de grande risco, restringindo a competitividade a um mercado limitado e culminando em um contrato público baseado em modelos comerciais não tradicionais (HM TREASURY, 2010, p.10).

Nesse sentido, o Tesouro do Reino Unido identificou que projetos de contratos complexos foram beneficiados pela flexibilidade do diálogo concorrencial, especialmente em projetos de tecnologia da informação, projetos de hospitais, prisões e desenvolvimento urbano. Contudo, o Tesouro do Reino Unido também constatou a utilização de diálogo concorrencial para aquisição de apólices de seguro, uniformes e serviços de limpeza (HM TREASURY, 2010, p.10), aquisições não enquadráveis no conceito de projetos complexos.

Em relação ao diálogo concorrencial, a publicação apontou quatro preocupações dos setores público e privado identificadas pela pesquisa: (i) potencial do diálogo concorrencial assegurar resultados aprimorados, (ii) os custos procedimentais, (iii) cancelamentos e adiamentos de diálogos concorrenciais, (iv) projeto elaborado com retalhos das propostas e compartilhamento de soluções entre os licitantes.

Embora a pesquisa tenha evidenciado que o diálogo concorrencial efetivamente promove o atingimento de resultados personalizados e mais adequados às demandas das autoridades públicas, somente com um envolvimento aprofundado das partes interessadas na definição dos limites e das soluções para os problemas propostos, é que se faz possível alcançar tais resultados. A contribuição das autoridades públicas e do setor privado

são vitais para economizar tempo e recursos no desenvolvimento do projeto.

Comparado com outras modalidades licitatórias, o diálogo concorrencial é considerado mais caro, tanto para a autoridade adjudicante, quanto para os operadores econômicos envolvidos. Com efeito, o Tesouro do Reino Unido (HM TREASURY, 2010, p.20) identifica que a principal razão para o diálogo concorrencial ser considerado mais caro do que as demais modalidades licitatórias são os gastos com administração, avaliação e suporte no contexto do procedimento, que aumentam quando há um maior número de licitantes no diálogo ou quando os licitantes não são apropriadamente selecionados. Nesse sentido, é necessário maior capacitação das equipes da autoridade pública envolvidas no desenho institucional do diálogo concorrencial para que seja possível um planejamento apropriado dos recursos necessários, em outros termos, para redução das despesas com o diálogo concorrencial, as autoridades públicas precisam ter clareza de seus objetivos, capacidade de seleção de um número satisfatório de licitantes, cronograma executável e enxuto e identificação e engajamento apenas de aspectos específicos na fase do diálogo.

Finalmente, o Tesouro do Reino Unido aponta para a necessidade de atenção quanto a construção de projetos com retalhos de propostas, ou seja, situação na qual a autoridade adjudicante escolhe as partes que mais lhe interessam em cada proposta apresentada na fase dialógica por cada operador econômico, construindo uma espécie de projeto mosaico. Além disso, há uma preocupação muito grande, por parte dos operadores econômicos, com a manutenção da confidencialidade de suas propostas.

4.3.4 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O DIÁLOGO CONCORRENCIAL E O DIÁLOGO COMPETITIVO

O diálogo concorrencial foi introduzido no direito comunitário europeu com a finalidade de endereçar as questões relacionadas com projetos e contratos complexos, promovendo maior flexibilidade e customização das soluções para as necessidades das autoridades adjudicantes, e maior aderência aos produtos e serviços encontrados no setor privado. Com efeito, o diálogo concorrencial é uma ferramenta de cooperação extremamente importante para o aprimoramento de contratos de concessão e parceria público-privadas, por exemplo.

A possibilidade de analisar a experiência europeia, nomeadamente dos dois países que mais utilizaram o diálogo concorrencial para a adjudicação de contratos como, por exemplo, de infraestrutura e sistemas de

tecnologia da informação, proporciona uma oportunidade de compreensão das vantagens e desvantagens dessa modalidade licitatória, permitindo às autoridades públicas brasileiras o aprendizado necessário para a capacitação e qualificação de suas equipes, especialmente considerando a necessidade de identificação de potenciais deficiências do diálogo competitivo, como, por exemplo, a maior permeabilidade à corrupção e a violação da confidencialidade das propostas oferecidas pelos participantes do setor privado.

Aproveitando a experiência do Reino Unido (HM TREASURY, 2010, p.3/4), é possível reunir algumas conclusões importantes sobre o impacto do diálogo concorrencial nas contratações públicas. Acolhendo estas conclusões como aprendizado para o diálogo competitivo no contexto brasileiro, oportuniza-se às autoridades acesso às informações necessárias para a realização de um planejamento mais estruturado desse procedimento na prática cotidiana.

Primeiramente, identifica-se a necessidade de desenvolver cursos de capacitação para as comissões de contratação da autoridade pública que operacionalizarem o diálogo competitivo. Essa boa prática de governança pública é fundamental para a qualificação das comissões de contratação, assegurando que haja um planejamento do procedimento no sentido de economizar tempo e recursos, alcançando, assim, melhores resultados.

Além disso, o diálogo competitivo não deve ser estipulado como a modalidade licitatória padrão para a contratação de projetos complexos uma vez que a análise da conformidade dessa modalidade à situação concreta tem se demonstrado fundamental para o atingimento dos resultados pretendidos pela autoridade pública.

Outra boa prática de governança pública que deve ser considerada para o sucesso do diálogo competitivo é a publicação de cartilhas informativas, com foco na educação tanto das comissões de contratação como dos fornecedores de bens e serviços.

Não obstante, a modelagem do procedimento de diálogo competitivo não pode prescindir da elaboração de um cronograma executável, especialmente em relação a organização das agendas de reuniões com os fornecedores convidados, e a previsão de prazo suficiente para a análise das soluções propostas. Nesse sentido, o detalhamento dos requisitos, assim como a estipulação de um prazo para o término dos diálogos é fundamental para o aprimoramento dos resultados.

Finamente, a construção de indicadores de desempenho pode se revelar imensamente benéfica para o aprimoramento do diálogo competitivo, haja vista possibilitar à autoridade pública a oportunidade para a avaliação do procedimento, a expertise das comissões de contratação e, principalmente, a efetivação do interesse público.

4.3.5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BURNETT, Michael. Using Competitive Dialogue in EU Public Procurement - Early Trends and Future Developments. *EIPAScope*, v. 2, p.17-23, 2009.

_____. **Competitive Dialogue - A Practical Guide**. European Institute of Public, 2010.

BUCCINO, Giulia; IOSSA, Elisabetta; RAGANELLI, Biancamaria; VINCZE, Mate. Competitive dialogue: an economic and legal assessment. **Journal of Public Procurement**, 2020.

HAUGBØLLE, K.; PIHL, D.; GOTTLIEB, S. C. Competitive dialogue: Driving innovation through procurement?. **Procedia economics and finance**, v. 21, p. 555-562, 2015.

HER MAJESTY'S TREASURY (HM Treasury). **HM Treasury Review of Competitive Dialogue**, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários À Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

PREGÃO NA LEI Nº 14.133/2021 – POSSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO DE PROJETOS E OUTROS SERVIÇOS DE ENGENHARIA CONSULTIVA

Artur Giolito Melissopoulos⁸⁹

Christianne de Carvalho Stroppa⁹⁰

Palavras-Chave: Pregão. Nova Lei de Licitações. Contratação. Projetos. Serviços de Engenharia Consultiva.

Resumo: A utilização da modalidade pregão para a contratação de projetos e outros serviços de engenharia consultiva, não obstante já prevista a possibilidade por órgão de controle (Tribunal de Contas da União, em especial) e já utilizada pelos entes e órgãos públicos, ainda é muito questionada e debatida, em especial pelos Conselhos de Arquitetura e Urbanismo. A Nova Lei de Licitações prevê, expressamente, a possibilidade de uso dessa modalidade na referida hipótese, o que só aumenta a chance de novos debates sobre o tema. Há um longo caminho ainda a percorrer.

5.1 INTRODUÇÃO

Em 1º de abril do corrente ano foi promulgada a Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021 - NLL), dando fim a quase 30 anos de discussão acerca dos meios e instrumentos de modernização das contratações públicas no Brasil.

Em que pese a nova Lei ter sistematizado as normas de licitações e contratações - quais sejam, a Lei Geral de Licitações (Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993), da Lei do Pregão (Lei nº 10,520, de 17 de julho de 2002) e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC (arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011) -, bem como as Instruções Normativas federais e a

⁸⁹ Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Bacharel em Direito de Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.

⁹⁰ Doutora e Mestre pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Assessora de Controle Externo lotada na Secretaria Geral do Tribunal de Contas do Município de São Paulo. Advogada.

jurisprudência do Tribunal de Contas da União, em apenas um diploma legislativo, houve uma grande revisão e atualização dos mecanismos nelas dispostos, de modo a adaptar seus instrumentos à um mundo totalmente diferente e digital comparado àquele em que se promulgou a Lei nº 8.666/1993, bem como uma maior padronização como forma de se evitar aplicações diferentes nas diversas unidades federativas e concretizar o princípio da eficiência. As contratações pela internet, os mecanismos modernos de repartição de riscos e segregação de funções são outras importantes características inovadoras da Lei nº 14.133/2021.

Dentre as novidades disciplinadas pela Lei nº 14.133/2021 está a revisitação das modalidades. Excluídas as modalidades convite e tomada de preços e incluído o diálogo competitivo ao lado da concorrência, pregão e leilão. O pregão, nos termos do inciso XLI, do art. 6º da Lei nº 14.133/2021, é obrigatória para “aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”.

Este artigo busca trazer as mudanças e a nova sistematização da modalidade Pregão, em especial no que tange à sua utilização para a contratação de projetos e outros serviços de engenharia consultiva.

5.2 A NOVA SISTEMATIZAÇÃO E ALTERAÇÕES DO PREGÃO NA LEI Nº 14.133/2021

Em verdade a Nova Lei não traz grandes novidades no que tange o procedimento do pregão dado que, como se extrai do art. 29 c.c art. 17, subsistem as fase interna e a fase externa, tendo se mantido a última igual à da sistemática da extinta Lei do Pregão, pois se mantém a então chamada inversão de fases (quando comparada à Lei nº 8.666/1993, pois hoje será a sequência padrão das fases), onde o julgamento das propostas precede a habilitação dos licitantes, como uma forma de agilizar o certame.

Nessa mesma toada podemos entender que também se mantém sem grandes alterações os critérios de julgamento (salvo a adição dos critérios de maior desconto e maior retorno econômico - utilizado exclusivamente para contratos de eficiência) e de habilitação dos licitantes. No mesmo sentido, como já dito anteriormente, passa a ser preferencial a forma eletrônica do pregão (art. 17, §2º), deixando clara a intenção de modernizar as relações contratuais da Administração. A utilização da forma presencial continua sendo possível, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

Mas, então, qual seria a vantagem de se revogar uma legislação em benefício de outra que mantém, em rigor, as mesmas disposições no que tange as formalidades do processo licitatório? Eis aí a mudança mais significativa: o objeto. O objeto da licitação na modalidade pregão continua o mesmo, quais sejam compras e serviços. Contudo, a conceituação ao redor deles está modernizada e em consonância com as melhores práticas contábeis, administrativas e de consumo sustentável. Há grande ênfase no recém adicionado princípio do planejamento (art. 5º) – princípio este que normatiza o entendimento do TCU sobre a necessidade de ser efetuado o devido planejamento das compras, bem como dos serviços a serem executados.

No que se relaciona às compras o art. 40 da Lei nº 14.133/2021 traz os parâmetros que devem ser observados e o seu inciso V traz os princípios que as devem nortear. Vejamos:

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

(...)

V - atendimento aos princípios:

a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

Portanto, busca-se nas compras uma maior padronização pela Administração, de modo a facilitar todo o processo e nortear o mesmo em todos os níveis da Federação. De igual forma, o parcelamento se torna viável como forma de tornar todo o processo mais vantajoso economicamente, tanto no que tange ao pagamento quanto à possibilidade de o contratado poder melhor se organizar para a entrega do objeto. Por fim, a responsabilidade fiscal visa garantir que a Administração não mais realize licitações que podem vir a causar danos ao erário bem como não serem pagas aos contratantes.

Por sua vez, há uma subdivisão no que tange aos serviços: há os serviços comuns ou em geral (art. 47 e seguintes) e os serviços de engenharia (art. 45 e seguintes). Em ambos os casos também se procura o respeito ao princípio do planejamento, à medida que se veda a realização de licitações de serviços de engenharia sem projeto executivo (art. 46, §1º, com a exceção do disposto no art. 18, §3º - a qual iremos tratar mais adiante) e que se preconiza a padronização nos serviços em geral.

Portanto, resta claro que foi dado maior rigor na contratação dos serviços de engenharia, sendo que tal rigor veda, a princípio, a possibilidade de haver licitação deste objeto na modalidade pregão, como se depreende do parágrafo único do art. 29. Contudo, trazendo à baila a exceção do §3º do art. 18, a parte final do parágrafo único supra traz a mesma exceção, qual seja, a realização de pregão para contratação de serviços de engenharia comum, assim considerado conforme a definição da alínea “a”, inciso XXI, do art. 6º da Lei nº 14.133/2021:

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

(...)

*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:*

*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;** (grifo nosso)*

Ora, em verdade não há grande diferença do sistema antigo, dado que o TCU declarou em sua Súmula nº 257: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”. De fato, se assim considerado, houve apenas a normatização da jurisprudência. Contudo, como bem expressaram Camargo Rodrigues e Ruggeri (2021):

Assim, ainda que se exclua a utilização do pregão para obras novas a partir de referida definição, continua-se abarcando no objeto do pregão a contratação de serviços extremamente complexos, a exemplo de uma grande reforma em um edifício público.

A opção pelo pregão, portanto, dependerá da definição que se dará à expressão "objetivamente padronizável". A tendência, nesse cenário, é que o pregão seja utilizado para boa parte dos serviços de engenharia não categorizáveis como obras novas e, portanto, enquadráveis como manutenção, adequação e adaptação de bens móveis e imóveis.

Ademais, há a possibilidade de a expressão "serviços comuns de engenharia" abranger também aqueles serviços de engenharia de obra nova quando se tratar de serviços uniformizáveis, a exemplo de escolas pré-moldadas, habitações populares pré-moldadas, etc.

(RODRIGUES E RUGGERI, 2021, Online)

Dessa forma, resta aberta a discussão acerca do que seria o serviço de engenharia comum, visto que diversos deles podem ir além do próprio conceito estabelecido pela Lei. É nesse sentido que adentramos ao cerne do presente artigo: poderiam projetos de engenharia e projetos consultivos de engenharia serem licitados na modalidade pregão?

5.3 SOBRE A NOVA VISÃO DE CONTRATAÇÃO DE PROJETOS E OUTROS PROJETOS DE ENGENHARIA CONSULTIVA

Preliminarmente, necessário entender sobre o que se trata um projeto de engenharia, que nada mais é do que uma obra. Segundo o TCU (Brasil. Tribunal de Contas da União, 2014):

Obra pública é considerada toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação de bem público. Ela pode ser realizada de forma direta, quando a obra é feita pelo próprio órgão ou entidade da Administração, por seus próprios meios, ou de forma indireta, quando a obra é contratada com terceiros por meio

de licitação (Brasil. Tribunal de Contas da União, 2014).

Desta forma, vemos que a obra em si é um projeto complexo, que exige a colaboração de várias áreas da engenharia para sua realização. Ora, a considerar estas complexidades, poderíamos entender que existem, *per si*, serviços de engenharia comuns?

Lembra Bonatto (2021) que:

A atividade que não for enquadrado como obra e destinada a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração é serviço de engenharia.

Os serviços foram classificados em comum e especial. Os primeiros aqueles que têm 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; os segundos, aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição de serviço comum. Aqui, vê-se que o legislador usou equivocadamente de uma antonominia, uma vez que o oposto ao que é *comum*, seria o que é *raro*; o oposto de *simples* é que seria *complexo*.

(BONATTO, 2021)

Na mesma linha, afirma Amorim (2021) que na “seara das atividades correlatas ao ramo de engenharia e arquitetura (profissões reguladas pelas Lei nº 5.194/1966 e nº 12.378/2010), há que se avaliar, com precedência, o enquadramento do objeto como “obra”. Por exclusão, não se tratando de “obra”, recai-se no conceito de “serviço”, devendo, a partir de então, avaliar se se está diante de um “serviço comum” ou um “serviço especial” de engenharia.”

Em decisão recente a Corte reiterou o que já diz a Súmula nº 257:

[S]ão considerados serviços comuns, tornando obrigatória a utilização do pregão, preferencialmente em sua forma eletrônica, os serviços de engenharia consultiva com padrões de desempenho e qualidade que possam ser

objetivamente definidos no edital de licitação, por meio de especificações usuais no mercado. (Acórdão nº 713/2019 – Plenário, Rel. Min. Bruno Dantas)

Contudo, ainda subsiste discussão dentro da área de engenharia e arquitetura sobre esta posição. Os setores entendem que tais serviços são, em sua natureza, especializados, de forma que não é possível entendê-los como comuns. Como expôs o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil – CAU/BR em artigo contra esse tipo de utilização do pregão:

(...) O entendimento é que licitação por pregão deve valer apenas para a aquisição de bens e serviços comuns “cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”. Ou seja, o chamado “produto de prateleira”, classificação na qual não se pode enquadrar projetos, estudos técnicos, consultoria, treinamento, controle de qualidade, fiscalização, supervisão, gerenciamento de obras e serviços. E nestes exemplos a razão é óbvia: são serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual, não padronizáveis.

Em outras palavras, defendemos que a modalidade de licitação pregão não se aplica à contratação de serviços que exijam, por lei, o conhecimento técnico de engenheiros, arquitetos e urbanistas. O menor preço não é garantia de qualidade, muito ao contrário.

(Brasil. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR, 2019)

Destacando o contido no art. 1º da Resolução nº 1.116, de 26 de abril de 2019, do Conselho Federal de Engenharia e Agronomia (CONFEA), no sentido de que “os serviços de Engenharia e Agronomia que exigem uma habilitação legal para sua elaboração e execução, com a emissão da Anotação de Responsabilidade Técnica (ART), são serviços técnicos especializados”, Oliveira e Amorim esclarecem que:

A julgar pelo texto do art. 1º da referida Resolução, não haveria impedimento para a utilização da modalidade pregão com fim de contratação de serviço de engenharia. Pois, como já dito, o caráter comum do serviço não depende

da complexidade ou do grau de intelectualidade que a sua elaboração ou execução demanda (§§1º e 2º do Decreto Federal nº 10.024/2019). O fato é que o legislador (art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520/2002) claramente optou por critérios mercadológicos para a definição do serviço como comum para fins de aplicação da modalidade *pregão*. Desse modo, do ponto de vista técnico, é plenamente possível que um serviço seja *complexo* ou *intelectual*, mas *comum* para fins de enquadramento na modalidade *pregão*, o que ocorreria no caso de o mercado já comercializar tal serviço com padrões de desenvolvimento e qualidade objetivamente definidos.

(OLIVEIRA & AMORIM, 2020, p. 48)

No memo sentido, resta assentado pelo Tribunal de Contas da União:

[...] 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”. (Acórdão nº 1046/2014 – Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler)

Nessa mesma toada, merece destaque o Enunciado ° 26 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, realizada no mês de agosto de 2020: o pelo Tribunal de Contas da União:

A Lei n. 10.520/2002 define o bem ou serviço comum baseada em critérios eminentemente mercadológicos, de modo que a complexidade técnica ou a natureza intelectual do bem ou serviço não impede a

aplicação do pregão se o mercado possui definições usualmente praticadas em relação ao objeto da licitação.

E, ainda, após a promulgação da NLL, o CAU/BR (Brasil. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR, 2021) publicou novo artigo, no qual esclarece como positivo o fato de a Lei ter descartado a utilização do pregão para serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, que devem ser contratados “preferencialmente” (art. 36, §1º, inciso I) no tipo técnica e preço. Contudo, é nesse ponto que o Conselho vê o perigo, pois deveria ser utilizado o termo “obrigatoriamente”, de modo que se encontra uma brecha para a não utilização do critério técnica e preço se devidamente fundamentado. De igual forma, entendem que a contratação de serviços de engenharia e engenharia consultiva na modalidade leilão equivaleria ao pregão, pois se dará em lances abertos, ou seja, lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, o que, em rigor, nada mais é o do que o pregão em lances abertos apenas com outro nome.

Aliás, recentemente, o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Rio Grande do Sul –CAU/RS ingressou com uma Ação Civil Pública contra o Município de Canela. O pedido de antecipação de tutela foi deferido, para o “fim de anular os atos realizados atinentes ao Pregão Eletrônico nº 005/2021 e determinar que o Município de Canela reinicie o referido procedimento licitatório, procedendo à adequação do tipo de critério de julgamento e da modalidade de licitação, em função do objeto do certame, enquadrando a modalidade adequada aos valores envolvidos, sob o tipo ‘melhor técnica’ ou ‘técnica e preço’, de acordo com o art. 46 da Lei nº 8.666/1993”. Pretendia o referido Município a “contratação de empresa especializada em elaboração de projetos de Arquitetura, Engenharia e Instalações, acompanhados de Planilhas orçamentárias, Cronogramas e Memórias Descritivos de todos os itens projetados, bem como a prestação de serviços correlatos, a serem contratados pelo período de um ano”, utilizando-se da modalidade pregão, forma eletrônica. (Brasil. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Rio Grande do Sul – CAU/RS, 2021)

Isto posto, devemos entender o ponto das críticas. De fato, a mera padronização de objetos licitatórios não poder ser estendida a todos os ramos da vida sem qualquer tipo de ponderação. Serviços de engenharia, engenharia consultiva e arquitetura são, por sua natureza, intelectuais. Logo, a singela ideia de que se pode licitar uma obra pública por menor preço pode, como visto em vários casos da história recente do Brasil, causar danos e até mortes.

Segundo o Tribunal de Contas da União:

[O] emprego da modalidade prego, como regra para a contratação de serviços de engenharia consultiva, supervisão e elaboração de projetos de obras, não exclui o modelo tradicional de licitação por melhor técnica ou técnica e preço, para o caso de trabalhos de alta complexidade que não possam ser enquadrados como comuns e, portanto, ter padrões de desempenho e qualidade objetivamente definidos por meio de especificações usuais, segundo reconhecimento e justificativa prévia do contratante. (Acórdão nº 1092/2014 – Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro)

Em que pese, devemos também entender que há falta de pessoal especializado dentro da Administração, até mesmo para a análise de serviços de engenharia comum. Logo, quem iria avaliar se uma proposta de menor preço está adequada às melhores práticas e matérias do setor?

Em brilhante análise, Lima (2021) deixa claro que:

(...) a lei inovou em seu artigo 56, §5º, para estabelecer que “nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como com detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao valor final da proposta vencedora, admitida a utilização dos preços unitários, no caso de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, exclusivamente para eventuais adequações indispensáveis no cronograma físico-financeiro e para balizar excepcional aditamento posterior do contrato”.

(LIMA, 2021)

Desta forma, vemos que a NLL procurou melhor avaliar seu posicionamento, permitindo que o contratado exponha como se dará o serviço através de planilha que posteriormente integrarão o controle e a

fiscalização da obra. Isso permitirá que, objetivamente, a Administração veja se a proposta é exequível quando há o enfreteamento da proposta com as planilhas de custos. Novamente, Lima (2021) expõe de forma direta e clara:

Por isso, deve-se desconsiderar o antigo modo de considerar, ainda na fase interna do pregão, menor preço por ser menor preço, sendo algo não planilhado e nem realista, inclusive, porque esse tipo de modo de proceder não é mais compatível com o regime de contratações de engenharia como aperfeiçoado pela lei, devendo-se agora evitar fixar até máximo tendo como base, simplesmente, a menor das cotações e não média ou mediana e nem cotações prévias que nem mesmo tenham sido apresentadas com base em idêntica planilha de custos e de formação de preços que vá igualar todas aquelas cotações e que seja a mesma base para os licitantes, em face de anexo do edital, elaborarem seus planilhamentos de custos e formação de preços e não e não s tenha aquela absurda situação de pregões com preço máximo que é, de pronto, alertado como “inexequível” ou “subjetivo”, pelos licitantes, assim que o edital é disponibilizado.

(LIMA, 2021)

Acerca de uma suposta contradição da Lei nº 14.133/2021, já que possibilita, em princípio que um serviço comum de engenharia seja licitado com o uso da modalidade pregão e da modalidade concorrência – cujos procedimentos são semelhantes, nos moldes do art. 29 –, invocamos a interpretação conciliadora proposta por Amorim (2021), no seguinte sentido:

(i) em regra, tratando-se de serviço comum de engenharia na qual caibam os critérios de “menor preço” ou “maior desconto”, adotar-se-ia o pregão;

(ii) em casos excepcionais, dada a conformação do mercado, quando se vislumbre relevante variação de aptidão técnica na execução dos serviços – ainda que pareça paradoxal diante da própria compreensão do conceito de “serviços comuns” –, diante da insuficiência dos critérios de julgamento atrelados ao menor dispêndio para a Administração, admitir-se-ia a realização de concorrência do tipo “melhor técnica e preço”. (AMORIM, 2021, p. 71)

5.4 CONCLUSÃO

Como se vê, os dois pontos trazidos têm seus méritos, contudo, devemos nos ater aos fatos e à realidade: o pregão é um instituto que já se tornou praxe na Administração. Não podemos excluí-lo do rol de ferramentas que ela dispõe em prol de uma visão estrita sobre a natureza de uma obra, mas também não podemos aceitar que padrões de qualidade sejam ignorados em prol de uma economicidade que pode gerar dano não só ao erário, mas também às pessoas.

De fato, o entendimento de que existem hoje obras e construções que são padrão no mercado não pode ser descartado, mas também devemos melhor formar quadros dentro do poder público para que as análises necessárias para este tipo de contratação não se façam em puro solipsismo tanto por parte do contratado quanto por parte do contratante. Obras são parte da ciência da engenharia, e, como toda ciência, ela se dá com fatos e análises objetivas.

Portanto, resta claro que o pregão pode auxiliar e tornar mais eficientes e rápidas as contratações de serviços de engenharia pela Administração, mas devemos também exigir que ela preze pela qualidade na execução do serviço e no produto final, evitando que haja malversação do dinheiro público e casos que possam causar desastres a pessoas.

O uso da modalidade pregão, para a contratação de projetos e outros serviços de engenharia consultoria é um debate ainda em aberto, a merecer uma profunda e imparcial análise dos atores envolvidos.

5.5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Definição da modalidade de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia na nova Lei de Licitações. *Observatório da Nova Lei de Licitações*. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/05/21/definicao-da-modalidade-de-licitacao-para-contratacao-de-obras-e-servicos-de-engenharia-na-nova-lei-de-licitacoes/>. Acesso em: 20 Jun 2021.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. Modalidades e Rito Procedimental da Licitação. *In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Coord.). Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

BONATTO, Hamilton. Notas sobre obras e serviços de engenharia na nascitura lei de licitações e contratos. Disponível em: <https://www.licitante.com.br/notas-servicos-engenharia-obras-nova-lei-licitacoes/>. Acesso em: 20 Jun 2021.

Brail. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Rio Grande do Sul – CAU/RS. (21 de Junho de 2021). *Contra o pregão! CAU/RS vence ação em Canela*. Acesso em 22 de Junho de 2021, disponível em Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Rio Grande do Sul – CAU/RS: <https://www.caurs.gov.br/contra-o-pregao-cau-rs-vence-acao-em-canela/>

Brasil. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR. (12 de Fevereiro de 2019). *Artigo “Em defesa da qualidade e da segurança das obras públicas”*. Acesso em 16 de Junho de 2021, disponível em Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR: <https://www.caubr.gov.br/artigo-em-defesa-da-qualidade-e-da-seguranca-das-obras-publicas/>

Brasil. Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR. (5 de Abril de 2021). *Nova Lei de Licitações tem brecha que possibilita contratar projeto por menor preço*. Acesso em 16 de Junho de 2021, disponível em Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil - CAU/BR: <https://www.cauam.gov.br/nova-lei-de-licitacoes-tem-brecha-que-possibilita-contratar-projeto-por-menor-preco/>

Brasil. Tribunal de Contas da União. (2014). *Obras Públicas - Recomendações Básicas para a Contratação e Fiscalização de Obras Públicas de Edificações Públicas* (4ª ed.). Brasília: Tribunal de Contas da União. Acesso em 16 de Junho de 2021, disponível em https://portal.tcu.gov.br/data/files/1E/26/8A/06/23DEF610F5680BF6F18818A8/Obras_publicas_recomendacoes_basicas_contratacao_fiscalizaca_o_obras_edificacoes_publicas_4_edicao.PDF

LIMA, J. (21 de Maio de 2021). *A Lei 14.133/2021 e o pregão para serviços comuns de engenharia*. Acesso em 16 de Junho de 2021, disponível em Consultor Jurídico: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-21/licitacoes-contratos-lei-141332021-pregao-servicos-comuns-engenharia>

NAKAMURA, A. L. (jul./dez. de 2018). Formas de participação privada na modelagem dos projetos de infraestrutura: diálogo competitivo, procedimento de manifestação de interesse (PMI) e manifestação de interesse privado (MIP). *Revista Brasileira de Infraestrutura – RBINF*(14), 31-50.

RODRIGUES, L. C., & RUGGERI, J. D. (30 de Março de 2021). *Nova lei de licitações pode ampliar uso do pregão*. Acesso em 2021 de Junho de 14, disponível em Migalhas: <https://www.migalhas.com.br/depeso/342597/nova-lei-de-licitacoes-pode-ampliar-uso-do-pregao>

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES, CREDENCIAMENTO E E-MARKETPLACE: O *TURNING POINT* DA INOVAÇÃO NAS COMPRAS PÚBLICAS

*Marcos Nóbrega*⁹¹

*Romy Charles L. de Torres*⁹²

Resumo: O presente artigo tratará sobre o Projeto da Nova Lei de Licitações, aprovado recentemente pelo Congresso, analisando as consequências da aprovação do referido texto em relação à possibilidade de construção de ambientes eficientes de compras eletrônicas, na modelagem e-marketplace. Analisamos o uso das regras de credenciamento, como elementos indutores de revelação de informação (signaling) e relevantes para a modelagem de uma plataforma eletrônica de compras públicas, baseadas em inteligência artificial, market design e preços dinâmicos. Assim, a utilização do credenciamento para “mercados fluidos” permite que a contratação decorrente deste procedimento auxiliar se dê sem a prévia definição de preços, o que induz a aceitação de “preços dinâmicos” pela Administração.

Palavras-chave: Licitações públicas. Contratação pública. Nova Lei de Licitações. Teoria econômica. Custos de transação. Credenciamento. E-marketplace.

Abstract: This paper will deal with the New Procurement Law Project, recently approved by Congress, analyzing the consequences of the approval of the referred text in relation to the possibility of building efficient environments for public. We analyze the use of accreditation rules, as elements that induce information disclosure (signaling) and relevant to the modeling of an electronic platform for public procurement, based on

⁹¹Conselheiro Substituto do TCE-PE, Professor Adjunto IV da UFPE – Faculdade de Direito do Recife. Visiting Scholar Harvard Law School. Senior fellow Harvard Kennedy School of Government. Visiting Scholar Massachusetts Institute of Technology - MIT

⁹²Advogado da União. Doutorando em Direito do Estado pela UFPE. Mestre em Direito Econômico pela UFPB. Pós-graduado em Direito tributário (IDP). Pós-graduado em Ciências Jurídicas (UNP). Membro da Câmara Nacional de licitações e contratos da Consultoria Geral da União. Autor de diversos livros jurídicos, entre eles: Leis de licitações públicas comentadas (11ª Edição. Ed. JusPodivm).

artificial intelligence, market design and dynamic prices. Thus, the use of accreditation for "fluid markets" allows the contracting resulting from this auxiliary procedure to take place without a prior definition of prices, which induces the acceptance of "dynamic prices" by the Administration.

Keywords: Public bidding. Public Procurement. New bidding law. Economic Theory. Transactions costs. Accreditation. E-marketplace.

6.1. INTRODUÇÃO. 6.2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SELEÇÃO DE FORNECEDORES. 6.3. CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E E-MARKETPLACE. 6.4. O CREDENCIAMENTO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E AS BASES PARA UM E-MARKETPLACE PÚBLICO. 6.5. CONCLUSÃO.

6.1 INTRODUÇÃO

Recentemente, o Senado Federal aprovou o Projeto da nova lei de licitações, que, convém frisar, desde 1995, vinha sendo discutido em suas casas legislativas, uma vez que o referido Projeto de Lei decorre de um substitutivo do original datado daquele ano⁹³. O texto aprovado, obviamente, é diferente do projetado em 1995. No decurso de todo esse tempo, várias outras iniciativas legislativas foram agregadas, alternando períodos de quase euforia, que pareciam indicar a iminente aprovação de uma nova lei de licitações, com períodos de inércia na tramitação das propostas legislativas.

O modorrento e claudicante processo legislativo ao qual foi submetida a sucessora da Lei nº 8.666/93 é prova das dificuldades para que o Legislativo concluísse a produção de um diploma geral sobre o tema. Basta, para ilustrar, lembrar que, entre dezembro de 2013 e fevereiro de 2017, o Senado já havia analisado uma versão para o Projeto (PL 559/2013), tendo a encaminhado para a Câmara dos Deputados, que aprovou um substitutivo e o devolveu ao Senado em outubro de 2019⁹⁴, o qual foi efetivamente recebido pelo Senado apenas no mês de novembro de 2020!

⁹³ GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra)

⁹⁴Vide didático resumo da tramitação nas casas legislativas, feito pelo professor Victor Amorim, em postagem publicada no Portal "Observatório da nova lei de

No decurso desse tempo, enquanto os Projetos de Lei construídos pelo Parlamento formatavam o texto para uma nova lei de licitações e contratos, partindo de uma “plataforma legal” semelhante à Lei nº 8.666/93, que já repetia o modelo maximalista e analítico do Decreto Lei nº 2.300, de 1986⁹⁵, a verdade é que o mercado sofreu constantes alterações, impulsionadas pelas novas tecnologias, novas formatações sociais e também pela expansão cada vez maior da troca de informações no ambiente da internet. Uma verdadeira revolução ocorreu; o mundo mudou, repercutindo em novas formas de contratação, em novos serviços e até em novas necessidades a serem supridas pela máquina administrativa, nem sempre compatíveis com as rotinas concebidas sob a visão do legislador tradicional.

Em 2020, ano no qual o modelo tradicional de contratações públicas foi posto em xeque, exigindo a aprovação emergencial de uma legislação provisória para resguardar a necessária eficiência desta ação administrativa (através da Lei nº 13.979/2020 e as diversas medidas provisórias que ampliaram regime jurídico contratual excepcional para enfrentamento à COVID-19), quando grande parte dos juristas já reclamavam a necessidade de vislumbrarmos uma nova lei de licitações com olhares mais voltados para elementos econômicos, desprendendo-nos de uma compreensão meramente dogmática e restrita às normas positivadas⁹⁶, um momento estratégico vivenciado na relação Executivo e Congresso Nacional, potencializado por diversas nuances favoráveis, impulsionou a célere aprovação do Projeto de Lei, com pouco mais que uma semana entre a publicação do recebimento, pelo Senado, e a aprovação do texto da Lei⁹⁷, para posterior envio à sanção presidencial.

O projeto aprovado pelo Senado Federal, mantendo a estrutura definida pela Câmara dos Deputados, possui um conteúdo deveras analítico, com quase 200 artigos, mesclando regras da Lei nº 8.666, de 1993 com regras da Lei nº 10.520, de 2002 (Lei do pregão) e da Lei nº 12.462, de 2011 (RDC),

licitações”: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/04/perspectivas-de-tramitacao-do-projeto-da-nova-lei-de-licitacoes-em-seu-retorno-ao-senado-federal/>

⁹⁵ROSILHO, André. *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 29-30.

⁹⁶ NOBREGA, Marcos. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2019.

⁹⁷ Vide tramitação, no seguinte endereço: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>

além de trechos de normatizações infralegais federais, inclusive, identificados em Instruções Normativas. Embora fosse recomendável um aprofundado debate acerca das melhores práticas globais para licitar e contratar com eficiência, com o estabelecimento de procedimentos flexíveis e adaptáveis às inovações, no geral, a redação finalizada no Senado é extensa, manteve a maior parte do Projeto enviado pela Câmara dos Deputados, com mais de 180 artigos e, em princípio, “vai na contramão de uma simplificação do sistema de compras nacional”⁹⁸.

O resultado foi um regramento analítico que não optou pela simplificação do procedimento e pela mudança da estrutura procedimental já definida nas legislações anteriores, mas pela consolidação da experiência pretérita, por meio da agregação de normas já vigentes, “adicionando a elas alguns tons de novidade e incorporando as decisões dos tribunais”⁹⁹. Um texto de lei que busca regular o ambiente licitatório e contratual da Administração com os olhos voltados para os últimos 20 anos que se passaram, não para os 20 anos que trilharemos após a aprovação.

Por outro lado, o texto avança em diversos pontos, mesclando certa margem de discricionariedade na modelagem da licitação (o que rivaliza com o formato de modalidades estáticas) e incluindo “ferramentas” e disposições há muito reclamadas no ambiente licitatório. Sob essa perspectiva, o diploma normativo representa, sem dúvida, avanços em relação ao regime geral de licitações da Lei nº 8.666, de 1993.

Pois bem, o objetivo do presente artigo é analisar a eventual compatibilidade ou incompatibilidade do referido texto legal com a formatação de um ambiente com maior agilidade e menores custos transacionais, aproximando-se do que seria a sonhada adoção de um *e-marketplace* público¹⁰⁰. Se é bem verdade que o novo texto legal não

⁹⁸ NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

⁹⁹ GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra)

¹⁰⁰ NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em

vislumbrou expressamente este formato de relacionamento entre fornecedor e consumidor, teria ele gerado retrocesso ou permitido avanços em relação a essa pretensão de otimização no formato de contratação pública?

6.2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A SELEÇÃO DE FORNECEDORES

Desde o Decreto-Lei 2.300/86, posteriormente seguido pela Lei nº 8.666/93, a legislação brasileira vem estabelecendo ritos procedimentais repletos de controles para a seleção do fornecedor apto ao atendimento da pretensão contratual¹⁰¹, sem qualquer preocupação com os custos transacionais advindos de tais procedimentos e a baixa eficiência e disfuncionalidade de tais exigências. O resultado fático é que os “processos adjudicatórios brasileiros tendem a gerar custos de transação extraordinários e a inibir a competição”¹⁰².

Mesmo no campo doutrinário houve pouco debate sobre as evidentes disfuncionalidades de nosso regime licitatório tradicional, pois poucas vezes aprofundou-se uma análise econômica que tentasse “explicar, prever e entender o comportamento dos atores envolvidos nos processos de contratação pública”.¹⁰³

Com as recentes mudanças tecnológicas e mercadológicas, a defasagem do formato tradicional de licitação e contratação, com seu caráter

<http://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>. Acesso em: 24/12/2020, às 16:16.

¹⁰¹ Pretensão contratual é a formalização da solução necessária ao atendimento da necessidade administrativa a ser suprida, através de atividade a ser realizada por terceiro (ou terceiros). Vide TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 47.

¹⁰² GARCIA, Flávio Amaral. MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. R. de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020. Publicação original na Revista de Contratos Públicos do CEDIPRE (Universidade de Coimbra)

¹⁰³ NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

nitidamente analítico, burocrático e detalhista, ficou cada vez mais patente, o que se agigantou com as dificuldades vivenciadas no ano de 2020, pelo enfrentamento à pandemia decorrente do Coronavírus. A necessidade de contratações eficientes e céleres, diante de um momento de turbulência no mercado, ampliou as evidências das disfuncionalidades do sistema de compras governamentais brasileiro¹⁰⁴.

Há anos, essas mudanças no mercado e na tecnologia, vinham gerando uma paulatina alteração da legislação, seja por via de modificações da Lei nº 8.666/93, seja pela edição de diplomas normativos secundários ou complementares, como a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), a Lei nº 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e a Lei nº 13.303/2016 (Lei das estatais), além de incontáveis regulamentações infralegais. Contudo, com elogiáveis exceções, as mudanças na legislação de licitações no Brasil partiram “do míope receituário clássico de que temos informação simétrica, ausência de custos de transação e simetria informacional”, reunindo “parâmetros arcaicos sob o manto do fetiche do menor preço e com grandes doses de burocracia e irracionalidade”, sendo “incapaz de observar os incentivos reais dos agentes em determinada transação”¹⁰⁵.

Vale frisar, mesmo quando o legislador buscou reduzir tais gargalos, contrariando a melhor doutrina¹⁰⁶, a máquina estatal movimentou-se para

¹⁰⁴ FIUZA, Eduardo; SANTOS, Felipe Vilaça Loureiro; LOPES, Virgínia Bracarense; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. Compras públicas centralizadas em situações de emergência e calamidade pública. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=36397. Acesso em 20/12/2020.

¹⁰⁵ NÓBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente?. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lopes-meirelles-15102020>. Acesso em 24/12/2020, às 12:07.

¹⁰⁶ Entre os doutrinadores que se posicionaram pela especificidade do regime habilitatório prescrito pela Lei do Pregão, podemos destacar Jacoby Fernandes e Joel de Menezes Niebuhr. Vide:

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. Regras de habilitação em pregão eletrônico e presencial. Disponível em <

manter uma posição conservadora, como ocorreu com a modalidade pregão, na qual, embora a Lei tenha definido um regime de habilitação simplificado e flexível, a regulamentação e a praxe administrativa optaram por definir uma aplicação subsidiária e integral dos requisitos de habilitação da Lei nº 8.666/93, em evidente equívoco hermenêutico, que desprezou a opção legislativa, tratando-a como uma inadequada omissão e lacuna¹⁰⁷.

Os diversos custos de transação envolvidos no procedimento licitatório impactam sobremaneira a seleção dos fornecedores, gerando um modelo no qual este custo transacional burocrático¹⁰⁸ consome recursos superiores aos dispendidos para a futura contratação¹⁰⁹. Tal realidade fundamentou elogiável estudo realizado pela Controladoria-Geral da União (CGU), segundo o qual 85% dos pregões eletrônicos em órgãos federais seriam “deficitários”, com dispêndio de recursos para sua realização superiores à pretensa economia proporcionada pelo procedimento competitivo.¹¹⁰

A nova lei de licitações repete um pouco da velha fórmula de realização da licitação, como um procedimento repleto de steps de controle que inicia sua fase externa com a publicação de um edital, para conhecimento

[http://201.2.114.147/bds/bds.nsf/6E51620E811C5224832574C600763E8C/\\$File/NT00038E7E.pdf](http://201.2.114.147/bds/bds.nsf/6E51620E811C5224832574C600763E8C/$File/NT00038E7E.pdf)>. Acessado em 08 de agosto de 2015.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e contrato administrativo. 4ª ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pg. 397/398.

¹⁰⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 1148/1149.

¹⁰⁸FIÚZA, Eduardo P. S. LICITAÇÕES E GOVERNANÇA DE CONTRATOS: A VISÃO DOS ECONOMISTAS. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/q12_capt08_Fiuzza.pdf

¹⁰⁹Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/5438381/decreto-vai-atualizar-valores-de-licitacao-congelados-ha-20-anos>>. Acesso em: 12 abr. 2020.

¹¹⁰. Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2018/04/cgu-propoe-mudancas-para-melhorar-eficiencia-das-compras-governamentais>>. Acesso em: 12abr. 2020.

dos potenciais interessados. Infelizmente, contrariando nossas expectativas¹¹¹, o legislador cunhou um modelo baseado na plataforma da legislação anterior, com sua lógica burocrática e formalista, sem refletir sobre as inovações tecnológicas e sociais que impactaram e continuarão impactando as formas de comunicação e contratação. Muito provavelmente, o Congresso Nacional cometeu o mesmo erro de outrora, qual seja, legislar “olhando para trás” e não para frente, ao conceber o modelo legal de contratações públicas.

Enquanto na vida real as pessoas e as empresas realizam suas contratações rotineiras em poucos cliques, através do computador ou mesmo smartphone, com pesquisa imediata de preços e “ranking” de fornecedores, de acordo com seu histórico positivo ou negativo (signaling)¹¹², nas licitações a escolha do fornecedor, mesmo para a aquisição de bens simples, exige um claudicante e custoso processo de planejamento e definição da pretensão contratual, publicação de edital e a realização de uma sessão para apresentação de propostas. Enquanto as corporações e os governos debatem a evolução de *smart contracts*, com execução através de *blockchain*¹¹³ e redução de custos transacionais que facilitem as trocas, nosso regime contratual exige um instrumento formal, assinado, com cláusulas necessárias e prerrogativas “extraordinárias”, mesmo quando se quer contratar o “ordinário”.

O afã burocratizante ignora que os diversos *steps* de controle, ritos formais, cláusulas extravagantes e rotinas de verificação imputam cada vez mais custos ao processo, afetando toda a cadeia que precede a contratação,

¹¹¹ NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>

¹¹² NÓBREGA, Marcos. Direito e economia da infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 25.

¹¹³ CAVALCANTI, Mariana Oliveira de Melo. NÓBREGA, Marcos. Smart contracts ou “contratos inteligentes”: o direito na era da blockchain. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/smart-contracts-ou-contratos-inteligentes-o-direito-na-era-da-blockchain/>. Acesso em 13/12/2020, às 12:47.

com custos transacionais que acabam restringindo a competitividade dos certames públicos e majorando o preço alcançado na licitação.¹¹⁴

O texto possui diversos avanços em relação ao regime geral de licitações. Ao agregar às disposições da Lei n. 8.666/93, regras da Lei nº 10.520/2002 (Lei do pregão) e da Lei 12.462/2011 (RDC), incrementou o regime geral de licitações com relativa flexibilidade e “ferramentas” interessantes, já aprovadas no uso do RDC ou mesmo em diplomas estrangeiros.

A disposição legal sobre algumas interessantes regras de governança, a ampliação do formato eletrônico para todas as modalidades, o orçamento sigiloso, o procedimento de manifestação de interesse (PMI), a contratação integrada e a semi-integrada, a remuneração variável, os modos de disputa, a possibilidade de cláusula de retomada (*step-in right*), o diálogo competitivo, a pré-qualificação (permanente), entre outras, foram disposições interessantes, que podem permitir incremento de eficiência no procedimento de seleção do fornecedor e na execução contratual.

De qualquer forma, essas regras (ferramentas) foram acopladas a uma plataforma procedimental formalista, incompatível, à primeira vista, com o propalado sonho de implantação de um e-marketplace público para as contratações no Brasil. Para que esta aparente incompatibilidade seja superada será necessária uma nova mudança legislativa ou ao menos uma compreensão jurídica diferente, inovadora, menos preocupada com os ritos e mais preocupada com a eficiência.

6.3 CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E E-MARKETPLACE

Grande parte das contratações rotineiras hoje são realizadas através da internet, nos chamados *e-marketplace*, espaço virtual onde potenciais contratações são oferecidas e pactuadas. Diferentemente do que se pensa, o e-marketplace não é adotado apenas no fornecimento de bens e serviços ao cidadão consumidor final. Esse tipo de plataforma é utilizado para uma variedade de negociações “Empresas para Empresas” (B2B - *Business to Business*), “Empresas para Consumidores” (B2C - *Business to Consumer*);

¹¹⁴ NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.olicitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>

“Consumidores para Consumidores” (C2C – *Consumer to Consumer*); “Empresas para Governo” (B2G - *Business to Government*) e “Governo para Cidadão” (G2C - *Government to Citizen*)¹¹⁵.

Se os cidadãos e as empresas encontraram no campo virtual um ambiente propício para suas transações, o que impede que a Administração Pública adote este *locus* para ao menos parte de suas contratações? Como registramos outrora¹¹⁶, governos e gestores públicos não podem ignorar as mudanças que ocorrem com a utilização da tecnologia da informação e comunicação¹¹⁷.

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 online de serviços; transparência e menos burocracia¹¹⁸. 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 competitividade¹¹⁹. Além disso, elas podem facilitar

¹¹⁵ <https://blog.olist.com/o-que-e-b2c-b2b-b2e-b2g-b2b2c-c2c-e-d2c-como-funcionam/>. Acesso em: 13/04/2020, às 16:06.

¹¹⁶ NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>

¹¹⁷ RAO, Krishna Prasada. A study on e-governance in India: problems, and prospectus. International Journal of Management, IT & Engineering. Vol. 8 Issue 6, June 2018. Disponível em: <http://www.ijmra.us>. Acesso em: 24/02/2020.

¹¹⁸ JOSEPH, Sethunya Rosie. Advantages and disadvantages of E-government implementation: literature review. In International Journal of Marketing and Technology. Vol. 5, Issue 9, September 2015. Disponível em: <http://www.ijmra.us>. Acesso em: 24/02/2020.

¹¹⁹ NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>

a comunicação entre os órgãos públicos e as empresas, fomentando um mercado mais aberto¹²⁰.

Há duas áreas principais de benefícios: melhorias nos custos do processo e redução do preço de compra, firmando que há significativa diminuição dos custos associados ao processo de compras e uma maior conformidade com o processo e os contratos aprovados¹²¹. A contratação pública eletrônica afeta a economia local e a forma como o mercado se relaciona com o Estado, reduzindo os custos transacionais e o tempo despendido, ampliando a concorrência, a transparência e, com isso, combatendo a corrupção.¹²² Nessa linha, Engström, Wallstrom e Salehi-Sangari corroboram a existência de benefícios como: economia de custos, aumento da conformidade dos contratos e aperfeiçoamento do controle de gastos, além da vantagem ambiental.¹²³ Os e-marketplaces se apresentam como plataformas de mercados multilaterais que possibilitam uma maior e mais eficiente interação entre fornecedor e comprador, com uma atuação dinâmica e facilitadora da troca¹²⁴.

120 RAO, Krishna Prasada. A study on e-governance in India: problems, and prospectus. *International Journal of Management, IT & Engineering*. Vol. 8 Issue 6, June 2018. Disponível em: <http://www.ijmra.us>. Acesso em: 24/02/2020.

121 CROOM, Simon.; BRANDON-JONES, Alistair. Impact of e-procurement: Experiences from implementation in the UK public sector. *Journal of Purchasing and Supply Management*, v. 13, n. 4, p. 294–303, 1 dez. 2007.

122 FERREIRA, I.; AMARAL, L. A. Public e-Procurement: Advantages, Limitations and Technological “Pitfalls”. *Proceedings of the 9th International Conference on Theory and Practice of Electronic Governance - ICEGOV '15-16. Anais... In: THE 9TH INTERNATIONAL CONFERENCE*. Montevideo, Uruguay: ACM Press, 2016. Disponível em: <<http://dl.acm.org/citation.cfm?doid=2910019.2910089>>. Acesso em: 25 fev. 2020

123 ENGSTRÖM, A.; WALLSTROM, Å.; SALEHI-SANGARI, E. Implementation of public e-procurement in Swedish government entities. 2009 *International Multiconference on Computer Science and Information Technology*. Anais... In: 2009 *INTERNATIONAL MULTICONFERENCE ON COMPUTER SCIENCE AND INFORMATION TECHNOLOGY*. out. 2009

124 MEDEIROS, Bernardo Abreu; ARAÚJO, Thiago C.; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Marketplace à brasileira: entre o R\$ 1,99 e ‘Adeus, Lênin?’. Disponível em:

Em síntese, podem ser indicadas vantagens como: redução dos custos de transação, maior celeridade no atendimento da demanda administrativa, ampla competitividade, melhor conformidade e padronização das compras, maior controle sobre os gastos, menor burocracia e redução de custos processuais repetitivos.

Por outro lado, a conversão irrefletida, embora permita a redução de custos transacionais, pode não gerar a esperada ampliação da competitividade se o mercado fornecedor não estiver apto a atuar neste novo ambiente. Essa dificuldade pode ser ainda mais acentuada em pequenas localidades, onde o “comércio local” não está preparado para esta praça de disputa. No Brasil, por exemplo, a utilização do pregão eletrônico tem gerado redução nos valores das contratações, mas, por outro lado, acentuou problemas na execução contratual e fragilizou políticas de beneficiamento do comércio local¹²⁵. Grande parte das ME/EPPs não está inserida no comércio eletrônico. Gurakar, citando Rasheed¹²⁶, pondera que pequenas empresas experimentam dificuldades significativas no acesso aos mercados de compras governamentais, já que a maioria delas não possui a infraestrutura de tecnologia da informação necessária e funcionários treinados para a participação nos certames eletrônicos¹²⁷.

Outra questão problemática pode ser o dilema de adoção de plataformas privadas de *e-marketplace*. É uma solução interessante, com vantagens e desvantagens¹²⁸. Diante do tamanho continental do Brasil e das

<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/marketplace-a-brasileira-entre-o-199-e-adeus-lenin-24112020>. Acesso em: 24/12/2020 às 16:11.

¹²⁵ TORRES, Ronny Charles Lopes de. *Leis de licitações comentadas*. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 63.

¹²⁶ Rasheed, H. S. 2004. Capital access barriers to government procurement performance: Moderating effects of ethnicity, gender and education. *Journal of Developmental Entrepreneurship* 9 (2):109–26.

¹²⁷GURAKAR, EsraCeviker.; TAS, Bedri KamilOnur. Does Public E-Procurement Deliver What It Promises? Empirical Evidence from Turkey. *Emerging Markets Finance and Trade*, v. 52, n. 11, p. 2669–2684, nov. 2016. DOI: 10.1080/1540496X.2015.1105603.

¹²⁸Amazon’s Next Frontier: Your City’s Purchasing. Disponível em: <https://ilsr.org/amazon-and-local-government-purchasing/>. Acesso em:

diferenças entre as unidades federativas, é um modelo que parece ser propício, desde que tomados determinados cuidados para evitar problemas como, por exemplo, concentração que estimule “abuso de posição dominante”¹²⁹ pelo dono da plataforma.

6.3.1 TEORIA DA COMPETIÇÃO SOB INCERTEZA.

Quando analisamos a questão do uso de plataformas de *e-marketplace* temos que considerar o potencial dessa estrutura em mitigar os liames da competição nos mercados, infringindo as regras de defesa da concorrência. Isso é relevante porque a instalação de um *e-marketplace* público, considerando o tamanho do mercado de compras públicas no Brasil (16% do PIB) e heterogeneidade do mercado de bens, trará impactos consideráveis no tamanho das empresas e na competição entre elas.

Em termos de concentração de mercado, um primeiro argumento é que essas plataformas possuem poder de monopólio. Isso parece razoável supor porque um *e-marketplace* público criado e gerido pelo Governo Federal teria o condão de gerir as compras de todos os entes federados e milhares de ofertantes de bens. Argumenta-se pelo poder de monopólio, considerando os seguintes aspectos:

a) Possuem relevante parcela do mercado de bens e serviços: Essa plataforma seria criada e gerida pelo Governo Federal e teria, inicialmente, uma grande importância nas compras diretas, pela consubstanciação das regras de dispensa eletrônica. O mercado para esse tipo de compras é vultoso, representando mais de 50% de todas as compras efetuados pela União, Estados e Municípios.

b) Elevadas barreiras à entrada. Nesse tipo de mercado, as barreiras à entrada são referentes aos vultosos investimentos em tecnologia para elaborar uma plataforma confiável e eficiente. No caso de *e-marketplace* público, a plataforma elaborada pelo Governo Federal atenderia todas as

28/02/2020, às 21:25.

¹²⁹ O abuso de posição dominante é uma prática restritiva da concorrência que decorre da utilização ilícita por parte de uma empresa (ou de um conjunto de empresas, no caso de se tratar de posição dominante coletiva) do poder de que dispõe(m) num determinado mercado. Vide: http://www.concorrencia.pt/vPT/Praticas_Proibidas/Praticas_Restritivas_da_Co_ncorrencia/Abuso_de_posicao_dominante/Paginas/Abuso-de-posicao-dominante.aspx

compras efetuadas por essa esfera de Governo e seria disponibilizada aos demais entes federados para também utilizá-la. Não haveria, no entanto, impedimento legal que os outros federados elaborem suas próprias plataformas de *e-marketplace*. Parece pouco provável que os demais entes federados o façam, sobretudo pelas grandes barreiras tecnológicas para a elaboração de ferramenta e o poder de escala e operacionalidade da plataforma federal.

c) Integração lateral. É possível que essa plataforma de *e-marketplace*, considerando a imensa estrutura de dados que irá processar, seja utilizada para outros fins, desde pesquisas e estudos sobre as reais condições do mercado de bens e serviços, até atividades como microcrédito ou plataforma de educação.

d) Forte efeito network. Nesse caso, uma plataforma somente será atraente se houver uma quantidade elevada de participantes e essa quantidade ganhar escala com relativa velocidade. Isso não deverá ser um problema para uma plataforma de *e-marketplace* estabelecida pelo Governo federal porque rapidamente boa parte das transações, sobretudo de contratações diretas, poderão ser processadas nesse instrumento.

Esse poder de monopólio induz a algumas questões interessantes. Qual o critério para elaboração do algoritmo de busca? Terá o licitante participante direito de ter acesso às regras de elaboração desses sistemas de busca? Isso é importante porque ressabido que as empresas que aparecem logo no começo das listas de busca possuem chance muito maior de terem seus bens vendidos no *e-marketplace*. Um argumento é que essas empresas e seus produtos apareceriam na frente com base em rating de um grande número de contratações elaboradas anteriormente. Ocorre que elas estão na frente porque exatamente já estavam na frente, o que induz o efeito looping, prejudicando as demais empresas.

Além disso, nada impede que, com base em dados gestados pela plataforma, o Governo colha informações mais acuradas sobre determinado mercado e tenha tentação de manipulá-lo.

Esses são argumentos clássicos que explicam porque um *e-marketplace* estabelecido pelo Governo Federal pode induzir poder monopolista para o Poder Público. Muito embora esses argumentos sejam convincentes à luz da teoria microeconômica neoclássica, outros aspectos precisam ser considerados, baseados no argumento de que as regras tradicionais sobre monopólio não se aplicam a essas plataformas, pois não se submetem aos critérios clássicos de aferição de monopólio com preço, quantidade e inovação.

É possível, portanto, que estejamos diante de algo totalmente novo em termos microeconômicos: um “moligopólio”. Nesse caso, convive-se com monopolistas e oligopolistas em um ambiente de incerteza e dinamismo econômico.

Para Petit¹³⁰, grandes players de tecnologia podem, cada vez mais facilmente, participar de diferentes níveis da cadeia de valor dos setores relacionados, ou não relacionados, às suas linhas de negócios principais, enquanto se beneficiam de seu poder de mercado para competir nesses setores. Assim, essas empresas obrigam a reconsiderar o escopo de conceitos básicos como a definição de "mercado", "poder de mercado", "práticas de exclusão" ou "eficiência". O pilar fundamental para compreender o comportamento econômico dos atores da plataforma online está relacionado aos efeitos multiplicadores indiretos (“efeitos indiretos de rede”), que condicionam a definição do mercado relevante nessas plataformas.

Assim, ainda não há como prever o impacto que essa plataforma de *e-marketplace* terá sobre os diversos mercados e consequentes repercussões no ambiente de competição. O tema precisa ser melhor estudado e uma análise detalhada dos impactos microeconômicos da adoção de um *e-marketplace* público avança para além do escopo desse texto.

É fundamental, no entanto, refletir sobre o impacto das compras eletrônicas nas relações comprador-vendedor, uma vez que o uso da tecnologia da informação não melhora por si só os níveis de confiança entre essas partes¹³¹, nem afasta os riscos decorrentes da assimetria informacional ou de comportamentos oportunistas, podendo repercutir em inexecuções contratuais.

De qualquer forma, no mundo todo, o Poder Público vem avançando na utilização de *e-marketplace* para suas contratações. Países como Estados Unidos, Filipinas, Espanha, Turquia e Índia, entre outros¹³²,

¹³⁰ PÉTTIT, Nicolas. Big Tech and Digital Economy: The Moligopoly Scenario. Oxford University Press. Oxford. 2020.

¹³¹ CROOM, S.; BRANDON-JONES, A. Impact of e-procurement: Experiences from implementation in the UK public sector. Journal of Purchasing and Supply Management, v. 13, n. 4, p. 294–303, 1 dez. 2007.

¹³² NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e *e-marketplace*: um sonho não tão distante. Disponível em

já adotam plataformas de *e-marketplace* para suas compras públicas e o Brasil não deve ficar alheio a essas mudanças.

Por outro lado, sem qualquer dúvida, o maior empecilho à adoção de *e-marketplace* para as contratações públicas, no Brasil, decorria do conservadorismo dos agentes públicos responsáveis pela interpretação e regulação do ambiente jurídico das licitações, apegados a rotinas de controles burocráticos ineficientes e, muitas vezes, despropositados.

Romper com o tradicional formalismo em nosso Direito Administrativo contratual talvez seja nosso maior desafio, para a implantação de um *e-marketplace* nas contratações públicas.

Como convencer, por exemplo, nossas autoridades públicas a admitir preço dinâmico, característico nas plataformas existentes no mercado? Como convencer o jurista tradicional¹³³ de que preço é na verdade um transmissor de informação e que o preço “estipulado é imperfeito para comunicar todas as características e intenções do licitante contratado”¹³⁴, que o preço estimado “é um sinalizador incompleto do valor que cada licitação dá a determinado bem”¹³⁵, que diversos fatores, entre eles o tempo, o afetam¹³⁶, que o preço de referência não é o preço transacional e nem tem

<http://www.olicitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>. Acesso em: 24/12/2020, às 16:16.

¹³³ Conforme Mackaay e Rousseau, a relação entre o preço de um bem, seu valor e seu custo representa um problema para o jurista (MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.p. 117).

¹³⁴ NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Pesquisa de preços nas contratações públicas, em tempos de pandemia. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/pesquisa-de-precos-nas-contratacoes-publicas-em-tempos-de-pandemia/> Acesso em: 24/12/2020, às 11:29

¹³⁵ NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

¹³⁶ NOBREGA, Marcos. A contratação integrada no Regime Diferenciado de Contratação – Inadequação da teoria da imprevisão como critério para o reequilíbrio

como objetivo identificá-lo precisamente¹³⁷, uma vez que este, o preço transacional, dependerá de diversos fatores objetivos e subjetivos, não podendo ser identificado, o valor de um bem definido na troca, “senão à luz de um acordo livremente aceito pelas partes, cada um levando em consideração as outras opções possíveis”¹³⁸? Como convencer nossas autoridades de que os requisitos de habilitação exacerbam custos transacionais¹³⁹ e que, muitas vezes, se mostram ineficientes para cumprir a função determinada pelo constituinte de que os requisitos de habilitação devem ser exigidos apenas para garantia do cumprimento das obrigações¹⁴⁰? Como convencer a todos que não evoluiremos na eficiência das contratações públicas sem nos preocuparmos prioritariamente com teoria da agência, teoria dos jogos, risco moral (*moral hazard*), racionalidade limitada, assimetrias de informação, custos transacionais, *market design*, teoria do desenho e estabelecimento de incentivos¹⁴¹?

Enquanto a literatura e os precedentes jurisprudenciais acerca das licitações, no Brasil, se debruçam sobre a conformidade dos agentes públicos e privados às regras formais estabelecidas, é “necessário ir mais além,

econômico-financeiro do contrato. Revista de Dir. Público da Economia – RDPE | Belo Horizonte, ano 12, n. 45, p. 111-141, jan./mar. 2014

¹³⁷ BARBOSA, Túlio. Preços para licitações públicas. IN TORRES, Ronny Charles L. de. Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016. P. 149-164.

¹³⁸ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Tradução Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.p. 119.

¹³⁹ NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

¹⁴⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 479.

¹⁴¹ NÓBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente?. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lobes-meirelles-15102020>. Acesso em 24/12/2020, às 12:07.

discutindo por que essas regras são dessa forma e qual o sentido e o caminho de aperfeiçoá-las”¹⁴².

Uma percepção necessária, para o aplicador do direito, no âmbito das contratações públicas, é que não existe soluções mágicas. Os aparentes dogmas que se refletem em muitos julgados são verdades tópicas que muitas vezes desconhecem a versatilidade das situações fáticas similares, porém não idênticas, ignorando que a tomada de decisão sempre envolverá certa carga de *trade-off*. O grande desafio das contratações públicas é que tenhamos maturidade para desapegarmos de velhos estigmas para construir modelos em que as vantagens superem as desvantagens.

Nessa linha de pensamento, convém analisar a interessante formatação jurídica dada ao procedimento auxiliar “credenciamento”, na nova Lei de Licitações.

6.4 O CREDENCIAMENTO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E AS BASES PARA UM E-MARKETPLACE PÚBLICO

Não se deve confundir o credenciamento com os contratos ou contratações que serão firmados a partir dele. A natureza jurídica do credenciamento não equivale à de uma hipótese de inexigibilidade ou mesmo do contrato administrativo firmado. Ele mais se aproxima de um procedimento auxiliar, como o registro cadastral ou a pré-qualificação permanente, produzido para justificar ulteriores contratações diretas¹⁴³.

O Projeto da nova Lei de Licitações tratou o credenciamento como um procedimento auxiliar, distinguindo-o da compreensão que o equiparava a uma hipótese de inexigibilidade. Esse tratamento era comum e defendido

¹⁴² NÓBREGA, Marcos. CAMELO, Bradson. O que o prêmio Nobel de Economia de 2020 tem a ensinar a Hely Lopes Meirelles? O modelo de licitações que temos no Brasil é eficiente?. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/premio-nobel-economia-2020-ensinar-hely-lopes-meirelles-15102020>. Acesso em 24/12/2020, às 12:07.

¹⁴³ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 441.

por relevante doutrina¹⁴⁴ e também pela jurisprudência¹⁴⁵, tendo em vista que, na prática, a criação do credenciamento objetivou justificar a situação e inviabilidade de competição na qual a Administração aceitaria como colaborador/contratado todos aqueles que, atendendo as motivadas exigências públicas, manifestassem interesse em firmar contrato ou acordo administrativo.

Na linha traçada pela nova Lei de licitações, o credenciamento não é uma hipótese de inexigibilidade, mas um procedimento auxiliar necessário para ulteriores contratações diretas. Conforme definido pelo legislador, no inciso XLIII de seu artigo 6º, o credenciamento é um “processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados”¹⁴⁶.

Essa intelecção do credenciamento como um procedimento auxiliar permite certa flexibilidade, admitindo que a ele não sejam impostos os rigores previstos para o contrato administrativo propriamente dito¹⁴⁷ e já era defendida pela AGU¹⁴⁸. Em linha semelhante, a Instrução Normativa nº 05/2017, ao normatizar as contratações de serviços terceirizados, definia o

¹⁴⁴. CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. O Sistema de Registro de Preços: um reforço à obrigatoriedade de licitar. *In*. Direito do Estado: questões atuais. Salvador: JusPodivm, 2009. P. 70.

¹⁴⁵. TCU. Acórdão 3567/2014-Plenário.

¹⁴⁶ Art. 6º. (...)

(...)

XLIII – credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, credenciem-se no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados;

¹⁴⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 440-441.

¹⁴⁸ PARECER n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU

credenciamento como “ato administrativo de chamamento público destinado à pré-qualificação de todos os interessados que preencham os requisitos previamente determinados no ato convocatório, visando futura contratação, pelo preço definido pela Administração”.

Convém observar, contudo, que os contornos definidos ao credenciamento pela nova lei de licitações avançam, e muito, permitindo que este procedimento auxiliar amplie sua utilidade no âmbito das contratações públicas.

Primeiramente, se antes a adoção do credenciamento estava adstrita à contratação todos os prestadores aptos e interessados em realizar determinados serviços, quando o interesse público fosse melhor atendido com a contratação do maior número possível de prestadores simultâneos¹⁴⁹, segundo o texto da Nova Lei de Licitações, admite-se que ele seja adotado não apenas para a ulterior contratação da prestação de serviços, mas também para o fornecimento de bens.

Em segundo, há de salientar que o legislador não fez referência a uma necessária contratação direta por inexigibilidade, embora indique que ele, o credenciamento, é um procedimento prévio à execução do objeto (contratação). Outrossim, ao definir quais as hipóteses em que o credenciamento é aplicável, no artigo 78, **o legislador claramente indica que ele precede contratações, o que denota que ele seria um procedimento auxiliar precedente a contratações diretas.**

Por conseguinte, se tradicionalmente o credenciamento esteve relacionado às contratações por inexigibilidade, na nova Lei, diante de inexistência de restrição expressa, ele poderá ser utilizado como procedimento prévio a outras contratações diretas, por dispensa ou por inexigibilidade.

Outrossim, nas hipóteses de inexigibilidade, a inviabilidade de competição deverá ser compreendida em seu sentido amplo. Competição inviável, para fins de aplicação da hipótese de inexigibilidade licitatória,

¹⁴⁹. RIBEIRO, Juliana Almeida. Inexigibilidade de licitação e o credenciamento de serviços. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2809, 11 mar. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/18683>>. Acesso em: 20 maio 2012. P. 11.

notadamente decorrente do procedimento auxiliar credenciamento, não restaria caracterizada apenas nas situações em que é impossível haver disputa, mas também naquelas em que a disputa é inútil ou prejudicial ao atendimento da pretensão contratual da Administração¹⁵⁰. Esta compreensão é claramente identificável nas hipóteses para aplicação do credenciamento, previstas no artigo 78 da nova Lei de Licitações, embora inexista restrição à aplicação do credenciamento apenas para as situações de inviabilidade de competição, já que o legislador estabeleceu regramento que permite ao credenciamento uma adoção ainda mais ampliada do que a outrora definida pela jurisprudência.

Vale a transcrição do regramento estabelecido pelo artigo 78 da Nova Lei de Licitações:

Seção II

Do Credenciamento

Art. 78. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I – paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II – com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III – 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.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

¹⁵⁰ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. P. 430.

I – 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 de novos interessados;

II – na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III – o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV – na hipótese do inciso III do *caput* deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V – não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI – será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

A nova lei amplia, e muito, o escopo de utilização do credenciamento, permitindo interessante aplicação deste procedimento auxiliar, caso os intérpretes da Lei não insistam em impor restrições baseadas em compreensões do passado, interpretando a disposições do novo diploma com a mentalidade da legislação passada.

Além da expressa ampliação do uso do credenciamento para fornecimento de bens (aquisições), convém destacar que, se as hipóteses de contratação “paralela e não excludente” e “com seleção a critério de terceiros” já eram comumente identificadas em credenciamentos de serviços, a hipótese justificadora de sua adoção para “mercados fluidos” é uma interessante novidade, pouco experimentada antes da nova Lei. Vale frisar, **a utilização do credenciamento para “mercados fluidos” permite que a contratação decorrente deste procedimento auxiliar se dê sem a prévia definição de preços, o que induz a aceitação de “preços dinâmicos” pela Administração.**

Esses preços dinâmicos, também chamados de preços em tempo real ou preços algorítmicos, são flexíveis e variáveis com base na demanda, oferta, preço da concorrência, preços de produtos substitutos ou complementares¹⁵¹. O preço pode até mudar de cliente para cliente com base em seus hábitos de compra. Assim, se um determinado bem é constantemente comprado por um determinado município em específica época, isso certamente impactará no preço do produto naquele período. O mercado intuitivamente já faz isso, no entanto, com regras algorítmicas de precificação, isso ficará mais fácil de captar. O preço dinâmico permite que os fornecedores sejam mais flexíveis e ajusta os preços para serem mais individualizados, especificamente para um determinado comprador do produto.

Os preços dinâmicos são determinados por algoritmos baseados em regras ou de autoaperfeiçoamento (AI) que levam em consideração múltiplas variáveis para definir o melhor preço para aquele produto específico, para aquele cliente, naquele momento. Isso, em essência, já impõe um grande desafio para formatação de sistemas de compras públicas. Muitas variáveis podem ser consideradas para definição desses preços, como: sazonalidade dos produtos; dados sobre clientes específicos; tamanho do mercado de compras para determinada região demográfica; hábitos de compras em determinada região; preços dos bens substitutos e complementares; histórico das últimas compras; compras semelhantes em regiões com o mesmo porte econômico, entre tantas outras maneiras de formatar o algoritmo para captar a aleatoriedade dos preços.

Considerado esse aspecto dos preços dinâmicos, é possível suscitar o credenciamento para fornecimento de passagens aéreas, adotado recentemente pelo Governo Federal, como referência para o potencial deste procedimento auxiliar definido pela nova Lei. Segundo a modelagem estabelecida pelo Edital de Credenciamento nº 01/2020 da Central de Compras do Ministério da Economia, o credenciamento permite que companhias aéreas interessadas ofertem um desconto mínimo de 15% sobre todas as tarifas e classes vigentes à época da emissão do bilhete e válido para

¹⁵¹ AIMULTIPLE. Dynamic pricing: What it is, Why it matters & Top Pricing Tools. Disponível no endereço eletrônico:

todas as rotas regulares domésticas operadas pela companhia aérea¹⁵².

Ao se reportar às “tarifas e classes vigentes à época da emissão do bilhete”, o regramento define um formato dinâmico de precificação, incomum, até então, na prática contratual da administração, mas claramente válido e eficiente, por aproveitar o melhor preço disponível naquele momento.

Diante da dinamicidade do preço de mercado, notadamente em mercados fluídos, a tentativa de “estabilização” em uma proposta, para que o fornecedor se comprometa por um período longo, exige que o licitante inclua o risco de oscilação ao definir sua proposta e, obviamente, quanto menos arrojado ou responsável ele for, maior será a margem a ser acrescida. **Com o preço dinâmico, há um ajuste das diversas variáveis econômicas envolvidas para que ele seja definido com o cruzamento das curvas de oferta e de demanda.**

Importante reiterar: este formato, de acordo com o regramento estabelecido pelo artigo 178, vale para a contratação de serviços ou para o fornecimento de bens.

Contudo, uma dúvida resta pendente, não foi respondida pelo legislador, será definida pelo regulamento e pode ser crucial para que possamos responder à provocação suscitada pelo título deste escrito: o que seria um mercado fluído, para fins de aplicação do credenciamento?

Caso a interpretação de mercado fluído, dada pelo regulamento, seja ampliativa, e este instrumento seja adaptado ao ambiente virtual, podemos ter a utilização do credenciamento para variadas pretensões contratuais. **O potencial é enorme e significativo, criando bases para que possamos ter a implantação de e-marketplace para o atendimento de demandas em que este formato se demonstrará muito mais eficiente que a modelagem licitatória tradicional.**

Uma aplicação óbvia, sem dúvida, envolve o fornecimento de passagens aéreas. Como é cediço, o preço de aquisição da passagem é variável. Com a adoção do credenciamento, no momento da necessidade de

152

<https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-publica-edital-de-credenciamento-para-compra-direta-de-passagens-aereas>

contratação, uma ferramenta eletrônica colherá automaticamente o preço ofertado pelas companhias credenciadas, para o trecho pretendido, em horário compatível com a necessidade administrativa. Assim, aproveita-se o melhor preço no momento da demanda, sem uma estabilização artificial que justapõe riscos e pode ser ineficiente, sobretudo, para o comprador.

Para além dessa hipótese já experimentada pela Central de Compras do Governo Federal¹⁵³, poderíamos também ter adotado esta modelagem, por exemplo, para a aquisição de insumos no enfrentamento à COVID-19. Durante o período de Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional – ESPIN, diante da grande oscilação dos preços, uma das grandes dificuldades enfrentadas pelo gestor público foi justificar os preços estimados para as necessárias contratações¹⁵⁴. O formato de estabilização de um preço em proposta vinculada a período longo, como sugerido com as Atas de Registro de Preços, é ineficiente, pois o risco de oscilação é tremendo, o que induz preços mais altos ou propostas irresponsáveis¹⁵⁵, afasta potenciais fornecedores e aumenta preços transacionais, prejudicando eventual vantagem decorrente do ganho de economia de escala que poderia ser alcançado por uma compra imediata¹⁵⁶.

Admitir a dinamicidade e fluidez, naquele momento, poderia ser uma opção econômica mais eficiente, pois mitigaria riscos e aproveitaria melhor o

¹⁵³ Vide Edital de Credenciamento nº 01/2020 da Central de Compras do Ministério da Economia. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/setembro/ministerio-da-economia-publica-edital-de-credenciamento-para-compra-direta-de-passagens-aereas>

¹⁵⁴ JACOBY FERNANDES, Jorge Ulysses; JACOBY FERNANDES, Murilo; TEIXEIRA, Paulo; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Direito provisório e a emergência do coronavírus. Belo Horizonte: Fórum, 2020. P. 84.

¹⁵⁵ Sobre o tema, vide: NÓBREGA, Marcos; CAMELO, Bradson; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Pesquisa de preços nas contratações públicas, em tempos de pandemia. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/pesquisa-de-precos-nas-contratacoes-publicas-em-tempos-de-pandemia/> Acesso em: 24/12/2020, às 11:29

¹⁵⁶ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Dispensa de licitação para fins de registro de preços. In Registro de Preços: análise crítica do Decreto Federal nº 7.892/13, com as alterações posteriores. FORTINI, Cristiana (Coord.) 3ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Pp. 146/166.

preço à disposição no mercado.

Diante da indefinição do conceito de mercado fluido, a regulamentação pode admitir que pretensões contratuais com relevantes oscilações, sejam decorrentes da variação de preços, sejam decorrentes de custos envolvidos e muito variáveis de acordo com a demanda, possam ser atendidas pelo credenciamento. Neste bojo, **poderiam ser inseridas as aquisições de gêneros alimentícios, fornecimento de combustível, aquisições de insumos fortemente impactados pela variação cambial, entre outros.**

Porém, o mais importante é perceber que o credenciamento, no formato definido pela nova lei de licitações, cria as bases para um e-marketplace público, o que responde nossa indagação inicial e pode favorecer enorme incremento de eficiência nas contratações da Administração.

Por fim, é necessário compreender que o credenciamento, enquanto procedimento auxiliar para registro de fornecedores aptos aos futuros fornecimentos de bens ou serviços, não se submete estritamente ao regime jurídico do contrato administrativo, embora submeta-se ao regime jurídico de direito público. Essa percepção é fundamental, pois impor ao credenciamento as prerrogativas e restrições inerentes ao regime dos contratos administrativos daria ensejo a custos transacionais que poderiam prejudicar a eficiência da modelagem de e-marketplace, em detrimento do próprio Poder Público. Assim, o credenciamento, *per se*, não permite à Administração a utilização de determinadas prerrogativas extraordinárias ínsitas ao contrato administrativo¹⁵⁷, nem traz consigo as mesmas restrições impostas pelo específico regime jurídico desses contratos firmados pela Administração¹⁵⁸.

Esta parece-nos a compreensão indicada pelo legislador, o que resta evidente pelas regras prescritas nos incisos I e VI do parágrafo único do artigo 178 da Nova Lei, de que o edital de chamamento deve “permitir o cadastramento permanente de novos interessados” e admitir “a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital”.

¹⁵⁷ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 441

¹⁵⁸ PARECER n. 0003/2017/CNU/CGU/AGU

Inspirada nessas disposições, a regulamentação poderia, aproveitando a margem de discricionariedade admitida pela própria Lei e pela Constituição, reduzir as exigências habilitatórias, para fins de credenciamento, apenas àquelas indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, conforme preceito prescrito pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que estabeleceu certa funcionalidade à habilitação das licitações, algo, infelizmente, ignorado na prática ordinária, pela Administração Pública¹⁵⁹.

Pode o regulamento, também, avançar para a criação de mecanismos de *signaling* e *screening* para mitigar a assimetria de informações existentes entre a administração e os fornecedores credenciados¹⁶⁰. É necessária certa dose de inovação, inspirando-se em práticas já experimentadas em outros países, “importando aquilo que deu certo e adequando à realidade brasileira” para evitar que a ausência de um desenho jurídico apto torne a oportunidade de configuração de e-marketplace público em um “remendo novo em uma roupa velha”¹⁶¹.

6.5 CONCLUSÃO

A aprovação da nova lei de licitações, pelo Congresso Nacional, trouxe um misto de ansiedade, euforia e frustração, para a comunidade jurídica.

Sem dúvida alguma, o texto aprovado traz diversos avanços, em relação ao regime jurídico da Lei nº 8.666/93, justificando a ansiedade e a euforia pelo início de sua aplicação; noutro diapasão, seu caráter analítico e maximalista frustrou aqueles que sonhavam com uma plataforma legal nova,

¹⁵⁹ TORRES, Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações comentadas. 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 479.

¹⁶⁰ NÓBREGA, Marcos. JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. Assimetrias de informação na nova Lei de licitação e o problema da seleção adversa. R. bras. de Dir. Público – RBDP | Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

¹⁶¹ MEDEIROS, Bernardo Abreu; ARAÚJO, Thiago C.; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. Marketplace à brasileira: entre o R\$ 1,99 e ‘Adeus, Lênin?’. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/marketplace-a-brasileira-entre-o-199-e-adeus-lenin-24112020>. Acesso em: 24/12/2020 às 16:11.

minimalista e mais adaptável às mudanças sociais e tecnológicas que vêm afetando a sociedade brasileira.

Esse “sonho”¹⁶² aspirava por uma nova lei que assimilasse leitura econômica ao regramento das contratações públicas, estando preparada para formas atuais de contratação, como através de plataformas de e-commerce.

Assimilar uma leitura econômica significaria estabelecer as regras legais com foco em suas repercussões econômicas, nos incentivos criados e não no estabelecimento formalista de *steps* de controle. Uma Lei que tivesse especial preocupação com a redução de custos transacionais, *market design*, criação de incentivos, risco moral (*moral hazard*), racionalidade limitada, teoria dos jogos, teoria da agência e assimetrias de informação; assim como tivesse a compreensão de que o preço é um fenômeno extremamente dinâmico, um transmissor de informação que sofre influência de diversos fatores, ampliados com a virtualização das contratações.

Outrossim, inegável que o uso de plataformas eletrônicas para as contratações já é uma realidade e foi intensificado no ano de 2020, em razão das adaptações sociais e econômicas decorrentes do período de enfrentamento à pandemia COVID-19. Fato é que, no mundo todo, diversos países, há anos, avançaram para a adoção de e-marketplace em suas contratações públicas, apontando diversas vantagens neste novo ambiente. Com o devido respeito, o Brasil não pode continuar indefinidamente realizando seus procedimentos de seleção e contratação sob a burocrática plataforma consagrada pelo Decreto-Lei 2.300/1986 e pela Lei nº 8.666/93.

O objetivo deste artigo foi tocar nesses dois pontos. Em primeiro, provocar a necessidade de reflexão sobre uma leitura econômica das contratações públicas; em segundo, analisar a compatibilidade do texto da nova lei de licitações com a formatação de um ambiente de “seleção” com maior agilidade e menores custos transacionais, aproximando-se do que seria a sonhada adoção de um *e-marketplace* público.

Neste último ponto, em específico, se é bem verdade que o novo texto legal não tratou expressamente sobre *e-marketplace*, os autores do presente artigo buscaram demonstrar que, diante da interessante formatação

¹⁶² NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. Licitações públicas e e-marketplace: um sonho não tão distante. Disponível em <http://www.licitante.com.br/marketplace-sonho-distante/>. Acesso em: 24/12/2020, às 16:16.

jurídica dada ao procedimento auxiliar “credenciamento”, na nova Lei de Licitações, uma regulamentação arrojada e desprendida de velhos dogmas pode definir bases para que possamos ter a implantação de e-marketplace apto ao atendimento de certas demandas administrativas, com grande ganho de eficiência, em comparação com a modelagem licitatória tradicional.

Esperamos que este artigo, de alguma forma, possa contribuir para o desenvolvimento deste debate, ainda em construção, pela comunidade acadêmica e profissional.

COMPLIANCE E A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Daniela Bonato B. Zambelli¹⁶³

Palavras-chave: Lei de Licitações; Compliance; Programa de Integridade.

Resumo: O presente artigo discute a função do programa de compliance, bem como relaciona os motivos que o tornam tão relevante quando se trata de contratações públicas. Superada essa fase preliminar, o presente artigo analisará os dispositivos inseridos na nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021) que tratam sobre os “programas de integridade”, quais sejam, artigos 25, §4º; 60, IV; 156, §1º, V; e, 163, parágrafo único.

7.1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tornou-se corriqueira a publicação de notícias envolvendo escândalos de corrupção em licitações e contratos administrativos como, por exemplo, a “Operação Lava-Jato”, a “Máfia das Próteses”, dentre outros, reacendendo a necessidade de institucionalização dos programas de compliance para “criar procedimentos internos de controle e monitoramento das operações entre as pessoas”¹⁶⁴.

E, a razão é simples: “a corrupção corrói o ambiente democrático, contribuindo para a eternização de grupos políticos no poder, onera em demasia os cofres públicos, desincentiva o surgimento de novos protagonistas no mercado e destrói empresas corretas e com elas os empregos gerados”¹⁶⁵.

¹⁶³ Advogada. Especialista em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). LL.M em Direito e Prática Empresarial pela CEU Law School. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP).

¹⁶⁴ NOHARA, Irene Patrícia. *Lei anticorrupção empresarial e compliance: Programa de compliance efetivo e cultura de integridade*, em *Governança, compliance e cidadania*/ NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flavio Leão Bastos (coord.) – 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 25.

¹⁶⁵ FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. *Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública Brasileira*. Disponível em

O termo compliance vem do verbo *to comply* que “significa cumprir, estar em conformidade, executar, obedecer, observar, executar e satisfazer o que é imposto”. Contudo, essa conformidade seria apenas em relação as leis? Se sim, como questiona, GIOVANI AGOSTINI SAAVEDRA¹⁶⁶, o que há de novo, visto que todos devemos obediência as leis?

Acontece que o compliance vai muito além da observância às leis.

Ele, sendo uma forma de gestão atrelada a concepção de governança corporativa, representa um “compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos que demonstrem que a empresa ou a organização está buscando garantir (...) com a máxima eficácia, um estado de conformidade de todos os colaboradores”; e, esse “estado de conformidade” deve-se pautar nas leis, diretrizes, regulamentos internos e externos seja para prevenir condutas irregulares, seja para “solução, reparação ou conserto (fixing) de situações e problemas que não puderem ser evitados pelas estruturas preventivas criadas”¹⁶⁷.

Por ser uma expressão ampla, para melhor entendimento, é possível classificar o termo compliance em vários tipos como o compliance tributário, compliance contratual, compliance anticoncorrencial, compliance trabalhista, etc.; e, dentre os diversos programas de compliance, o que mais se destaca no Brasil, em razão do advento da Lei Anticorrupção, é o programa de integridade que, para atender os seus objetivos de prevenir, detectar, punir e remediar atos de corrupção, fraudes e atos ilícitos ou antiéticos, exige uma postura proativa da empresa para, conforme afirma WAGNER GIOVANINI citado por IRENE PATRÍCIA NAHARA, “fazer o certo por

<https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/11/governanca-combate-corrupcao.pdf>. Acesso em 20 abr.2021.

¹⁶⁶ SAAVEDRA, Giovani Agostini. Compliance Criminal: Revisão Teórica e Esboço de uma Delimitação Conceitual. *Revista Duc In Altum Cadernos de Direito*, Recife, v. 8, n. 15, p. 239-256, mai./ago. 2016. Disponível em <https://revistas.faculdadedamas.edu.br/index.php/cihjur/article/view/375/359>. Acessado em 05maio2021.

¹⁶⁷ SAAVEDRA. Op. cit. P. 247

convicção”¹⁶⁸.

O ordenamento jurídico pátrio, a fim de manter a “liberdade de organização das pessoas jurídicas”¹⁶⁹, não impõe a todas as empresas, de forma irrestrita, a obrigatoriedade de implantação de um programa de compliance. Contudo, cada dia mais, em situações específicas, exige-se que as empresas o apresentem para efetivar relações contratuais como, por exemplo, a Lei Estadual 7.753/2017 que exige que os editais de licitações públicas passem a exigir a implantação do programa de integridade das empresas que desejarem ser contratadas pela Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro; a Lei do Distrito Federal nº 6.112/2018 que, igualmente, trata da necessidade de implementação de Programa de Integridade para as pessoas jurídicas que pretendem firmar contrato de qualquer natureza com a Administração Pública do Distrito Federal; e, a Lei Federal 13.303/2016 que, ao trazer uma nova realidade às empresas públicas e sociedades de economia mistas, exigiu a prática de governanças corporativas e a implementação de programas de integridade .

Nessa mesma linha, a nova Lei de Licitações, “reconhecendo-se o campo das licitações e contratos públicos como especialmente vulnerável aos desvios de conduta, que minam a confiança e drenam o erário público”¹⁷⁰, inseriu dispositivos destinados a estimular a adoção de programas de compliance na área de integridade e anticorrupção, assim denominados na lei como “programas de integridade” que, nas palavras de MARÇAL JUSTEN FILHO, “são processos gerenciais orientados a impedir desvios éticos e práticas de fraudes a terceiros, inclusive aquele atinentes à corrupção. Esses programas envolvem a implantação de controles internos muito rígidos, especialmente no tocante ao destino de verbas e recursos de titularidade da empresa”¹⁷¹.

Tem-se, com isso, que o Poder Público entendeu que os programas

¹⁶⁸ NOHARA. Op.cit.; p. 29.

¹⁶⁹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Comentários ao art.2º. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (coord.). Lei Anticorrupção Comentada. Belo Horizonte: Fórum, 2017. P.35.

¹⁷⁰ FORTINI. Op. cit.p.42

¹⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários À Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.p. 417;

de integridade são um “caminho possível de enfrentamento à corrupção”¹⁷², sendo, portanto, este um caminho sem volta.

Feitas essas considerações iniciais, tem-se que o objeto deste estudo é, por meio da apreciação dos artigos inseridos na nova Lei de Licitações, sem a pretensão de esgotar a discussão, analisar a implementação dos programas de integração no âmbito das contratações públicas como mecanismo para afastar condutas ilegais como, por exemplo, corrupção, conluio etc., dos processos de contratação pública.

Para tanto, o texto foi dividido em 03 (três) partes, sendo a primeira a presente introdução. A segunda abordará, detalhadamente, os dispositivos da nova Lei de Licitações que tratam sobre programa de integração. O terceiro traz considerações finais e a respectiva conclusão.

7.2 COMPLIANCE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Lei 14.133, de 1ª de abril de 2021 chegou com a promessa de modernizar e consolidar, em um único diploma, a Lei nº 8.666/1993 que é a antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a Lei nº 10.520/2002 que trata da modalidade de licitação denominada pregão e a Lei nº 12.462/2011 que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; e, de maneira inédita, quando comparada com as normas anteriormente citadas, contemplou o programa de integridade em 04 (quatro) oportunidades distintas, quais sejam: (i) ao tratar da contratação de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto; (ii) como critério de desempate a ser utilizado durante o certame; (iii) como atenuante na aplicação de sanções administrativas; e (iv) como condição de reabilitação do licitante ou contratado punido pela Administração Pública.

Detalharemos na sequência cada uma das hipóteses.

7.2.1 OBRAS, SERVIÇOS E FORNECIMENTOS DE GRANDE VULTO – ARTIGO 25, §4º.

Há quem defenda que a implementação de programa de integridade, por sua própria finalidade – maior reprimenda para os atos de corrupção -, deveria ser estendida a todas as contratações públicas, medida que se

¹⁷² FORTINI. Op. cit.p.38

justificaria quando se pensa nos princípios constitucionais da moralidade e eficiência administrativa (artigo 37, da CF). Contudo, essa não foi a opção do legislador ordinário que fixou tal obrigatoriedade apenas às contratações de grande vulto.

Ao conceituar obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o artigo 6º, XXII, da nova Lei de Licitações o fez como sendo “aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais)” e, dentre os requisitos constantes para viabilizar a efetivação da contratação desses projetos, além da obrigatoriedade do edital contemplar matriz de alocação de risco entre o contratado e o contratante (artigo 22, §3º), ele inseriu a necessidade de a licitante vencedora implantar programa de integridade (artigo 25, §4º).

Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento

Extraí-se do texto legal que a opção do legislador não foi a de incluir a apresentação do programa de integridade como requisito de habilitação, o que poderia ser interpretado como medida restritiva ao caráter competitivo do certame, mas sim como obrigação da Contratada a ser implementada após a assinatura do contrato. Nesse sentido, uma vez assinado o contrato, a contratada terá o prazo de 06 (seis) meses para comprovar a implementação do programa.

Assim como o que aconteceu com o artigo 7º, VIII, da Lei Anticorrupção que, posteriormente, foi regulamentado por meio do Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015 para estabelecer os critérios para avaliação dos programas de integridade, o artigo 25, §4º da nova Lei de Licitações determinou que as medidas a serem adotadas no programa de integridade, a forma de comprovação e as penalidades deverão ser objeto de regulamentação, o que, na visão de MARÇAL JUSTEN FILHO¹⁷³, torna muito problemático o efetivo cumprimento do dispositivo seja em razão da inexistência da norma regulamentadora até o presente momento; seja porque,

¹⁷³ JUSTEN FILHO. Op. cit. p. 418

até a edição de citado regulamento, as empresas interessadas em contratar com o Poder Público não saberão exatamente qual a forma de comprovação e metodologia de avaliação do programa de integridade, o que exigirá do Administrador Público cautela e conhecimento para inseri-las no Edital de Licitação.

Dentre as vantagens de se exigir a implantação de programas de integridades às contratadas, destacamos o incentivo para que os entes da Administração Pública desenvolvam programa de governança que inclua, dentre outros, o programa de integridade, conduta que, inclusive, se coaduna com o disposto no artigo 11, parágrafo único da nova Lei de Licitações ao prever que:

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

Em outros termos, a ideia é a de disseminar entre contratante e contratada “uma cultura de planejamento e probidade”¹⁷⁴ para se evitar comportamentos dissonantes da boa prática administrativa como o relatado por RICARDO BREIER, citado por CRISTIANA FORTINI, ao tratar do incentivo dado pelo Estado brasileiro à implementação de programas de integridade:

[...] em postura absolutamente contraditória, o mesmo Estado brasileiro que exige legalmente das empresas que pretendam com ele contratar deterem rígidos programas internos de controle e integridade, não investe em programas de gestão preventiva da corrupção. Pois a realidade é posta: o que existe são leis que visam represar a corrupção e órgãos fiscalizatórios de natureza

¹⁷⁴ Fortini. Op. cit. p.34.

eminentemente repressiva. No Brasil, infelizmente, há a cultura de ‘se chorar o leite derramado’ [...].¹⁷⁵

7.2.2 CRITÉRIOS DE DESEMPATE - ARTIGO 60, IV

Ao compararmos os critérios de desempate constantes na nova Lei de Licitação com aqueles inseridos na Lei 8.666/93, pode-se perceber que o legislador ordinário inovou.

A Lei 8.666/93, em seu artigo 3º, §2º estabelecia que, como critérios de desempate aos bens e serviços, deveriam ser utilizados, sucessivamente, os seguintes parâmetros (i) produzidos no país; (ii) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; (iii) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; (iv) produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reservas de cargo prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Ressalta-se que, desde a edição da Lei Complementar 123/2006, é assegurado às Microempresas e Empresas de Pequeno Porte a preferência na contratação.

A nova Lei de Licitação tratou sobre os critérios de desempate no artigo 60 e, após ressaltar em seu §2º os benefícios previstos às micro e pequenas empresas durante a fase de julgamento das propostas, estabeleceu como critérios de desempate, nesta ordem: (i) disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação; (ii) avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei; (iii) desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento; e (iv) desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

Se mesmo após aplicado tais critérios de desempate, persistindo o empate, será, nos termos do §1º, do artigo 60, assegurada a preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por: (I) -

¹⁷⁵ Fortini. Op. cit. p.34.

empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize; (ii) empresas brasileiras; (iii) empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País; (iv) empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

Partindo desse cenário, pode-se notar que o legislador ordinário, ao incluir o desenvolvimento de programa de integridade pelo licitante, buscou incentivá-los, independente do objeto a ser contratado pela Administração Pública, a adotarem comportamentos éticos, o que vai de encontro com os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência disciplinados no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal, bem como com os preceitos da economia comportamental.

A economia comportamental, ou também chamado de “nudge” se baseia na teoria proposta por Richard Thaler e Cass Sunstein no livro “Nudge: o empurrão para a escolha certa”. Ao explicar o tema, FELIPE FURTADO FERREIRA e EDUARDO CARLOS POTTUMATI, afirmam que:

“Dizem os autores que o aspecto libertário de sua estratégia consiste na insistência clara de que, em geral, as pessoas devem ser livres para fazer o que quiserem – e ter a opção de sair de arranjos indesejáveis se assim o quiserem. O aspecto paternalista reside na afirmação de que é legítimo que os arquitetos de escolhas tentem influenciar o comportamento das pessoas a fim de tornar sua vida mais longa, saudável e melhor.

O arquiteto de escolhas é aquele que tem a responsabilidade de organizar o contexto no qual as pessoas tomam decisões. Pode ser um médico ao prescrever determinado tratamento, um vendedor tentando convencer o consumidor a adquirir um ou outro produto ou serviço, ou até mesmo o Estado na formulação de leis e de políticas públicas.

(...)

Aparentemente, a indução de comportamentos muito tem a ver com a atividade de fomento, ao passo que o Estado não se utiliza de seu poder coercitivo para impor determinada conduta ou suprimir determinada atividade, mas estimula as atividades que sejam positivas, que realizem as finalidades do Estado, com vistas no interesse público.

(...)

Nota-se que, em determinadas atividades e setores, o modelo de regulação que procura, ao invés de impor determinados padrões, induzir o comportamento do mercado em direção a práticas socialmente desejáveis, lançando mão de mecanismos de coordenação estratégica de interesses, pode revelar-se mais eficaz. De fato, a mera imposição de diretivas pode dificultar sua aceitação ou ser tão rigorosa a ponto de se tornar impraticável ou de difícil observância, enquanto modelos menos invasivos são capazes de preservar, na maior medida possível, a liberdade de escolha, estabelecendo sistemas de incentivo que chamem o particular a colaborar¹⁷⁶.

Extrai-se, portanto, que os agentes não atuam sempre de forma voluntária e racional, necessitando muitas vezes de incentivos para atuarem de forma correta ou ética; e, nesse sentido, a norma jurídica incide, ainda que indiretamente, para incentivar o comportamento estratégico dos sujeitos; e, considerando a questão posta, tem-se que o Estado, ao utilizar o desenvolvimento de programa de integração como critério de desempate em qualquer contratação de bens ou serviços— sejam elas envolvendo empresa de pequeno, médio ou grande porte —, não obriga os licitantes a possuí-lo, mas cria vantagem competitiva que incentiva a sua implementação pelos empresários.

¹⁷⁶ FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 04, n. 01, jan-jun2014.

7.2.3 DIMENSIONAMENTO DAS PENAS - ARTIGO 156, §1º, V

A nova Lei de Licitações preservou, de forma geral, a “modelagem sancionatória”¹⁷⁷ da Lei 8.666/93; e, nesse sentido, o artigo 156 disciplinou que os responsáveis pelas infrações administrativas estarão sujeitos a aplicação de penalidades como, por exemplo, (i) advertência; (ii) multa; (iii) impedimento de licitar e contratar; e (iv) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

Ao relacionar o sistema punitivo consagrado nos artigos 155 e 156 novel legislação, THIAGO MARRARA resume que:

“Em síntese o exame do art. 156 da nova Lei de Licitações, é possível descrever o novo sistema punitivo da seguinte forma: (a) a mera inexecução parcial de contrato administrativo (sem danos ao serviço ou à coletividade) sujeita o infrator apenas à advertência, eventualmente cumulada com multa, vedada a imposição de impedimento ou de inidoneidade; (b) os ilícitos dos incisos II a VII (incluindo inexecução parcial danoso, inexecução total, mora, etc.) sujeitam o infrator a impedimento e eventualmente multa, com possibilidade de substituir o impedimento e eventualmente multa, com a possibilidade de substituir o impedimento pela inidoneidade; e, (c) os ilícitos mais gravosos dos incisos VIII a XII¹⁷⁸ (como frade, cartel e corrupção) sujeitam o infrator à inidoneidade e à multa, sem a possibilidade de aplicação de impedimento ou advertência”¹⁷⁹.

Assim como previsto no artigo 22, §2º, da Lei de Introdução às

¹⁷⁷ JUSTEN FILHO. Op. cit. p. 1621.

¹⁷⁸ Art. 155. (...) VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

¹⁷⁹ MARRARA, Thiago. *Infrações, Sanções e Acordos na Nova Lei de Licitações*/ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 233

normas do Direito Brasileiro¹⁸⁰ em que foram inseridos critérios para dimensionamento das penas, na nova Lei de Licitações, o Legislador seguiu a mesma sistemática para que a sanção imposta seja “proporcional às circunstâncias da realidade e às peculiaridades do elemento subjetivo do infrator”; e, nessa toada, ele inclui a implantação (leia-se a adoção de programa) ou aperfeiçoamento (pressupõe a melhoria/aperfeiçoamento de programa já existente) de programa de integridade como fator minorante de responsabilização.

Observa-se que a utilização dos verbos “implantar” e “aperfeiçoar” relacionados ao programa de integração “apontam a necessidade de que essa condição venha detalhada pela autoridade quer por indicação dispostas no próprio ato sancionador, quer pela negociação de um compromisso específico” para que o condenado saiba os parâmetros a serem seguidos; e, “na falta de indicação da autoridade, em analogia com o disposto no art. 156, §1º, inciso V, o condenado deverá adotar as orientações de programas explicitadas por órgãos de controle, como a Controladoria-Geral da União – CGU”¹⁸¹.

Considerar a adoção de programas de integridade como fator atenuante de sanções não é algo inédito em nossa legislação. No caso, o Decreto 8420/2015, que regulamentou a Lei 12.846/2013, reconhece a implantação efetiva de programa de integridade como atenuante. Nesse sentido, há a possibilidade de redução das multas em até 4% (quatro por cento) às empresas que possuem e aplicam programas de integridade antes do processo de responsabilização.

Acrescenta-se, ainda, que, o Decreto 8420/2015 trouxe os critérios a serem adotados nos programas de integridade; e, nesse sentido, o artigo 42 elenca, por exemplo, padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos, etc. Esses elementos podem ser estendidos, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados.

¹⁸⁰ 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

¹⁸¹ MARRARA, Thiago. Op. cit. p. 251

7.2.4 REABILITAÇÃO DE EMPRESAS - ARTIGO 163, PARÁGRAFO ÚNICO

Uma das grandes discussões que existe é como lidar com as empresas punidas que, por essa razão, são impedidas de licitar com a Administração Pública, pois, em muitos casos, essa punição significa a inviabilidade da atividade econômica, o que, por consequência, gera efeitos sociais e econômicos seja em razão da perda de postos de trabalho, seja pela perda de arrecadação de impostos aos cofres públicos, seja pela redução de empresa para aumentar a competitividade em certames.

Para evitar cenários catastróficos como o acima apontado, o legislador inseriu o instituto da reabilitação para que a empresa punida, uma vez atendido determinados requisitos, readquirira o direito de participar de procedimentos de contratação pública. Instituto semelhante é disciplinado no direito comunitário europeu, como explica RAFAEL WALLBACH SCHWIND¹⁸² ao tratar do *self-cleaning*.

A ideia geral do *self-cleaning* é que um agente econômico poderá readquirir o direito de participar de licitações e de firmar contratos públicos caso demonstre que adotou medidas efetivas para assegurar que os atos irregulares praticados no passado não mais ocorrerão no futuro.

(...)

O racional do conceito de *self-cleaning*, portanto, consiste em permitir uma espécie de redefinição da conduta futura das empresas condenadas, de forma que elas sejam reabilitadas a participar de licitações e firmar contratos com a Administração Pública caso tomem determinadas medidas.

(...)

¹⁸² SCHWIND, RAFAEL WALLBACH. *Self-Cleaning: A Reabilitação de Empresas Impedidas de Participar de Licitações no Brasil*. Revista do Conselho Nacional do Ministério Pública, jun2019, p.137-151. Disponível em file:///C:/Users/alvar/Downloads/solutions-02.pdf. Acessado em 19 abril 2021.

O self-cleaning, portanto, parte da ideia de que existe uma forma alternativa para se lidar com situações que conduziram em tese à exclusão de um licitante. Em vez de se promover a sua exclusão, o que seria potencialmente danoso em termos concorrenciais e sociais, estabelece-se que as autoridades adjudicantes têm o dever de avaliar se os interessados adotaram certas medidas que, em última análise, tenham sido eficazes em restabelecer a sua confiabilidade perante a Administração Pública.

Partindo desses pressupostos, adotando a sistemática da Lei 8.666/93, a nova Lei de Licitações disciplinou no artigo 163 sobre a reabilitação do condenado perante a Administração Pública para que sejam afastados os efeitos da condenação para o futuro; contudo, se faz necessário o atendimento dos seguintes requisitos legais, de forma cumulativa: (i) reparação integral do dano causado à Administração Pública; (ii) pagamento da multa; (iii) transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; (iv) cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; (v) análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos no art. 163; e (vi) outros requisitos a serem fixados pelo ente sancionador.

E não é só, pois, o parágrafo único do art. 163 como impôs a existência de programa de integridade como requisito essencial nos casos das infrações constantes nos incisos VIII e XII do artigo 155, quais sejam: 1) apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; e 2) praticar ato lesivo previsto no artigo 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

O programa de integridade será uma demonstração que a empresa adotou medidas efetivas para a sua reabilitação, não havendo “razão para questionar a confiabilidade da companhia”, pois, como explica RAFAEL WALLBACH SCHWIND, “ela contará com instrumentos de controle interno que inclusive poderão ser mais eficientes do que aqueles existentes em empresas que nunca foram condenadas por nenhuma conduta irregular ou ilícita. Logo, não haveria motivo para sua exclusão de possíveis licitações públicas e contratos com o Estado”. Ademais, não seria proporcional manter penalidade se a empresa adotou todos os mecanismos necessários para coibir atos ilícitos.

7.3 CONCLUSÃO

Sendo o ambiente das licitações e dos contratos públicos vulnerável a prática de atos de corrupções e desvios de condutas, a opção do legislador de incluir na nova Lei de Licitações a obrigatoriedade de implementação de programa de integridade em contratações de grande vulto, bem como de incentivar a sua adoção ou aperfeiçoamento para obtenção de benefícios, contribuiu para que as mudanças ocorridas no ambiente negocial privado brasileiro em razão da implementação de um “estado de conformidade”, sejam também estendidas ao público.

Contudo, ainda que a opção do legislador seja alvo de elogios e represente um avanço na alteração da cultura negocial, não podemos acreditar que serão suficientes para implementação de um relacionamento ético entre a Administração Pública e os particulares que com ela firmam negócios.

Para que isso ocorra não bastam apenas normas, mas, como bem concluiu IRENE PATRICIA NOHARA¹⁸³, se faz necessário um ambiente educativo em que, por meio da instrução e debate, ocorra uma transformação da cultura das organizações rumo à ética empresarial.

7.4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Exigência de compliance nas contratações com o poder público é constitucional*. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-03/pironti-constitucional-exigir-compliance-contratacoes-publicas>> Acesso em: 19 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

FERREIRA, Felipe Furtado; POTTUMATI, Eduardo Carlos. *A licitação pública como instrumento de desenvolvimento na perspectiva do paternalismo libertário*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, vol. 04, n. 01, jan-jun2014.

¹⁸³ NOHARA. Op. cit., p.34.

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. *Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública Brasileira*. Disponível em <https://www.editoraforum.com.br/wp-content/uploads/2017/11/governanca-combate-corrupcao.pdf>. Acesso em 20 abr.2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários À Lei de Licitações e Contratações Administrativas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MARTINS, R. M. Compliance e responsabilidade de pessoas jurídicas: *Compliance and responsibility of legal entities*. Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura - RDAI, São Paulo: Thomson Reuters - Livraria RT, v. 5, n. 17, p. 129–147, 2021. DOI: 10.48143/rdai.17.rmm. Disponível em:

<https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/ricmarcondes17>. Acesso em 19abril2021.

MARRARA, Thiago. Infrações, Sanções e Acordos na Nova Lei de Licitações/ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova Lei de Licitações e Contratos Comparada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

SCHRAMM, Fernanda dos Santos. *A Exigência de Programa de compliance para as Empresas que Contratam com a Administração Pública: o que determinam as leis do Rio de Janeiro e do Distrito Federal*. 2018. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernanda-schramm/a-exigencia-de-programa-de-compliance-para-as-empresas-que-contratam-com-a-administracao-publica-o-que-determinam-as-leis-do-rio-de-janeiro-e-do-distrito-federal>> Acesso em: 19 abr. 2021.

SCHWIND, RAFAEL WALLBACH. Self-Cleaning: A Reabilitação de Empresas Impedidas de Participar de Licitações no Brasil. Revista do Conselho Nacional do Ministério Pública, jun2019, p.137-151. Disponível em file:///C:/Users/alvar/Downloads/solutions-02.pdf. Acessado em 19 abril 2021.

ZENKNER, Marcelo. A Nova Lei de Licitações: expectativas em torno de uma revolução pela integridade no ambiente negocial brasileiro.

NOVOS RUMOS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Disponível em <http://www.novaleilicao.com.br/2020/12/15/a-nova-lei-de-licitacoes-expectativas-em-torno-de-uma-revolucao-pela-integridade-no-ambiente-negocial-brasileiro/>. Acesso em 19/04/2021.

PREVISIBILIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA: A MATRIZ DE RISCOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

*Bruna Alves de Souza*¹⁸⁴

*Raphael Crocco Monteiro*¹⁸⁵

Palavras-chave: Matriz de risco; Contrato público; Licitação; Equilíbrio econômico-financeiro; Direito Administrativo.

Resumo: A alocação de riscos é tema interessantíssimo ao Direito Administrativo brasileiro, mas que não havia recebido a devida atenção da lei. Diplomas legislativos, valendo-se dos pressupostos de generalidade e neutralidade, tratavam da readequação do equilíbrio financeiro-econômico de forma abstrata. A Nova Lei Geral de Licitações e Contratos avançou e alçou ao patamar de cláusula contratual a matriz de riscos, indispensável em determinadas hipóteses. Essa mudança, que impactará diversos regimes de contratação pública pela aplicação subsidiária da lei, consolida a tendência legislativa e doutrinária, e confere previsibilidade e segurança jurídica na execução dos contratos públicos, reduzindo demandas administrativas e judiciais.

¹⁸⁴ Advogada pela PUC-SP, onde também se graduou em jornalismo. É mestranda em Direito Econômico na FDUSP. Coordenadora da Comissão dos Novos Advogados do Instituto dos Advogados de São Paulo e Segunda Vice-Presidente do Grupo Especial dos Jovens Advogados da Federação de Advogados de Língua Portuguesa. Atua em Direito Empresarial e Público, com ênfase em Direito Administrativo.

¹⁸⁵ Graduado em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2016). Pós-graduado (curso internacional) em Direitos Fundamentais pelo Instituto *Ius Gentium Conimbrigae* (IGC) – Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra (2017). Mestre em Direito Financeiro pela Universidade de São Paulo – USP (2020). Advogado-Sócio do Escritório Paulo Monteiro & Crocco Monteiro Sociedade de Advogados. Membro efetivo da Comissão dos Novos Advogados e da Comissão de Precatórios do Instituto dos Advogados de São Paulo (CNA-IASP). Membro associado do Instituto Brasileiro de Direito Tributário (IBDT). Atua na área de Direito Financeiro e Administrativo, com foco em direitos e prerrogativas de funcionários públicos.

8.1 INTRODUÇÃO

A alocação de riscos na contratação com a Administração Pública é tema para o qual a doutrina há muito vem chamando a atenção, incorporada ao contrato administrativo pelo uso do instrumento denominado matriz de risco. Contextualizada na seara do aspecto fundamental do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, possui relevância no processo licitatório e em toda a execução do contrato. O legislador finalmente se convenceu da relevância do instrumento, pois a Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, abrigou a matriz de risco com maior ênfase do que suas antecessoras. Compatível, aliás, com o relevo que vem ganhando com o alongamento substantivo dos contratos administrativos atuais. Daí porque relevantíssimo o debate do tema.

Pretende-se, com este artigo, contribuir para que o administrador público e o particular compreendam plenamente o conceito de matriz de risco, considerando as novas tratativas dadas ao tema pela nova Lei de Licitações, de maneira a prepará-los para enfrentar o período de transição e estarem prontos à efetiva revogação em 2023, da Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993; da Lei Federal nº 10.520, de 17 de julho de 2002; e da Lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Neste sentido, válido lembrar ainda que a nova lei tem aplicação subsidiária (art. 186 da nova lei) às concessões de serviço público, reguladas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; às PPPs (Parcerias Público-Privadas), Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004; e à contratação de agência de publicidade, Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010; que, por sua vez, silenciavam ou tratavam muito amenamente da questão de alocação de riscos. Sendo modalidades que exigem sem restrição ou dúvida o estabelecimento de matriz de risco, também nestes casos será o presente artigo fundamental.

Para tanto, analisar-se-á cada aspecto do tema de gestão de riscos a partir da compreensão de seu conceito, vantagens, limitações, tratativa da legislação anterior e da legislação atual, chegando-se às conclusões quanto ao que pode o operador do Direito esperar.

Ao tratar da gestão de riscos, o presente artigo passará pela álea ordinária, como o conjunto de riscos naturais a serem assumidos pelo empresário, assim como pela álea extraordinária. Esta última composta pela álea administrativa, isto é, riscos de alterações unilaterais pela Administração

Pública, dentro da teoria do Fato do príncipe; bem como álea econômica, que abarca situações anômalas, na seara da Teoria da Imprevisão, e abarca os riscos a serem tratados na matriz.

A respeito destes exploraremos quais são os riscos regularmente alocados ao particular e quais são alocados à Administração Pública, compondo a matriz de risco. A esse respeito, exploraremos quais os riscos que regularmente são alocados ao particular e quais são à Administração e de que modo compõem a matriz de riscos como instrumento bastante para identificar possíveis riscos e alocá-los com efetividade. Com tal ferramenta, será possível maximizar a eficácia da manutenção da equação financeira, evitando-se a atribuição de ônus excessivo a qualquer das partes.

Para cumprir a proposta, o artigo se organiza em quatro seções, em que se discorrerá acerca da formação da matriz risco (I) para, então, discutir a importância do tema na licitação, vantagens e limitações (II). Tendo apresentado ao leitor o conceito e sua relevância, o artigo passará o enfoque ao aspecto legal. Primeiramente, brevemente, apenas para construir o comparativo, explicará como as leis antigas tratavam do tema (III) para, então, descrevê-lo com mais profundidade na lei nova, apontando melhorias e tecendo críticas, conforme o caso (IV). Na conclusão, o artigo tratará das expectativas acerca do narrado.

8.2 CONCEITO

Matriz de risco é instrumento de alocação de riscos em um acordo entre as partes. Implica, portanto, em mapear todas as situações possíveis de impactar financeiramente dado contrato estabelecendo expressamente quem deverá arcar com o ônus de dada situação. Tal ônus pode ser alocado apenas a uma das partes, notadamente àquela que tem capacidade para evitar a situação, ou partilhado entre elas, na ausência de culpa entre as partes.

A ferramenta não é exclusiva dos contratos com a Administração Pública, mas ganha especial relevo quando esta é a modalidade de contratação. Isto porque quando se concretizam na execução do contrato determinados riscos, previstos ou não, há impacto direto na remuneração do contratado, o que a princípio é vedado pelo inciso XXI, do art. 37, da carta magna¹⁸⁶.

¹⁸⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços,

Permita-se um melhor exame. Em simplificação didática, é possível dizer que o referido dispositivo impõe a manutenção das condições da proposta vencedora da licitação durante a execução do contrato. Trata-se, é claro, da manutenção ao equilíbrio econômico-financeiro da proposta.

Neste sentido, “*por sua natureza, a matriz de riscos de um determinado contrato representará uma consequência da noção geral de gestão de riscos, mas seu objetivo é mais restrito, figurando como definidora contratual do equilíbrio econômico-financeiro entre as partes envolvidas*”¹⁸⁷.

O conceito é antigo conhecido do jurista, motivo pelo qual o presente artigo não se dedicará a enfrentá-lo profundamente. No entanto, é importante indicar que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato implica que, diante do aumento de um encargo, será preciso aumentar a contraprestação. O tema foi acolhido pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em seus artigos 58, parágrafos 1º e 2º, e 65, inciso II¹⁸⁸. Nesse sentido, indica MEDAUAR:

Além da alteração e unilateral do contrato, já referida, a lei aventa a alteração por acordo das partes (art. 65, II), nos seguintes casos: a) quando for conveniente a substituição da garantia de execução; b) quando for necessária a modificação do regime de execução, ante a verificação técnica da inaplicabilidade dos termos

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. (grifo da transcrição)

¹⁸⁷ MENEGAT, Fernando; MIRANDA, Gustavo. Gestão de riscos x matriz de riscos em contratos administrativos de empreitada. *Conjur*, 3 jun. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-03/opinioao-gestao-riscos-matriz-riscos-contratos-empreitada>. Acesso em: 6 jun. 2021.

¹⁸⁸ Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado. § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

contratuais originários; c) quando for necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado; d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a sua remuneração, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária o extra contratual.¹⁸⁹

Fato é que, dada a especificidade com que a questão da alocação de riscos adere ao contrato com a Administração Pública, há muito a doutrina já consolidou o debate sobre alocação de riscos do contrato, que serão expressamente incluídos no contrato pela matriz de riscos. Apoiou-se na doutrina francesa para dividir os riscos conforme a seguir discriminados¹⁹⁰.

Os riscos *esperados* do contrato e aqueles que são considerados naturais a toda contratação daquela modalidade, a serem assumidos pelo empresário no estabelecimento de seu modelo de negócios, são incluídos na álea ordinária e geralmente alocados ao contratado.

Aquelas situações que são extraordinárias, as não típicas do contrato, são agrupadas na álea extraordinária, que por sua vez se subdividem em álea administrativa e álea econômica.

A primeira, álea administrativa, diz respeito às alterações unilaterais do contrato que podem ser impostas pela Administração Pública. Quando isso ocorrer, aplica-se ao contrato o chamado “Fato do príncipe”, isto é, a Administração Pública deve indenizar o particular por ter, por ato seu, devidamente justificado, agravado a execução do contrato.

189 MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. rev. atual. e ampl.. Belo Horizonte: Fórum, 2018 p. 225-226.

190 Os conceitos sobre os quais se discorre a seguir têm apoio em MEDAUAR, op. cit., p. 219-220; e MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016. P. 646-682.

A álea econômica, por sua vez, abriga as situações anômalas que permitem a execução do contrato, mas que podem levar a um desequilíbrio financeiro atípico ao contratado, a ponto de, até mesmo, em algumas situações, levá-lo à recuperação judicial ou falência.

Como se vê, neste caso, particular e Administração Pública se veem diante de condições às quais não deram causa, gerando ao particular ônus excessivo. Concentram-se nestas os riscos que formarão a matriz do contrato, pois relacionados diretamente à equação econômica do contrato. De fato, dadas a proeminência de seus ônus e a impossibilidade de exigir ação prévia de uma parte ou outra para evitá-los, terão especial importância os princípios da Administração Pública (notadamente os previstos no artigo 37 da Constituição Federal) e aqueles concernentes ao contrato. Não se pode defender, *e. g.*, que todos os eventos adversos no curso da execução do contrato fiquem a cargo do contratado, mas os riscos e seus efeitos podem (e devem) ser alocados à parte contratual que possui melhores condições de resolvê-los sem alterar substancialmente o curso da prestação que é objeto do contrato administrativo.

É bem verdade que é impossível tornar qualquer contrato, particular ou público, completamente previsível. Em uma sociedade complexa como a atual, eventos dos mais variados tipos podem ocorrer sem qualquer previsibilidade. Os riscos, no entanto, caracterizam-se pela sua mensurabilidade.

Explica-se: há eventos que são naturais e previsíveis quando da execução do contrato, bem como aqueles que podem decorrer do cenário político-econômico nacional e internacional. Em sendo mensuráveis, financeiramente, tornam-se riscos capazes de serem alocados às partes no contrato, diferenciando-se da abstração intrínseca aos eventos de álea extraordinária, imprevisíveis.

Dessarte, o estabelecimento da matriz de riscos tem enorme impacto no valor e forma de execução do contrato, daí porque seus efeitos, que justificam sua formação, requerem melhor análise.

8.3 EFEITOS

Como se vê, a matriz de riscos estabelece situações que, ocorrendo, ensejarão revisão ou reajustes dos valores do contrato, daí porque seu estabelecimento interessa tanto ao contratante, quanto ao contratado.

Tais condições balizarão o reajuste ou revisão de preços do contrato, quando do enfrentamento de situações atípicas de sua execução, mas possíveis de serem previstas.

Faça-se parênteses para pontuar que daí porque a doutrina muitas vezes inclui nesta discussão o reajuste de pagamento ao contratado no que diz respeito à correção monetária, juros moratórios e compensatórios.

A grande vantagem da matriz de riscos é, assim, sem dúvidas, a previsibilidade da execução do contrato. De fato, uma vez mapeados os riscos e qual é o grau de probabilidade de sua ocorrência, podem, contratante e contratado, prepararem-se para assumir gastos extras que, não sendo utilizados, convertem-se em economia ao final do contrato.

Mas o mapeamento de riscos é apenas o primeiro dos desafios da matriz. Estabelecer quem responde por qual risco é o cerne da questão.

Pode parecer útil, aos desavisados, que os riscos sejam todos alocados aos particulares, com o objetivo sempre maior de proteção ao interesse público. O artifício seria, no entanto, muito oneroso ao fim que se pretende proteger. De fato, cada risco alocado ao particular é por ele cobrado na elaboração do preço.

O que se quer dizer com isso é que, quanto maior o risco assumido pelo particular, maior a previsibilidade de gastos pela Administração Pública, mas também maior o desembolso, visto que o risco se reflete no preço. O oposto é verdadeiro. Quanto mais amplo o espectro de riscos a serem assumidos pela Administração Pública, menos oneroso o contrato, visto que o particular não precisa repassar ao contratante o valor dos riscos. Nesse sentido, PEREZ afirma:

A identificação e repartição dos riscos é uma das tarefas mais importantes na modelagem de contratos de concessão em geral e, particularmente, de PPPs. A correta repartição de riscos, demonstra a experiência, tem direta influência nos custos de capital e no valor das tarifas ou das contraprestações devidas ao concessionário.

É importante destacar que a assunção de maiores riscos pelo concessionário conduz, em regra, à fixação de maiores tarifas ou de contraprestações mais elevadas. Na equação do contrato, maiores ou menores riscos sempre se

traduzirão em mais ou menos dinheiro. A parte que assume um determinado risco, com efeito, passa a responder por um custo futuro, incerto e imponderável, enquanto a outra parte, repassadora de risco, paga uma recompensa à primeira para que assuma essa condição.¹⁹¹

Dados o ônus e o bônus da assunção de riscos, tem-se que a melhor solução é partilhá-los. Permita-se pontuar que não é possível pensar em extremos no momento de partilhar os riscos. Primeiro, faz-se necessário o afastamento da hipótese de alocação de riscos ao contratado sem o proporcional desembolso da Administração Pública. De fato, o que poderia parecer uma solução levaria a um risco alto da execução do contrato restar comprometida. No segundo extremo, alocar todos os riscos à Administração Pública também não incentivaria o particular à melhor gestão, visto que indiferente seria a ele eliminar dado risco que é evitável¹⁹².

Dáí porque a doutrina já refere há tempos a necessidade de se aprofundar a matriz de riscos e cuidadosamente alocar os riscos a quem seja possível influenciar sua ocorrência. A antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e Lei do RDC (Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011) eram bastante vagas a respeito da inclusão da matriz de riscos nos contratos

¹⁹¹ PEREZ, Marcos Augusto. Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas. In: ALMEIDA, F. D. M. et al. *Direito Público em Evolução: Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 478-479.

¹⁹² Em contraponto à discussão, há a teoria da incompletude do contrato, isto é, a impossibilidade de que o instrumento contratual efetivamente preveja todos os riscos e situações possíveis durante a execução do contrato o que, para alguma doutrina, colocaria em dúvida sua utilização. Aliás, admitindo tal teoria, FUX e MAGALHÃES alertam para o risco de que o previsível seja deliberadamente ignorado como estratégia comercial, minimizando o custo do contrato, mas repassando-o à Administração Pública uma vez que ocorra. Em que pese o louvável contraponto, a ambição de prever tantos riscos quanto possível não pode ser afastada por sua incompletude ou porque segue o contrato sujeito à eventual desonestidade de quem quer que seja. Prever tantos riscos quanto possível e alocá-los continua sendo um instrumento de segurança tanto para o contratante, quanto para o contratado. (FUX, L; MAGALHÃES, A. Imprevisão, incompletude e risco: uma contribuição da teoria econômica aos contratos administrativos. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, C. A. G. (org.). *O Direito Administrativo na Atualidade: Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017)*. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 760-784.)

administrativos, bem como as já referidas Lei de Concessões e das PPPs. Difere-se a estratégia adotada pela nova lei de licitações, Lei nº 14.133/21, que em breve deverá ser a única adotada no que diz respeito à matriz de riscos. Válido aprofundar a análise dos aspectos legais.

8.4 A MATRIZ DE RISCOS NAS LEIS ANTERIORES

Após a Constituição de 1988, que é clara ao exigir a licitação como procedimento ordinário para as contratações públicas¹⁹³, a primeira lei geral de licitações foi a Lei nº 8.666/93, cujo objeto principal consiste no regramento da contratação de obras, prestação de serviços, compras etc. por parte da Administração Pública.

Apesar de não conter a exigência de um instrumento tão específico quanto a matriz de riscos, a Lei nº 8.666/93 previu expressamente o conceito fundamental de recomposição da equação econômico-financeiro inicial como justificativa para a alteração dos contratos públicos¹⁹⁴.

A temática, no entanto, não foi tratada como componente da execução contratual, mas de alteração do instrumento de contratação pública, sendo este o ponto central de mudança da antiga para a nova Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas.

O artigo 65 da Lei nº 8.666/93 dispõe acerca de diversas hipóteses que permitiriam a alteração dos contratos por ela regidos, seja unilateralmente pela Administração Pública (inciso I), seja por acordo entre as partes (inciso II). Neste dispositivo, o legislador procurou elencar hipóteses genéricas que autorizariam a alteração contratual, com vistas à melhor adequação do contrato à realidade fática-contratual e ao equilíbrio econômico-contratual pactuado

¹⁹³ Conforme artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

¹⁹⁴ Nesse sentido: “(...) a L. 8.666/93 foi editada em um período em que a Administração Pública acreditava que eventos futuros e incertos deveriam ser resolvidos com fundamento unicamente nas tradicionais teorias administrativas conhecidas (e.g., teoria da imprevisão, fato da administração, fato do príncipe). Mais que isso, entendia-se que o poder público teria à disposição todas as informações necessárias acerca do projeto, objeto, conteúdo e execução do contrato, de modo que os desequilíbrios decorreriam unicamente da álea extraordinária” – Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/opinio-matriz-riscos-lei-licitacoes>>, acesso em 06.06.2021, às 16h30.

inicialmente.

Por exemplo, a alínea “a” do inciso I do artigo 65 combinada com o §1º do mesmo dispositivo legal obriga o contratado a aceitar a readequação do objeto contratual consistente no aumento ou supressão na proporção de 25% ou 50%, dependendo do caso. Já a alínea “d” do inciso II do artigo 65 prevê a necessidade de acordo entre as partes para o reequilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses de fatos previsíveis ou imprevisíveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado ou no caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando “álea econômica extraordinária e extracontratual”. Há, no parágrafo 5º do mesmo dispositivo, o indicativo de revisão contratual no caso de tributos ou encargos criados, alterados ou extintos, bem como de disposições legais que impactem no objeto ou execução do contrato.

De acordo, ainda, com o parágrafo 2º do artigo 79 da Lei nº 8.666/93, procurou-se estabelecer uma solução legislativa em prol do contratado nas hipóteses previstas expressamente nos incisos XII a XVII do artigo 78 da mesma lei, a fim de o resguardar de eventuais prejuízos extraordinários.

É perceptível, todavia, que tais disposições, a par de genéricas, não atendem aos específicos objetos de contratos públicos, notadamente àqueles demasiadamente complexos. Como visto em tópicos anteriores, a contratação pública é, muitas vezes, extremamente mais duradoura e impactante do que aquelas feitas entre particulares. Isto porque trata-se da execução de contratações de interesse público, com grande impacto na vida social.

Dessarte, iniciou-se uma tendência dentro do Direito Administrativo para elaborar diplomas legislativos que possibilitassem aos instrumentos de contratação pública mecanismos para dirimir riscos com maior eficiência, conferindo maior efetividade à execução do contrato e o atingimento da finalidade social pretendida.

Nesse diapasão, surgiram a Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), a Lei das PPPs (Lei nº 11.079/04), a Lei do RDC (Lei nº 12.642/11) e, por fim, a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16), cada uma com um avanço para a construção de uma sistemática de alocação de riscos dentro de um contrato administrativo. Vejamos a contribuição de cada uma delas.

A Lei de Concessões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), pelo

seu artigo 2º, inciso I, define a concessão de serviço público como “(...) delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”.

Pretendia-se, através da concessão, delegar aos agentes econômicos privados a execução de serviços públicos para que, *por sua conta e risco*, atingissem a finalidade pública, auferindo lucros ou suportando perdas. No entanto, os lucros deveriam ser contrabalanceados com a modicidade tarifária, a universalização e continuidade de serviço, tudo a fim de atingir a finalidade pública.

A lei previu expressamente a necessidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro no parágrafo 2º do artigo 9º, sendo que o contrato poderia, nesse sentido, contar com mecanismos de revisão de tarifas, por âneas ordinária (como perdas inflacionárias) ou extraordinária.

Como se trata de prestação de serviço por longo tempo, surgiu a necessidade de instrumentalização de mecanismos que suportassem riscos e que rapidamente restaurassem o equilíbrio econômico-financeiro, resguardando o contratado de eventuais perdas as quais não deu causa e permitindo à população que usufrua, por preço módico, serviço o qual o Poder Público, *per se*, não consegue prestar.

No entanto, ainda com menções genéricas à alocação de riscos, a Lei de Concessões não logrou êxito na confecção de instrumento jurídico capaz de solucionar entraves à execução do contrato. Nesse sentido:

‘Todavia, fato é que a Lei 8.987/95 não entra em maiores detalhes sobre que situações “*correm por conta e risco da concessionária*” e aquelas que, em ocorrendo, sustentam pleitos de revisão contratual para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Em algumas situações, complexas regulações setoriais têm buscado disciplinar o procedimento e os custos que serão ou não reconhecidos para efeitos de reconhecer-se direito à revisão do contrato. Merece destaque ainda que, sendo o fiel da balança, o instituto da revisão tarifária pode levar à redução das tarifas nas hipóteses em que, ao longo da execução do contrato, experimente-se redução nos custos da concessionária com a prestação do serviço ou outros fatores

de aumento da lucratividade da concessão para além do que era previsto na equação econômico-financeira inicial.¹⁹⁵

A Lei das PPPs (Lei nº 11.079/04), por sua vez, trouxe uma inovação importantíssima na temática, uma vez que alude expressamente à necessidade de previsão objetiva de riscos entre as partes como diretriz a ser observada na contratação (conforme artigo 4º, inciso VI). Ademais, o artigo 5º, em seus incisos III e IV, dispõe acerca da necessária previsão de repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a casos fortuitos, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária e a repartição de ganhos econômicos com a Administração Pública.

Já a Lei do RDC (Lei nº 12.642/11) inovou ao permitir a contratação integrada em específicas hipóteses, garantindo maior autonomia ao particular na execução do contrato com o Poder Público. Tendo em vista a maior participação do contratado na formulação do contrato, o parágrafo 4º do artigo 9º vedou a alteração por aditivos contratuais, com exceção da recomposição do equilíbrio financeiro-econômico e alterações para melhor adequação técnica aos objetivos solicitadas pela Administração Pública.

O parágrafo 5º do aludido artigo, incluído pela Lei nº 13.190/2015, também prevê que, se o anteprojeto fornecido pelo contratado conter a matriz de alocação de riscos, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado.

Por fim, o avanço mais significativo veio com a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16), que faz expressa menção à matriz de riscos como cláusula contratual. O artigo 49, inciso X, da referida lei classifica o que é e como é composta a referida matriz, enquanto os artigos 49, parágrafo 1º, inciso I e alínea “d” e o artigo 69, inciso X, indicam sua presença obrigatória no instrumento convocatório de licitações e nos contratos regidos pelo mencionado diploma legislativo.

Nota-se que a previsão dos riscos como temática a ser disciplinada antes da contratação pública se revelou como tendência do Direito Administrativo nos últimos anos, consubstanciando-se em cláusula específica

¹⁹⁵ SAMPAIO, Patrícia. ARAÚJO, Thiago. *A previsibilidade ou resiliência: Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos*. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014, pp. 311-333.

de riscos dentro do contrato administrativo.

Não é mais possível relegar ao futuro a alocação dos riscos a ser resolvida com as teorias que cuidam da imprevisão, uma vez que se trata de procedimento moroso que dificulta a boa execução de obras e serviços de interesse público. Faz-se mister o planejamento com vistas à eficiência do contrato público, como corolário do quanto previsto no artigo 37 da Constituição Federal.

A matriz de riscos surgiu, portanto, como cláusula contratual que indica, dentre as partes, o responsável pela solução de potenciais problemas à execução do contrato administrativo pré-determinados e fundamentados por estudo técnico conduzido pela Administração Pública ou pelo contratado, a depender do caso. Veja-se, pois, como esta temática importantíssima foi tratada na Nova Lei de Licitações.

8.5 A MATRIZ DE RISCOS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Como visto, a matriz de riscos como cláusula contratual não é propriamente uma inovação abrupta dentro do ordenamento jurídico pátrio, mas consolida uma tendência observada no Direito Público por vários anos que, certamente, confere, nos contratos administrativos, maior confiança, previsibilidade e segurança jurídica às partes contratantes.

A Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos (Lei nº 14.133/21), a par de possuir a auspiciosa missão de modernizar a contratação pública, não poderia deixar de se valer de um poderoso instrumento que facilita a execução de obras e serviços de interesse público. Porém, tornou dispensável aos contratos de baixo vulto econômico (conforme parágrafo 3º do artigo 22 da referida lei)¹⁹⁶. Entende-se pela sua aplicação subsidiária às leis tratadas no tópico anterior, à semelhança do que vinha sendo feito com a Lei nº 8.666/93.

A definição vem no inciso XXVII do artigo 6º e em muito se assemelha com aquela prevista no inciso X do artigo 42 da Lei das Estatais

¹⁹⁶ Em contraponto à faculdade prevista no parágrafo 3º do artigo 22, importante observar que o inciso X do artigo 18 da Lei nº 14.133/21 prevê a obrigatoriedade da análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual na fase preparatória da licitação.

(Lei nº 13.303/16), de modo a ratificar a tendência contemplada no mencionado diploma legislativo.

Mais interessante, porém, é a que vem descrita no artigo 22, §1º, da Lei nº 14.133/21, que dispõe, *verbis*:

(...) a matriz de que trata o *caput* deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afetam a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual.

Trata-se de definição que condensa propriamente a razão de ser da matriz de riscos. Possui a natureza de cláusula contratual indispensável somente nos contratos de grande vulto, mas sua função ultrapassa os limites do contrato. Ela deve alocar *eficientemente* os possíveis riscos na execução do contrato à parte que possui melhores condições para resolvê-los, a fim de não obstar a execução de seu objeto, e deve prever mecanismos que evitem um possível risco e mitiguem seus efeitos.

Impossível não associar este tipo de cláusula às premissas da segurança jurídica¹⁹⁷. Esta, fundamental a um ambiente próspero de negócios, é essencial para atrair parceiros privados a negociarem com a Administração Pública com maior grau de certeza de que o cenário de execução contratual futura será mais seguro e confiável. Sabe-se o que acontecerá diante de um imprevisto pré-determinado.

É evidente, entretanto, a impossibilidade de que a cláusula da matriz de riscos preveja todos os eventos que ocorrerão no andamento do contrato. Não é isso que se busca. Possuindo as partes plena ciência da alocação dos principais riscos, mantém-se o equilíbrio em casos futuros imprevistos pela aproximação dos já alocados (conforme artigo 103, parágrafo 4º) e com a boa fé que rege os contratos em geral¹⁹⁸. Assim, menores serão os pedidos de readequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, dado que

¹⁹⁷ Nesse sentido: ÁVILA, Humberto. *Teoria da segurança jurídica*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

¹⁹⁸ Conforme preconizam os artigos 113, 187 e 422 do Código Civil.

previamente pactuada como ocorreria. Neste sentido:

A previsão da matriz de riscos como cláusula contratual proporciona efeitos benéficos internos e externos ao contrato. Isso porque a matriz contorna situações de insegurança, gerando um cenário favorável para ambas as partes: 1) ao ente particular, que terá mais garantia do retorno dos seus investimentos em um ambiente economicamente equilibrado; e, ao mesmo tempo, 2) à Administração Pública, que assegurará a continuidade da prestação de serviços públicos, de abastecimento e de desenvolvimento de projetos relevantes para o desenvolvimento nacional.¹⁹⁹

Importa salientar que a matriz é estabelecida através de uma metodologia pré-definida pelo ente federativo, de acordo com estudos desenvolvidos por órgãos governamentais técnicos ou consultores independentes, não ocorrendo uma negociação prévia entre as partes. É passível de impugnação pelos licitantes²⁰⁰, caso seja identificado algum erro, e está sujeito à fiscalização pelos órgãos de controle²⁰¹.

Também não elimina a aplicação das teorias da imprevisão diante de fatos supervenientes extraordinários e não previstos na matriz de riscos²⁰². Por isso, é de bom tom que não haja previsões genéricas, atribuindo a alguma das partes todo e qualquer fato superveniente impossível de se prever, uma

¹⁹⁹ Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-mar-23/opiniaio-matriz-riscos-lei-licitacoes>>, acesso em 06.06.2021, às 16h30.

²⁰⁰ Conforme artigo 164 da Lei nº 14.133/21.

²⁰¹ Conforme artigos 170 e 171 da Lei nº 14.133/21.

²⁰² Nesse sentido, é a previsão da alínea “a” do inciso II do artigo 124 da Lei nº 14.133/21: Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II – por acordo entre as partes: (...) d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

vez que se constituiria oneração excessiva a desequilibrar o contrato público.

Por fim, o artigo 103 da Nova Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos traz algumas disposições interessantes acerca da matriz de riscos²⁰³, a saber: i) os riscos podem ser partilhados ou compartilhados com as partes (*caput*); ii) a alocação dos riscos deve levar em consideração a compatibilidade com as obrigações e encargos às partes, a natureza dos riscos, o beneficiário das prestações e a capacidade de cada setor para melhor o gerenciar (parágrafo 1º); iii) os riscos cobertos por seguradoras são preferencialmente transferidos ao particular contratado (parágrafo 2º); iv) a alocação dos riscos deve ser quantificada a fim de que seja possível projetar os custos no valor da contratação (parágrafo 3º); v) o equilíbrio econômico-financeiro inicial em relação a fatos supervenientes será estabelecido pela matriz de riscos, sendo a sua observância obrigatória na solução de eventuais pleitos das partes contratantes; vi) exceto nos casos dos incisos I e II do parágrafo 5º, atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, as partes renunciam expressamente a pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro²⁰⁴ (parágrafo 5º); e vii) podem ser adotados métodos e padrões comumente usados por entidades públicas e privadas, ministérios e secretaria supervisores de órgãos públicos para identificação, alocação e quantificação financeira de riscos (parágrafo 6º).

²⁰³ De acordo com OLIVEIRA: “Entendemos que a solução pela Nova Lei de Licitações, nos §§1º e 2º do art. 103, foi adequada. A imputação dos riscos para a parte que possui melhores condições de gerenciá-los refletirá, naturalmente, na maior segurança jurídica e economicidade da contratação. Isto porque a alocação dos riscos contratuais será quantificada para fins de projeção dos reflexos de seus custos no valor estimado da contratação (art. 103, §3º, da nova Lei de Licitações). Assim, por exemplo, os riscos políticos, cambiais, de interpretação judicial, de disponibilidade financeira, de relações internacionais, que não são gerenciáveis pelo particular, deveriam ser assumidos, preferencialmente, pelo Poder Concedente e os riscos ligados à construção, operação, rendimento, tecnologia e competição seriam alocados à concessionária. Deve ser evitada, na mesma linha de raciocínio, a imputação à concessionária dos riscos relacionados aos eventos praticados pelo Poder Concedente, especialmente as hipóteses de inadimplemento contratual (fato da administração) ou atos externos à relação jurídica que repercutem no equilíbrio econômico-financeiro do contrato (fato do príncipe)” – OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada* – 1 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 504.

²⁰⁴ Decorrencia lógica do quanto pactuado no contrato. Se a parte concorda que risco futuro será resolvido na forma prevista na matriz de riscos, não há o porquê de pleitear a readequação do equilíbrio econômico-financeiro.

8.6 CONCLUSÃO

A Nova Lei Geral de Licitações e Contratações Públicas, a par de trazer inúmeras inovações no âmbito do Direito Administrativo, consolidou tendência já verificada na doutrina e em diplomas legislativos anteriores no que diz respeito aos riscos. Enquanto a Lei nº 8.666/93 apostava na alocação genérica de alguns eventos futuros (tais como alterações em âmbito de Direito Tributário, aumento ou diminuição proporcional até certo limite da prestação etc.), a Lei nº 14.133/21 elevou a questão do risco a um patamar importantíssimo para a fase de preparação licitatória e de formação do contrato público.

A análise das diversas leis no âmbito da contratação pública não deixa margem para dúvidas: a questão era tratada de forma genérica e abstrata, de modo que as questões que eventualmente surgissem no trato da execução orçamentária inevitavelmente irromperiam no Poder Judiciário.

Neste ponto, vale a pena a reflexão: a maior mudança, *in casu*, foi a da técnica legislativa de previsão abstrata para a matriz de riscos como cláusula contratual específica e indispensável em alguns tipos de contratos públicos. Enquanto, antigamente, o legislador se valia de técnica legislativa munida dos pressupostos de generalidade e neutralidade, hoje, percebeu-se que é mais prudente se valer de instrumentos próprios para evitar discussões futuras que interrompam o curso da execução contratual.

Como sempre, a principal questão é o atingimento da finalidade pública, razão de ser do Direito Administrativo. Em uma sociedade demasiadamente complexa, não é razoável que riscos previsíveis que venham alterar o equilíbrio econômico-financeiro remanesçam a cargo de serem resolvidos posteriormente, mediante batalhas administrativas e judiciais que travancam a execução da obra ou serviço contratado.

O excesso de formalismo no procedimento licitatório trouxe consequências indesejáveis para as contratações públicas, seja no pagamento de preços superiores ao mercado, seja na morosidade dos procedimentos em decorrência das inúmeras contendas entre os licitantes e entre as partes contratantes. O momento é oportuno para mudar este panorama.

Em que pese sua obrigatoriedade ser apenas às contratações de grande vulto, a matriz de riscos como cláusula contratual imprescindível (em alguns casos) trará inúmeros benefícios às contratações a que trata a Lei nº 14.133/21, direta ou subsidiariamente. Dentre eles, notadamente a

previsibilidade e a segurança jurídica. Isto porque as partes terão maior confiança na execução orçamentária, uma vez que já pactuaram a incumbência de cada parte no caso de algum risco previsível, o que ratifica o princípio geral de boa-fé objetiva dos contratos e diminui substancialmente os inúmeros pedidos de readequação do equilíbrio econômico-financeiro. Ganha a Administração, ganha a empresa contratada e, certamente, ganha a sociedade.

8.7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

FUX, I.; MAGALHÃES, A. Imprevisão, incompletude e risco: uma contribuição da teoria econômica aos contratos administrativos. In: WALD, A.; JUSTEN FILHO, M.; PEREIRA, A. G. (org.). *O Direito Administrativo na Atualidade*. Estudos em homenagem ao centenário de Hely Lopes Meirelles (1917-2017). São Paulo: Malheiros, 2017. p. 760-784.

MEDAUAR, Odete. Contratos celebrados pela Administração. In: *Direito Administrativo Moderno*. 21. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, cap. 11, p. 213-242.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. O Contrato Administrativo. In: *Curso de Direito Administrativo*. 33. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2016, cap. X, p. 636-694.

MENEGAT, Fernando; MIRANDA, Gustavo. Gestão de riscos x matriz de riscos em contratos administrativos de empreitada. *Conjur*, 3 jun. 2019. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-03/opiniao-gestao-riscos-matriz-riscos-contratos-empreitada>. Acesso em: 6 jun. 2021.

PEREZ, Marcos Augusto. Notas sobre a divisão de riscos nas concessões e parcerias público-privadas. In: ALMEIDA, F. D. M. et al. *Direito Público em Evolução*. Estudos em homenagem à Professora Odete Medauar. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 475-487.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SAMPAIO, Patrícia. ARAÚJO, Thiago. A previsibilidade ou resiliência: Notas sobre a repartição de riscos em contratos administrativos. Revista de Direito da Procuradoria Geral, Rio de Janeiro, (Edição Especial): Administração Pública, Risco e Segurança Jurídica, 2014.

O SEGURO-GARANTIA NA NOVA LEI DE LICITAÇÃO E OS PROBLEMAS DE SELEÇÃO ADVERSA E MORAL HAZARD

*Marcos Nóbrega*²⁰⁵

*Pedro Dias de Oliveira Netto*²⁰⁶

Resumo: O artigo tem como objetivo debater o instituto do seguro-garantia aplicável aos contratos administrativos de obras e serviços de grande vulto, considerando as peculiaridades que envolvem este modelo de seguro diante da relação trilateral entre a Administração Pública, o contratado e a seguradora. Pretende-se examinar como o seguro-garantia pode contribuir na mitigação da assimetria de informações e fornecer os incentivos necessários para a execução do objeto contratual. Essa análise tem como ponto de referência legal os novos dispositivos sobre o tema estabelecidos pela Lei n° 14.133/21, a nova lei de licitações e contratos.

Palavras-chave: Licitações. Seguro-garantia. Assimetria de informação. Seleção adversa.

Abstract: The paper aims to discuss the performance bond institute applicable to administrative contracts of constructions and services, considering the peculiarities involving this insurance model in view of the trilateral relationship between the Public Administration, the bidder and the insurer. We intend to examine how the performance bond can contribute to the mitigation of information asymmetry and provide the necessary incentives for the execution of the contractual object. This analysis has as a legal reference the parameters established by Law n°. 14.133/21, the new law on bidding and contracts.

Keywords: Bids. Performance bond. Information asymmetry. Adverse selection.

²⁰⁵ Professor Adjunto de Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), Doutor em Direito (UFPE), Visiting Scholar na Harvard Law School, Harvard Kennedy School of Government e Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro Substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE).

²⁰⁶ Advogado. Doutorando em Direito (UFPE).

9.1 SEGURO-GARANTIA E A SUA PREVISÃO NORMATIVA NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Um grande desafio da Administração Pública nos remete à extensa quantidade de contratos de obras inacabadas que existem no país. Por vezes, os contratos administrativos para a realização de obras públicas são celebrados e, em curto ou médio prazo, têm a sua execução interrompida, acarretando paralisações e litígios judiciais infundáveis.

A auditoria especial realizada pelo Tribunal de Contas da União²⁰⁷, em 2018, após analisar mais de 30 mil obras públicas financiadas com recursos públicos federais, constatou que cerca de 37% destas obras estão paralisadas ou inacabadas. As principais causas identificadas pela auditoria especial foram a contratação com base em projeto básico deficiente; a insuficiência de recursos financeiros por parte do estado ou município corresponsável pela obra; e a dificuldade dos entes subnacionais em gerir os recursos federais recebidos²⁰⁸.

Estas obras representam um investimento previsto de R\$ 144 bilhões, dos quais R\$ 10 bilhões já foram aplicados em obras paralisadas que não estão agregando qualquer benefício à sociedade, atrasando o fornecimento de serviços públicos e o crescimento econômico.

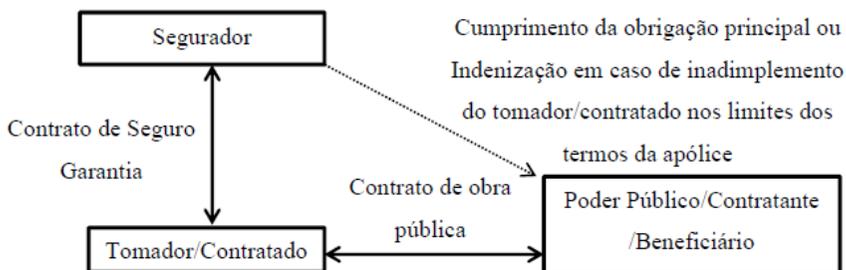
Diante das consequências adversas de obras inacabadas e a necessidade de garantir o cumprimento das obras públicas, o presente artigo tem como objetivo analisar, em especial, uma das hipóteses legais de modalidades de garantia, qual seja, o seguro-garantia, aplicável aos contratos administrativos pactuados pelo Poder Público para a realização de obras, serviços e fornecimento de bens.

O seguro-garantia é um importante instrumento para garantir a

²⁰⁷ Acórdão 1079/2019 - Plenário - TCU

²⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria operacional TC 011.196/2018-1*. Órgão: Ministério da Economia (então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão). Relator: Ministro Vital do Rêgo. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/outros-documentos/acordao-tcu-1079-2019>>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

execução das obrigações contratuais de fazer, fornecer e prestar, que são celebradas pelo tomador em relação ao segurado. O segurador, terceiro em relação ao contrato celebrado entre o tomador e o beneficiário, se coloca na condição de garante para o cumprimento da obrigação contratual. Observa-se, por conseguinte, que o contrato de seguro-garantia detém certa peculiaridade em relação a um contrato típico de seguro, haja vista a presença de três partes envolvidas.



Fonte: Pedro Henrique Christofaro Lopes (2019)

A regulamentação técnica do seguro-garantia está contida, basicamente, na Circular nº 477/2013 da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP). Entre os dispositivos normativos contidos na Circular, se destacam os arts. 4º e 5º que estabelecem:

Art. 4º Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Público o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado em razão de participação em licitação, em contrato principal pertinente a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, concessões ou permissões no âmbito dos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ou ainda as obrigações assumidas em função de:

- I – processos administrativos;
- II – processos judiciais, inclusive execuções fiscais;
- III – parcelamentos administrativos de créditos fiscais, inscritos ou não em dívida ativa;

IV – regulamentos administrativos.

Parágrafo único. Encontram-se também garantidos por este seguro os valores devidos ao segurado, tais como multas e indenizações, oriundos do inadimplemento das obrigações assumidas pelo tomador, previstos em legislação específica, para cada caso.

Art. 5º Define-se Seguro Garantia: Segurado – Setor Privado, o seguro que objetiva garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo tomador perante o segurado no contrato principal firmado em âmbito distinto do mencionado no art. 4º.

No âmbito legal aplicável à Administração Pública, ao considerarmos como ponto de partida a Lei nº 8.666/93, não podemos olvidar que a modalidade de seguro-garantia não estava inserida no rol de instrumentos aptos para garantia dos contratos públicos, conforme previsão original do art. 56. Foi através da Lei nº 8.883/94 que a modalidade seguro-garantia se tornou passível de escolha ao lado das modalidades de caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública e da fiança bancária.

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 56, §2º, determinava que as modalidades de garantias deveriam ter, como regra, uma limitação para que não excedesse a 5% do valor do contrato. Excepcionalmente, quando estivéssemos diante de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto e que envolvessem alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, o §3º prescrevia que o limite de garantia poderia ser elevado para até 10% do valor do contrato.

Não obstante, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, atribuiu novos parâmetros aos percentuais máximos dos valores contratuais abrangidos pelas modalidades de garantias.

Com o propósito de fortalecer a utilização do seguro-garantia, o art. 97 da nova lei prevê a definição legal do instituto, como também estabelece regras que devem ser observadas nas contratações que envolvam esta modalidade de garantia:

Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações

NOVOS RUMOS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

II - o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convenionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

Como preceito geral, o art. 98 estabelece que a garantia poderá ser de até 5% do valor inicial do contrato, podendo ser autorizada a majoração desse percentual para até 10%, desde que esteja devidamente justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos.

Destaca-se que a Lei nº 14.133/2021, diferentemente do que a antiga lei dispunha, não condicionou, nesse momento, a aplicação da majoração de até 10% ao requisito de se tratar de uma obra de grande vulto.

O legislador ordinário dedicou um artigo específico para as obras e serviços de engenharia de grande vulto²⁰⁹. O art. 99 abarca, especialmente, entre as modalidades de seguro previstas na lei, apenas o seguro-garantia, com cláusula de retomada, ampliando o percentual exigível para até 30% do valor inicial do contrato.

Com contornos de novidade, a nova lei de licitações dedicou o art. 102 para regulamentar a modalidade seguro-garantia para as contratações de obras e serviços de engenharia. O dispositivo estabelece que o edital do certame licitatório poderá exigir que a garantia seja na modalidade seguro-

²⁰⁹ O art. 6º, inciso XXII, da Lei nº 14.133/2021, conceitua obras, serviços e fornecimentos de grande vulto como aqueles cujo valor estimado superar o valor de R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais).

garantia, bem como prever a obrigação da seguradora para assumir a execução e concluir o objeto pactuado se for verificado o inadimplemento do licitante contratado²¹⁰.

O inciso I do art. 102 prescreve que a seguradora deverá participar do contrato, bem como nos aditivos contratuais, na condição de interveniente anuente, ou seja, expressando sua aquiescência aos dispositivos do contrato. Daí a importância da seguradora em conhecer, minuciosamente, as cláusulas contratuais, de modo que as obrigações e direitos de cada parte estejam claros para exigir do tomador que a obra seja executada de acordo

²¹⁰ Lei 14.133/2021 – Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

- a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;
- b) acompanhar a execução do contrato principal;
- c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;
- d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice.

com os parâmetros qualitativos e quantitativos previstos²¹¹.

No que tange às prerrogativas da empresa seguradora, ela poderá acompanhar a execução do contrato e terá livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal e aos documentos de auditoria técnica e contábil, podendo requerer esclarecimentos ao responsável técnico da obra.

O art. 102 da Lei nº 14.133/2021 também faculta à seguradora a possibilidade de subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente, inclusive, podendo emitir empenho em nome próprio, ou a quem ela indicar para a concluir as obrigações contratuais, desde que seja demonstrada a regularidade fiscal.

Há de se ressaltar que, como consequência do inadimplemento do licitante contratado, podem ocorrer duas situações distintas. Se a seguradora executar e concluir o objeto do contrato, ela estará isenta da obrigação de pagar o montante segurado indicado na apólice. Por outro lado, caso a seguradora não assuma a execução do contrato, deverá pagar a integralidade do montante indicado na apólice.

Interessante observar que a empresa seguradora não participou do procedimento licitatório. No entanto, se tornará responsável por concluir o objeto, ou por subcontratação, acarretando numa sub-rogação indireta do contrato administrativo nas condições pactuadas pelo Poder Público e o contratado ou, então, arcar integralmente com o valor previsto na apólice do seguro-garantia.

Certamente, haverá por parte da seguradora uma análise custo-benefício entre a possibilidade de assumir o contrato ou de pagar o limite de 30% do valor inicial do contrato. Diversos incentivos e custos estão envolvidos, mas, no âmbito das obras públicas, o pagamento da apólice seria suficiente para que outros meios sejam adotados para a conclusão da obra de grande vulto?

Ainda, podemos questionar a possibilidade real da seguradora exercer, por conta própria, a atividade relacionada à construção, engenharia

²¹¹ O §3º do art. 96 da Lei nº 14.133/2021 prescreve que o edital de licitação fixará prazo mínimo de 1 mês, contado da data de homologação da licitação e anterior à assinatura do contrato, para a prestação pelo contratado quando optar pela modalidade de seguro-garantia.

etc., diante das limitações contidas no contrato social e nas normas regulatórias do mercado de seguros que determinam um objeto social único vinculado à atividade de seguros.²¹²

Não se pode negar que as seguradas buscarão o menor custo para se desonerar das suas obrigações contratuais, preferencialmente, pagando a indenização da apólice, que em muitos casos não é suficiente para garantir a conclusão da obra por completo. Após o pagamento da indenização, ou se decidir pela continuidade das obrigações contratuais, a seguradora irá se subrogar nos direitos do segurado contra o tomador.

Em complemento, se destaca outra questão importante sobre a Lei nº 14.133/2021 que, em seu art. 97, II, estabelece regras que devem ser observadas para os contratos de seguro-garantia no âmbito da Administração Pública. O dispositivo desperta o debate acerca da manutenção da vigência do seguro-garantia quando o contratado não realizar o pagamento do prêmio nas datas convencionadas.²¹³

²¹² SOGAYAR, Alberto; MATOS, Tácito Ribeiro de; ALCANTARA, Ana Beatriz Quintas Santiago de; GUIMARÃES, Fernando. *A cláusula de retomada na nova Lei de Licitações*, 2021. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes>/<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 4 de jun. de 2021.

²¹³ Lei 14.133/2021 - Art. 97. O seguro-garantia tem por objetivo garantir o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à Administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, observadas as seguintes regras nas contratações regidas por esta Lei:

I - o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato principal e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência deste mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora;

II - o seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas.

Parágrafo único. Nos contratos de execução continuada ou de fornecimento contínuo de bens e serviços, será permitida a substituição da apólice de seguro-garantia na data de renovação ou de aniversário, desde que mantidas as mesmas condições e coberturas da apólice vigente e desde que nenhum período fique descoberto, ressalvado o disposto no § 2º do art. 96 desta Lei.

É notório que o tomador se torna responsável pelo pagamento do prêmio para a seguradora nos prazos estabelecidos no contrato. Não obstante, a lei de licitações determina que o seguro continuará em vigor ainda que o tomador não realize o pagamento do prêmio nos prazos previstos, diferentemente do que ocorre em grande parte dos contratos tradicionais de seguro.

Cuidando-se da finalidade do prêmio nos contratos de seguro-garantia, se faz importante ressaltar que o prêmio se distingue da prática comercial adotada nos seguros tradicionais. Enquanto que no seguro tradicional o prêmio pago contribui na formação de fundo de recursos financeiros para permitir o pagamento de eventuais indenizações esperadas pelos riscos contidos na apólice, no modelo contratual de seguro-garantia o prêmio dispõe de natureza diversa, pois não está baseado na probabilidade média da ocorrência do sinistro.²¹⁴

Conforme ressaltado por David Raick, os prejuízos decorrentes do sinistro em contratos de seguro-garantia devem ser compensados à seguradora por meio de um acordo de contragarantias. Daí que, no que se refere aos riscos cobertos pelo contrato de seguro-garantia, não se espera que ocorram prejuízo pela ocorrência do sinistro, pois este é contragarantido pelo tomador.²¹⁵

Nessa linha argumentativa, o autor aponta que caso seja materializado o sinistro no contrato de seguro-garantia, este não é pago pelo fundo criado com os prêmios pago pelo tomador, mas pelo patrimônio da empresa seguradora que será ressarcida posteriormente pelo contrato de contragarantias assinado.²¹⁶

Por certo, tais indagações não são de fáceis elucidações, pois a relação trilateral entre a Administração Pública, o contratado e a seguradora, está inserida em um amplo contexto de assimetria de informações que é

²¹⁴ RAICK, David. *O uso de fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de performance bonds ao contexto brasileiro*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2018, p. 35.

²¹⁵ RAICK, op. cit. p. 36.

²¹⁶ RAICK, op. cit. p. 45.

intrinsecamente relacionada à celebração de contratos dessa natureza.

9.2 BREVE PANORAMA ACERCA DO INSTITUTO *PERFORMANCE BOND* NO DIREITO NORTE-AMERICANO

Para uma melhor compreensão dos desafios do seguro-garantia no ordenamento jurídico brasileiro se faz oportuno analisarmos, ainda que com certa concisão, as características do modelo norte-americano de *performance bond*, haja vista ser possível identificar algumas semelhanças e diferenças com as práticas adotadas no Brasil, contribuindo para reflexões sobre as contratações públicas e a cobertura por seguro-garantia.

A promulgação do *Heard Act*, em 1894, estabeleceu a obrigatoriedade das cauções de garantias em todos os contratos celebrados pela Administração dos EUA, transferindo para o setor privado os riscos advindos da inadimplência da execução das obras.

Como é bem destacado por Pedro Henrique Christofaro Lopes, a utilização do seguro-garantia teve como propósito inicial a proteção de empregados e fornecedores dos contratantes com a Administração mais do que garantir os interesses do Estado. O autor enfatiza que no momento que antecedeu a elaboração desta lei, o mercado norte-americano de construção civil encontrava-se em um cenário instável, sem exigências específicas para a qualificação técnica, o quadro de inadimplência era elevado, bem como era frequente que as empresas contratadas dispusessem de grandes débitos antes mesmo das obras serem iniciadas. Daí que, nesse quadro de incertezas, foi editado o *Heard Act* nos EUA²¹⁷.

Alguns anos depois, especificamente, em 1935, entrou em vigor o *Federal Miller Act*, estabelecendo uma maior proteção, com cobertura de 100% do contrato em âmbito federal, tal como a utilização de garantias para fornecedores e mão de obra contratada. Esta medida pretendeu evitar que a Administração Pública viesse a ser executada judicialmente nas hipóteses em que os contratados se tornassem inadimplentes junto a terceiros.

É por meio do *Federal Miller Act* que diversas garantias nas

²¹⁷ LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise Econômica do Direito e Contratações Públicas: o Performance Bond em Contratos de Obras Públicas como Instrumento para Mitigar a Assimetria de Informações*. Dissertação de mestrado. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019, p. 98.

contratações públicas foram previstas, tais como as garantias de concorrência (*bid bond*), de cumprimento da obra (*performance bond*) e de pagamento de obrigações com a mão de obra, com os fornecedores e com os subempreiteiros (*labor and material bond*)²¹⁸.

Comumente, nós podemos encontrar três tipos principais de contratos de seguro-garantia no direito norte-americano. O *bid bond* trata-se de um seguro-garantia que fornece à Administração um meio para recuperar parte do custo de ter que repetir o procedimento licitatório se o vencedor da licitação não celebrar o contrato ou não fornecer as garantias de execução e pagamento exigidos. Por seu turno, o *performance bond* fornece uma garantia de execução do objeto do contrato, em caso de inadimplemento do contratado. Já o *labor and material bond*, também chamado por *payment bond*, assegura que determinados contratantes e fornecedores de materiais serão indenizados nos casos em que o executor da obra não realizar os pagamentos²¹⁹.

Destaca-se o fato de que, nos EUA, quase todos os 50 Estados, assim como o Distrito de Columbia e grande parte das jurisdições legais, promulgaram leis semelhantes ao *Federal Miller Act* para exigir o seguro-garantia em obras públicas acima de determinados valores.

A pesquisa normativa realizada por Francisco Galiza²²⁰, no ano de 2015, nos permite verificar alguns dados interessantes sobre as obrigações de seguro-garantia nos estados norte-americanos. A tabela seguinte, com dados catalogados pelo autor através do *NACM'S Manual of Credit and Commercial Laws*, demonstra as hipóteses e os valores contratuais em que o seguro-garantia passa a ser exigido em cada estado e o percentual de cobertura do seguro em relação ao valor do contrato.

Tabela 1 – Seguro-garantia por Estado (EUA)

1	Alabama	No mínimo, 50% do valor da obra, a partir de US\$ 50 mil.
---	---------	---

²¹⁸ GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015, p. 15.

²¹⁹ GALIZA, op. cit. p. 28.

²²⁰ GALIZA, op. cit. p. 31-33.

NOVOS RUMOS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2	Alaska	Para obras até US\$ 1 milhão, 40% do valor.
3	Arizona	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 100 mil.
4	Arkansas	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 20 mil.
5	California	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 25 mil.
6	Colorado	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 50 mil.
7	Connecticut	100% do valor da obra, mas acima de US\$ 100 mil.
8	Delaware	100% do valor da obra.
9	District of Columbia	No mínimo, 50% do valor da obra.
10	Florida	100% do valor da obra.
11	Georgia	100% do valor da obra.
12	Hawaii	100% do valor da obra.
13	Idaho	No mínimo, 85% do valor da obra.
14	Illinois	Até determinado valor, não precisa.
15	Indiana	100% do valor da obra.
16	Iowa	Acima de 75% do valor da obra.
17	Kansas	100% do valor da obra, se > US\$ 100 mil.
18	Kentuck	100% do valor da obra.
19	Lousiana	% varia em função do tamanho da obra.
20	Maine	100% do valor da obra.
21	Maryland	50% do valor da obra.
22	Massachussets	No mínimo, 25% da obra.
23	Michigan	100%, mas acima de US\$ 50 mil.
24	Minnesota	100% do valor.
25	Mississippi	100% do valor.
26	Missouri	100%, mas acima de US\$ 25 mil.
27	Montana	100% em contratos

NOVOS RUMOS DAS LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

		estaduais. No mínimo, 25% em contratos municipais.
28	Nebraska	100% do valor.
29	Nevada	Acima de 50% da obra.
30	New Hampshire	100% do valor, mas acima de US\$ 35 mil.
31	New Jersey	100% do valor.
32	New Mexico	100% do valor, mas o Estado tem condições de baixar até 50%.
33	New York	Abaixo de US\$ 50 mil, não precisa. Não especifica o percentual.
34	North Carolina	100% do contrato. Abaixo de US\$ 300 mil, não precisa.
35	North Dakota	Mão de obra e material cobertos.
36	Ohio	Mão de obra e material cobertos.
37	Oklahoma	100% do valor da obra.
38	Oregon	Abaixo de US\$ 100 mil, não precisa.
39	Pennsylvania	100% do valor da obra.
40	Puerto Rico	No mínimo, 25% da obra.
41	Rhode Island	Entre 50% e 100% da obra.
42	South Carolina	100% para estradas. Nos outros, no mínimo, US\$ 50 mil.
43	South Dakota	Abaixo de US\$ 25 mil, não precisa.
44	Tennessee	No mínimo, 25% da obra.
45	Texas	100% do valor do contrato.
46	Utah	100% do valor do contrato.
47	Vermont	Só usado para estradas.
48	Virginia	Obrigatório a partir de US\$ 350 mil.
49	Washington	100% do valor do

		contrato. Para valores menores, esse percentual pode diminuir.
50	West Virginia	Depende do tipo de obra executada, mas tem que ser compatível.
51	Wisconsin	Igual ao valor do contrato.
52	Wyoming	> 25% do contrato. Se o contrato > US\$ 100 mil, valor pode aumentar. Se o contrato < US\$ 7,5 mil, não precisa.

Fonte: Francisco Galiza (2015)

Os estados norte-americanos demonstram uma ampla aceitação ao instituto de *performance bond*, ainda que subsista uma diferença de percentuais em relação à cobertura do seguro e o valor do contrato da obra.

Há uma variação entre 25% e 100% da abrangência da apólice do seguro, alguns valores mínimos também foram estabelecidos para que seja possível exigir o seguro-garantia para a obra executada. O estado de Arkansas, por exemplo, determina 100% de cobertura do valor da obra, mas desde que o contrato seja acima de US\$ 20 mil. Já o estado de Arizona também estabelece uma cobertura de 100% para a apólice, porém, aplicando-se apenas para os contratos que são acima de US\$ 100 mil.

Nesse diapasão, nas apólices de seguro-garantia nos EUA, ao ser declarado o sinistro, cabe à seguradora adotar uma das seguintes condutas: 1) financiar o tomador do seguro, com o consentimento do beneficiário, para que este possa concluir o contrato; 2) renunciar ao seu direito de concluir a execução do contrato, desde que seja selecionado no mercado interessado em executar o objeto contratual; 3) executar o contrato por conta própria após a investigação do sinistro, determinando qual o montante que se responsabilizará diante do segurado; 4) negar responsabilidade, em todo ou em parte, comunicando ao segurado as razões da negativa²²¹.

²²¹ XAVIER, Vitor Boaventura. *O Seguro Garantia de Execução do Contrato – Performance Bond: Uma Análise dos Aspectos Regulatórios e Concorrenciais da sua Exigência pela*

Ainda, como é evidenciado por Vitor Boaventura Xavier, as seguradoras norte-americanas podem optar por operações de resseguro, com a finalidade de repassar percentual do seu risco ao ressegurador para emissão de novas apólices. O autor aponta que a legislação norte-americana não apenas permite a realização de operações de resseguro, assim como permite que as seguradoras constituam *co-suretyship agreements*, isto é, acordos para a emissão de apólices para joint-ventures quando os tomadores têm seguradoras distintas ou quando o tomador não dispõe de capacidade para ter a apólice subscrita. Daí que os *co-suretyship agreements* são responsáveis para definir as obrigações entre as seguradoras coligadas e por distribuir os riscos assumidos por cada uma na relação contratual²²².

Comparativamente, o ordenamento jurídico brasileiro, por meio da Lei nº 14.133/2021, demonstrou avanço em relação ao percentual de cobertura dos contratos de seguro-garantia até então regulados pela Lei nº 8.666/93, ampliando dos 10% para os 30% nas hipóteses de obras de engenharia de grande vulto.

Por outro lado, verificamos que apenas poucos estados dos EUA estabeleceram um parâmetro de cobertura tão diminuto, nos moldes do patamar do Brasil, pois uma grande parte dos estados americanos exige coberturas mínimas de 50% ou, até mesmo, 100% para garantir que a execução da obra seja efetivamente cumprida.

9.3 A SELEÇÃO ADVERSA E O RISCO MORAL NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E O PAPEL DO SEGURO-GARANTIA

A celebração de contratos é revestida de grande preocupação decorrente da assimetria informacional existente entre as partes envolvidas. Não obstante, a concepção clássica dos contratos adota como pressuposto a ideia de uma racionalidade ilimitada, onde todas as vontades das partes são previsíveis e seriam parâmetros para tomada de decisão entre os envolvidos.

Contudo, este cenário de amplo conhecimento e informação plena na celebração dos contratos não ocorre no mundo dos fatos. A racionalidade

Administração Pública no Brasil. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2017, p. 31.

²²² XAVIER, op. cit. p. 32.

limitada dos agentes econômicos, a complexidade e incertezas, bem como o oportunismo das partes, são fatores que repercutem na formação de contratos imperfeitos, incompletos, ainda mais quando estamos diante de obras de grande vulto no âmbito de contratações realizadas pela Administração Pública.

A Administração Pública não detém condições de analisar todos os requisitos necessários para conhecer as intenções do licitante vencedor. A nova lei de licitações, assim como as normas que antecederam, apenas tentam indicar uma sinalização para direcionar uma melhor escolha, adotando critérios que busquem revelar informações dos participantes do certame licitatório.

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 80, estabelece a pré-qualificação como procedimento técnico-administrativo para selecionar interessados para futuras licitações, oportunidade em que serão apresentados documentos acerca da capacidade técnica e econômica. Ocorre que, por vezes, esses critérios são insuficientes para sinalizar a real capacidade do licitante para executar o objeto pretendido.

É de conhecimento geral que as contratações públicas são assoladas pelo prejudicial “jogo de planilha”, que consiste na atribuição de preços unitários abaixo dos preços de mercado para serviços que, supostamente, não terão condições de serem executados e, após um período de início das obras, a empresa alega caso fortuito e força maior, requerendo a revisão do contrato com base no equilíbrio econômico-financeiro.

A prática oportunista da empresa contratada também pode ocorrer quando são fixados preços mais altos para os serviços que naturalmente ocorrem mais cedo. Ainda, acentua-se o fato de que a empresa contratada detém uma maior expertise de mercado em relação ao Poder Público, de tal sorte que esta informação privilegiada permite saber que certos serviços podem ter os quantitativos alterados ao decorrer da execução da obra por motivo de ordem técnica.

O comportamento dos agentes econômicos que atuam de forma oportunista pode ocorrer antes ou depois da assinatura do contrato. Se ocorrer em momento anterior, estaremos diante de uma situação de seleção adversa, pois a informação privilegiada é obtida previamente e aquele que a detém vai buscar auferir alguma vantagem.

Nas licitações públicas a seleção adversa ocorre principalmente

quando objeto for de alta complexidade, pois os critérios de qualificação técnica e econômica são insuficientes para avaliar a assimetria de informação e expor as reais possibilidades do contratante em executar a obra. No procedimento licitatório não há mecanismos reveladores de informações eficazes, pois, como sabemos, os contratos administrativos têm uma natureza de contrato de adesão, a minuta é pré-estabelecida no edital e não há possibilidade de barganha entre as partes em determinadas cláusulas²²³.

Não podemos olvidar que a assimetria informacional pode ocorrer em diversos setores da economia. Por exemplo, os trabalhadores conhecem mais sobre suas habilidades do que a empresa contratante; uma pessoa que adquire um seguro de saúde conhece mais sobre o seu quadro clínico; o dono de um automóvel conhece mais sobre as características do seu carro do que potenciais compradores; e o CEO da empresa detém mais informações do que os seus investidores etc.²²⁴

De mais a mais, a seleção adversa é objeto de pesquisa sobretudo na área de seguros. Também conhecida como antisseleção, a seleção adversa se refere a um procedimento no qual a informação assimétrica possuída por uma das partes irá garantir uma vantagem nas negociações. É dizer, uma das partes dispõe de conhecimento insuficiente sobre fundamentos essenciais da outra contratante, dificultando a tomada de decisão.

Atento ao tema da seleção adversa, Paulo Pereira Ferreira²²⁵ ressalta que o segurado também tem dificuldade em quantificar o risco ao qual ele está exposto. Para atenuar as consequências da seleção adversa, a seguradora dispõe de técnicas atuariais para quantificar os riscos, que são precificados com certa margem de segurança.

O contrato de seguro, portanto, torna-se aceitável pelo segurado diante das diversas opções de cobertura apresentadas pela seguradora para que seja escolhida a opção que melhor se adeque aos interesses do segurado.

²²³ TIMM, Luciano Benetti (Organizador). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 409.

²²⁴ STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics, *The American Economic Review*, vol. 92, no. 3, junho, 2002, p. 469-470.

²²⁵ FERREIRA, Paulo Pereira. *Seleção adversa*, 2020, p. 29. Disponível em: <<https://cadernosdeseguro.ens.edu.br/pdf/cadseg197v2selecaoaversa.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

O autor evidencia a importância da “Teoria da Utilidade Econômica” como hipótese justificante para que o segurado aceite pagar um prêmio para a seguradora que seja superior ao valor médio da sua perda devido à grande redução na sua função utilidade se ocorrer um sinistro.²²⁶

Nos contratos de seguro, a seleção adversa irá ocorrer com maior frequência, pois o segurado possuirá informações acuradas dos principais riscos que está submetido, não revelando facilmente para a seguradora. Cabe à seguradora gerenciar de forma eficaz os mecanismos reveladores de informações e procurar janelas de oportunidades resultantes das propostas apresentadas ao segurado.²²⁷

Não obstante, quando a assimetria de informação surgir após a assinatura do contrato estaremos diante de uma hipótese de risco moral. Situações em que a empresa, após um período de início da execução do contrato, começa a reduzir a qualidade dos materiais utilizados e passa a executar o serviço com produtos inferiores é uma situação corriqueira na realização de obras.

O risco moral é remetido pela doutrina aos chamados problemas de agência, em que uma parte, denominada por agente, deve representar os interesses de outra, denominada por principal. Em determinadas situações o agente receberá incentivos para agir de forma oportunista, isto é, diversamente à vontade do principal, sem que este tenha condições de monitorar a conduta lesiva.

O problema do risco moral pode ocorrer em contratos entre empresas (risco moral externo), ou na mesma empresa (risco moral interno). Per-Erik Eriksson e Hans Lind aduzem que o risco moral externo acontece nos casos em que uma empresa se comporta de forma oportunista diante de outra. Por exemplo, o contratado atua sem cuidado e esforço, passa a substituir materiais mais caros por outros mais baratos e de menor qualidade, informa que realizou mais trabalho do que realmente foi feito etc. De igual forma, o contratante também pode adotar um comportamento oportunista quando não realiza o pagamento nas condições pactuadas, passa a exigir trabalho que não estava previsto contratualmente, ou se recusa a aprovar o

²²⁶ FERREIRA, op. cit. p. 30.

²²⁷ FERREIRA, op. cit. p. 33.

serviço que atende todos os parâmetros do acordo²²⁸.

Por conseguinte, o risco moral interno se verifica dentro de uma empresa e pode ocorrer em diferentes níveis hierárquicos. Podemos identificar comportamento oportunista interno quando o funcionário celebra um contrato sem a aprovação necessária, quando não segue as ordens relativas à qualidade de trabalho e de segurança, principalmente quando a atuação decorre de pouco esforço, falta de conhecimento ou de atos de corrupção.²²⁹

Exemplo clássico do risco moral ocorre na situação em que uma pessoa celebra um contrato de seguro para o seu veículo e, após os primeiros meses, começa a perder os incentivos de cautela com o automóvel, tal como estacionar em local seguro, deixar de utilizar rastreadores etc. Daí que, para evitar esta conduta oportunista, as seguradoras utilizam mecanismos para manter os incentivos por meio da aplicação da franquia ou, até mesmo, aumentam os preços futuros diante da impossibilidade de fiscalizar o segurado para que mantenha a matriz de riscos de acordo o parâmetro inicial do contrato.

São imensas as dificuldades e os riscos envolvidos na seleção dos licitantes para realização de obras públicas. Porém, não se pode deixar de considerar que os contratos de seguro-garantia não são típicos contratos de seguro, eles detêm uma natureza híbrida com certa peculiaridade, pois envolvem direitos e obrigações de natureza trilateral. Nestes contratos são envolvidas três partes: o tomador do seguro, que é responsável por entregar a obra; a seguradora, que nos casos de inadimplência irá garantir a execução da obra e se responsabilizar até o montante garantido contratualmente; e a presença do ente público.

Conforme evidenciado por Francisco Galiza²³⁰, no contrato de seguro tradicional a seguradora espera que ocorra o sinistro e precifica esse risco. **Já nos contratos de seguro-garantia, a taxa de sinistro tem que**

²²⁸ ERIKSSON, Per-Erik; LIND, Hans. *Moral hazard and construction procurement: A conceptual framework*, 2015, p. 5. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/hhs/kthrec/2015_002.html>. Acesso em: 3 de jun. de 2021.

²²⁹ ERIKSSON; LIND, op. cit. p.6.

²³⁰ GALIZA, op. cit. p. 17.

ser zero. Existindo alguma probabilidade de haver algum risco na execução do contrato, o seguro-garantia não é firmado. Daí que nesses contratos, o prêmio cobrado pela seguradora tem como propósito cobrir o custo necessário para mitigar as assimetrias de informações entre as partes, analisando a capacidade técnica, financeira e operacional daquele que, por exemplo, irá executar uma obra pública.

James Vieira, Renata Macedo e Hermann Hrdlicka²³¹ também ressaltam algumas diferenças entre o seguro comum e o seguro-garantia. Os autores argumentam que em relação às perdas esperadas em decorrência do sinistro podem ser verificadas duas perspectivas. Nos contratos de seguro tradicional, a seguradora realiza cálculos atuariais para estabelecer uma margem de perdas de acordo com um conjunto de fatores e de taxas que se ajustam conforme flutuações de mercado. Já em relação às perdas nos contratos de seguro-garantia, a seguradora não tem essa expectativa, pois, assim como apontado anteriormente, a sinistralidade deve ser zero. Só haverá pactuação do contrato de seguro-garantia quando houver ampla margem de segurança, diante da constatação de eventual risco na operação o seguro não será emitido.

Ainda, os autores destacam outra importante distinção no que diz respeito ao cálculo do prêmio. Nos contratos comuns de seguro, o prêmio é estimado de acordo com avaliações atuariais que irão analisar de acordo com o tipo de bem objeto do seguro, essa análise não é relacionada com algum projeto ou com a capacidade financeira do segurado. Por outro lado, os contratos de seguro-garantia calculam o prêmio conforme as características do tomador, analisando a capacidade de executar a obra.²³² O prêmio, portanto, serve para pagar os custos que a seguradora terá ao avaliar a condição do tomador, assim como remunerar a seguradora pelo seu “selo de qualidade” ao projeto.

Por sua vez, David Raick expõe certa semelhança do seguro-garantia com o instituto da fiança. O autor aponta que, assim como na fiança, o seguro-garantia é constituído numa relação tripartite: interna (contrato principal que estabelece as obrigações afiançadas), externa (credor-fiador numa relação fidejussória) e uma eventual (fiador-devedor). Também são

²³¹ VIEIRA, James Batista; MACEDO, Renata Gomes de; HRDLICKA, Hermann Atila. A relevância do seguro garantia nas compras públicas, *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, v. 04, n. 02, nov./2019, p. 227.

²³² *Ibidem*.

apontadas outras características que se assemelham à fiança: a obrigação garantida é uma obrigação de adimplemento; tem caráter subsidiário e acessório da obrigação principal prevista contratualmente; e o fiador e a seguradora irão se sub-rogar nos direitos do credor ao pagarem a indenização ou assumir a execução da obra.²³³

Em verdade, a modalidade de seguro-garantia, considerando a complexidade na sua estruturação, trata-se de uma espécie de seguro com características próprias, devendo ser celebrado por meio de seguradora especializada nesse mercado. A necessidade de uma constante fiscalização da obra, principalmente quando estivermos diante de obras públicas, se torna essencial para evitar falhas na execução e garantir que as obrigações sejam cumpridas.

Quanto mais especializada for a seguradora no mercado de seguro-garantia, melhor será a escolha das empresas que terão condições de emitir uma apólice. Daí a importância do seguro-garantia para reduzir a assimetria de informações nas licitações e evitar que a realização de uma obra pública de grande vulto seja realizada por empresa inidônea.

No seguro garantia, o que está sendo contratado é a chancela da seguradora ao tomador, considerando sua capacidade de executar o contrato. A seguradora funciona com o uma espécie de agência de rating ou certificadora, atestando que fez a devida *due diligence* no tomador e tem razões suficientes para acreditar que ele executará o contrato. De tal sorte que o seguro garantia funciona como um instrumento de revelação de informação, considerando que outros já foram utilizados como a pré-qualificação e os tradicionais critérios de habilitação.

9.4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Houve certo avanço advindo da Lei nº 14.133/2021 para garantir a execução das contratações públicas. Entre as modalidades de garantias previstas na lei, ganhou destaque o seguro-garantia. A ampliação do percentual exigível para cobertura do seguro no patamar de até 30% representa um relativa melhora, pois, ao utilizarmos como paradigma o modelo norte-americano, é possível observar que o valor do seguro deverá

²³³ RAICK, David. *O uso de fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública*: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de performance bonds ao contexto brasileiro. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2018, p. 91-92.

corresponder a patamares entre 50% e 100% do valor inicial do contrato da obra.

Com efeito, o contexto dos dois países no mercado de seguros é distinto, haja vista sua utilização ser mais consolidada nos EUA desde a promulgação do *Heard Act* no ano de 1894. Não obstante, o instituto de *performance bond*, se bem aplicado, pode gerar incentivos para permitir que, por meio desta relação trilateral entre o tomador, seguradora e segurado, as obras e serviços possam ser executados nos termos que inicialmente foram pactuados, reduzindo os atrasos na execução contratual e as infundáveis obras inacabadas.

O art. 102, da Lei nº 14.133/2021, poderia ter adotado uma postura mais incisiva para estabelecer um dever e não uma mera faculdade da Administração Pública para a utilização do seguro-garantia nas contratações de obras de grande vulto. Ao utilizar a expressão “o edital poderá exigir”, a lei acaba concedendo margem de interpretação para que os diversos gestores públicos possam optar entre utilizar ou não a modalidade de seguro-garantia nos casos de obras de grande vulto.

Se o mercado interno de seguros estiver composto por empresas capacitadas para modelagem e fiscalização de contratos na modalidade de seguro-garantia, os incentivos gerados podem contribuir para reduzir a assimetria de informações e, de igual forma, evitar a ocorrência do sinistro nas contratações públicas.

À derradeira, há de se destacar que as seguradoras aceitarão pactuar contratos de seguro-garantia apenas com as empresas que apresentem uma alta taxa de confiabilidade técnica para executar a obra, isto é, quando houver ampla margem de segurança e um risco zero de ocorrência do sinistro, de sorte que afastará dos certames licitatórios aqueles que não consigam atender aos parâmetros de análise da seguradora. Se bem estruturados, os contratos de seguro-garantia podem contribuir no supervisionamento da execução da obra e no combate de condutas oportunistas, inclusive, nas tentativas de reajustes contratuais para elevar excessivamente o valor final da obra.

9.5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Auditoria operacional TC 011.196/2018-1*. Órgão: Ministério da Economia (então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão). Relator: Ministro Vital do Rêgo. Disponível em: < [163](https://www2.camara.leg.br/atividade-</p></div><div data-bbox=)

legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/externas/56a-legislatura/obras-inacabadas-no-pais/outros-documentos/acordao-tcu-1079-2019>. Acesso em: 26 de maio de 2021.

ERIKSSON, Per-Erik; LIND, Hans. *Moral hazard and construction procurement: A conceptual framework*, 2015. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/hhs/kthrec/2015_002.html>. Acesso em: 3 de jun. de 2021.

FERREIRA, Paulo Pereira. *Seleção adversa*, 2020, p. 29. Disponível em: <<https://cadernosdeseguro.ens.edu.br/pdf/cadseg197v2selecaoadversa.pdf>>. Acesso em: 31 de maio de 2021.

GALIZA, Francisco. *Uma análise comparativa do seguro garantia de obras públicas*. Rio de Janeiro: ENS-CPES, 2015.

LOPES, Pedro Henrique Christofaro. *Análise Econômica do Direito e Contratações Públicas: o Performance Bond em Contratos de Obras Públicas como Instrumento para Mitigar a Assimetria de Informações*. Dissertação de mestrado. Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2019.

RAICK, David. *O uso de fidejussão como garantia do adimplemento das obrigações em contratos de obra pública: um estudo em prol da aplicação do modelo estadunidense de performance bonds ao contexto brasileiro*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2018.

SOGAYAR, Alberto; MATOS, Tácito Ribeiro de; ALCANTARA, Ana Beatriz Quintas Santiago de; GUIMARÃES, Fernando. *A cláusula de retomada na nova Lei de Licitações*, 2021. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/infradebate-a-clausula-de-retomada-na-nova-lei-de-licitacoes>/>. Acesso em: 4 de jun. de 2021.

STIGLITZ, Joseph E. Information and the Change in the Paradigm in Economics, *The American Economic Review*, vol. 92, no. 3, junho, 2002, p. 469-470.

TIMM, Luciano Benetti (Organizador). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, James Batista; MACEDO, Renata Gomes de; HRDLICKA, Hermann Atila. A relevância do seguro garantia nas compras públicas, *Revista Brasileira de Políticas Públicas e Internacionais*, v. 04, n. 02, nov./2019.

XAVIER, Vitor Boaventura. *O Seguro Garantia de Execução do Contrato – Performance Bond: Uma Análise dos Aspectos Regulatórios e Concorrenciais da sua Exigência pela Administração Pública no Brasil*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UnB. Brasília, 2017.

JULGAMENTO E ACEITABILIDADE DAS PROPOSTAS À LUZ DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI Nº 14.133/21)

*Otávio Ribeiro Lima Mazzeiro*²³⁴

*Sofia Preto Villa Real*²³⁵

Palavras-chave Direito Administrativo; Licitações; Fase preparatória; Julgamento de propostas; Exigibilidade e aceitabilidade de propostas.

Resumo. O artigo aborda as inovações legislativas sobre o julgamento, exigibilidade e aceitabilidade das propostas, trazendo uma introdução descritiva sobre a matéria na Lei nº 8.666/93 e a necessidade de elaboração de uma nova legislação – suprida pela Lei nº 14.133/21. Em seguida, são desenvolvidas as três questões objeto do artigo, abordando a fase de julgamentos das propostas, os critérios de julgamento e os critérios de aceitabilidade e exigibilidade das propostas, indicando-se as críticas e controvérsias já existentes. Em conclusão, é indicada uma avaliação positiva sobre as expectativas da nova legislação, sobretudo no que diz respeito à eficiência e discricionariedade.

10.1 INTRODUÇÃO

A legislação que versa sobre licitações deve ser compreendida como a normatização de um caminho – o procedimento – para se alcançar a

²³⁴ Mestrando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Pós-graduando em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Membro da Comissão de Novos Advogados do Instituto dos Advogados de São Paulo (CNA-IASP). Membro do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Advogado.

²³⁵ Mestra em Ciências Jurídico-Políticas, com menção em Direito Administrativo, e Mestranda em Gestão pela Universidade de Coimbra. Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da Comissão de Novos Advogados do Instituto dos Advogados de São Paulo (CNA-IASP), da Comissão de Estudos de Compliance da Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional São Paulo (OAB/SP) e do Centro de Estudos de Direito Administrativo e Urbanístico da USP. Professora de Direito Constitucional e Administrativo. Advogada no Brasil e em Portugal.

finalidade da contratação mais vantajosa e eficiente à Administração Pública e ao interesse público, em uma competição com igualdade de condições entre os participantes.

O fundamento para se licitar, além de se efetivar o princípio da isonomia e permitir a todos aqueles que preencham os requisitos necessários a possibilidade de participação, é conseguir alcançar a formalização de um contrato público que resulte na eficiente prestação de serviço, realização de obra ou aquisição de bens para a Administração Pública e na vantajosa alienação e concessão de direito real de uso de bens, locação, concessão e permissão de uso de bens públicos.

A Lei nº 8.666/93, antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos, é comumente criticada pela sua extensão, existência de diversos detalhes e pela sua rigidez quanto aos procedimentos e formas licitatórias, com diminuta margem para a gestão pública agir com discricionariedade visando uma contratação mais eficiente. A inspiração dessa legislação, devido inclusive ao aspecto temporal, se deu com a intenção de se combater a corrupção em detrimento de uma preocupação com a melhor forma de obtenção de contratos para a Administração Pública.

Isto é, critica-se que o foco principal, trazendo rigidez e formalismo ao procedimento licitatório, visava assegurar a não ocorrência de práticas ilícitas, relegando a um segundo plano a efetividade e eficiência da contratação pública. Por essa razão, verifica-se que o detalhamento das formas, procedimentos e requisitos, possui uma intenção de afetar a discricionariedade da gestão pública²³⁶, sendo que a própria legislação já antecipa as condutas e escolhas a serem tomadas, normatizando-as no texto legal.

Devido a críticas em sua ineficiência para atingir a sua precípua finalidade – que é gestar uma boa e eficiente contratação pública –, foram realizadas diversas modificações, seja na própria Lei nº 8.666/93, seja por meio da elaboração de novas leis especiais e esparsas trazendo novas modalidades de licitação, como é o caso do Pregão e do Regime Diferenciado

²³⁶ ROSILHO, André. Qual é o modelo legal de licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, sob orientação do Professor Doutor Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, 2011.

de Contratação.

Depois de aproximadamente trinta anos, a Lei nº 14.133/21, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, consolidou a “colcha de retalhos normativa”, com adaptação da lógica da contratação pública às demandas da pós-modernidade. Apesar da manutenção da mesma forma da Lei nº 8.666/93, sendo também maximalista, pode-se apontar que a Lei nº 14.133/21 traz a correção de questões críticas da antiga legislação, acolhendo modificações que foram realizadas com o tempo em outras legislações esparsas e que se mostraram eficientes e racionais para a contratação pública. Salienta-se que uma possível razão para a manutenção do maximalismo da nova legislação se deve ao momento vivido pelo país, semelhante à época da aprovação da Lei nº 8.666/93, em que existe repulsa social e política com enfoque no controle da corrupção.

Não obstante, pela análise que será realizada dos aspectos relativos aos novos critérios para julgamento, exigibilidade e aceitabilidade das propostas, feita de forma comparativa entre os textos normativos, verificar-se-á a intenção do legislador de possibilitar maior enfoque na eficiência da contratação pública e até mesmo maior margem de discricionariedade conferida ao gestor público.

Um indicativo desse intento legislativo é a preocupação com os cada vez mais diversos objetivos da contratação pública, em linha com um desenvolvimento nacional sustentável, que demonstra a preocupação com eficiência pública, mas sob uma perspectiva mais abrangente, que passe a considerar cenários no longo prazo, e não somente efeitos imediatistas. Tal preocupação se traduz em diversas alterações no texto legal – algumas delas ocorridas à volta das propostas, não somente pela necessidade de racionalizar como, quando e se serão julgadas, como também pela relevância que as fases antecedentes à execução dos contratos passam a ter como forma de enquadramento das contratações públicas em uma atuação mais planejada e estratégica.

Portanto, nos tópicos subsequentes serão analisados os aspectos relativos aos novos critérios para julgamento, exigibilidade e aceitabilidade das propostas, realizando-se uma comparação entre a antiga e a nova Lei de Licitações, indicando-se as novidades trazidas, além de traçar comentários sobre as perspectivas de sua aplicação.

10.2 ALTERAÇÕES RELATIVAS À FASE DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

A Lei nº 8.666/93, em seu artigo 43, previa, como regra geral, o processamento da licitação, seguindo-se a fase inicial de habilitação dos concorrentes, com regular apreciação dos requisitos necessários para tanto e, posteriormente, realizando-se o julgamento e a classificação das propostas, de acordo com os critérios de avaliação previamente estabelecidos no edital.

A então vigente regra geral, no entanto, foi excepcionada com a superveniência da Lei nº 10.520/02, a qual introduziu a modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, com a inversão das fases, isto é, realizando-se o julgamento da proposta mais favorável pelo menor preço de forma prévia à análise dos requisitos para habilitação, nos termos do seu artigo 4º, VII e XII.

A exceção trazida por essa específica legislação impactou a forma de licitar, pois vem sendo utilizada desde a edição da referida lei em larga escala – e até por vezes em situações de maior complexidade, que não comportariam a modalidade do pregão – pela Administração Pública, sendo indicada em vários aspectos como vantajosa, a fim de conferir maior eficiência e celeridade à tramitação da licitação.

A Lei nº 14.133/21, em seu artigo 17, alterou a regra geral da ordem das fases do procedimento licitatório, indicando a apresentação das propostas e julgamento de forma prévia à fase de habilitação, consolidando a alteração trazida de forma esparsa pela Lei nº 10.520/02.

Um dos objetivos centrais da modificação pode ser indicado como a celeridade no procedimento licitatório, evitando-se que questões relativas às condições de habilitação sejam discutidas em recursos administrativos e até mesmo judicialmente por eventuais participantes que sequer apresentaram a proposta mais vantajosa.

É preciso destacar que existe previsão legal para alteração da regra geral da ordem das fases, procedendo-se à habilitação de forma prévia ao julgamento, devendo ser precedido de ato motivado, explicitando os benefícios para pretendida alteração. Verifica-se que nessa hipótese se abre um leque maior de opções ao gestor público, possibilitando que, mediante ato motivado, possa alterar a ordem das fases, devendo possuir também como norte, além de outros fatores, a eficiência da contratação pública.

Além disso, em determinados casos, por exemplo, em que se necessitar de maior cautela quanto às peculiaridades do executor do serviço ou obra, atendendo-se ao interesse público, poderá ser benéfica e mais eficiente a fase prévia de habilitação para, posteriormente, avançar para fase de julgamento. Isto porque, em determinados casos, é certo, as condições de habilitação técnica e econômica são tão relevantes quanto o preço oferecido, pois se referem a situações complexas e específicas, de modo que a prévia e regular habilitação pode se mostrar vantajosa para a administração levar à discussão das propostas apenas aqueles candidatos que efetivamente possam executar a obra ou serviço.

Portanto, a consagração da alteração da regra geral da ordem das fases, indicando-se a habilitação de maneira prévia ao julgamento, é um fator que corrobora para a verificação da intenção legislativa de se conferir eficiência à contratação pública, além de aumentar a discricionariedade do gestor público, posto que lhe permite a alteração das fases, mediante regular e necessária motivação.

10.3 ALTERAÇÕES RELATIVAS AOS CRITÉRIOS DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS

No que diz respeito aos critérios de julgamento das propostas, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 45, estabelecia quatro tipos, sendo eles: (i) menor preço; (ii) melhor técnica; (iii) técnica e preço; e (iv) maior lance ou oferta.

Diante de críticas à legislação antiga quanto à existência de suficientes referências para a avaliação das propostas e, por vezes, sem possibilitar a pretendida eficiência na contratação pública, os regimes especiais aprovados ao longo dos anos foram incluindo outros critérios – tal como ocorreu com as fases de julgamento das propostas, descrito no tópico anterior.

Visando então à consolidação desses regimes, a Lei nº 14.133/21 trouxe para o texto da Lei Geral de Licitações esses outros critérios para julgamento das propostas, que já constavam em outras normas editadas após 1993, mas com novos fatores e requisitos de aplicação²³⁷.

²³⁷ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Critérios de julgamento. Observatório da Nova Lei de Licitações, 20 jan. 2020. Disponível em:

Assim, em seu artigo 33, a Lei nº 14.133/21, para além dos critérios já existentes, incluiu a possibilidade de: (i) melhor técnica ou conteúdo artístico: (ii) maior desconto; e (iii) maior retorno econômico.

Quanto ao primeiro, observe-se que a “melhor técnica ou conteúdo artístico” não se confunde com a “melhor técnica” da Lei nº 8.666/1993 por duas razões: ao contrário da antiga melhor técnica, esse novo critério não considera o preço; além disso, o critério de melhor técnica ou conteúdo artístico pode ser adotado no concurso, ao passo que o antigo critério de melhor técnica não podia.

Além do concurso, trata-se de critério que poderá ser utilizado também para contratações na modalidade concorrência, para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística. O julgamento, consoante o artigo 35 da Lei nº 14.133/21, considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes, e o edital deverá definir o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores. Trata-se de uma primeira modificação que amplia as possibilidades e formas de contratação.

As principais mudanças, todavia, referem-se às novas possibilidades de julgamento mediante *maior desconto* ou *maior retorno econômico*.

Na primeira hipótese, a disputa será travada quanto ao desconto a ser ofertado a partir de um preço global fixado em edital, nos termos do parágrafo 2º do artigo 34 da Lei nº 14.133/21.

Na segunda hipótese, aplicável exclusivamente aos contratos de eficiência²³⁸, deverá ser mensurada pelo percentual de economia gerada para administração, de modo que existirá um risco ao particular que se obrigará a prestar o serviço ou executar a obra com eficiência, a fim de gerar um retorno econômico maior para a administração. É preciso salientar que essa previsão do maior retorno econômico já existia no artigo 23 da Lei nº 12.462/11, a

<<http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/20/criterios-de-julgamento/>>. Acesso em 10 jun. 2021.

²³⁸ De acordo com o inciso LIII do artigo 6º da Lei nº 14.133/21, o contrato de eficiência é um contrato de prestação de serviços que tem por objetivo proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada.

Lei do Regime Diferenciado de Contratação.

Entende-se que as mudanças podem propiciar uma maior eficiência e economicidade para Administração Pública, prevendo-se como critério de julgamento da proposta o cálculo exato da vantagem que terá com a contratação pública. Assim, poderá mensurar, na fase de contratação, o percentual de desconto ou o retorno econômico que irá obter, tangenciando sobre esses aspectos o critério para julgamento. Aliado ao benefício da eficiência, consagra-se nova hipótese de discricionariedade da escolha do gestor público na forma de contratação pública.

O problema prático, contudo, girará em torno do que a gestão pública entenderá por e avaliará como desconto ou retorno econômico, especialmente considerando a crescente relevância e inclusão de critérios sustentáveis na contratação pública.

Isso porque, especialmente em aquisições de produtos ou serviços que tenham impactos socioambientais – situação essa cada vez mais frequente – há uma grande dificuldade de efetiva mensuração do retorno econômico daquela determinada decisão tomada pela Administração Pública. A mera comparação do valor monetário dos benefícios e dos custos não se exaurem pelo valor monetário do produto em si, mas incluem também os custos de oportunidade e o impacto estimado em decisões futuras da Administração Pública.

Tome-se como exemplo a gestão de resíduos sólidos de uma determinada municipalidade. A administração municipal possui ampla discricionariedade para escolher como fará essa gestão – seja via aquisição ou locação de caminhão e contratação de funcionários públicos (“garis”), seja por meio da contratação de empresa privada especializada, da concessão do serviço público ou até mesmo da criação de empresa pública municipal de gestão de resíduos.

No entanto, tais escolhas devem ser analisadas à luz do dever da Administração Pública de consecução de direitos fundamentais e princípios balizadores da legislação administrativa – tais como o direito ao meio ambiente previsto na Constituição, a observância do princípio desenvolvimento nacional sustentável nas contratações públicas previsto no artigo 5º da Lei nº 14.133/21, e até mesmo a priorização, nas aquisições e contratações governamentais, para produtos reciclados e recicláveis, e bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis, nos termos da Lei nº

12.305/10 (Política Nacional de Resíduos Sólidos).

Diante desse enquadramento legal que traz certo grau de vinculação às decisões da gestão pública, seria preciso haver, idealmente, um estudo que envolva a análise dos diferentes cenários possíveis.

Assim, torna-se prudente a comparação entre os impactos, custos e benefícios da contratação de produtos e serviços atualmente *mais baratos*, mas com um *ciclo de vida menor*, manutenção mais custosa e/ou com maior impacto socioambiental – como a mera gestão simplificada de resíduos, sem a implantação de lixeiras de coleta seletiva e centros de reciclagem – com os produtos e serviços atualmente *mais caros*, mas de *ciclo de vida mais duradouro*, baixa manutenção e/ou impacto no ambiente – tais como a aquisição, contratação ou concessão de um sistema de gestão de resíduos que inclua a reciclagem, a compostagem de resíduos orgânicos e até mesmo um programa de conscientização da população das boas práticas de gestão de resíduos sólidos.

Nesse sentido, a Lei nº 14.133/21 incluiu, em seu parágrafo 1º do artigo 34, a previsão de que os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

São “parâmetros cuja elaboração haverá de desenvolver-se na fase preparatória do processo e vinculará os agentes julgadores das propostas”, como bem pontuou Jessé Torres Pereira Junior em artigo de análise do projeto de lei de que derivou a Lei nº 14.133/21²³⁹.

Fica claro, portanto, que a mera inclusão dos novos critérios de julgamento de propostas na legislação sozinha não mudará a realidade. O incentivo legislativo ainda dependerá da (boa) utilização dessas novas modalidades nas licitações, o que por seu turno exigirá um enfoque cada vez maior para uma fase muitas vezes relegada ao esquecimento: a fase preparatória do processo licitatório. Isso porque, apesar de já posto em prática por diversos entes da Administração Pública, o planejamento deixa

²³⁹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Critérios de julgamento. Observatório da Nova Lei de Licitações, 20 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/20/criterios-de-julgamento/>>. Acesso em 10 jun. 2021.

de ser feito – ou ao menos com a qualidade necessária –, especialmente por entes locais, menores e mais distantes dos principais centros econômicos do Brasil.

Espera-se que tal realidade se altere, especialmente considerando a importância que a Lei nº 14.133/21 passa a dar à fase preparatória – com a inclusão de todo um capítulo dedicado a ela. A exigência, por exemplo, da descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar, que evidencie o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e assim caracterize o interesse público envolvido (artigo 18, inciso I, da Lei nº 14.133/21), poderá incentivar a Administração Pública a ver as suas contratações como um instrumento estratégico e poderoso para fomentar não apenas uma eficiência econômica, mas também uma maior eficiência na gestão de políticas públicas socioambientais.

10.4 ALTERAÇÕES RELATIVAS AOS CRITÉRIOS DE ACEITABILIDADE DAS PROPOSTAS

A Lei nº 8.666/93 permitia a fixação de preços máximos como critério de aceitabilidade dos preços unitário e global da proposta no artigo 40, inciso X, e a possibilidade de desclassificação da proposta que fosse manifestamente inexequível em razão de o valor global ser superior ao limite estabelecido previamente, no artigo 48, inciso II.

Semelhante ao sistema anterior, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos prevê que propostas com valor excessivo sejam rejeitadas, ou seja, acima do orçamento previsto para pedidos contratuais. A Lei nº 14.133/21 inclusive passou a prever que o processo licitatório tenha como um de seus objetivos evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos (artigo 11, inciso III).

No entanto, existem algumas diferenças nos critérios de avaliação da inexequibilidade de uma proposta. No regime anterior, seria manifestamente inexequível qualquer proposta em licitação de obras e serviços de engenharia licitados pelo menor preço que tivesse valor inferior a 70% da média aritmética das propostas superiores à metade do orçamento estimado pela Administração Pública, ou do próprio orçamento estimado, caso este fosse menor.

Já o regime atual abandonou o critério da média aritmética das

propostas superiores a 50% do valor orçado pela administração, afastando o método de aferição da inexequibilidade a partir das próprias propostas dos licitantes e mantendo apenas o critério do valor orçado.

Além disso, o artigo 59, parágrafo 4º, da Lei nº 14.133/21 passou a considerar inexequíveis as propostas de obras e serviços de engenharia cujos valores sejam inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela administração. Isso significa que o novo regime aumentou em 5% o limite mínimo admissível – anteriormente de 70%.

Tais alterações, especialmente a relativa à supressão da utilização da média aritmética das propostas como parâmetro para avaliação da exequibilidade das propostas, pode ser prejudicial em casos de maior complexidade. Isso porque, por mais que os órgãos públicos já tenham construído ao longo dos anos bancos de dados e outras informações consolidadas sobre produtos e serviços já comumente licitados, nem sempre os preços unitários contemplados nesses cadastros são adequados para o caso concreto.

Ora, sempre haverá alguma assimetria de informação da Administração Pública, que pode não possuir conhecimento suficiente nem sobre mercados mais específicos, nem sobre dinâmicas atuais de preço dos mercados mais comuns, para poder estabelecer um orçamento preciso e em concordância com a realidade de tal mercado. O fato pode acabar por prejudicar a seleção da proposta mais vantajosa para a administração.

Tal problema se verificará, por exemplo, no âmbito de contratações de inovação tecnológica ou técnica, em que a Administração deverá promover diálogo competitivo justamente porque sua necessidade não poderá ser satisfeita por meio da adaptação de soluções disponíveis no mercado. Nesses casos, que ainda sequer possuem um mercado estabelecido, haverá grande dificuldade de se prever um limite de proposta inexequível com base em valor orçado pela Administração, sem a utilização dos valores das propostas submetidas.

Em relação à avaliação de exequibilidade das propostas, o artigo 59, parágrafo 3º, da Lei nº 14.133/21 estabelece que “serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente”. Essa previsão pretende evitar o chamado “jogo de planilha”, em que se aumenta o quantitativo de itens com um valor superior ao de mercado, com redução

do quantitativo de outros itens com valores inferiores, atingindo um maior preço global, apesar de uma aparente vantagem na análise isolada dos itens objeto da proposta.

Em inúmeras situações os órgãos de controle identificaram a ocorrência do “jogo de planilha”. A doutrina, conforme se extrai de lições de Marçal Justen Filho²⁴⁰, aponta que a sua ocorrência se dá quando “o licitante identifica a inadequação do projeto e localiza certo item da planilha que contempla quantitativos insuficientes, verificando que, em outras passagens, há quantitativos sobejantes”.

Assim, o “jogo de planilha” se configura ao se “formular preços elevados para os quantitativos insuficientes e preços irrelevantes para os quantitativos excessivos previstos na planilha anexo ao edital”. Após a contratação e identificada a incorreção, realiza-se modificação contratual, para o fim de “elevar os quantitativos dos itens que têm preços elevados e reduzir as quantidades dos itens que têm preços reduzidos”. O autor defende que tornar confiáveis os projetos da Administração Pública é a melhor solução para se evitar a ocorrência do “jogo de planilhas”.

No entanto, poderá haver dificuldade em definir, em cada caso concreto, quais preços unitários serão “tidos como relevantes” para aferição da exequibilidade da proposta, na forma prevista pelo artigo 59, parágrafo 3º, da Lei nº 14.133/21, como bem aponta Eduardo Nadvorny Nascimento²⁴¹.

A desclassificação da proposta pela avaliação de certo valor unitário deveria ocorrer apenas caso tal item seja essencial para o objeto licitado – e, para tanto, entende-se ser necessário que o próprio edital de licitação estabeleça quais itens unitários devem ser considerados essenciais ou de maior impacto no valor total, para que se mantenha a avaliação por critérios objetivos.

Embora em algum aspecto possa se criticar a alteração da nova

²⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. Pág. 1012.

²⁴¹ NASCIMENTO, Eduardo Nadvorny. Inexequibilidade da proposta na nova Lei de Licitações. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 166, dez/2020. Disponível em <<http://www.justen.com.br/>>. Acesso em 10 jun. 2021. P. 3.

legislação no que diz respeito aos critérios de aceitabilidade das propostas – como a supressão da utilização da média aritmética das propostas como parâmetro para avaliação da exequibilidade das propostas em casos de maior complexidade – verifica-se um aspecto geral positivo. Na mesma linha, entende-se que as mudanças quanto à exigibilidade das propostas também visam adequar a Administração Pública para melhores contratações, como apontado na vedação do “jogo de planilhas”.

10.5 CONCLUSÕES

Diante das considerações expostas ao longo deste artigo, entende-se ser a Lei nº 14.133/21 positiva no que tange às mudanças relativas ao julgamento das propostas durante o processo licitatório.

Tais mudanças não são de todo inovações, dado que a maioria delas já existia em regimes especiais previstos em leis específicas, especialmente o Pregão e o Regime Diferenciado de Contratações.

São reflexos de uma mudança de paradigma que se deu ao longo dos anos, diante da insuficiência do “regime 8666” para responder às demandas cotidianas da gestão pública. Assim, aspectos inicialmente excepcionais, tais como a inversão de fases, tornaram-se a regra.

Ademais, mostram-se reflexos da mudança de paradigma também porque consideram a ampliação dos objetivos do processo licitatório, como a reafirmação do fomento ao desenvolvimento nacional sustentável, que leva à necessidade de aferição da vantajosidade econômica associada ao ciclo de vida dos produtos como um todo, e não apenas o menor preço no momento da compra pública – o que acaba também por trazer maior eficiência às contratações, ainda que a longo prazo.

O princípio da eficiência, inserido no artigo 37 da Constituição Federal pela Emenda Constitucional nº 19/98, é um dever da Administração Pública e deve ser uma busca constante do gestor público, sobretudo no que diz respeito às contratações públicas, que deve ser visto com o fim precípua do procedimento licitatório.

Ao tratar do princípio da eficiência, Hely Lopes Meirelles²⁴² indica

²⁴² MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. P. 102.

ser “o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros”.

A nova legislação também confere maior poder discricionário ao gestor público, pois traz a possibilidade de justificar e inverter a ordem das fases de julgamento das propostas, além de inserir novos objetivos e critérios para julgamento das propostas. Há um incentivo do legislador para contratações mais planejadas, estratégicas e eficientes, conferindo maiores possibilidades e objetivos aos administradores públicos, conforme se verificou das inovações trazidas sobre os três aspectos tratados no texto.

Portanto, e sobretudo partindo-se do pressuposto de o procedimento licitatório ser o principal instrumento para uma boa contratação, entende-se que a eficiência deve permear a conduta do gestor público e a modulação da contratação para se atingir o interesse público – o que dependerá, cada vez mais, de uma gestão estratégica e planejada das licitações, encarando-se as contratações públicas como instrumentos de consecução das políticas públicas a cargo da Administração.

10.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 28ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 17ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LOUREIRO, Geraldo. Comparativo entre a Nova Lei de Licitações (Lei 14.133/21) e disposições anteriores relativas a Lei 8.666/93. Instituto Brasileiro de Governança Pública. <<https://forum.ibgp.net.br/comparacao-entre-leis-de-licitacoes-e-contratos/>>. Acesso em 28 abr. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Editora Malheiros, 2013. Pág. 102.

NASCIMENTO, Eduardo Nadvorny. Inexequibilidade da proposta na nova Lei de Licitações. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 166, dez/2020. Disponível em <<http://www.justen.com.br/>>. Acesso em 10 jun. 2021.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Critérios de julgamento. Observatório da Nova Lei de Licitações, 20 jan. 2020. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/20/criterios-de-julgamento/>>. Acesso em 10 jun. 2021.

ROSILHO, André. Qual é o modelo legal de licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas. Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, sob orientação do Professor Doutor Carlos Ari Sundfeld. São Paulo, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratações públicas e seu controle. São Paulo: Editora Malheiros, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Contratos públicos e direito administrativo. São Paulo: Editora Malheiros, 2015.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133/2021, 2. ed. rev. e atual., mai/2021. Disponível em <<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Es-p-CADIP-Nova-Lei-Licitacoes.pdf>>. Acesso em 10 jun. 2021.

COMITÊ DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS - *DISPUTE BOARD*, COMO FERRAMENTA ADEQUADA PARA A PREVENÇÃO E SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

*Alexandre H. Moretti Cammarosano Kopezyński*²⁴³

Palavras-chave: Contratações públicas; Métodos de solução de controvérsias; *Dispute board*; adequação; prevenção.

Resumo

O presente artigo tem como objetivo tratar dos aspectos gerais do comitê de prevenção e resolução de disputas – *dispute board*, método de solução de controvérsia não judicial, desde a sua constituição na segunda metade do século XX, desenvolvimento no Brasil e no mundo, até promulgação da nova lei de licitações e contratos administrativos - lei 14.133/21 -, que, de forma expressa, incorporou definitivamente essa ferramenta no regime jurídico de contratações públicas. Feita esta visitação para que se possa identificar suas peculiaridades e características singulares que o tornam selecionável como mecanismo hábil para eliminação de conflitos intrínsecos à dinâmica contratual pública, contribuindo para uma maior efetividade, segurança jurídica, economicidade, e publicidade da atividade estatal.

11.1. INTRODUÇÃO: A BUSCA POR IMPLEMENTAÇÃO LEGISLATIVA DOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NÃO JUDICIAIS

Dentre tantas modificações mundiais sociais e, conseqüentemente,

²⁴³ Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC). Mestrando em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Pesquisador do Grupo Direito Administrativo e as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (DANTIC), da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Presidente da Comissão de Direito Administrativo da 38ª Subseção da Ordem da OAB/SP - Santo André. Membro da Comissão Especial de Direito Administrativo da Seccional da OAB/SP. Associado e Membro da Comissão de Estudos em Direito Administrativo e da Comissão de Novos Advogados, ambas do Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP. Palestrante. Advogado atuante em regulação e contratação pública e relacionamento público-privado.

jurídicas iniciadas a partir da segunda metade do século XX, um movimento da duração, muitas vezes demasiadamente excessivas, dos litígios levados ao Estado-juiz para o exercício da jurisdição, fez frutificar também em terras brasileiras não apenas o que viria a se corporificar como o princípio constitucional da duração razoável do processo (artigo 5º, inciso LXXVIII, incluído pela EC n.º 45/04), mas também uma busca incessante por identificação de mecanismos que pudessem solucionar conflitos sem a necessidade da instauração de uma lide judicial.

Ainda sem a possibilidade de dissociação completa entre o processo judicial e as ferramentas de solução de controvérsias, no início da década de 80, com a criação e posterior êxito da experiência dos conselhos de conciliação e arbitramento no Estado do Rio Grande do Sul, é que foi concebida a instituição, por lei federal, dos juzizados especiais de pequenas causas, que deveriam buscar “sempre que possível a conciliação das partes” (artigo 2º, lei n.º 7.244/84), com a referência aos conciliadores e árbitros. Após o advento da Constituição da República de 1988, por força do art. 98, inciso I, os juzizados de pequenas causas foram substituídos pelos juzizados especiais. Outra novidade, infralegal, foi a Resolução CNJ n.º 125/10, dispondo sobre a Política Nacional Judiciária de tratamento adequado dos conflitos.

Porém, até a metade da década de 1990 não havia notícia no direito positivo de qualquer inovação legislativa que criasse uma sistemática de resolução de controvérsias no Brasil autônoma da atividade judicial. Foi apenas em 1996, por meio da lei n.º 9.307/96, que se produziu o primeiro diploma legal sobre um mecanismo de solução de conflito em que não houvesse relação com a jurisdição clássica²⁴⁴, instituindo a arbitragem.

Celebrada a novidade legiferante, mesmo que não de forma unânime²⁴⁵, os entusiastas das formas de solução de controvérsias alheias à atuação do Estado-juiz buscavam alcançar a normatização de outros mecanismos, já que, como um dos principais aspectos dos métodos de solução de conflito a multiplicidade de alternativas, que não possuem características absolutamente uniformes, permitindo assim, identificar a

²⁴⁴ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade*: fundamentos para uma nova teoria geral do processo. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18-19.

²⁴⁵ Nesse sentido, conferir a “Guisa de Introdução” e “Capítulo I” de: CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*: um comentário à lei nº 9.307/96. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 01-63.

melhor adequação de cada instrumento para a resolução naturezas distintas de disputas²⁴⁶.

Ultrapassada a celeuma que envolvia a disposição de direitos patrimoniais por parte da Administração Pública²⁴⁷, com a inclusão do artigo 23-A na lei de concessões (lei n.º 8.987/95) e do artigo 44-A na lei do regime diferenciado de contratações públicas (lei n.º 12.462/11), a inclusão dos parágrafos 1º e 2º à lei de arbitragem e com a promulgação das leis das parcerias público-privadas (lei n.º 11.079/04) e das estatais (lei n.º 13.30316), o que pôs fim ao requisito da legalidade decorrente da orientação do Tribunal de Contas da União²⁴⁸ e de reiteradas decisões proferidas por tribunais superiores reconhecendo a existência de direitos patrimoniais disponíveis do Estado²⁴⁹, foi promulgada a lei n.º 13.140/15, que dispõe sobre a mediação entre particulares e autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública federal.

Com o novo código de processo civil de 2015, dotado de um elevado espírito de consensualidade, atribui-se como função do Estado a promoção da solução consensual dos conflitos, devendo todos os atores do processo judicial estimular a conciliação, mediação e outros métodos de resolução de controvérsias, intra ou extraprocessual (artigo 3º).

²⁴⁶ Nesse sentido, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Quem tem medo da solução negociada de conflitos da nova Lei de Licitações? *CONSULTOR JURÍDICO*, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-13/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maos-dadas-rumo-transformacao-digital>>. Acesso em: 10 jun. 2021, e BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016, p. 17.

²⁴⁷ Cf. SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 248/2008, p. 117-126. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41529>>. Acesso em: 01 jun. 2021. Em sentido contrário, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 804.

²⁴⁸ Por todos, TCU. Acórdão n.º 2.145/2013. Rel. Min. Benjamin Zymler, Plenário, j. em 14.08.2013.

²⁴⁹ “Deveras, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da Administração.”. (STJ. REsp 612.439/RS, 2ª Turma, relator Ministro João Otávio de Noronha, j. em 25.10.2005, DJ de 14.09.2006).

Em 2017, foram estabelecidas diretrizes gerais para os contratos de parceria de investimento nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da administração pública federal, autorizando a submissão das controvérsias que envolvam direitos patrimoniais disponíveis à arbitragem ou outros mecanismos de solução de disputas (lei n.º 13.448/17).

Mais recentemente, a recém-promulgada nova lei de licitações e contratos administrativos (lei n.º 14.133/21) autorizou o emprego de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias para todas as contratações regidas por ela.

Dentre os já referidos mecanismo, como os autocompositivos (conciliação e mediação) e a arbitragem (heterocomposição), foi expressamente indicada uma “nova” ferramenta, o comitê de resolução de disputas, ou *dispute board* (DB).

Com características próprias, esse meio de solução de controvérsias já possui experiência prévia comprovada não apenas no Brasil, mas em outros países do mundo.

11.2. BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO *DISPUTE BOARD*

11.2.1 NO MUNDO

Idealizado nos Estados Unidos, o *dispute board* foi criado em decorrência da necessidade, pelos contratantes, de discutir de forma mais célere e com custos reduzidos questões contratuais relevantes que surgiam durante a execução de projetos de infraestrutura.

Como forma embrionária do comitê de resolução de disputas, indica-se a iniciativa ocorrida durante a construção da hidroelétrica Boundary Dam, em Seattle (Washington)²⁵⁰.

Contudo, segundo a *Dispute Resolution Board Foundation*, organização sem fins lucrativos fundada em 1996 cujo objetivo é a promoção da

²⁵⁰ Cf. CHERN, Cyril. *Chern on dispute boards: practice and procedure*. 4ª. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2019. p. 11.

prevenção e resolução de conflitos por meio do *dispute board*, o conceito de DB surgiu em 1974, a partir de um estudo patrocinado pelo U.S. *National Committee on Tunneling Technology* que teve como intuito desenvolver recomendações para métodos aprimorados de contratação²⁵¹, tendo sido empregado pela primeira vez durante as obras do túnel Eisenhower, parte do projeto viário da Interestadual 70, no Estado do Colorado²⁵².

Daí em diante, o *dispute board* começou a ser amplamente utilizado pelo mundo, servindo de mecanismos de prevenção e solução de disputas na construção do Eurotúnel, que liga o continente Europeu pela França ao Reino Unido (1988-1994), do aeroporto de Hong Kong (1995-1998), da barragem Katse, na África do Sul, (1993-1999) e na expansão do Canal do Panamá (2007-2016), dentre outros²⁵³.

Outro motivo que influenciou na presença constante dos comitês de prevenção e resolução de disputas (CPRD) foi a exigência do Banco Mundial, desde 1995, ao impor a instituição do comitê nos contratos financiados, parcial ou total, pela instituição. Seguindo parâmetros da FIDIC (*International Federation of Consulting Engineers*), para um contrato com custo estimado acima de US\$ 50 milhões, o *Dispute Avoidance/ Adjudication Board* (DAAB/DAB) será composto por três membros. Na hipótese de um contrato com custo estimado entre US\$ 20 milhões e US\$ 50 milhões, o DAAB pode ser composto por três membros ou um único membro. Já para um contrato estimado em menos de US\$ 20 milhões, um único membro é recomendado²⁵⁴.

²⁵¹ Nesse sentido, DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *History of the dispute board process and the DRBF*. Disponível em: <<https://www.drb.org/history>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

²⁵² RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos dispute boards no Direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 52, p. 197-219, jan.-mar./2017.

²⁵³ Para mais exemplos de utilização do dispute board em contratos de infraestrutura, ver: FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. *Dinâmica dos dispute boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Engenharia da Construção Civil) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019. p. 99-104.

²⁵⁴ WORLD BANK GROUP. *Standard Bidding Documents: Procurement of Works* (2020). Washington, D.C.. Disponível em:

O *DB* ainda foi incluso em 2005, resultante dos objetivos de desenvolvimento do milênio estabelecidos após a Cúpula das Nações Unidas (2000), como processo para prevenção e resolução de disputas no *FIDIC MDB Harmonised Conditions of Contract*, como padrão internacional na construção civil.

11.2.2 NO BRASIL

Em virtude das supracitadas exigências do Banco Mundial, bem como do Banco Interamericano de Desenvolvimento, os comitês de prevenção e resolução de disputas começaram a ser utilizados nos contratos brasileiros de infraestrutura, mesmo não havendo legislação federal que nominalmente autorizasse o uso desse mecanismo.

Com as autorizações abertas para emprego de quaisquer métodos de solução de controvérsias nas leis **i)** de concessões (lei n.º 8.987/95, artigo 23-A); **ii)** parcerias público-privadas - PPP - (lei n.º 11.079/04, artigo 11, inciso III); **iii)** regime diferenciado de contratações - RDC - (lei n.º 12.462/12, artigo 44-A); **iv)** lei de mediação e solução de disputas na administração pública federal (lei n.º 13.140/15, artigo 32) e **v)** lei de diretrizes gerais para os contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário (lei n.º 13.448/17, artigo 31, §1º), o Poder Público se permitiu explorar a ferramenta do *dispute board*. Este foi o caso do contrato de concessão da linha 4 – Amarela do metrô do Estado de São Paulo, assim como algumas contratações para realização de obras de infraestrutura visando os Jogos Olímpicos e Paralímpicos que ocorreram em 2016, no Rio de Janeiro.

Em sinalização positiva a instituição do *dispute board*, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu a vinculação das decisões proferidas pelo CPRD²⁵⁵.

Com efeito, alguns entes da federação, por força do quanto disposto no artigo 22, parágrafo único, da Constituição da República de 1988, regulamentaram a instalação de *DB* em contratos administrativos continuados, como é o caso dos Municípios de São Paulo e de Belo

<<http://documents.worldbank.org/curated/en/323361581052752931/Standard-Bidding-Documents-Procurement-of-Works>>. Acesso em: 15 jun. 2021.

²⁵⁵ STJ. REsp 1.569.422/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 26.04.2016, DJe 20.05.2016.

Horizonte (leis municipais n.º 16.873/18 e n.º 11.241/20, respectivamente).

E esta segmentação de espécie de contrato administrativo adotada pelas legislações municipais (continuados), não é por acaso. Como já dito anteriormente, os métodos de solução de controvérsias não judiciais têm como premissa condutora a necessidade de avaliação de adequação para solucionar as disputas que são colocadas à mesa.

Para tanto, imperiosa se faz a análise das características e peculiaridades do *dispute board*, para mensuração adequada de sua utilização.

11.3. ATRIBUTOS E ASPECTOS DO *DISPUTE BOARD*

O *dispute board* tem como traço característico principal a solução de conflitos, ou a prevenção deles, em contratos de longa duração.

No setor privado, destaca-se o setor de construção civil, de contratos de licenciamento e de franquias, recuperação e falência judicial de empresas e assuntos relacionados à produção industrial, como costumeiros âmbitos onde o *dispute board* se justifica e cuja aplicação pode tratar benefícios para a continuidade dos negócios. Segundo a Câmara de Comércio Internacional, os *DB* “também são eficientes em outras áreas, incluindo pesquisa e desenvolvimento (P&D), partilha de produção e acordo de acionistas”²⁵⁶.

Diferentemente dos métodos autocompositivos de solução de controvérsias, como a mediação e conciliação, e a arbitragem, os CPRD, como a própria nomenclatura técnica faz referência, podem ser constituídos *ante factum* gerador da controvérsia. Isto é, não somente é possível, como ordinariamente se vê como regra nos contratos em que se utilizada o *DB*, que os comitês sejam previamente constituídos, para acompanhamento da execução contratual desde o seu início.

É aceito, portanto, a formação de um *dispute board* permanente, com sua constituição datada da celebração ou em período próximo ao do ajuste contratual, tal como um comitê eminentemente para a resolução de alguma controvérsia, denominado *ad hoc*.

²⁵⁶ BRASIL INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. ICC Brasil. Disponível em: <<https://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/dispute-boards/>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

Destarte, o CPRD pode conferir um modelo preventivo de surgimento de disputas, podendo atuar logo que identificado um possível conflito durante o cumprimento contratual, como também apenas repressivo da disputa.

Composto por meio de indicação dos próprios contratantes, deverão integrar o comitê apenas profissionais com conhecimento técnico e experiência na área do objeto do contrato a ser acompanhado ou a ser realizada a solução da controvérsia. Assim, seus integrantes devem conduzir os trabalhos de forma independente e imparcial, pautando-se exclusivamente por aspectos teóricos e práticos.

O comitê poderá ser constituído por apenas um integrante. Entretanto, a modalidade comumente mais escolhida é a sua composição com três profissionais. O que se espera, independentemente da quantidade de componentes do CPRD, é que ele seja constituído por uma quantidade ímpar de membros, a fim de evitar a ocorrência de empates nas deliberações.

Por funcionamento do comitê, pode-se classificar os *dispute boards* de acordo com os seguintes critérios: **a) *Dispute review board (DRB): comitê de resolução*** – A atividade é restrita apenas a emissão de recomendações/sugestões (*non-binding opinions*), em regra, sem qualquer caráter vinculativo²⁵⁷; **b) *Dispute adjudication board (DAB): comitê de adjudicação*** – Nestes casos, o comitê emite pareceres, ou decisões, de obrigatória observância pelos contratantes; **c) *Combine dispute board (CDB): comitê combinado*** – Situação em que as funções do comitê compreendem tanto a de emissão de recomendações (*DRB*), como a de proferir decisões ou emitir pareceres (*DAB*); e **d) *Informal assistance (IA): assistência informal*** – Aqui, o comitê funciona por meio de aconselhamentos informais aos contratantes. É possível definir o procedimento para a realização dessa assistência, visando a composição amigável de um futuro conflito²⁵⁸.

²⁵⁷ Algumas câmaras privadas que oferecem os serviços de comitês de prevenção e resolução de disputas preveem que caso a recomendação não seja questionada em um prazo pré-estabelecido, ela passa a ser de adoção obrigatório. No caso da Câmara Internacional de Comércio, este prazo é de 30 (trinta) dias.

²⁵⁸ Na modalidade de assistência informal é permitido ao comitê “utilizar a técnica que entenderem mais conveniente, optando por estimular a negociação direta entre as partes, por auxiliar na conciliação ou por atuar na mediação do conflito”. RAVAGNANI, Giovanni dos Santos; NAKAMURA, Bruna Laís Sousa Tourinho;

Fixadas essas definições, verifica-se que o comitê de prevenção e resolução de disputas pode assumir característica de instrumento de autocomposição, quando realizada a assistência informal, ou heterocompositivo, na medida em que define a controvérsia, seja pelo acatamento pelos contratantes de suas recomendações, pareceres ou decisões.

Outra conclusão que se chega é a de que o comitê permanente poderá ser provocado pelos contratantes, mas também poderá assisti-los por iniciativa própria, quando verificar a eminência de uma controvérsia.

Já no que diz respeito à vinculação de seus pronunciamentos, é preciso registrar que neste ínterim, há sensível divergência doutrinária.

Ao tratar dos aspectos similares entre os mecanismos de solução de controvérsias, Marçal Justen Filho afirma que ambas possuem efeito vinculador aos envolvidos, sendo que até mesmo para os *dispute boards* “a solução não é revisável nem mesmo pelo Estado-jurisdicção, ressalvada a hipótese de vício apto a produzir o desfazimento da conclusão atingida”²⁵⁹.

No mesmo sentido, Gustavo Justino²⁶⁰:

Entretanto, uma vez acordado entre contratante e contratado, ou previsto no instrumento contratual que conciliação, mediação, *dispute boards* e arbitragem foram os métodos escolhidos — de modo escalonado ou não — para dirimir controvérsias do contrato, tais determinações deverão ser rigorosamente respeitadas pelas partes, nos moldes nos quais foram delineadas, e então estamos no

LONGA, Daniel Pinheiro. A utilização de dispute boards como método adequado para a resolução de conflitos no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 300/2020, p. 343-362, fev./2020.

²⁵⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/21*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 1580.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Quem tem medo da solução negociada de conflitos da nova Lei de Licitações?. *CONSULTOR JURÍDICO*, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-13/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maos-dadas-rumo-transformacao-digital>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

espaço da obrigatoriedade de observância dos Mascos, e não mais na sua facultatividade.

Em sentido contrário, Arnold Wald assevera que a manifestação recomendatória ou decisória do *DB* “tem natureza contratual e estará sempre sujeita a reapreciação em sede arbitral ou judicial (conforme o que esteja previsto na cláusula contratual de resolução de disputas), cumpridos os requisitos pertinentes à espécie de *dispute board* contratualmente escolhida”²⁶¹.

Nesse particular, entendemos que a vinculação obrigatória de qualquer das espécies de pronunciamentos do comitê poderá acarretar sensível aproximação deste mecanismo com o da arbitragem, mesmo que superficialmente, uma vez que as sentenças arbitrais produzem os mesmos efeitos das proferidas pelo Poder Judiciário (artigo 31, lei n.º 9.307/1996) enquanto a nova lei de licitações em nada trata sobre essa obrigatoriedade de observância das manifestações do CPRD - seja de natureza recomendatória ou decisória -²⁶², causando alterações dos custos do *dispute board*, alterando, sobremaneira, a utilidade do CPRD.

O que se faz necessária é a adoção de uma cultura voltada ao acatamento, pelos contratantes - administração pública e particulares -, das orientações, pareceres ou decisões emitidas, pois mesmo que os contratantes acordem que as decisões do CPRD sejam vinculativas, poderão eles se socorrerem da arbitragem (se prevista em contrato ou posteriormente acordada) ou processo judicial (por observância do princípio da inafastabilidade da jurisdição – artigo 5º, inciso XXXV).

Solução alternativa é a da complementariedade entre o *dispute board* e a arbitragem, reforçando a característica não exclusivista dos métodos de

²⁶¹ WALD, Arnold. Dispute resolution boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 30/2011, p. 139 – 151, jul.-set./2011 Disponível em: <https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5593094/mod_folder/content/0/WALD%2C%20Arnoldo.%20Dispute%20Resolution%20Boards%20evolu%C3%A7%C3%A3o%20recente.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 04 jun. 2021. p. 03.

²⁶² Para que fosse possível vislumbrar a vinculação obrigatória das manifestações no *DB*, equiparando-a às sentenças arbitrais e judiciais, seria necessária regulamentação pela União apenas, por força da competência privativa conferida pela Constituição da República de 1988 para legislar sobre matéria processual (art. 22, I).

solução de controvérsias não judiciais. Sobre o tema, afirma Francisco de Godoy Bueno²⁶³:

Os dispute boards são mecanismos complementares à arbitragem, pois, apesar de terem grande eficácia para eliminar a maior parte dos conflitos surgidos no dia a dia do cumprimento do contrato, é normal que os contratos que estabeleçam os dispute boards prevejam também a arbitragem para que se possa ter uma nova análise das decisões do board, se uma das partes estiver insatisfeita com a decisão ou recomendação, sobretudo em questões mais complexas.

Outra vantagem do acompanhamento contínuo do CPRD ou mesmo de sua constituição *ad hoc*, está na possibilidade de produção de provas para orientação das deliberações, sendo admitidas as E esta possibilidade de alternatividade também se beneficia da possibilidade de aproveitamento de provas produzidas durante o *dispute board*, inclusive sendo permitida a utilização delas, bem como das próprias decisões do comitê, em processos arbitrais e judiciais²⁶⁴. Ultrapassadas as pormenorizações do instituto do *dispute board*, chega-se ao momento de verificar sua utilização na resolução de disputas envolvendo contratos administrativos.

11.4. COMITÊ DE PREVENÇÃO E RESOLUÇÃO DE DISPUTAS E AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Como brevemente já antecipado, mesmo com a ausência de autorização legislativa expressa para o manejo do *dispute board* para contratos administrativos, alguns diplomas legais permitiam genericamente o emprego de mecanismos privados de resolução de disputas, possibilitando, desta feita, a utilização dos CPRD.

Especialmente das prescrições das leis de concessões (lei n.º 8.987/95, artigo 23-A), parcerias público-privadas (lei n.º 11.079/04, artigo

²⁶³ BUENO, Francisco de Godoy. *Contratos agrários agroindustriais: análise à luz dos contratos atípicos*. São Paulo: Almeida, 2017. p. 181.

²⁶⁴ Nesse sentido, PECORARO, Eduardo. Arbitragem nos Contratos de Construção. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.) *Direito e Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237 e ss.

11, inciso III) e do regime diferenciado de contratações (lei n.º 12.462/12, artigo 44-A), se pôde observar a utilização de *dispute boards*, como no caso do contrato de concessão da linha 4 – Amarela (metrô do Estado de São Paulo) e de mais de trinta e cinco contratações para a realização dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos.

No que se refere ao *DB* previsto no contrato da linha 4 – Amarela, o comitê de acompanhamento permanente foi constituído em julho de 2017 e, ao julgar procedente o pleito do Consórcio privado contratado, declarando a existência da obrigação de pagamento, por parte da Companhia do metropolitano de São Paulo – Metrô, da remuneração decorrente da efetiva retirada do material contaminado de área em que seriam realizadas obras, o Metrô ingressou com medida judicial visando a declaração de inexistência da obrigação imposta pelo CPRD²⁶⁵.

Após deferimento de tutela provisória de urgência, o Consórcio interpôs recurso de Agravo de Instrumento, que foi, ao final, dado provimento. No acórdão proferido, o Desembargador Relator Torres de Carvalho fez consignar a possibilidade de submissão das decisões proferidas pelo CPRD pelo Poder Judiciário em razão do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, bem como dos termos do contrato celebrado. Mais a frente, afirmou que²⁶⁶:

A interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta.

Concomitante às decisões judiciais reconhecendo o CPRD como mecanismo hábil à resolução de controvérsias, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, ao promover a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, aprovou três enunciados que

²⁶⁵ Nessa seara, destaca-se que por se tratar de relação contratual, na qual se estipulada a instituição de *dispute board*, seja de acompanhamento contínuo ou *ad hoc*, não está a Administração necessariamente vinculada à decisão do comitê, como ocorre em processos administrativos fiscais em atenção ao disposto no art. 45 do decreto n.º 70.235/72.

²⁶⁶ TJ/SP. AI 2096127-39.2018.8.26.0000. 1ª Câm. de Dir. Púb.. Rel. Des. Torres de Carvalho, j. em 30.07.2018.

tratam especificamente sobre *dispute board*, conforme segue, com destaque para o Enunciado 80²⁶⁷:

Enunciado 80 - A utilização de Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e a redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.

Diante deste quadro aparentemente favorável à instituição de *dispute boards*, alguns Municípios da Federação produziram legislações locais disciplinando a matéria para seus contratos administrativos.

Em um primeiro momento, o Município de São Paulo promulgou a lei n.º 16.876/18, que dispõe acerca da instalação de comitês de prevenção e solução de disputas em contratos administrativos continuados, celebrados pela Administração Pública Municipal²⁶⁸. Para sua regulamentação, foi

²⁶⁷ Enunciado 49 - Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são um método de solução consensual de conflito, na forma prevista no parágrafo 3º do art. 3º do CPC.

Enunciado 76 - 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.

²⁶⁸ Como disposições de maior relevância, há a autorização de instituição de três espécies de CPRD (art. 2º, *caput*), a não vinculação obrigatória das decisões, podendo qualquer das partes submetê-las à jurisdição arbitral ou judicial (art. 2º, § único), e a limitação de participação como membro de comitê, em hipóteses semelhantes aos dos impedimentos dos magistrados (art. 7º).

editado o decreto n.º 60.067/21²⁶⁹.

Acompanhando esse movimento inicial, o Município de Belo Horizonte promulgou a lei n.º 11.241/20. Contudo, antes que se pudesse extrair maiores conclusões quanto à adequação do *dispute board* para os casos especificados nas legislações municipais, a nova lei de licitações e contratos administrativos (lei n.º 14.133/21) autorizou expressamente a possibilidade de utilização dos comitês de prevenção e resolução de disputas para as contratações públicas.

Nesse mesmo sentido, há um projeto de lei em tramitação no Senado Federal (PLS 206/18) que visa regulamentar a instalação de comitês de prevenção e solução de disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela União.

11.4.1 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – LEI N.º 14.133/2021 E A INSTITUIÇÃO DE *DISPUTE BOARD*

Como novo marco legal das licitações e contratos administrativos, a lei n.º 14.133/21 inovou ao fazer referência expressa a alguns dos métodos de resolução de controvérsias não judiciais e, repita-se, foi a primeira legislação de âmbito nacional a tratar expressamente do comitê de prevenção e resolução de disputas.

Há quatro dispositivos legais no novo diploma que versam sobre o *dispute board*, como segue abaixo:

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;

²⁶⁹ Por destaques, a delimitação de quais contratos administrativos estão passíveis de instituição de *DB* (art. 2º) e a permissão de contratação de instituição especializada que ofereça o serviço de CPRD (Art. 5º, inciso VII).

Quanto às instituições especializadas, é de se destacar os trabalhos da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, FGV, CIESP/FIESP, CBMA, CAMESC e ICC.

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. 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.

O primeiro deles diz respeito à hipótese de extinção de contrato, que poderá ocorrer por meio do comitê de resolução de disputas, desde que consensual, por acordo entre as partes, e caso haja interesse da Administração.

Diversamente da possibilidade de a Administração Pública valer-se de cláusula exorbitante²⁷⁰, como a rescisão unilateral, conforme sustenta Marçal Justen Filho, a redação do artigo 138, inciso II, “não autoriza o entendimento de que a Administração poderia adotar a conduta que bem entendesse. Supõem-se casos em que haja conveniência para a Administração e com isso aquiesça o particular”²⁷¹.

²⁷⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 263 e ss.

²⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. 1497.

Ainda segundo o jurista, a dicção do referido dispositivo da nova lei supera o modelo previsto na lei n.º 8.666/93. Anteriormente, prevalecia o desconhecimento de situações de controvérsia ou de inadimplemento recíproco e o não reconhecimento de haver episódios em que algumas sutilezas fáticas pudessem tornar dificultosa a identificação exata e inquestionável de que a razão se encontrava em favor de apenas um dos contratantes.

Já no tocante ao artigo 151, nota-se que tanto o *caput* como seu parágrafo único tratam de rol exemplificativo (em razão do emprego da expressão “notadamente”), seja das espécies de meio de resolução de controvérsia permitidas ou de hipóteses de controvérsias reconhecidas como de direito patrimonial disponível da Administração.

Quanto às três situações previstas no parágrafo único (restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e cálculo de indenizações), é cediço que o espectro de direitos disponíveis da Administração é mais amplo, albergando também, por exemplo, circunstâncias como o desacordo sobre as medições de serviços executados.

A lei n.º 14.133/21 permitiu em seu artigo 153 o aditamento de contratos já em execução para possibilitar a adoção dos meios de resolução de controvérsias, como é o caso do *dispute board* para as contratações continuadas e cujo prazo de duração seja prolongado, como nas obras de infraestrutura.

Por fim, vincula-se a escolha dos integrantes dos comitês à observância de critério de isonomia, transparência e tecnicidade, visando sempre o interesse público.

11.5. ADEQUAÇÃO DO *DISPUTE BOARD* ÀS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Como se pôde verificar anteriormente, a maior vantagem do *dispute board* frente aos demais meios de solução de controvérsias não judiciais é o fato de ele permitir a prevenção de futuros conflitos entre os contratantes, o que se mostra ainda mais favorável quando analisada a aplicação do CPRD em contratos continuados e de longa duração, como concessões, PPPs e

outras contratações de serviços de engenharia, reduzindo eventuais desgastes que as partes poderiam experimentar durante o período de execução contratual.

Por se tratar de mecanismo fluído, permite aos contratantes adotar modalidades com maior predominância de orientações não vinculativas ou com maior poder decisório ao comitê, e até mesmo um modelo híbrido, com a flexibilidade necessária para se moldar a cada etapa da contratação.

Com o arcabouço legislativo atual, acrescido dos pronunciamentos judiciais reconhecedores do *dispute board* como hábil à resolução de conflitos em contratos administrativo, maior é segurança jurídica para os *stakeholders* interessados em contratar com o Poder Público e para os próprios agentes públicos responsáveis pelas contratações.

Para além do que já tratado neste artigo, alguns dados captados da experiência com *dispute board* são relevantes para demonstrar a efetividade da utilidade e adequação desta ferramenta às contratações públicas. Senão, vejamos.

Segundo dados fornecidos pela própria *Dispute Resolution Board Foundation*²⁷², i) 99% das controvérsias que utilizam o *dispute board* são encerrados em menos de 90 dias; ii) No ano de 2018, dos mais de 230 projetos que previam o CPRD, 95% deles optavam por um *dispute review board* - comitê de recomendação, sendo que somente 6% evoluíram para uma arbitragem. Também foram analisadas 512 decisões proferidas por *dispute adjudication board* - comitê de adjudicação. Novamente, apenas 6% originaram arbitragens, concluindo para uma taxa de 94% de sucesso.

Em termos de economicidade, a manutenção de um comitê de prevenção e resolução de disputas de um contrato de construção variam entre 0,05% e 0,25% do valor total do ajuste. Por outro lado, os custos com arbitragem podem alcançar aproximadamente 5% sobre do valor do contrato.

Outra característica favorável do *dispute board* para as contratações

²⁷² DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *History of the dispute board process and the DRBF*. Disponível em: <https://www.drb.org/history>. Acesso em: 05 jun. 2021.

públicas é a transparência²⁷³, em atenção ao princípio constitucional da publicidade, previsto no artigo 37, *caput*. Como uma das atribuições do comitê é registrar todos os acontecimentos da execução contratual, indicando todos os comportamentos dos contratantes, e essa documentação, que não é protegida por qualquer sigilo, em regra, se presta também como mecanismo de *accountability*, contribuindo para melhor fiscalização da coisa pública.

11.6. CONCLUSÕES

Visando uma duração razoável dos litígios e um interesse nas discussões contratuais mais céleres e com custos reduzidos para projetos de grande monta, foi criado o comitê de prevenção e resolução de disputas - *dispute board*.

Para a definição do meio de solução de controvérsias mais adequado para cada tipo de situação, o *dispute board* preenche os requisitos de segurança jurídica, efetividade, economicidade e transparência necessários para sua utilização em contratações públicas continuadas ou cujo prazo seja muito extenso, uma vez que tem a possibilidade antever eventuais conflitos e solucioná-los sem que haja desgaste entre os contratantes.

11.7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BRASIL INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE - ICC Brasil. Disponível em: <<https://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/dispute-boards/>>. Acesso em: 14 jun. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6. ed. Brasília/DF: CNJ, 2016.

²⁷³ Conforme lições de Antônio Carlos Cintra do Amaral, “ênfatizando que a *publicidade*, como diz Colaço Antunes, inclui-se em uma noção mais ampla, que é a da *transparência*, esta abrangendo, ainda, a *comunicação* e a *proximidade*. A Administração Pública brasileira tem o dever de não apenas respeitar o princípio da publicidade, inscrito no art. 37 da Constituição, mas de ser *transparente*”. AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Licitação e contrato administrativo: estudos, pareceres e comentários*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 25.

BUENO, Francisco de Godoy. *Contratos agrários agroindustriais: análise à luz dos contratos atípicos*. São Paulo: Almeida, 2017. p. 181.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHERN, Cyril. *Chern on dispute boards: practice and procedure*. 4ª. ed. New York: Informa Law from Routledge, 2019.

DISPUTE RESOLUTION BOARD FOUNDATION. *History of the dispute board process and the DRBF*. Disponível em: <<https://www.drb.org/history>>. Acesso em: 05 jun. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERNANDES, Michelle Cristina Santiago. *Dinâmica dos dispute boards e perspectivas de utilização em contratos de construção no Brasil*. Dissertação (Mestrado em Engenharia da Construção Civil) – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2019. p. 99-104.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 18-19.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/21*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Quem tem medo da solução negociada de conflitos da nova Lei de Licitações?. *CONSULTOR JURÍDICO*, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-13/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maos-dadas-rumo-transformacao-digital>>. Acesso em: 10 jun. 2021.

PECORARO, Eduardo. Arbitragem nos Contratos de Construção. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.) *Direito e Infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAVAGNANI, Giovani dos Santos; NAKAMURA, Bruna Laís Sousa Tourinho; LONGA, Daniel Pinheiro. A utilização de dispute boards como método adequado para a resolução de conflitos no Brasil. *Revista de Processo*, São Paulo: Thomson Reuters, vol. 300/2020, p. 343-362, fev./2020.

RANZOLIN, Ricardo. A eficácia dos dispute boards no Direito brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 52, p. 197-219, jan./mar. 2017.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. O cabimento da arbitragem nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, v. 248/2008, p. 117-126. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v248.2008.41529>>. Acesso em: 01 jun. 2021.

WALD, Arnold. Dispute resolution boards: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Thomson Reuters, v. 30/2011, p. 139 – 151, jul.-set./2011. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5593094/mod_folder/content/0/WALD%2C%20Arnoldo.%20Dispute%20Resolution%20Boards%20e%20volu%20C3%A7%C3%A3o%20recente.pdf?forcedownload=1>. Acesso em: 04 jun. 2021.

WORLD BANK GROUP. *Standard Bidding Documents: Procurement of Works* (2020). Washington, D.C.. Disponível em: <<http://documents.worldbank.org/curated/en/323361581052752931/Standard-Bidding-Documents-Procurement-of-Works>>. Acesso em 15 jun. 2021.

NOVA LEI DE LICITAÇÕES E ARBITRAGEM

FIXAÇÃO DO CUSTO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL E SEU PAGAMENTO COM A CONCRETIZAÇÃO DA IGUALDADE DAS PARTES NOS CASOS ENVOLVENDO A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

*Camila Migotto Dourado*²⁷⁴

Palavras-chave: Arbitragem; Administração Pública; Custo do Procedimento Arbitral; Igualdade das Partes.

Resumo: A Lei nº 14.133/2021, conhecida como a Nova Lei de Licitações, tornou expresso que a Administração Pública pode utilizar a arbitragem como um instrumento para solução de controvérsias, tal como a Lei nº 9.307/1996 já havia previsto. Dito isto, quando se trata de arbitragem envolvendo a Administração Pública e o particular, indaga-se como ocorre a definição do custeio do procedimento. Como a arbitragem assegura a igualdade das partes, é fundamental questionar se este princípio é colocado em prática a fim de que as partes possam negociar as condições para rateio e pagamento do processo. Por meio do método dedutivo, a bibliografia e a legislação vigente possibilitaram analisar os princípios que regem a arbitragem e a Administração Pública, bem como os conceitos de ambos. Desta forma, o estudo do tema permite concluir que não é garantida a igualdade das partes na escolha da forma de custeio do procedimento arbitral quando envolve a Administração, existindo obstáculos a serem superados.

12.1 INTRODUÇÃO

Como um mecanismo alternativo para solução de controvérsias, a arbitragem pode ser utilizada pela Administração Pública direta e indireta para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais, nos termos do § 1º do artigo 1º da Lei nº 9.307/1996. Aliado a isto, o artigo 151 da Lei nº 14.133/2021, denominada de Nova Lei de Licitações, confirma a arbitragem

²⁷⁴ Graduada em Direito pela UNESP - Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Membro efetivo da Comissão dos Novos Advogados do Instituto dos Advogados de São Paulo (CNA-IASP). Atualmente, cursa LL.M. em Direito e Prática Empresarial pelo Ceu Law School. Atua na área de Direito Civil e Direito Administrativo pelo Moura Bonato Sociedade de Advogados.

como um instrumento de resolução de controvérsias. Logo, o artigo 152 da mencionada lei estabelece que, quando se tratar da Administração Pública, a arbitragem deve ser de direito e respeitar o princípio da publicidade.

Ressalta-se que, no ano de 2015, a Lei nº 9.307/1996 acrescentou os dispositivos referentes à arbitragem envolvendo a Administração Pública, ao passo que a Nova Lei de Licitações entrou em vigor em 2021. Ainda assim, o meio de solução de controvérsias já era utilizado para resolver tais conflitos. No entanto, tal fato não exclui o questionamento de como ocorre a negociação do custeio do procedimento e também o efetivo pagamento, quando devem ser considerados diferentes fatores, como o princípio da igualdade das partes, taxa de administração, remuneração dos árbitros etc.

Logo, indaga-se se é assegurada a igualdade das partes no procedimento arbitral envolvendo a Administração Pública e o particular, desde o início do processo com o acordo entre as partes para instauração da arbitragem. Desta forma, é necessário analisar a negociação entre público e particular para estabelecimento de como ocorrerá o pagamento do custo do procedimento.

Por meio de método dedutivo, a revisão bibliográfica servirá de base para o exame do assunto que será tratado nos tópicos a seguir, bem como haverá o estudo da legislação vigente acerca do tema, permitindo uma pesquisa aprofundada do assunto.

12.2 ARBITRAGEM E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A arbitragem é um instrumento privado para a solução de controvérsias em que as partes elegem um terceiro que apreciará o caso e, com isto, proferirá uma decisão que deverá ser cumprida pelos litigantes, tal qual uma sentença judicial²⁷⁵.

Quando tratar de contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a Lei nº 14.133/2021, denominada de Nova Lei de Licitações, estabelece, em seu artigo 152, que “a arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade”. Disposição esta que já estava

²⁷⁵CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

prevista no § 3º do artigo 2º da Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996).

Dito isto, há que se pontuar as vantagens da arbitragem quando comparada aos processos judiciais. O meio de resolução de conflitos em questão costuma ser mais célere quando comparado à justiça estatal, preza pela confidencialidade, o caso é apreciado por um especialista e as sentenças arbitrais possuem caráter definitivo e executóriedade simplificada²⁷⁶.

Entretanto, o custo da arbitragem é tido como uma de suas desvantagens. Isto porque o procedimento arbitral envolve custos que as partes não teriam se optassem pela justiça estatal. Quem participa de uma arbitragem deve arcar com a remuneração do árbitro e com a utilização da estrutura para o processo arbitral, ao contrário do processo judicial no qual o Estado é responsável pelo pagamento dos salários dos juízes, da estrutura dos fóruns e dos funcionários que nele trabalham. Além disso, há a taxa de administração, cobrada pela instituição que organiza a arbitragem e calculada com base no valor da causa. Esta taxa varia conforme a instituição escolhida e, geralmente, ultrapassa as custas dos processos judiciais²⁷⁷.

Antes do procedimento arbitral, as partes podem negociar para que todas as despesas judiciais sejam rateadas igualmente sem qualquer reembolso de honorários advocatícios despendidos pela parte vencedora. Todavia, é cabível ao árbitro condenar a parte vencida ao reembolso dos gastos com a realização dos atos do procedimento arbitral e da taxa de administração de onde se deu a arbitragem²⁷⁸.

Ao analisar a necessidade do pagamento da remuneração do árbitro, da taxa de administração e de eventuais despesas advindas do procedimento arbitral, infere-se que a arbitragem se mostra mais vantajosa para litígios que representam grande expressão econômica, em especial os conflitos internacionais. O mesmo ocorre com a Administração Pública, isto é, não é proveitoso a utilização da arbitragem para solução de controvérsias de

²⁷⁶ GONÇALVES, Raphael Magno Vianna. *Arbitragem: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 28.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 43.

²⁷⁸ CARMONA. *Op. cit.*, 2009, p. 373-374.

pequena monta e que não sejam complexas²⁷⁹.

Com o advento na Nova Lei de Licitações aliada à Lei nº 9.307/1996, resta, expressamente, previsto que a arbitragem pode ser utilizada para solução de controvérsias envolvendo a Administração Pública. Apesar de ser um procedimento célere e contar com árbitro especializado no tema a ser apreciado, pondera-se acerca dos custos envolvidos no procedimento em contraposição aos custos e despesas processuais da justiça estatal.

12.3 IGUALDADE DAS PARTES

Como recomendação aos Estados a fim de garantir a uniformidade da lei referente aos procedimentos arbitrais, a organização United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) elaborou um documento denominado de “Model Law on International Commercial Arbitration” que, em seu artigo 18²⁸⁰, estabeleceu que as partes devem ser tratadas com igualdade.

Ainda que a arbitragem represente um instrumento de solução de conflitos independente à autoridade da justiça estatal, as garantias previstas no artigo 18 da Lei Modelo devem ser asseguradas às partes. Desta forma, se houver algo na convenção de arbitragem que ofenda a igualdade das partes e, conseqüentemente, torne o procedimento injustamente prejudicial para uma delas, o árbitro ou a câmara arbitral deve declarar o trecho em questão nulo ou anulado²⁸¹.

Assim, o princípio da igualdade das partes garante que não haja imposição da vontade de nenhuma das partes sobre a outra. Logo, segundo

²⁷⁹ CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da Arbitragem aos Litígios Envolvendo o Poder Público. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 58, p. 7-27, abr/jun. 2018, p. 22-23.

²⁸⁰UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Vienna: United Nations, 2008. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021, p. 31.

²⁸¹ BANTEKAS, Ilias. Equal Treatment of Parties in International Commercial Arbitration. *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 69, n. 4, p. 991-1011, out. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0020589320000287>. Acesso em: 21 abr. 2021, p. 992-1001.

Carlos Alberto Carmona²⁸², esse princípio evita “[...] que o contratante economicamente mais poderoso possa impor sua vontade através de um simulacro de processo”.

Na Lei nº 8.666/1993, o artigo 3º determina que a licitação se destina à garantia da aplicação do princípio constitucional da isonomia, sendo processada e julgada em cumprimento ao princípio da igualdade. Com a Nova Lei de Licitações, o princípio da igualdade encontra-se previsto no artigo 5º que, dentre outros, também menciona o princípio da competitividade para ser observado na aplicação da lei.

Aliado a isto, o inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal dispõe que está assegurada a igualdade de condições a todos os licitantes. Logo, a Lei nº 8.666/1993, a Nova Lei de Licitações e, principalmente, a Constituição Federal deixam expresso que a Administração Pública deve garantir aos concorrentes igualdade entre si, evitando que qualquer um destes seja favorecido em detrimento do outro ou, ainda, que sejam impostas condições que firam a competitividade do certame e, como consequência, haja violação ao princípio da igualdade.

Apesar das dificuldades inerentes à concretização do princípio da igualdade, observa-se que ele “[...] constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar”²⁸³.

Logo, na licitação, o princípio da igualdade enseja uma antagonia, tendo em vista que a Administração Pública deve elaborar parâmetros para diferenciar os licitantes e, conseqüentemente, torná-los desiguais a fim de que um seja sagrado vencedor da licitação e, ao mesmo tempo, promover a isonomia a fim de que todos os interessados possam participar do certame e garantir a competitividade do mesmo²⁸⁴.

²⁸² CARMONA. Op. cit., 2009, p. 410.

²⁸³ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 378.

²⁸⁴ NIEBUHR, Joel de Menezes. O Princípio da Isonomia nas Licitações Públicas. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 139-156. 1999. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/746/541>. Acesso

Fundamental para assegurar tal competitividade, resta evidente a aplicabilidade do princípio da igualdade pela Administração Pública com a garantia de que os licitantes gozam de tratamento paritário perante o ente público. Observa-se que há um equilíbrio entre os licitantes que não podem ser favorecidos ou prejudicados pela Administração Pública durante o certame licitatório.

Após o ente privado ser sagrado vencedor na licitação, questiona-se se essa relação de equilíbrio se transmuta para que o poder público e o particular estejam em um mesmo patamar com plena liberdade de contratar e autonomia. Antes de adentrar nesta questão, é necessário compreender o contrato administrativo e suas nuances.

Regido pelo Direito Público, o contrato administrativo é a celebração de negócio jurídico entre a Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, sendo estas de direito público ou privado, para atender fins públicos e marcada pela verticalidade²⁸⁵. “[...] por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado”²⁸⁶.

Em seu artigo 89, a Nova Lei de Licitações reiterou o previsto no art. 54 da Lei nº 8.666/1993, determinando que os contratos administrativos são regulados pelas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, ao passo que será possível, supletivamente, a aplicação dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de Direito Privado. Logo, estão presentes a autonomia e a liberdade de contratar.

Nas relações jurídicas entre particulares, os sujeitos possuem discricionariedade para deliberar acerca da celebração do negócio jurídico e em quais condições, seja com a definição da forma, as cláusulas do contrato ou, até mesmo, com a escolha de quem será o outro contratante. Deste modo, os contratantes têm liberdade para exercer sua autonomia e estabelecer

em: 23 abr. 2021, p. 146.

²⁸⁵ DI PIETRO. Op. cit., p. 264.

²⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 614-615.

deveres e obrigações uns aos outros²⁸⁷.

Assim, entende-se que os contratantes estão em uma situação de igualdade e equilíbrio, como prevê o artigo 421-A, *caput*, do Código Civil²⁸⁸. Quando este dispositivo faz a ressalva de que os contratos podem não ser paritários e simétricos se houver regime jurídico diverso em leis especiais, é possível concluir que a Nova Lei de Licitações configura como uma das exceções, permitindo que não haja paridade ou simetria nos contratos administrativos, em especial com a verticalidade inerente a esses negócios jurídicos.

Os contratos administrativos representam a imposição da Administração Pública sobre o particular com quem celebrará o negócio jurídico, visto que é o ente público quem determina quais são as condições e cláusulas que regularão o contrato. Logo, o contrato administrativo pode ser considerado como um contrato-regulamento em que uma das partes define as obrigações e deveres contratuais, ao passo que resta à outra parte anuir ou não²⁸⁹.

Destarte, os contratos administrativos limitam a discricionariedade e liberdade que caracterizam os contratos provenientes de relações privadas, vez que não há equilíbrio entre as partes. Como um dos contratantes que celebram o negócio jurídico, no caso, a Administração Pública, detém o controle sobre a redação das cláusulas e condições do contrato, o ente privado assume uma postura passiva, na qual deve aceitar tais imposições para a concretização do negócio.

²⁸⁷ MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do Princípio da Igualdade nas Relações Jurídicas Privadas. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 32, p. 109-140, jan/jun. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n32/0123-4366-rdp-32-00109.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021, p. 113.

²⁸⁸ Art. 421-A, *caput*, Código Civil: “os contratos civis e empresas presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais”.

²⁸⁹ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Interpretação dos Contratos Administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 144, v. 36, p. 211-216, out/dez. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543/r144-15.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 23 abr. 2021, p. 212.

Isto não significa que a Administração Pública possui poder absoluto sobre o contrato administrativo. Se assim fosse, não encontraria quem aceitasse celebrar os contratos, conforme defende Bandeira de Mello²⁹⁰. Assim, os contratos administrativos são compreendidos como uma espécie de contrato bilateral, que têm algumas limitações quanto à liberdade de contratar, por exemplo: licitação, previsão orçamentária etc.²⁹¹.

Neste sentido, os contratos administrativos não têm a imperatividade característica aos atos administrativos unilaterais, vez que as cláusulas estabelecidas unilateralmente pelo poder público somente serão aperfeiçoadas com a concordância da outra parte²⁹².

Dito isto, é inegável que a concordância do particular é fundamental para que haja o contrato administrativo, bem como não pode a Administração Pública, independente de qualquer prerrogativa, violar as aspirações econômicas que ensejaram o particular a celebrar o contrato²⁹³.

Ainda assim, trata-se de uma relação pautada pela desigualdade, na qual a supremacia do interesse público se sobrepõe constantemente sobre o interesse privado de modo que é imposto ao particular o cumprimento de “[...] tudo a que se obrigou (sob o risco de sofrer severas penas, unilateralmente aplicadas), mas a Administração cumprirá o pactuado se e quando o interesse público (por ela revelado, também unilateralmente) permitir”²⁹⁴.

A verticalidade é um traço presente nos contratos entre particulares

²⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., p. 616.

²⁹¹ AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. *Revista no Advogado*, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4315937/mod_resource/content/1/%20Do%20Contrato%20Administrativo%20%C3%A0%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Contratual%20-%20Floriano%20Marques%20Neto.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021, p. 75.

²⁹² DI PIETRO. Op. cit., p. 266.

²⁹³ BANDEIRA DE MELLO. Op. cit., p. 617.

²⁹⁴ AZEVEDO MARQUES NETO. Op. cit., p. 77.

e o ente público, inclusive nos contratos privados envolvendo a Administração. Estes são marcados pela horizontalidade, porém não inteiramente concretizada, tendo em vista que o poder público goza de certas prerrogativas e está limitado por determinadas restrições que não existem para os particulares²⁹⁵.

É patente que existe a liberalidade do particular quanto aos contratos administrativos com a Administração Pública, sendo ele livre para aceitar ou não celebrar o negócio jurídico. Por outro lado, o particular não dispõe da possibilidade de negociar livremente as cláusulas do contrato a fim de adequá-las ao seu interesse. Logo, quando se tratar da negociação da convenção de arbitragem, indaga-se se as partes conseguirão, de fato, negociar e acordar acerca das condições do procedimento com a eleição da arbitragem *ad hoc* ou arbitragem institucional, de como se dará seu custeio, dentre outros.

12.4 CUSTEIO DA ARBITRAGEM

Por se tratar de um procedimento com a devida produção de provas, é necessário que as partes se atentem a todos os gastos gerados pela arbitragem, tais como: a remuneração do árbitro, taxa de administração, realização de diligências, utilização de salas para reuniões ou audiências etc.

Após instaurado o procedimento, “poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias”, nos termos do artigo 13, § 7º, da Lei nº 9.307/1996. Outrossim, o artigo 27 da mencionada lei dispõe que “a sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre a verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver”.

Dito isto, Carlos Alberto Carmona²⁹⁶ diferencia custas e despesas, sendo aquelas as “[...] verbas instituídas pelos órgãos arbitrais em seus regimentos para remuneração do trabalho de administração que desenvolverão, enquanto as despesas seriam os gastos necessários para a realização dos atos processuais”.

²⁹⁵ DI PIETRO. Op. cit., p. 270.

²⁹⁶ CARMONA. Op. cit., 2009, p. 373.

A compreensão das diferenças entre custas e despesas e, principalmente, das disposições da Lei nº 9.307/1996 permite inferir que o custeio da arbitragem e, ainda, o ressarcimento de eventuais gastos efetuados pela vencedora deverão ser definidos com base na convenção de arbitragem ou no regulamento do centro de arbitragem. Na hipótese da convenção e do regulamento serem omissos, o árbitro definirá a quem incumbe o ônus de efetuar o custeio do processo arbitral com base no princípio da causalidade e, por analogia, dos dispositivos do Código de Processo Civil²⁹⁷.

Pontua-se que o artigo 11, inciso V, da Lei nº 9.307/1996 determina que o compromisso arbitral pode conter “a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem”. Ou seja, é uma opção das partes e não, uma obrigatoriedade. Assim, a Lei de Arbitragem se limita a dispor acerca do pagamento das custas e despesas após a instauração do procedimento, sendo que antes é por mera liberalidade entre as partes.

Quando se trata de arbitragem envolvendo a Administração Pública, a Lei nº 8.666/1993 foi omissa em relação ao instrumento de resolução de controvérsias como um todo, permanecendo silente sobre a possibilidade do ente público utilizar a arbitragem para solucionar conflitos e, conseqüentemente, sobre as condições para tanto. Em contraposição, a Nova Lei de Licitações, como explicado anteriormente, tornou expresso que a arbitragem pode ser aplicada aos contratos administrativos, desde que seja de direito e observe o princípio da publicidade. Porém, não dispôs acerca das custas e despesas do procedimento, tampouco sobre a convenção de arbitragem.

Ainda que as citadas leis não disponham acerca do tema exposto, há que se ressaltar que, no Estado de Minas Gerais, vigora a Lei Estadual nº 19.477/2011, conhecida como a Lei Mineira de Arbitragem, que trata sobre a adoção do juízo arbitral para resolução de controvérsias envolvendo a Administração Pública. Em seu artigo 11, *caput* e parágrafo único, a lei em questão estabelece que

Art. 11. No edital de licitação de obra e no contrato público constará a previsão das despesas com arbitragem, taxa de administração da instituição arbitral, honorários de

²⁹⁷ SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro, 2018, p. 190.

árbitros e peritos e outros custos administrativos.

Parágrafo único. As despesas a que se refere o *caput* deste artigo serão adiantadas pelo contratado quando da instauração do procedimento arbitral.

Além de tal lei, há o Decreto nº 10.025/2019 que dispõe sobre arbitragem envolvendo os setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário. O artigo 9º, *caput*, do decreto em questão determina que “as custas e as despesas relativas ao procedimento arbitral serão antecipadas pelo contratado e, quando for o caso, restituídas conforme deliberação final em instância arbitral”.

Em contraposição, foi regulamentada a adoção da arbitragem envolvendo o Estado do Rio de Janeiro e suas entidades por meio do Decreto nº 46.245/2018 que, em seu artigo 9º, prevê que “as despesas com a realização da arbitragem serão adiantadas pelo contratado quando for ele o requerente do procedimento arbitral, incluídos os honorários dos árbitros, eventuais custos de perícias e demais despesas com o procedimento”.

É fundamental pontuar que a Lei Mineira de Arbitragem foi promulgada em 2011, ao passo que a Lei nº 9.307/1996 foi alterada em 2015 com a Lei nº 13.129/2015 que, dentre outras disposições, tornou expresso que a Administração Pública direta e indireta pode utilizar a arbitragem para solução de controvérsias. Além disso, a Nova Lei de Licitações foi promulgada em 2021. Desta forma, a legislação que pauta a utilização da arbitragem pela Administração Pública no âmbito nacional é posterior à Lei Mineira de Arbitragem, ao Decreto nº 10.025/2019 e ao Decreto nº 46.245/2018 que foram específicos ao expor as condições para a participação do ente público na arbitragem.

Diante do silêncio da Lei nº 9.307/1996 e da Nova Lei de Licitações acerca do custeio do procedimento arbitral nos casos envolvendo a Administração Pública, mostra-se necessário compreender como se dá a convenção de arbitragem como meio de negociação entre as partes para que a arbitragem seja instaurada.

O artigo 3º da Lei nº 9.307/1996 prevê que “as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral”.

Por conseguinte, o artigo 4º da Lei nº 9.307/1996 define a cláusula compromissória como “[...] a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”, podendo ser classificada como cheia ou vazia.

De um lado, a cláusula compromissória cheia estabelece as condições para a instauração do procedimento arbitral, com base no regulamento de uma determinada câmara arbitral ou, caso seja arbitragem *ad hoc*, nos requisitos definidos pelas próprias partes. De outro lado, a cláusula compromissória vazia indica que as partes não estabeleceram as condições para o procedimento, sendo obrigatório celebrar um compromisso arbitral²⁹⁸.

Quanto ao compromisso arbitral, o artigo 9º, *caput*, da Lei nº 9.307/1996 o define como “[...] a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

Logo, a convenção de arbitragem, seja a cláusula compromissória ou o compromisso arbitral, é proveniente de um acordo entre as partes. No caso da arbitragem envolvendo a Administração Pública, é possível que o edital de licitação contenha previsão do uso do procedimento arbitral pelo ente público, mesmo que não seja obrigatório²⁹⁹.

Ademais, o Enunciado nº 2 da I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios” realizada pelo Conselho da Justiça Federal definiu que “ainda que não haja cláusula compromissória, a Administração Pública poderá celebrar compromisso arbitral”. Desta forma, é facultado ao poder público incluir a utilização da arbitragem no edital de licitação, em cláusula compromissória ou em compromisso arbitral.

Passíveis de negociação, a cláusula compromissória, no caso da cheia, e o compromisso arbitral podem detalhar as condições para realização da arbitragem, dentre elas: o pagamento das custas e despesas do procedimento. Para solucionar esta questão, Rafael Munhoz de Mello³⁰⁰

²⁹⁸ GONÇALVES. Op. cit., p. 93-95.

²⁹⁹ STEFAM, Felipe Faiwchow; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 54-55.

³⁰⁰ MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica*

propõe que

Considerando as limitações orçamentárias a que estão sujeitos os entes públicos, em especial a Administração Pública direta, o pagamento das taxas administrativas e honorários arbitrais pode gerar dificuldades práticas. Se a Administração é a parte requerente no procedimento, o não pagamento pode impedir o prosseguimento do caso, em prejuízo da efetiva tutela do direito de titularidade do Poder Público. Uma forma de evitar o problema é estabelecer na cláusula compromissória que o pagamento dos custos do processo arbitral ficará inicialmente sob a responsabilidade do particular que celebrou contrato com a Administração Pública, a quem caberá antecipar o montante necessário ao andamento do feito, aí incluídas custas administrativas da câmara arbitral e honorários dos árbitros. Ao final do processo, o tribunal arbitral deverá deliberar sobre a responsabilidade das partes pelo pagamento dos custos do processo, conforme o resultado da demanda, condenando a Administração a restituir ao particular o valor que a ela for atribuído.

A inclusão de tal disposição em uma cláusula compromissória ou compromisso arbitral impõe dois empecilhos. O primeiro é o de onerar excessivamente o particular que, se tiver interesse em solucionar eventual conflito, deverá arcar com todos os gastos provenientes da instauração do procedimento arbitral. Se o ente público for a parte vencida na arbitragem, tem-se o segundo empecilho que é o dispêndio de elevada quantia para ressarcir o particular³⁰¹.

Isto é, com a celebração de cláusula compromissória ou de compromisso arbitral, as partes não podem optar pelo ajuizamento de processo judicial para dirimir o litígio, devendo instaurar o procedimento arbitral. Assim, mesmo que seja iniciativa da Administração Pública instaurar

da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná, Curitiba, n. 6, p. 47-81. 2015. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2015_003artigo_2_arbitragem_e_administracao_publica.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021, p. 77.

³⁰¹ CARNAÚBA. Op. cit., p. 22.

a arbitragem, cabe ao particular pagar todas as custas e despesas decorrentes de tal ato, conforme artigo 11 da Lei Mineira de Arbitragem e artigo 9º do Decreto nº 10.025/2019.

Destarte, a imposição de pagamento integral de todas as custas e despesas pelo particular para eventual posterior ressarcimento pela Administração Pública representa um abuso. Logo, Carlos Alberto Carmona³⁰² propõe a solução a seguir, que também está presente no artigo 9º do Decreto nº 46.245/2018:

A forma mais adequada de equilibrar a questão será estabelecer que caberá à parte privada antecipar as custas do órgão arbitral (ou os custos em que incorrer o painel na arbitragem *ad hoc*) desde que seja ela a iniciar o procedimento arbitral, devendo os julgadores, ao final, atribuir, à parte vencida os ônus sucumbenciais. Se a entidade estatal iniciar o procedimento, caberá a ela adiantar as verbas de custeio na proporção que for determinada pelo órgão arbitral (normalmente a metade dos custos); quanto às diligências e despesas que gerar, a administração deverá em qualquer hipótese pagar a sua quota.

Dito isto, Ilias Bantekas³⁰³ defende que a Corte ou o Tribunal devem declarar nulo o trecho da convenção de arbitragem que represente alguma forma de desigualdade ou injustiça. Logo, a imposição de pagamento, exclusivamente, ao particular representa um desequilíbrio na relação entre ele e a Administração Pública, que ficaria imune a qualquer gasto, exceto na hipótese de ser a parte vencida na arbitragem e, conseqüentemente, ser condenada pelo árbitro ao ressarcimento do valor despendido pelo particular.

Frente à possibilidade de ser obrigada a custear a instauração do procedimento arbitral, existe o risco de que o particular inclua a previsão

³⁰² CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública: primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 7-21, jul/set. 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4232072/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAblica.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021, p. 15.

³⁰³ BANTEKAS. Op. cit., p. 1001.

destes gastos no valor da proposta a ser apresentada no certame licitatório³⁰⁴, o que indica um restabelecimento da princípio da igualdade das partes que deve estar presente na arbitragem. Isto porque o particular estaria se antecipando a um eventual conflito que seria resolvido por meio do processo arbitral e, ao incluir os gastos para instauração de tal procedimento na proposta, evitaria o excessivo ônus de arcar sozinho com as custas e despesas do instrumento.

Como o princípio da igualdade das partes na arbitragem assegura que a vontade de nenhum contratante será imposta sobre o outro³⁰⁵, a previsão na convenção de arbitragem ou, inclusive, no edital de licitação de que o particular custeará as custas e despesas do procedimento arbitral mostra-se uma medida injusta e desigual, que viola os princípios da arbitragem.

12.5 CONCLUSÃO

A Lei nº 13.129/2015 incluiu na Lei nº 9.307/1996, conhecida como a Lei de Arbitragem, dispositivos tornando expresso que a Administração Pública pode utilizar a arbitragem para solucionar controvérsias, desde que os conflitos sejam relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Além disso, a arbitragem deve ser de direito e respeitar o princípio da publicidade.

Após seis anos, a Nova Lei de Licitações foi promulgada e dedicou um capítulo aos meios alternativos de solução de controvérsias, determinando que a Administração Pública pode se valer da conciliação, da mediação, do comitê de resolução de disputas e da arbitragem para dirimir conflitos. Tal qual a Lei de Arbitragem, a Nova Lei de Licitações estabelece que os conflitos estão restritos aos direitos patrimoniais disponíveis, a arbitragem deve ser de direito e respeitar o princípio da publicidade.

Entretanto, nenhuma das duas leis dispôs como se dá a negociação da convenção de arbitragem nos casos envolvendo a Administração Pública, em especial como as partes podem definir como se dará o custeio do procedimento.

Para a instauração do procedimento, é necessário despender quantias relativas à taxa de administração, honorários do árbitro, gastos com produção

³⁰⁴ ESTEFAM; OLIVEIRA. Op. cit., 77.

³⁰⁵ CARMONA. Op. cit., 2009, p. 410.

de provas etc. Neste sentido, mostra-se indispensável que as partes acordem entre si acerca do pagamento de tais custos a fim de dar início à arbitragem.

Apesar de o instrumento em questão ser pautado pelo princípio da igualdade das partes, a relação entre Administração Pública e particular é permeada por um desequilíbrio de poderes. Ou seja, o contrato administrativo é regido pelo Direito Público e, supletivamente, pelo Direito Privado de modo que tem como alicerce o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

Logo, no contrato administrativo, não estão presentes, plenamente, a liberdade de contratar e a autonomia das partes, fundamentais aos contratos sob regime de Direito Privado. Desta forma, o particular que celebra contrato administrativo com a Administração Pública não goza dos mesmos institutos presentes em uma relação baseada no Direito Privado, o que se reflete na maneira como ocorre a negociação da convenção de arbitragem.

A dificuldade na citada negociação, principalmente quando se trata do custeio do procedimento arbitral, ensejou que a Lei Mineira de Arbitragem explicitasse que cabe ao particular custear toda a instauração da arbitragem e, ao final do processo, caso o ente público seja a parte vencida, o árbitro determinará o ressarcimento do montante despendido pelo ente privado. Disposição esta que também está presente no Decreto nº 10.025/2019.

Mesmo que a arbitragem seja instaurada pela Administração Pública, é responsabilidade do particular custear todo o procedimento, gerando um excessivo ônus para uma das partes com evidente desequilíbrio contratual. Logo, mostra-se razoável a previsão do Decreto nº 46.245/2018 que estabelece que o particular somente adiantará as custas e despesas com a arbitragem, se ele for a parte responsável pela sua instauração. Isto posto, não poderá a Administração Pública impor sobre o particular todo o custeio da arbitragem em decorrência de uma demanda que não foi suscitada por ele.

Todavia, não se trata de um tema pacificado, visto que a Lei Mineira de Arbitragem somente é aplicada nos casos em que o Estado de Minas Gerais for parte, enquanto o Decreto nº 10.025/2019 é aplicado aos conflitos envolvendo a Administração Pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário e, por último, o Decreto nº 46.245/2018 é restrito às controvérsias envolvendo o Estado do Rio de Janeiro ou suas entidades.

Diante do silêncio da Lei nº 9.307/1996 e da Nova Lei de Licitações,

o assunto deve ser resolvido caso a caso, sendo que, por conta das características do contrato administrativo e dos institutos que permeiam a relação entre particular e Administração Pública, o ônus recai sobre o ente privado, violando, assim, o princípio da igualdade das partes.

Por ser um instrumento que prevê o citado princípio, a arbitragem defende que os sujeitos têm oportunidades iguais de apresentarem seus casos, de produzirem provas e de serem tratados igualmente pelo árbitro. Destarte, é uma relação horizontal, ao contrário da relação celebrada por meio do contrato administrativo que é vertical.

Há um conflito entre os institutos do contrato administrativo e da arbitragem, o que não impede, porém, a utilização desse instrumento de resolução de controvérsias pela Administração Pública.

A previsão do art. 9º do Decreto nº 46.245/2018, ao dispor que o particular custeará a instauração do procedimento arbitral quando for seu interesse, representa uma união entre os princípios do Direito Público e do Direito Privado e uma alternativa à dificuldade presente na negociação da convenção de arbitragem entre Administração Pública e particular quanto ao pagamento das custas e despesas do meio de solução de conflitos.

12.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. *Revista no Advogado*, São Paulo, v. 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4315937/mod_resource/content/1/%20Do%20Contrato%20Administrativo%20%C3%A0%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20Contratual%20-%20Floriano%20Marques%20Neto.pdf. Acesso em: 24 abr. 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BANTEKAS, Ilias. Equal Treatment of Parties in International Commercial Arbitration. *International & Comparative Law Quarterly*, Cambridge, v. 69, n. 4, p. 991-1011, out. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.1017/S0020589320000287>. Acesso em: 21 abr. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e Administração Pública:

primeiras reflexões sobre a arbitragem envolvendo a administração pública. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, v. 13, n. 51, p. 7-21, jul/set. 2016. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4232072/mod_resource/content/1/Carmona%20-%20Arbitragem%20e%20Administra%C3%A7%C3%A3o%20P%C3%BAllica.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARNAÚBA, César Augusto Martins. Adequação da Arbitragem aos Litígios Envolvendo o Poder Público. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, n. 58, p. 7-27, abr/jun. 2018.

CONSELHO da Justiça Federal. I Jornada “Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios”, de 22 e 23 de agosto de 2016. Brasília. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/prevencao-e-solucao-extrajudicial-de-litigios/?_authenticator=60c7f30ef0d8002d17dbe298563b6fa2849c6669. Acesso em: 26 abr. 2021.

DALLARI, Adilson Abreu Dallari. Arbitragem na Concessão de Serviço Público. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 32, n. 128, p. 63/67, out/dez. 1995. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176408/000506871.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 abr. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow; OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GONÇALVES, Raphael Magno Vianna. *Arbitragem: teoria e prática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

JUNQUEIRA, André Rodrigues. *Arbitragem nas Parcerias Público-Privadas: um estudo de caso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do Princípio da Igualdade nas Relações Jurídicas Privadas. *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, n. 32, p. 109-140, jan/jun. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/rdp/n32/0123-4366-rdp-32-00109.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2021.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e Administração Pública. *Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná*, Curitiba, n. 6, p. 47-81. 2015. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2015_003artigo_2_arbitragem_e_administracao_publica.pdf. Acesso em: 19 abr. 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. O Princípio da Isonomia nas Licitações Públicas. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Curitiba, n. 3, p. 139-156. 1999. Disponível em: <https://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/746/541>. Acesso em: 23 abr. 2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *Manual de Arbitragem: mediação e conciliação*. 8. ed. Rio de Janeiro, 2018.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Interpretação dos Contratos Administrativos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, n. 144, v. 36, p. 211-216, out/dez. 1999. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/543/r144-15.PDF?sequence=4&isAllowed=y>. Acesso em: 23 abr. 2021.

UNCITRAL, United Nations Commission on International Trade Law. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*. Vienna: United Nations, 2008. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em: 21 abr. 2021.

ATIPICIDADE PENAL NA CONTRATAÇÃO DIRETA DE ADVOGADO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

*Marcelo Egreja Papa*³⁰⁶

Palavras-chave: Contratação Pública Direta de Advogado; Autorização Reforçada pela Nova Lei de Licitações; Ausência de Ilícito; Não Incidência do Crime de Contratação Direta Ilegal.

RESUMO

Em defesa de um suposto moralismo, certos setores da sociedade adotaram postura equivocada ao interpretarem como ilegal a contratação direta de advogados pela Administração Pública, apresentando, por consequência, denúncias em que imputam ao gestor público a prática do crime de contratação direta, isto é, fora das hipóteses autorizadas em lei. Os advogados, beneficiados pela contratação, também acabam incluídos no polo passivo da ação penal. Esse erro, que já se repete há anos, ainda que a Lei nº 8.666/1993 contenha dispositivos legais que agasalham a contratação de advogados sem que seja preciso promover o certame licitatório, demanda correção, evitando-se a criminalização do advogado, que é indispensável à administração da justiça. É por isso que, em face da nova Lei de Licitações (14.133/2021), assim como de inovações trazidas recentemente ao Estatuto da Advocacia, faz necessário reavivar o debate com vistas a extirpar a má interpretação da legislação, assentando-se a atipicidade penal na contratação direta de advogado.

13.1 INTRODUÇÃO

Não é de hoje que uma das lutas da advocacia é combater tentativas de criminalização da própria classe. Embora a Constituição cidadã preveja há mais de trinta anos, em seu art. 133, que o advogado é indispensável à administração da justiça, ainda se encontra, nos dias que correm, certos grupos da sociedade com a errônea visão acerca do papel do advogado.

Não raras vezes investigações ou denúncias criminais incluem, sem

³⁰⁶ Advogado criminalista. Bacharel pela Faculdade de Direito da Fundação Armando Álvares Penteado. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Coordenador da Comissão dos Novos Advogados do Instituto dos Advogados de São Paulo – CNA-IASP.

fundamento, o advogado como mentor de imbricado esquema criminoso, sobretudo os profissionais que dedicam sua atuação à área tributária, administrativa ou até mesmo criminal.

Em razão dessa visão deturpada, advogado tributarista se torna integrante de grupo criminoso dedicado a impedir o recolhimento de valores aos cofres públicos. Já os profissionais com atuação na área administrativa, ainda que emitam mero parecer, são taxados de partícipes nos delitos licitatórios. E por vezes o advogado criminalista transforma-se em *longa manus* de seu cliente, uma vez que, na explicação dos mal-intencionados, atuariam com o único propósito de impedir que os órgãos da acusação consigam impor célere condenação àquele que se vê processado em ação penal.

Já se teve notícia que até mesmo o recebimento de honorários pelo profissional da advocacia fora interpretado como crime de lavagem de dinheiro, o que acaba promovendo verdadeira devassa na profissão, apesar de prevista como inviolável pela Constituição Federal.

Situação não diferente ocorre com os advogados que prestam serviços para a Administração Pública, seja no âmbito municipal, estadual ou federal, porque acabam posteriormente acusados em ação penal simplesmente por terem sido contratados de forma direta, por inexigibilidade de licitação.

Na prática, o gestor público, mesmo seguindo as previsões da Lei de Licitações, é inserido, junto com o advogado, no polo passivo de processo criminal, por supostamente terem incorrido na prática do delito tipificado no art. 89 da Lei nº 8.666/93. Infelizmente esse proceder ilegal, à margem da previsão contida na lei de regência, tornou-se regra no dia a dia das persecuções penais brasileiras, com a instauração de um sem-número de ações penais absolutamente despropositadas.

É sempre bom lembrar as peculiaridades da atuação do advogado, que exerce seu ofício de forma técnica e singular, prestando, na realidade, verdadeiro serviço público, essencial para o cumprimento da função social das instituições, característica que impede, *per se*, a aplicação do princípio da competitividade na contratação, requisito para a instauração de processo licitatório.

A Lei nº 14.133/2021, que desde logo substituiu a Lei nº 8.666/1993 nos dispositivos penais, manteve a tipificação penal da conduta daquele que contrata diretamente sem licitação, no assim denominado delito de

“contratação direta ilegal” (art. 337-E, CP), o que pode dar margem para a perpetuação da criminalização da advocacia.

Assim, o propósito desse artigo, na esteira das alterações legislativas ocorridas nos últimos tempos, notadamente pela nova Lei de Licitações (14.133/2021), é debater argumentos com o fim de romper a visão de que o gestor público e o advogado incorrem na prática de crime quando entabulam contratação direta.

13.2 INEXIGIBILIDADE DE LICITAR NA ANTIGA E NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Antes de iniciar, cumpre dizer que apesar de existir no ordenamento jurídico previsão expressa de ao menos três situações legais em que inexigível certame licitatório, tem pertinência ao presente trabalho somente uma única hipótese de inexigibilidade de licitação, justamente aquela que guarda relação com a contratação de serviços de caráter jurídico prestados por advogados. Feito o destaque, passa-se à análise das disposições normativas pertinentes.

A previsão de que as contratações públicas se deem por meio de licitações emerge da Constituição Federal de 1988. O seu art. 37, inciso XXI, disciplina como regra que “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”. Há, contudo, no próprio dispositivo a previsão de exceção, ao prever em sua redação “ressalvados os casos especificados na legislação”.

Torna-se inquestionável, assim, que a possibilidade de contratação sem licitação encontra guarida diretamente em norma de estatura constitucional, valendo anotar, por essa razão, que o constituinte, embora pretendesse estabelecer que as contratações públicas dar-se-iam, em regra, por meio de processo licitatório, não deixou de reconhecer hipóteses em que inviável a contratação vir antecedida de licitação³⁰⁷. É este o motivo pelo qual não se pode tachar de anomalia jurídica as situações em que o administrador público proceda com a contratação sem licitar, uma vez que se trata de possibilidade estatuída pelo próprio constituinte originário.

A licitação, como se sabe, é processo administrativo com o fim de verificar o melhor negócio para o ente público contratante, por um lado, e

³⁰⁷ Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, pp. 200/201.

garantir, por outro, obediência aos princípios da impessoalidade, moralidade e igualdade aos que queiram contratar com a Administração Pública, conforme prevê o art. 3º da Lei nº 8.666/93 e art. 5º da Lei nº 14.133/21.

Existem, no entanto, situações em que se revela impossível haver competição entre os concorrentes, sobretudo porque inexistente igualdade de condições por razões inerentes a eles, o que não pode inviabilizar a necessária contratação pelo ente público. É por isso que, no plano legal, o ordenamento jurídico prevê contextos em que a licitação é inexigível.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO explica melhor tal aspecto, sob o ponto de vista doutrinário:

Vale dizer: naquelas hipóteses em que ou (a) o uso da licitação significaria simplesmente inviabilizar o cumprimento de um interesse jurídico prestigiado no sistema normativo e ao qual a Administração deva dar provimento ou (b) os prestadores do serviço almejado simplesmente não se engajariam na disputa dele em certame licitatório, inexistindo, pois, quem, com as aptidões necessárias, se dispusesse a disputar o objeto de certame que se armasse a tal propósito.

Tais casos, como se exemplificará, têm se ser excludentes de licitação e, então, devem, conforme se disse, ser havidos como abrangidos no *caput* do art. 25 [...].³⁰⁸

A Lei nº 8.666/93 dispõe em seu art. 25, *caput*, que “é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição”, listando, na sequência, em rol não taxativo³⁰⁹, a seguinte hipótese: “II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação.”

É nesse dispositivo legal no qual se colhem as balizas necessárias

³⁰⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 570/571.

³⁰⁹ Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 570.

para a contratação direta por inexigibilidade de licitação, sendo três os requisitos legais apresentados, melhor elucidados nos dizeres de RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA:

O segundo exemplo de inexigibilidade encontra-se previsto no art. 25, II, da Lei 8.666/1993. É inexigível a licitação para contratação de serviços técnicos, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização. Exemplo: contratação do serviço de arquitetura efetuada com arquiteto renomado, de escritório de advocacia de notória especialização para serviços singulares etc.

São três os requisitos cumulativos para declaração de inexigibilidade: a) serviço técnico; b) serviço singular; e c) notória especialização do contratado.³¹⁰

Os serviços técnicos estão contidos no indicado art. 13 da Lei nº 8.666/93, no qual estão listados, entre outros, os trabalhos relativos à pareceres, assessorias, consultorias e patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (incisos II, III e V).

Por sua vez, “a singularidade (art. 25, II) não se confunde com exclusividade (art. 25, I). A singularidade decorre, na hipótese, da impossibilidade de fixação de critérios objetivos de julgamento.”³¹¹

Melhor esclarecendo o conteúdo do requisito da singularidade, MARÇAL JUSTEN FILHO expõe que “o serviço singular exige a conjugação de dois elementos: a) excepcionalidade da necessidade a ser satisfeita; e b) impossibilidade de sua execução por parte de um ‘profissional especializado padrão’.”³¹²

³¹⁰ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 112.

³¹¹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018, p. 113.

³¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002, p. 279.

Por fim, há o critério de notória especialização, que tem conteúdo normativo disciplinado no § 1º do art. 25 da Lei nº 8.666/93, da seguinte forma:

Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

Logo, sob o aspecto administrativo, preenchidos os três requisitos apresentados, tem-se hipótese de inexigibilidade de licitação na forma do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/93, sem olvidar, no entanto, a premissa fixada no *caput* do dispositivo legal, ou seja, sendo inviável a competição, torna-se inexigível a licitação.

Traçado esse histórico, parte-se para a análise da nova Lei de Licitações (14.133/2021). Lei esta que entra em vigência plena somente após dois anos de sua publicação, isto é, abril de 2023, quando estará totalmente revogada a Lei nº 8.666/93, sendo que até lá o administrador público poderá optar por qualquer das duas leis para instaurar processo licitatório. Difere-se desta regra a parte concernente aos crimes, que já se encontra em vigência, o que reforça a necessidade do exame proposto pelo presente artigo.

Não se encontram muitas alterações na nova disciplina das contratações públicas no que toca às hipóteses de inexigibilidade de licitação. O texto legal que se vê no art. 25 da Lei nº 8.666/93 foi praticamente reproduzido de forma idêntica na Lei nº 14.133/2021, agora apresentado no art. 74.

A redação antes contida no *caput* do art. 25 foi mantida no *caput* do art. 74 da nova Lei de Licitações, reforçando a intenção do legislador de considerar inexigível a licitação quando inviável a competição.

RAFAEL CARVALHO REZENDE OLIVEIRA ao avaliar as modificações trazidas pela Lei nº 14.133/2021 da mesma forma entendeu:

As hipóteses de inexigibilidade de licitação mencionadas no art. 74 da nova Lei de Licitações não

apresentam grandes novidades em relação ao art. 25 da Lei 8.666/93.

O novo diploma legal mantém o caráter exemplificativo das situações de inexigibilidade de licitação, inclusive com a utilização da expressão “em especial” que também era utilizada pelo art. 25 da Lei 8.666/93.³¹³

Em sendo assim, pode-se afirmar que a premissa legal que conduz à inexigibilidade de licitação se mantém hígida, e que, por consequência, perpetua a compreensão de que o rol contido na nova lei é igualmente exemplificativo. Em outras palavras, forçoso reconhecer que a nova Lei de Licitações autoriza a contratação direta por inexigibilidade de licitação quando, não havendo previsão expressa quanto a licitar em determinada situação, for reconhecida a inviabilidade de competição.

Por outro lado, vê-se que a nova Lei Licitações tornou mais clara e direta a redação do dispositivo legal que prevê situações de inexigibilidade de licitação, principalmente ao dispor acerca da hipótese de contratação de “serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização”.

Antes, o dispositivo legal, ao referir-se a serviços técnicos, indicava o art. 13 da mesma lei, o que acabava deixando a leitura e interpretação intrincada. Agora, na nova lei, o rol de serviços técnicos está apresentado nas alíneas que seguem ao inciso III, que, por sua vez, contém a comentada hipótese de inexigibilidade licitatória, facilitando, assim, o exame da legislação. Ou seja, quanto a esse ponto, ainda que minimamente, a legislação foi aperfeiçoada.

Importa dizer que continuam previstos como serviços técnicos e, portanto, dentro das situações em que o processo licitatório é inexigível, aqueles que digam respeito a pareceres, assessorias, consultorias e patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas (alíneas “b”, “c” e “e”), práticas diretamente relacionadas à atividade profissional dos advogados.

Não obstante a doutrina administrativista afirmar que permanecem

³¹³ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 378.

inalterados os requisitos legais para tal hipótese de dispensa de licitação³¹⁴, é preciso destacar como avanço que a Lei nº 14.133/2021, ao apresentar o referido inciso III, deixou de constar na redação do dispositivo legal o pressuposto singularidade do serviço, o que pode acarretar o efeito da desnecessidade desse requisito para efeito de enquadramento na contratação direta. Foi, aliás, o que destacou a doutrina penal de HELENA REGINA LOBO DA COSTA:

Um dado relevante é que a nova lei abandonou a ideia de que a inexigibilidade de licitação exige como pressuposto a singularidade do serviço, assim como já fizera a Lei n. 13.303/2016. Esse elemento trazia diversas incertezas no regime jurídico anterior, pois muitas vezes era interpretado como algo único ou exclusivo – e não como um serviço especializado, cujo prestador deve ter um conhecimento diferenciado e experiência específica em sua prestação.³¹⁵

Com a exclusão do requisito singularidade do serviço, haverá maior liberdade e segurança do gestor público em contratar sem licitação, acarretando conseqüentemente repercussão na tipicidade objetiva do delito de contratação direta ilegal. Logo, pode haver diminuição de denúncias criminais que insistem em alegar consumado o crime por não estar satisfeito esse pressuposto legal, o que por si só evidencia a relevância dessa importante melhoria no ordenamento jurídico, apta a obstar a instauração de injusto processo criminal.

Portanto, dentre as alterações e manutenções dos dispositivos legais da antiga e da nova Lei de Licitações, constata-se inovações que aprimoram o quadro legal antes existente, as quais, como se viu, já dá sinais de que a contratação de advogado não exige a promoção de licitação, como será

³¹⁴ Conforme observa Rafael Carvalho Rezende Oliveira, na nova Lei de Licitações, para configurar hipótese de inexigibilidade de licitação, permaneceu a necessidade de se demonstrar a singularidade do serviço (OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 379).

³¹⁵ COSTA, Helena Regina Lobo da. *Contratação Direta Ilegal*. In: BRENDA, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas: elementos de direito administrativo e direito penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 90.

aprofundado adiante.

13.3 CARACTERES ACERCA DOS SERVIÇOS PRESTADOS POR ADVOGADO

A atuação do advogado naturalmente contém particularidades que a diferenciam de outros serviços prestados. Recorde-se, por primeiro, que a ciência à qual se vincula a advocacia é essencialmente humana, regida por questões culturais, valorativas, interpretativas e dialéticas, distinguindo-se, por exemplo, de serviços da área de exatas, como são os casos dos contadores ou engenheiros.

Daí que a sensibilidade e perspicácia do advogado, aliada à boa técnica profissional, por vezes, proporciona diferente resultado ao final da atuação, distinguindo-o dos demais colegas de profissão. Decidir qual movimento efetuar, qual prova produzir, qual documento apresentar ou qual atitude investir produzem consequências inquantificáveis ao deslinde da causa.

Disso já se percebe ser não mensurável, tampouco calculável, o serviço do profissional da advocacia. Aliás, basta verificar que no setor privado, na hora da contratação de um advogado, não se observa apenas o preço cobrado pelo serviço jurídico, mas sobretudo a especialização e qualificação do profissional da advocacia, somado aos seus anos de prática jurídica.

A explanação de ADAUTO SUANNES a respeito da atuação do advogado, em processo criminal em que há réus presos preventivamente, ilustra bem o argumento que ora se expõe:

Trocando em miúdos: um réu que possua condições econômicas para contratar advogado certamente o fará. Este juntará inúmeros documentos, destinados a impressionar o juiz (pois não provará que *não* ocorre qualquer das situações previstas no art. 312 do Código de Processo Penal, já que *nagativa non sunt probanda*). Impressionado com aquela documentação, o juiz certamente deferirá a liberdade provisória, mesmo porque o Ministério Público não demonstrou a necessidade da prisão preventiva.

E sendo o réu pessoa pobre? Permanecerá preso até o interrogatório, pelo menos. Será interrogado sem a

presença de advogado. Ser-lhe-á nomeado um defensor que seguramente não irá visitá-lo na cadeia. Possivelmente esse advogado dativo será substituído por defensor *ad hoc* quando da audiência de instrução. Ao ensejo das alegações finais, o advogado, sem ter tido contato nenhum com o seu defendido, apresentará frases de efeito, traçando considerações genéricas sobre a prova. Sobrevirá uma sentença sem estar precedida de despacho saneador (Código de Processo Penal, art. 502) e tantas vezes se considerarão as irregularidades processuais cobertas pela preclusão.

Generalização injusta? Certamente. Entretanto, em três anos como juiz de 2ª instância jamais vi um defensor dativo trazer a juízo aquelas pessoas que a autoridade policial afirma serem “algo parecidas” com o réu, no ato de reconhecimento. Por que essa omissão sistemática? Se considerarmos que inúmeras vezes sequer o nome dessas pessoas consta de tal auto, como pode o defensor estar seguro de que são, de fato, *algo parecidas* com seu defendido?

Vê-se, pois, que, sem embargo de alguns profissionais desenvolverem trabalhos sérios, dignos de um advogado, pode-se afirmar, sem injustiça, que isso não constitui a regra. Defesas meramente formais é que são a regra, a ponto de se afirmar, em *off*, que se o tribunal for apreciar com um mínimo de rigor isso poucas defesas dativas poderiam ser consideradas amplas.³¹⁶

A partir dessas constatações, torna-se difícil assentar a viabilidade de competição entre advogados, especialmente quando a prática revela existirem profissionais com atuação tão diferentes uma da outra, e que por consequência produzem resultados absolutamente distintos, implicando, naturalmente, distintas razões de contratação. Assim, forçoso reconhecer que se trata de serviço profissional em que há inviabilidade de competição.

Ademais, diante da característica inerente ao exercício profissional da advocacia, a contratação também é decorrente de relação de confiança

³¹⁶ SUANNES, Adauto. A Indispensabilidade do Advogado. *In: Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 215/216.

adquirida em um profissional específico³¹⁷, em razão de sua especialização, forma e modo de atuação, rejeitando-se, também por isso, a viabilidade do certame licitatório, consoante assentou ALBERTO ZACHARIAS TORON e ALEXANDRA LEBELSON SZAFIR:

Afora a singularidade que marca o trabalho de cada profissional, isto é, o caráter *personalíssimo* do seu trabalho, é de se convir que não contrata advogado como se compra uma caixa de pregos. Exige-se um laço de confiança entre contratante e contratado. Por isso, a despeito das opiniões em contrário, até mesmo para acompanhar processo, torna-se difícil realizar uma licitação.³¹⁸

Nesse sentido, a colenda Suprema Corte brasileira reconheceu, em sua composição plenária, que em razão da contratação de advogado envolver o requisito da confiança no profissional contratado, que tem caráter subjetivo, torna-se inconciliável com o processo licitatório, que imprime julgamento de índole objetiva:

AÇÃO PENAL PÚBLICA. CONTRATAÇÃO EMERGENCIAL DE ADVOGADOS FACE AO CAOS ADMINISTRATIVO HERDADO DA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL SUCEDIDA. LICITAÇÃO. ART. 37, XXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DISPENSA DE LICITAÇÃO NÃO CONFIGURADA. INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO CARACTERIZADA PELA NOTÓRIA ESPECIALIZAÇÃO DOS PROFISSIONAIS CONTRATADOS, COMPROVADA NOS AUTOS, ALIADA À CONFIANÇA DA ADMINISTRAÇÃO POR ELES DESFRUTADA. PREVISÃO LEGAL. A hipótese dos autos não é de dispensa de licitação, eis que não caracterizado o requisito da emergência. Caracterização de situação na qual há inviabilidade de competição e, logo, inexigibilidade de licitação. 2. “Serviços técnicos

³¹⁷ Cf. COSTA, Helena Regina Lobo da. Contratação Direta Ilegal. In: BRENDA, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas*: elementos de direito administrativo e direito penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 90.

³¹⁸ TORON, Alberto Zacharias. SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. Brasília: OAB Editora, 2006, pp. 153/154.

profissionais especializados” são serviços que a Administração deve contratar sem licitação, escolhendo o contratado de acordo, em última instância, com o grau de confiança que ela própria, Administração, deposite na especialização desse contratado. Nesses casos, o requisito da confiança da Administração em quem deseje contratar é subjetivo. Daí que a realização de procedimento licitatório para a contratação de tais serviços - procedimento regido, entre outros, pelo princípio do julgamento objetivo - é incompatível com a atribuição de exercício de subjetividade que o direito positivo confere à Administração para a escolha do "trabalho essencial e indiscutivelmente mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (cf. o § 1º do art. 25 da Lei 8.666/93). O que a norma extraída do texto legal exige é a notória especialização, associada ao elemento subjetivo confiança. Há, no caso concreto, requisitos suficientes para o seu enquadramento em situação na qual não incide o dever de licitar, ou seja, de inexigibilidade de licitação: os profissionais contratados possuem notória especialização, comprovada nos autos, além de desfrutarem da confiança da Administração. Ação Penal que se julga improcedente.³¹⁹

Ora, não se pode permitir que a existência do procedimento de licitação, previsto para a salvaguarda dos interesses públicos, acarrete mais males à Administração do que a não realização do certame. Isto é, o remédio, caso mal interpretado, transmuda-se em veneno para Administração Pública.

Aliás, conforme bem anotou CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO, esse é sempre um sintoma de que se está diante de hipótese em que a contratação pública deve se dar sem licitação:

Em suma: sempre que se possa detectar uma *indivídosa e objetiva* contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para o bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o *pressuposto jurídico* da licitação e, se estar não

³¹⁹ Supremo Tribunal Federal, Ação Penal nº 348, Tribunal Pleno, Relator Ministro Eros Grau, julgado em 15.12.2006, DJe 2.8.2007.

for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, *caput*.³²⁰

Vale ainda ilustrar mais uma situação que endossa a inexigência de licitação para contratação de advogado. Promover processo licitatório nos casos em que a contratação de advogado deve ser feita de forma célere, em virtude de prazo judicial aberto, não encontra lógica no sistema normativo, confirmando o argumento de que a licitação, nessa hipótese, acarreta mais males do que benefício à Administração Pública, já que a demora na realização do certame faria expirar o prazo de defesa.

Existem ainda circunstâncias próprias da postura do advogado que não se coadunam com a prática de competição. É ver que, ao estatuir sobre a publicidade profissional, o Código de Ética indica que o anúncio de seus serviços profissionais deve prezar pela discrição e a sobriedade, para não configurar captação de clientela ou mercantilização da profissão (art. 39), o que encontra igual previsão no Estatuto da Advocacia a título de infração disciplinar (Lei nº 8.906/1994, art. 34, inciso IV).

Por causa disso, a prestação dos serviços advocatícios, dentro dos limites éticos, mostra-se inconciliável com a aberta competição entre profissionais, pressuposto para viabilidade do processo licitatório, constatação que já foi reconhecida até mesmo em decisão do colendo Supremo Tribunal Federal:

Habeas corpus: prescrição: ocorrência, no caso, tão-somente quanto ao primeiro dos aditamentos à denúncia (L. 8.666/93, art. 92), ocorrido em 28.9.93. II. Alegação de nulidade da decisão que recebeu a denúncia no Tribunal de Justiça do Paraná: questão que não cabe ser analisada originariamente no Supremo Tribunal Federal e em relação à qual, de resto, a instrução do pedido é deficiente. III. Habeas corpus: crimes previstos nos artigos 89 e 92 da L. 8.666/93: falta de justa causa para a ação penal, dada a inexigibilidade, no caso, de licitação para a contratação de serviços de advocacia. 1. A presença dos requisitos de notória especialização e confiança, ao lado do

³²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 572.

relevo do trabalho a ser contratado, que encontram respaldo da inequívoca prova documental trazida, permite concluir, no caso, pela inexigibilidade da licitação para a contratação dos serviços de advocacia. 2. Extrema dificuldade, de outro lado, da licitação de serviços de advocacia, dada a incompatibilidade com as limitações éticas e legais que da profissão (L. 8.906/94, art. 34, IV; e Código de Ética e Disciplina da OAB/1995, art. 7º).³²¹

Em que pese a compreensão exposta no capítulo anterior de que o pressuposto singularidade do serviço não se encontra mais dentre os requisitos necessários para contratação direta, vale adicionar a alegação – até para casos ocorridos antes da nova Lei de Licitações – de que a singularidade é inerente à própria natureza do trabalho prestado pelo profissional da advocacia. ALBERTO ZACHARIAS TORON e ALEXANDRA LEBELSON SZAFIR discorreram de modo assertivo sobre o tema:

Segundo tal óptica, no caso do advogado a exigibilidade da licitação decorreria ainda da possibilidade de que vários outros podem realizar a tarefa sendo, ademais, sempre possível encontrar quem o faça pelo menor preço. De fato, a premissa é correta. Há inúmeros, embora nem sempre renomados, advogados competentes para realizar defesas da mais variada natureza e em diferentes graus de jurisdição. Todos estão habilitados a realizá-las. Isso, porém, não pode conduzir o intérprete a acreditar que se possa exigir do Poder Público a prévia realização de licitação para a contratação de advogado.

Assim é que o serviço advocatício, pela própria natureza do trabalho, é uma prestação de serviço **singular**, pois cada profissional habilitado tem os seus conhecimentos individuais, a sua tecnicidade e a sua própria capacidade, característica que tornam, por si sós, inviável a contratação do serviço por meio de licitação, afinal, como ensina Adilson de Abreu Dallari “não se licitam coisas desiguais, só se licitam coisas homogêneas. Portanto, em razão de inexistir um trabalho advocatício *equivalente perfeito* ao outro, o que se exige para a realização de licitação, resta certo que,

³²¹ Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 86.198, Primeira Turma, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 17.4.2007, DJe 28.6.2007.

na contratação de serviços advocatícios, é **inexigível** a realização de procedimento licitatório.³²²

Aliás, a alteração promovida pela Lei nº 14.039/2020, no Estatuto da Advocacia, adicionou o art. 3º-A, no qual se lê: “Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei.” Ou seja, há atualmente disposto legal que prevê expressamente serem os serviços prestados por advogado técnicos e singulares em virtude de sua própria natureza, o que não pode ser desprezado.

Para além disso, conforme já exposto anteriormente, é indubitável que a Lei de Licitações, tanto a antiga quanto a nova, abarca entre os serviços técnicos profissionais os pareceres, assessorias, consultorias e patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas, hipóteses que se adequem ao conceito de serviços jurídicos ou de serviços advocatícios, previstos pela Lei nº 8.906/1994 como privativos da advocacia (art. 1º, I e II).

Dito de outro modo, o ordenamento jurídico não permite interpretação diferente no sentido de que os serviços jurídicos prestados por advogado podem, licitamente, ser contratados sem licitação, pois a legislação prevê expressamente que serviços privativos da advocacia estão abarcados nas hipóteses em que a licitação é inexigível.

Em face do exposto, para além da demonstrada inviabilidade de competição, o quadro apresentado revela que a instauração de certame público é incompatível com os serviços prestados por advogados, sendo, portanto, o trabalho jurídico adequado à hipótese de contratação direta por inexigibilidade de licitação.

13.4 NÃO INCIDÊNCIA DO CRIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ILEGAL

Para aprofundar a análise da questão penal, convém traçar breves considerações no que concerne às alterações promovidas pela nova Lei de Licitações nos respectivos crimes.

Diferentemente do que ocorria na Lei nº 8.666/1993, os delitos

³²² TORON, Alberto Zacharias. SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado*. Brasília: OAB Editora, 2006, pp. 152.

relacionados às licitações não mais permanecem dispostos na mesma lei, numa espécie de subsistema próprio. Pelo contrário, com a nova Lei de Licitações, o legislador preferiu introduzi-los no Código Penal, no Título XI da Parte Especial.

Tal título trata especificamente dos delitos contra a Administração Pública, criando, assim, uma sensação maior de sistema codificado, o que é benéfico na interpretação da norma penal. Mas “com a inclusão dos tipos no Código Penal, resta clara a possibilidade de sua aplicação a toda e qualquer licitação ou contrato público”³²³, sejam eles disciplinados pela Lei nº 14.133/2021 ou por outras normas específicas.

Por outro lado, houve um aumento da expressivo das reprimendas corporais em praticamente todos os delitos, o que representa mais uma vã tentativa do legislador de impedir a prática criminosa com o recrudescimento penal, mas acarreta, por consequência, a remoção da hipótese de realização do acordo de não persecução penal.

Especificamente em relação ao crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, usualmente aplicado ao gestor público e ao advogado que entabularam contratação sem licitação, foi modificada a redação típica desse delito, assim como sua titulação. Antes prevista como “dispensa de licitação”, passou a forma mais simples na nova Lei de Licitações, onde consta agora nomeado de “contratação direta ilegal”, tipificado no art. 337-E do Código Penal.

Feitas essas considerações, passa-se, então, ao exame de tipicidade penal da prática de contratação pública de advogado de forma direta, sem licitação.

O tipo penal do art. 337-E tem a seguinte redação: “Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”.

Logo se vê ser elementar do tipo penal que a contratação direta esteja “fora das hipóteses previstas em lei.” Isto é, para a adequação típica da

³²³ COSTA, Helena Regina Lobo da. Âmbito material de aplicação dos novos tipos penais. In: BRENDA, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas*: elementos de direito administrativo e direito penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 69.

conduta, obviamente não basta a contratação direta pela Administração Pública, mas que tenha sido realizada à margem das hipóteses legais.

LUCIANO ANDERSON DE SOUZA, ao comentar o novo tipo penal, discorre com mais considerações sobre o elemento normativo do tipo:

A expressão “fora das hipóteses previstas em lei” representa um *elemento normativo do tipo* que consagra a acessoriedade administrativa da presente incriminação. Justamente o estabelecido em lei ordinária federal de cunho administrativo, ao excepcionar a regra fundamental da necessidade de licitação prévia às contratações procedidas pelo Poder Público, é o que fornece os limites do proibido para o tipo em análise. Em outros termos, está-se diante de uma *norma penal em branco homogênea*.³²⁴

Decorre daí que nem sequer é preciso adentrar na discussão relativa à tipicidade subjetiva, que tampouco seria confirmada pela inexistência de dolo. Basta, no presente exame, a verificação de que a prática de contratação pública de advogado para serviços jurídicos não perfaz nem mesmo a tipicidade objetiva exigida pelo delito, em razão da ausência de cumprimento da elementar “fora das hipóteses previstas em lei”.

Já se demonstrou anteriormente a impossibilidade de competição nos serviços jurídicos prestados por advogado, a qual, por todos os motivos externados, autorizam a contratação direta, na forma do *caput* do art. 74 da nova Lei de Licitações, ou até mesmo, por se enquadrar com precisão, na hipótese de inexigibilidade do certame prevista no inciso III do citado artigo. Numa palavra: “a licitação é inexigível quando a competição foi inviável”³²⁵, exatamente como demonstrado em relação aos serviços jurídicos prestados por advogado.

Em sendo assim, pode-se afirmar que a contratação direta de advogado pela Administração Pública é perfeitamente lícita, mesmo sob o aspecto administrativo, motivo pelo qual a exigida acessoriedade

³²⁴ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal*: volume 5: parte especial: arts. 312 a 359-H do CP. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 388.

³²⁵ SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal*: volume 5: parte especial: arts. 312 a 359-H do CP. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 387.

administrativa não se completa nessa hipótese, tornando-se vazia a elementar do tipo penal.

À vista disso, efetivada a contratação sem licitação, não haverá de incidir o delito de contratação direta ilegal previsto no art. 337-E do Código Penal, pois, em verdade, a contratação direta de profissional da advocacia é desimportante ao Direito Penal.

13.5 CONCLUSÃO

No presente artigo pretendeu-se demonstrar que a contratação direta de advogado pela Administração Pública não tipifica ilícito penal.

Na verdade, o exame da própria Lei nº 8.666/93 já fazia concluir estar autorizada a contratação de serviços de advogado sem que precedida de licitação, o que foi reforçado pela recém promulgada Lei nº 14.133/2021, assim chamada de nova Lei de Licitações.

A nova Lei de Licitações, ao tornar mais claras as hipóteses em que não se exige licitação, reforça, na presente quadra histórica, a intenção do legislador de não considerar ilícita a prática de contratação direta de advogado, até mesmo na seara administrativa.

Também restou claro que não raras vezes a imposição para realização do certame público na contratação de advogados acarreta mais malefícios à Administração do que benefícios, por diversos fatores melhor expostos anteriormente, numa prova de que nem sempre os meios justificam os fins. Aliás, fenômeno bastante relevante no enquadramento da contratação de advogados na hipótese de licitação inexigível.

Apresentou-se, ademais, fundamentos que atestam a particularidade do advogado quando presta seus serviços, de modo que se torna inviável assentar igualdade de condições ou mesmo a exigida competitividade do processo licitatório. Por ser inerente ao próprio advogado, nos seus serviços está incutido o caráter singular e técnico, o que ganhou musculatura legal com recente alteração promovida no Estatuto da Advocacia.

Portanto, a conclusão alcançada valida o raciocínio de que é perfeitamente lícita, em virtude da própria quadratura legal, a contratação direta de advogado.

O novo tipo penal, por sua vez, incluído pela nova Lei de Licitações

como o art. 337-E do Código Penal, exige elementar a ser preenchida pelas normas de Direito Administrativo, as quais indicam, de forma translúcida, a regularidade da contratação direta de advogado. Em outras palavras, estando autorizada a contratação direta de advogado, por inexistência de licitação, não se tipifica, nem mesmo objetivamente, o tipo penal do art. 337-E do Código Penal. É por isso que, na prática, em face de denúncia criminal imputando o cometimento de tal crime, a coação ilegal pode ser corrigida pela via mandamental do *habeas corpus*.

Na esteira da nova Lei de Licitações, é sempre saudável, e até recomendável, reavivar o debate de tema que acarreta erroneamente a criminalização da advocacia, a qual, vale sempre lembrar, exerce função social, a teor do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.906/1994. Daí porque se espera que com a nova ordenação legal trazida pela Lei nº 14.133/2021 também sejam externadas nova cultura e visão ao se verificar a prática de contratação direta de advogado.

13.6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

COSTA, Helena Regina Lobo da. Âmbito material de aplicação dos novos tipos penais. In: BREDA, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas*: elementos de direito administrativo e direito penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. Contratação Direta Ilegal. In: BREDA, Juliano (Coord.). *Crimes de licitação e contratações públicas*: elementos de direito administrativo e direito penal. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 9ª ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 17ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 33ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Licitações e contratos administrativos: teoria e prática*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

_____*Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada.* 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito Penal*: volume 5: parte especial: arts. 312 a 359-H do CP. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SUANNES, Aauto. A Indispensabilidade do Advogado. *In: Os fundamentos éticos do devido processo penal.* 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TORON, Alberto Zacharias. SZAFIR, Alexandra Lebelson. *Prerrogativas profissionais do advogado.* Brasília: OAB Editora, 2006.

AINDA SOBRE A FRAGMENTARIEDADE E ADEQUAÇÃO SOCIAL DO DIREITO PENAL NOS CRIMES LICITATÓRIOS: REFLEXOS DAS MUDANÇAS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

*Fábio Valero Lapchik*³²⁶

*Mariana Beda Francisco*³²⁷

Palavras-chave: Nova Lei de Licitações; Avanços e desafios legislativos e práticos; Crimes licitatórios; Abordagem liberal-jurídica penal; Fragmentariedade nos crimes licitatórios; Adequação social nos crimes licitatórios.

RESUMO: O objetivo do presente artigo é verificar os avanços e desafios legislativos e práticos relativos aos crimes de contratação direta legal e frustração do caráter competitivo de licitação, com o advento da Nova Lei de Licitações (Lei n.º 14.133/2021), a partir da chamada abordagem liberal-jurídica penal, precipuamente à luz dos princípios penais da fragmentariedade e da adequação social, assim como das críticas doutrinária e jurisprudencial correspondentes.

14.1 INTRODUÇÃO

Do PL n.º 4253 de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PLS n.º 559 de 2013), decorre a publicação da Lei n.º 14.133/2021, que passou a ser conhecida como a “nova Lei de Licitações”, eis que introduziu consideráveis mudanças nos procedimentos para licitações e contratações com a Administração Pública, repercutindo também na seara extra

³²⁶ Especialista em Direito Penal pela Universidade de Salamanca – Espanha. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas FGV-Law de São Paulo. Bacharelado em Direito pela Universidade Mackenzie. Membro da Comissão dos Novos Advogados (CNA) do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Na OAB/SP, membro efetivo da Comissão de Direito Penal e membro assessor da Comissão Permanente de Direitos e Prerrogativas.

³²⁷ Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal Alemão, Europeu e Transnacional na George-August-Universität in Göttingen – Alemanha. Bacharelada em Direito pela Universidade Mackenzie. Membro da Comissão dos Novos Advogados (CNA) do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Membro da Comissão Especial de Processo Penal da OAB/SP.

administrativa, inclusive a penal, que será objeto do presente trabalho.

Os chamados “crimes licitatórios”, anteriormente previstos na Lei n.º 8.666/1993, revogada com a publicação da Lei n.º 14.133/2021, foram inseridos na Parte Especial, Título XI “Dos Crimes contra a Administração Pública” e Capítulo II-B “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos” do Código Penal.

Além da louvável reunião dos crimes contra a Administração Pública no Código Penal, como veremos mais adiante, buscando atender aos princípios regradores de Direito Administrativo, preconizados no art. 2º, da Lei n.º 9.874/1999, bem como às demandas pela modernização no âmbito contratual entre o Poder Público e o setor privado, com o fim de adaptar a disciplina às finalidades administrativas, conferindo maior inovação e eficiência nas relações contratuais, uma das diversas alterações foi a reunião de modalidades licitatórias previstas na Lei n.º 12.462/2011, quais sejam, as contratações integradas (regime diferenciado de contratações – RDC) e na Lei n.º 13.303/2016 (Lei das Estatais), chamadas de semi-integradas.

Além da reunião dos crimes e modalidades contratuais licitatórias, na seara penal também se destaca o fato da conduta de “deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade”, outrora prevista na segunda parte do art. 89, da Lei n.º 8.666/1993 (revogada pela Lei n.º 14.133/2021), não ter sido reproduzida no art. 337-E, do Código Penal³²⁸, em verdadeiro *abolitio criminis*, tornando manifesta a preocupação do legislador em desburocratizar a disciplina licitatória.

Este mencionado propósito do legislador também se apresentou sob outro enfoque. A título de combate à excessiva judicialização dos conflitos, houve notório estímulo à chamada “justiça penal negocial”. Foi com fundamento no instituto da justiça penal negocial, que o legislador trouxe ao ordenamento jurídico diversas medidas alternativas ao processo, entre elas, a do acordo de não persecução penal (art. 28-A, do CPP), que, a despeito das merecidas críticas, inegavelmente abrevia a duração do processo penal.

Contudo, o acordo de não persecução penal tem como um dos

³²⁸ A saber: “Contratação direta ilegal (Incluído pela Lei n.º 14.133, de 2021) Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: (Incluído pela Lei n.º 14.133, de 2021) Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei n.º 14.133, de 2021)” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm;

requisitos a acusação por crime cuja pena mínima prevista seja menor que 4 anos, e em vista disso, apesar dos já anotados avanços, o legislador, indo na contramão da própria proposta de combate à excessiva judicialização dos conflitos, ao cuidar dos crimes licitatórios, criminalizou novas condutas e, ao mesmo tempo em que reproduziu outras condutas anteriormente previstas nos já revogados arts. 89 e 90, ambos da Lei n.º 8.666/1993, (atualmente nos arts. 337-E e 337-F³²⁹, ambos do Código Penal), recrudescerou severamente as penas mínimas a elas cominadas, frustrando a incidência da alternativa prevista no art. 28-A, do Código de Processo Penal.

Anote-se que há muito se reclama por uma simplificação da disciplina administrativa, prevista em legislação esparsa, de modo a que, de um único fato muitas vezes se verifica a sobreposição de normas, procedimentos e órgãos. Os avanços já mencionados não resolveram, no entanto, o comum fato que, de um único procedimento licitatório, decorra a deflagração da ação penal, concomitantemente à ação civil pública e ação de improbidade administrativa.

Nem a fragilidade do direito individual ante o patrocínio público de ao menos três frentes diversas, ao redor de um único fato, sujeitando o cidadão, muitas vezes, à tripla intervenção no seu patrimônio por exemplo, que corre o risco de constrição cautelar em cada um dos feitos, ao argumento da “independência das instâncias”.

Assim, a partir do recorte doutrinário e jurisprudencial quanto à aplicação da teoria do bem jurídico como critério de aferição da tipicidade dos crimes contra a Administração Pública, o presente trabalho se propõe à análise do desempenho legislativo nas modificações realizadas nas condutas previstas nos arts. 337-E e 337-F, ambos do Código Penal, outrora previstas nos já revogados arts. 89 e 90, ambos da Lei n.º 8.666/1993.

14.2 PREMISSAS TEÓRICAS

Como já visto, a previsão dos “crimes licitatórios” no Código Penal

³²⁹ A saber: “Frustração do caráter competitivo de licitação (Incluído pela Lei n.º 14.133, de 2021) Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório: (Incluído pela Lei n.º 14.133, de 2021) Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa. (Incluído pela Lei n.º 14.133, de 2021)” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm;

surge positiva³³⁰ e contribui para a disciplina criminal da matéria de modo mais claro e coerente, com vistas a evitar maiores interpretações conflitantes por parte do aplicador da lei penal e disparidade sancionatória com os demais delitos praticados contra a Administração Pública.

De outro lado, a previsão dos aspectos administrativos em separado, na Lei n.º 14.133/2021, não significa que estes não devam ser considerados na interpretação e estudo dos crimes licitatórios, afinal “não se interpreta o direito em tiras”³³¹, mormente quando, em manifesta assessoriedade administrativa, trata-se de tipos penais abertos e em tipos penais em branco, surgindo oportuna, quando não necessária, a remissão a conceitos e princípios forjados no Direito Administrativo.

Ao mesmo tempo em que o Título XI do diploma criminal busca tutelar a Administração Pública, o ordenamento jurídico pátrio estabelece sanções e princípios voltados à sua proteção contra as condutas que não atingem o bem jurídico penal.

A concretização de bens jurídicos é de extrema relevância para a percepção do grau de reprovação das condutas previstas como crimes de resultado³³², independentemente da natureza jurídica do delito. Nos crimes licitatórios, há muito se critica a abstração dos bens jurídicos tutelados. Tal caráter abstrato dificulta a avaliação do desvalor da conduta formalmente típica, que por vezes, independentemente da avaliação quanto à tipicidade material, resta, em análise superficial, considerada penalmente relevante, conforme será mais bem explorado no decorrer do presente artigo.

³³⁰ cf. SOUZA, Luciano Anderson de. Crimes contra a administração pública. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 105.

³³¹ GRAU, Eros Roberto. Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. 5.ª ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

³³² Os crimes de resultado exigem violação significativa ao bem jurídico protegido pela norma penal, sob pena de se aplicar a severidade das sanções penais às condutas que, apesar de tipificadas, não apresentam relevante grau lesivo. Os crimes de resultado se distinguem dos crimes de perigo, que independem de violação concreta ao bem jurídico que a norma penal visa proteger. Nos casos dos crimes de perigo, a norma penal expande o campo de proteção para além do bem jurídico ao qual se busca proteger, de forma que são criminalizadas, inclusive, as condutas que simplesmente expõem a perigo tal bem jurídico, apesar de não o violar concretamente.

É no plano do tipo, portanto, que se resolve a punibilidade de determinada conduta, e no contexto da avaliação quanto à suposta lesividade da conduta praticada ao bem jurídico protegido pela norma penal.

A sobredita avaliação é dirigida pelos princípios penais da fragmentariedade e da adequação social, que derivam do preceito da proporcionalidade, implicitamente previsto na Constituição Federal, mas expressamente previsto no art. 2º, da Lei n.º 9.784/1999³³³.

São princípios limitadores do poder punitivo, é dizer, princípios balizadores da aplicabilidade das sanções mais severas dentre as quais o Poder Público pode dispor - as sanções penais.

O princípio da fragmentariedade é basilar do direito penal mínimo, sustentando o uso do Direito Penal tão somente nas hipóteses em que estritamente necessárias. Nesta vereda, as sanções penais tornam-se adequadas somente nos casos em que, para a tutela de determinado bem jurídico, as sanções de natureza jurídica alheias ao Direito Penal se fazem ineficazes. Na linha do direito penal mínimo, enquanto *ultima ratio*, o princípio da fragmentariedade preconiza a intervenção penal somente nas raras hipóteses de bens jurídicos de extrema relevância, que independentemente de sua natureza jurídica, passam a ter relevância penal³³⁴.

Quanto ao princípio da adequação social, trata-se de princípio criado em 1939, no âmbito do Direito Penal alemão, cuja conceituação passou por readequações com o decorrer do tempo³³⁵. No âmbito do direito pátrio, foi brilhantemente esmiuçado com adequações à realidade jurídica

³³³ A saber: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm;

³³⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 55; PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992. p. 52.

³³⁵ Primeiro posicionamento em WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58 (1939), p. 491 e ss.; o último posicionamento do autor em: WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., Berlin, 1969, p. 55 e ss.

brasileira³³⁶³³⁷.

O princípio da adequação social se sustenta no princípio penal da *ultima ratio*, da fragmentariedade e na premissa (incontestável) de que o Direito não acompanha com simultaneidade as mudanças da sociedade.

Partindo do pressuposto de que somente aqueles “fragmentos” mais caros às diversas áreas do Direito ensejam a tutela penal e de que a tipificação formal, isto é, a previsão de determinada conduta em norma penal, não deve por si justificar a compreensão de que tal conduta é inteiramente típica a justificar a incidência do Direito Penal sobre ela, o princípio da adequação social preconiza que a aplicação de sanção penal depende da reprovabilidade social de determinada conduta, já que o dever de cuidado ou do risco permitido encontram limites na adequação ou reprovabilidade social.

A doutrina clássica do Direito Penal brasileiro traz o exemplo do revogado crime de adultério. O adultério foi conduta inicialmente criminalizada ainda no âmbito das Ordenações Filipinas (1603)³³⁸ quando previam pena de morte para a mulher adúltera e seu amante. Com o passar do tempo, a criminalização do adultério foi se readequando, mas o ato permaneceu sendo tipificado como crime até 29 de março de 2005³³⁹. A revogação do delito de adultério nada mais foi do que a formalização (tardia) de um entendimento social consolidado, que apesar de permanecer julgando a conduta como reprovável moralmente e juridicamente no âmbito do Direito de Família, há tempos já não a considerava passível da severidade no Direito Penal.

Podem ser diversas as causas do descompasso entre a tipicidade formal e reprovabilidade social da conduta prevista formalmente como crime. Seja pelo sobrepular de momento histórico em que determinada

³³⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Adequação Social e Direito Penal*. São Paulo, 2011.

³³⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 8 ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

³³⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 2 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 183

³³⁹ Lei n.º 11.106/2005 disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111106.htm.

conduta passou a ser tipificada como crime, seja por descuido do legislador ao manter em vigor a tipicidade formal de determinadas condutas (ainda que por norma “atual” que simplesmente reproduz pensamento antiquado), a depender do contexto e da forma como se deram os fatos, julga-se que tais condutas não merecem o sancionamento penal, porque mesmo que formalmente tipificadas, encontram proteção e tutela em searas alternativas à penal.

Como se vê, trata-se de princípio³⁴⁰ cuja incidência deve ser observada não apenas no âmbito da aplicação do Direito, mas também no campo legislativo. Por isso, os crimes licitatórios objetos do presente estudo e previstos nos arts. 337-E e 337-F, ambos do Código Penal (antigos arts. 89 e 90, ambos da Lei n.º 8666/1993)³⁴¹, não podem ser isoladamente considerados, uma vez que a adequação da conduta à norma penal exige que a sua prática revele desvalor maior para o ordenamento jurídico do que a observância parcial ou imperfeita de normas procedimentais.

14.3 RECORTE DOS CRIMES LICITATÓRIOS: AS CONDUTAS CRIMINALIZADAS NOS ARTS. 337-E E 337-F, AMBOS DO CÓDIGO PENAL (ANTIGOS ARTS. 89 E 90, AMBOS DA LEI N.º 8.666/1993)

A proposta legislativa que originou a nova Lei de Licitações busca a “desburocratização”, simplificando a contratação com a Administração Pública e conciliando os princípios do interesse público e eficiência preconizados no art. 2º, da Lei n.º 9.784/1999.

³⁴⁰ Há substancial divergência sobre a natureza jurídica da “Adequação Social”. Há quem considere se tratar de: excludente de tipicidade (JESCHECK, Hans-Heinrich/WEINGEND, Tomas. *Strafrecht*, §25, IV, 1996. p. 251); excludente de ilicitude (ROXIN, Claus. *Strafrecht*, 1997, §10, n. 36, p. 241); e princípio geral de criação e interpretação da lei penal (HIRSCH, Hans Joachim. *Soziale adäquanz und unrechtlehre*, ZStW, 74, 1962; e SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 8ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018). Concordamos com este último entendimento.

³⁴¹ Apesar de a Lei n.º 8666/1993 permanecer aplicável aos contratos iniciados antes da vigência da nova lei, e do período de *vacatio* da nova Lei de Licitações, os crimes previstos na antiga legislação foram imediatamente revogados e substituídos pelas previsões legais destinadas ao Código Penal, nos termos do art. 193, inciso I da Lei n.º 14.133/2021 (nova Lei de Licitações).

Com relação ao tipo penal do art. 337-E, do CP, a tutela penal da contratação direta com o Poder Público sofreu sensíveis modificações, mantida a previsão normativo-típica a todos os delitos anteriormente previstos na Lei n.º 8.666/93, ainda que se anote alguma inovação³⁴².

Com relação ao crime de contratação direta ilegal, prevista no art. 337-E, do Código Penal, faz-se algumas considerações.

Trata-se de norma penal em branco, cujo conteúdo é complementado pela norma prevista nos arts. 74 e 75, da nova Lei de Licitações, alargando as hipóteses de dispensa e inexigibilidade, que além de não estarem previstas, acabavam incorrendo na conduta do revogado art. 89, da Lei n.º 8666/93.

Outra alteração prevista no art. 337-E, do Código Penal merece destaque. Foram alterados os critérios de inexigibilidade de licitação para serviços técnicos especializados, que agora dispensam a demonstração da chamada “natureza singular”, exigindo somente que se trate de atividade de natureza predominantemente intelectual, exercida por profissional ou empresa de notória especialização.

Conforme já visto, a Lei n.º 14.133/2021, em seu Capítulo VII “Da Contratação Direta”, não criminaliza a conduta outrora prevista na segunda parte do art. 89, da Lei n.º 8.666/1993, mas apesar disso, continua sendo perseguida pelo direito administrativo, responsabilizando e sujeitando o agressor à sanção, por força do art. 73, da Lei n.º 14.133/2021³⁴³.

Ainda sobre a tipicidade do novo art. 337-E, do Código Penal, importa consignar que com relação ao elemento subjetivo do tipo, a jurisprudência pátria consagrou o entendimento no sentido de que para a configuração da tipicidade subjetiva do crime de contratação direta ilegal, previsto no então art. 89, da Lei n.º 8.666/93, imprescindível o especial fim de agir, consistente na intenção específica de lesar o erário, distinguindo-se

³⁴² O único tipo penal novo, de fato, é o de “omissão grave de dado ou de informação por projetista”, previsto no art. 337-O do Código Penal.

³⁴³ A saber: “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.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm;

as meras irregularidades administrativas do ato criminoso e deliberado de dispensar licitação quando à toda evidência era ela obrigatória³⁴⁴.

Vê-se que, para a configuração do ilícito administrativo, é suficiente que a conduta do Administrador Público não esteja estritamente regular, enquanto para o preenchimento do delito exige-se um diferencial na ação criminosa, uma conduta planejada e voltada finalisticamente a executar o delito e com ele obter um proveito criminoso de qualquer natureza.

Do princípio da taxatividade, preconizado no art. 1º, do Código Penal, tem-se que a conduta só será criminalizada, como visto, para proteger bens jurídicos, eis que, conforme a chamada tradição liberal ou liberalismo jurídico-penal, admite-se que o Estado proíba para proteger algo, e não simplesmente por proibir.

O delito corresponderia, segundo o fundamento histórico-intuitivo, a um dano social (Beccaria) ou lesão a direito subjetivo (Feuerbach), que converge de certa forma com o fundamento filosófico-dedutivo, que decorre do imperativo de que o cidadão, que deve ter a sua autonomia respeitada, só abdicaria da sua liberdade para a sua proteção (contratualismo), vedada a sua instrumentalização no interesse dos demais, ou a sua paternalização em imaginado interesse próprio³⁴⁵.

Assim, a abolição da segunda parte do antigo art. 89, da Lei n.º 8.666/1993, que criminalizava a conduta das irregularidades no processo de dispensa ou inexigibilidade da licitação, atende também ao princípio da subsidiariedade do Direito Penal, de que decorre o fato deste ramo do direito,

³⁴⁴ Nesse sentido, o STJ ostenta os seguintes precedentes: AP n.º 480/MG, Corte Especial, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe 15.06.2012 e AgRg REsp n.º 1838200/MA, 5ª Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 24.08.2020. No mesmo sentido, o STF: AP n.º 971/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 10.10.2016; AgRg no HC n.º 156.599/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 09.09.2019; AP n.º 700/MA, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, DJe 26.04.2016; Inq. n.º 3.077/AL, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, DJe 25.09.2012; AP n.º 409/CE, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Britto DJe 27.03.2009 e Inq. n.º 2.588/SP, Tribunal Pleno, Red. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJe 17.05.2013.

³⁴⁵ GRECO, Luís. *Comentário ao estudo de Schönemann “O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis de um direito penal em um estado de direito liberal” in IBRCCRIM 25 anos. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.*

dentre outros também opressivos, ser gravoso de forma especial, com especificidades que ensejam cautelas especiais, uma vez que, em regra, importa em reação desproporcional e não correspondente àquilo que busca proteger: por um dano patrimonial ao Erário, o agressor é privado por anos de sua liberdade³⁴⁶.

É no mesmo sentido a lição de MAURACH, de que “*na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a ultima ratio legis, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica*”³⁴⁷.

Surge a questão, o que difere, no caso concreto, a mera irregularidade administrativa do ato deliberado de dispensar o certame? Como identificar qual ramo surge mais adequado à hipótese? A jurisprudência sistematizou ao menos três critérios para a análise da conduta de que decorre, de um lado, os ilícitos cível e administrativo e, de outro, com maior desvalor jurídico, o ilícito penal.

Assim, busca-se reduzir o elevado grau de abstração da conduta estabelecida no tipo penal, e consecutivamente atender às exigências normativas do sistema jurídico-penal, máxime aos princípios da *ultima ratio*, da fragmentariedade e da lesividade.

O primeiro critério forjado pela jurisprudência³⁴⁸ para distinguir os ilícitos diz respeito à **existência de um parecer jurídico lavrado idoneamente pelo órgão competente quanto à regularidade da dispensa ou inexistência da licitação**, impedindo a tutela penal da conduta, afastando hipótese de erro quanto a elemento do tipo, qual seja, a circunstância “fora das hipóteses legais” (art. 20, do Código Penal).

³⁴⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. Ein neues Bild des Strafrechtssystems. ZStW 126, 2014.

³⁴⁷ MAURACH, Reinhart. Tratado de Direito Penal. T. 1. Barcelona: Ed. Ariel, 1962, p. 31.

³⁴⁸ STF, Inq. n.º 2482/MG, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, DJe 17.02.2012; Inq. n.º 3731/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJe 02.03.2016; AP n.º 560/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, DJe 19.09.2015.

O segundo critério utilizado pelo aplicador da lei³⁴⁹ para aferir a tipicidade da conduta exige a **demonstração do especial fim de lesar o erário ou promover enriquecimento ilícito dos agentes** eis que, apesar de se tratar de crime formal, prescindindo de resultado como um crime de natureza material, exige-se a finalidade de lesar o erário, ferindo-se a *ratio essendi* da licitação (imparcialidade da contratação), com o fim de obter vantagem indevida ou beneficiar patrimonialmente o particular contratado.

O terceiro e último critério sistematizado nos tribunais superiores³⁵⁰ para a aferição da conduta criminalizada no então art. 89, da Lei n.º 8.666/1993, foi inclusive observada pelo legislador no art. 337-E, do CP, quando deixou de reproduzir o antigo parágrafo único do já revogado art. 89³⁵¹, da Lei n.º 8.666/1993, reforçando a necessidade da **demonstração do vínculo subjetivo** entre os agentes no *concursum delinquentium* para a configuração da tipicidade delitiva.

Insta consignar que a dita revogação não acarreta a impunidade dos agentes que, atualmente, incorrerem nas mesmas práticas anteriormente descritas pelo parágrafo único do art. 89, da Lei n.º 8666/93. Isto porque a nova redação do tipo penal previsto no art. 337-E, do Código Penal abrange aquelas condutas, de forma que a controvérsia quanto à responsabilização do agente nos termos do dispositivo do art. 89, parágrafo único, da Lei n.º 8.666/1993, agora será responsabilizado nos termos art. 337-E, do Código Penal (como coautor, ou como partícipe, a depender do caso concreto,

³⁴⁹ STF, Inq. n.º 3.965/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, DJe 06.12.2016; Inq. n.º 4.104/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, DJe 06.12.2016; Inq. n.º 4.106/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, DJe 10.11.2016; Inq. n.º 4.101/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, DJe 10.11.2016; AP n.º 700/MA, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, DJe 26.04.2016; Inq. n.º 3.731/DF, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, DJe 02.03.2016; Inq. n.º 2.688/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, DJe 12.02.2015.

³⁵⁰ STF, AP n.º 595/SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 10.02.2015.

³⁵¹ Art. 89, parágrafo único, da Lei n.º 8666/1993, *in verbis*: “Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

exigindo-se a demonstração do vínculo subjetivo dos agentes).

Avaliando-se a técnica legislativa, considera-se a revogação acertada. Consoante já exposto no tópico anterior, trata-se de uma das hipóteses de saneamento das controvérsias entre os que pugnavam pela aplicação da Parte Geral do Código Penal, e os que sustentavam, com fundamento no princípio da especialidade, a aplicação das normas previstas na Lei n.º 8.666/1993, mesmo quando conflitavam com a Parte Geral do Código Penal. A antiga controvérsia resta dirimida com a aplicação dos critérios da Parte Geral do Código Penal (como deve ser).

A pluralidade de agentes, em especial no contexto da prática de crimes cuja execução prescinde da reunião de coautores e partícipes nas mesmas circunstâncias de tempo e local, faz necessária a demonstração do liame psicológico voltado à obtenção da vantagem indevida com a empreitada criminosa, sob pena de configurar responsabilização penal objetiva, não admitida no ordenamento jurídico pátrio.

Do simples fato de surgir beneficiário de um crime ou vencedor de um certame não se extrai a participação do agente na conduta criminosa, uma vez que *“o simples conhecimento da realização de uma infração penal ou mesmo a concordância psicológica caracterizam, no máximo, “convivência” que não é punível, a título de participação, se não constituir, pelo menos alguma forma de contribuição causal, ou, então, constituir por si mesma, uma infração típica”*³⁵².

A partir da análise dos sobreditos critérios, a jurisprudência entende possível a aferição, com segurança, das balizas entre ilícitos administrativos e delitos.

Por outro lado, apesar da manutenção normativo-típica das demais condutas licitatórias-criminosas, o recrudescimento das penas, em espécie de detenção para reclusão e *quantum* mínimo e máximo, tem efeitos práticos severos que desafiam o princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito - ponderação).

Trata-se de mudança de extrema relevância já que impede a celebração do acordo de não persecução penal, preenchidos os demais requisitos do art. 28-A, do CPP e que não deixam de reprovar e prevenir a

³⁵² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 19 ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

prática criminosa, sujeitando o agressor às condições que surgirem necessárias e suficientes às finalidades estipuladas, podendo sofrer restrições nos seus direitos, sem a privação da sua liberdade individual, mantendo-se também a primariedade penal (caso ainda a possuísse até então), até que cumpridas as condições de tempo e obrigações previstas no acordo homologado pelo juízo competente.

A desproporcionalidade e disparidade dos crimes praticados contra a Administração Pública, mesmo com a previsão das condutas, no mesmo diploma, permanece, em especial quando os crimes de peculato (art. 312, do CP) e corrupção passiva (art. 317, do CP) e ativa (art. 333, do CP), cujas penas máximas em abstrato alcançam 12 anos de reclusão, superando àquelas dos crimes licitatórios de contratação direta ilegal (art. 337-E, do CP) ou frustração do caráter competitivo da licitação (art. 337-F, do CP), cominadas com pena máxima de até 8 anos de reclusão, preveem a possibilidade do sobredito acordo.

Com relação ao crime de frustração do caráter competitivo de licitação, anteriormente previsto no art. 90, da Lei n.º 8666/93 e agora previsto no art. 337-F, do Código Penal, não houve alteração substancial na redação do tipo penal, no tocante à criminalização da conduta.

Como anteriormente anotado, as alterações não podem ser isoladamente consideradas, o direito é uno e dinâmico e, mormente com a *abolitio criminis* da segunda parte do art. 89, da Lei n.º 8666/1993 (revogada), *a mens lege* optou pela subsidiariedade da tutela criminal de condutas cujo desvalor não lesiona o bem jurídico penal, correspondendo à inobservância de normas procedimentais desprovidas do dolo específico voltado ao dano ao erário.

O crime do art. 337-F, do CP tutela, portanto, a igualdade e a competitividade do certame, tratando-se de crime de dano, de resultado, devendo a conduta efetivamente frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório³⁵³³⁵⁴.

Assim, ainda que da conduta não decorra lesão ao erário, a aferição da adequação material da conduta praticada ao tipo penal imputado (art. 337-F, do CP), o aplicador da lei³⁵⁵, sistematizando critérios para distinguir os ilícitos administrativo e penal, deve prosseguir com a seguinte indagação: apesar da manifesta potencialidade das ações realizadas para descaracterizar o caráter competitivo da disputa, havia um quadro efetivo de pluralidade de competidores cujos interesses legítimos tenham sido cerceados? Ou seja, houve lesão concreta ao bem jurídico tutelado pela norma penal?

O operador do direito deve estar atento à conjuntura fática. Não se pode, com efeito, dado o contexto socioeconômico em que praticadas as condutas e dada a ausência de provas em sentido contrário, descartar a possibilidade de que, simplesmente, a parte que restou contratada fosse a única em condições de disputar o objeto da licitação, afastando-se o dolo específico de atentar contra o caráter competitivo da licitação.

Não se ignora, mostra-se por bem destacar, que, em um eventual cenário de inexistência de pluralidade de fornecedores, incumbia ao agente público, consoante os ditames da Lei n.º 8.666/93, realizar formalmente, de forma antecipada à contratação, o procedimento de dispensa de licitação.

Contudo, e o legislador caminhou nesse sentido com a *abolitio criminis* da segunda parte do então art. 89, da Lei n.º 8.666/1993, a inobservância das formalidades pertinentes aos certames, quando dissociada da comprovação quanto à presença do dolo específico do agente de beneficiar indevidamente a parte contratada, causar lesão ao erário ou auferir vantagem indevida em

³⁵³ GRECO FILHO, Vicente. Dos crimes das leis de licitações. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

³⁵⁴ No mesmo sentido: Paulo José da Costa Jr. (Direito penal das licitações, 2. Ed., São Paulo: Saraiva, 2004) e Diogenes Gasparini (Crimes na licitação, 3. ed., São Paulo: NDJ, 2004).

³⁵⁵ É o que se extrai do brilhante voto do i. Min. Luiz Fux, quando do julgamento pela Primeira Turma do RE n.º 696.533/SC, DJe 05.03.2018, quando da avaliação da conduta praticada naquele caso concreto ao então art. 90, da Lei n.º 8666/1993.

favor de si, não possui repercussão penal, embora não descaracterize o cometimento de ilícito de natureza administrativa, como também na hipótese do art. 73, da Lei n.º 14.133/2021.

Para os fins de reconhecimento do caráter típico da conduta prevista no art. 337-F, do CP, faz-se necessário que haja efetiva comprovação quanto à ocorrência de afronta ao caráter competitivo da licitação, demonstrando haver pluralidade de fornecedores do produto ou serviço, o que não pode ser presumido pois, como visto, a conduta fora criminalizada para a proteção da igualdade e competitividade do certame, admitindo a intervenção penal e a proibição de condutas para proteger algo, e não simplesmente por proibir.

Por fim, assim como o crime do art. 337-E, do CP, os parâmetros de mínimo e máximo das penas também foram recrudescidos em dobro, considerados os parâmetros anteriores do art. 90, da Lei n.º 8.666/93 (revogada), com a previsão da pena de detenção de dois a quatro anos e multa, sendo atribuída à mesma conduta a pena de reclusão de quatro a oito anos e multa, surgindo óbice à alternativa do art. 28-A, do CPP.

14.4 CONCLUSÃO:

O legislador andou bem com as alterações trazidas pela Lei n.º 14.133/2021, atendendo à evolução jurisprudencial e buscando a reunião e disciplina da matéria, em especial dos crimes licitatórios e modalidade de contratação com o Poder Público, de forma mais clara e coesa, evitando-se assim interpretações conflitantes.

O problema da triplicidade de feitos concomitantes a um mesmo fato ou certame permaneceu inalterada, tendo o legislador inclusive caminhado na contramão do que vinha desenvolvendo quanto ao fenômeno de combate à judicialização dos conflitos, fomentando a composição das partes e diminuindo as barreiras do setor público com o privado.

Assim, a ânsia punitivista, manifestada pela criminalização de nova conduta e o recrudescimento das penas, surge desproporcional e retrata situação em que os crimes licitatórios que não alcançam o *quantum* máximo da pena cominada aos delitos de peculato e corrupção, mas encontram óbice à celebração do acordo de não persecução penal, o que já existe, como possibilidade – em tese – aos agentes que respondem pelos crimes do art. 312, 317 e 333, todos do CP.

Ainda que se tenha observado uma melhora legislativa, a sobreposição de ramos de direito – igualmente opressores e sancionadores – ainda permite ao aplicador da lei a avaliação quanto à adequação da conduta à norma penal.

A questão quanto a punibilidade ou não da conduta resta resolvida no plano da tipicidade, verificada através do princípio da ofensividade como critério de justificação da intervenção estatal na seara penal.

Deve-se notar que o postulado em questão não se dirige apenas ao legislador como critério de balizamento acerca de quais condutas, no plano formal da tipificação em abstrato, deverão receber tutela penal; dirige-se, ainda, ao operador jurídico, servindo, no caso, como critério interpretativo, cuja finalidade é restringir o alcance do poder punitivo estatal apenas aos casos em que a lesão ao bem jurídico tutelado pela normal tiver sido concreta e efetiva.

14.5 BIBLIOGRAFIA

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral 1*. 19ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Comentários ao Código Penal*. 2 ed. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1990.

Decreto-lei 2848/40 acessado em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

Decreto-lei 3689/41 acessado em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.^a ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

GRECO, Luís. *Comentário ao estudo de Schönemann “O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis de um direito penal em um estado de direito liberal” in IBRCCRIM 25 anos*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. *Dos crimes das leis de licitações*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HIRSCH, Hans Joachim. *Soziale adäquanz und unrechtslehre*, ZStW, 74, 1962.

JESCHECK, Hans-Heinrich/WEINGEND, Tomas. *Strafrecht*, §25, IV, 1996.

Lei 8666/93 acessada em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm.

Lei 9784/99 acessada em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm.

Lei 11.106/05 acessada em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11106.htm .

Lei 14.133/21 acessada em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm.

MAURACH, Reinhart. *Tratado de Direito Penal*. T. 1. Barcelona: Ed. Ariel, 1962.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Ambiental*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992.

ROXIN, Claus. *Strafrecht*, §10, n. 36, 1997.

SANTOS, Juez Cirino dos. *Direito Penal: Parte Geral*. 8ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Einneues Bild des Strafrechtssystems*. ZStW 126, 2014.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Adequação Social e Direito Penal*. São Paulo, 2011.

SOUZA, Luciano Anderson de. *Crimes contra a administração pública*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

STJ - AgRg REsp 1838200/MA, Rel. Min. Reynaldo Soares da

Fonseca, 5ª T. DJE 24.08.2020.

STJ - AP480/MG, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, Dje 15.06.12.

WELZEL, Hans. *Das deutsche Strafrecht*, 11a ed., Berlin, 1969.

WELZEL, Hans. *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58, 1939