

NOVA LEI DE

LICITAÇÕES E CONTRATOS

Lei nº 14.133/2021

Debates, perspectivas e desafios

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

Anderson Sant'Ana Pedra, Antonio Rodrigo Machado, Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar, Bruno Gofman, Carolina Zancaner Zockun, Cristiana Fortini, Edgar Guimarães, Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli, Gustavo Leite Caribé Checcucci, Hamilton Bonatto, Irene Patrícia Nohara, João Paulo Ferraz, Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva, Juliano Heinen, Marcos André de Almeida Malheiros Filho, Matheus Carvalho, Maurício Zockun, Murilo Melo Vale, Nilton Carlos de Almeida Coutinho, Paulo Germano Rocha, Paulo Kammers, Pedro Ivo Velloso, Renato Borelli, Ronny Charles Lopes de Torres



edições câmara

Câmara dos Deputados

57ª Legislatura | 2023-2027

Presidente

Arthur Lira

1º Vice-Presidente

Marcos Pereira

2º Vice-Presidente

Sóstenes Cavalcante

1º Secretário

Luciano Bivar

2ª Secretária

Maria do Rosário

3º Secretário

Júlio Cesar

4º Secretário

Lucio Mosquini

Suplentes de secretários

1º Suplente

Gilberto Nascimento

2º Suplente

Pompeo de Mattos

3º Suplente

Beto Pereira

4º Suplente

André Ferreira

Secretário-Geral da Mesa

Ruthier de Sousa Silva

Diretor-Geral

Celso de Barros Correia Neto



Câmara dos
Deputados

Nova Lei de Licitações e Contratos

Lei nº 14.133/2021

Debates, perspectivas e desafios

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

Câmara dos Deputados

Diretoria Legislativa: Luciana da Silva Teixeira

Consultoria Legislativa: Geraldo Magela Leite

Centro de Documentação e Informação: João Luiz Pereira Marciano

Coordenação Edições Câmara: Ana Lúgia Mendes

Edição: Ana Raquel Costa Gerales e Rachel De Vico

Preparação de originais e revisão: Tajla Bezerra

Projeto gráfico: Giselle Sousa e Luiz Eduardo Maklouf

Capa: Luiz Eduardo Maklouf

Diagramação: Inara Régia Cardoso

Linha Estudos e Debates.

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP)

Coordenação de Biblioteca. Seção de Catalogação.

Bibliotecária: Débora Machado de Toledo - CRB1: 1303

Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico] : Lei nº 14.133/2021 : debates, perspectivas e desafios / Marilene Carneiros Matos, Felipe Dalenogare Alves, Rafael Amorim de Amorim (organizadores). – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2023.

Versão e-book.

Modo de acesso: livraria.camara.leg.br

Disponível, também, em formato impresso.

ISBN 978-85-402-0895-7

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

CDU 351.712(81)

ISBN 978-85-402-0896-4 (papel)

ISBN 978-85-402-0895-7 (e-book)

Direitos reservados e protegidos pela Lei nº 9.610, de 19/2/1998.

Nenhuma parte desta publicação pode ser reproduzida por qualquer meio sem prévia autorização da Edições Câmara.

Venda exclusiva pela Edições Câmara.

Câmara dos Deputados

Centro de Documentação e Informação – Cedi

Coordenação Edições Câmara – Coedi

Palácio do Congresso Nacional – Anexo 2 – Térreo

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

Telefone: (61) 3216-5833

livraria.camara.leg.br

Sumário

Apresentação	9
Arthur Lira	
Prefácio	11
Augusto Coutinho	
Nota dos organizadores	15
Marilene Carneiro Matos	
Felipe Dalenogare Alves	
Rafael Amorim de Amorim	
A advocacia pública e suas multifaces na Nova Lei de Licitações e Contratos	23
Anderson Sant'Ana Pedra	
Ronny Charles Lopes de Torres	
Os paradoxos sancionatórios da Nova Lei de Licitações e Contratos	41
Antonio Rodrigo Machado	
Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli	
A arbitragem na Nova Lei de Licitações e Contratos e a contratação de bens e serviços comuns	59
Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar	
Carolina Zancaner Zockun	
Maurício Zockun	
Meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias positivados na Lei nº 14.133/2021	89
Bruno Gofman	
Edgar Guimarães	
Paulo Kammers	
Novo olhar para as contratações públicas: precedentes e perspectivas da Lei nº 14.133/2021	113
Cristiana Fortini	
Rafael Amorim de Amorim	

O dever de cautela administrativa aplicado ao processo licitatório em que houver inversão de fases à luz da Nova Lei de Licitações e Contratos	149
Felipe Dalenogare Alves	
O seguro-garantia <i>performance bond</i> como elemento de eficiência e segurança jurídica na Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021	165
Gustavo Leite Caribé Checcucci Marcos André de Almeida Malheiros Filho	
As seis gerações de regimes de empreitada: do Decreto-Lei nº 200/1967 à Lei nº 14.133/2021	183
Hamilton Bonatto	
Inovações no tratamento das obras de engenharia na Nova Lei de Licitações e Contratos	197
Irene Patrícia Nohara	
A inconstitucionalidade dos preceitos secundários dos tipos penais incriminadores dos arts. 337-E, 337-F, 337-H e 337-L do Código Penal	213
Pedro Ivo Velloso João Paulo Ferraz	
Inovação e controle na Nova Lei de Licitações e Contratos: uma abordagem a partir dos <i>standards</i> de revisão e do modelo das três linhas	227
Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva	
Equilíbrio econômico-financeiro na Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021	243
Juliano Heinen	
Impactos da Nova Lei de Licitações e Contratos nos municípios brasileiros	267
Marilene Carneiro Matos	
Uma crítica ao regime das nulidades contratuais da Lei nº 14.133/2021	283
Matheus Carvalho Paulo Germano Rocha	

Qualificação técnico-operacional: evolução normativa e reflexões jurídicas sobre o caráter subsidiário da exigência de experiência pretérita da pessoa jurídica no âmbito da Lei nº 14.133/2021 309

Murilo Melo Vale

O papel da advocacia pública na Nova Lei de Licitações e Contratos .. 341

Nilton Carlos de Almeida Coutinho

Os tipos penais previstos na Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021 363

Renato Borelli

Apresentação

Os artigos reunidos neste volume da linha editorial Estudos e Debates são grandes contribuições para o redimensionamento da importância que as licitações e contratos na esfera pública assumiram com o advento da Lei nº 14.133/2021. Abordando pontos que se apresentam como inovações da legislação e traçando paralelos comparativos com os regramentos passados, o livro oferece ferramentas de grande valor para estudiosos, agentes administrativos e operadores do direito.

Para acompanhar novos padrões e recursos tecnológicos encampados pela sociedade, a legislação também precisa evoluir. No caso dos contratos firmados entre o Estado e as empresas privadas, é preciso que o amparo legal englobe os processos e as dinâmicas que emergem no mundo corporativo, a fim de possibilitar ganhos de eficiência e de agilidade. Isso sem, no entanto, abrir mão da transparência e dos fatores que resguardam a idoneidade dos processos e o interesse público. A Nova Lei de Licitações e Contratos apresenta parâmetros robustos para assegurar maior competitividade e isonomia nos certames licitatórios. Do seu exame aprofundado, ergue-se a certeza de que o Poder Legislativo, durante as discussões e as votações do novo marco legal, esteve engajado na construção de um ambiente de negócios em que sobressaíssem a competitividade e a economia de recursos do erário.

Com esta publicação, a Edições Câmara reforça seu papel como canal de disseminação de informações e de conhecimentos essenciais para o fortalecimento da cidadania. Ao trazer a público as análises e ponderações de especialistas, a Câmara dos Deputados se mostra compromissada com o propósito de ir além da produção de leis, tornando nítido seu empenho em aprimorar os debates que permeiam o constante processo de estruturação do arcabouço jurídico nacional. Iniciativas dessa natureza fortalecem a interação entre a sociedade e seus representantes eleitos.

O exercício pleno da cidadania requer acesso à informação de forma democrática e transparente. A relevância do tema abordado neste livro certamente contribuirá para ajustar boas práticas de governança em todas as esferas da administração pública.

Arthur Lira

Presidente da Câmara dos Deputados

Prefácio

Desde o início da minha trajetória profissional, as contratações públicas sempre estiveram presentes na minha atuação: no início, como engenheiro dedicado às obras públicas, em que pude compreender as dificuldades impostas ao setor privado; depois, como agente público dos Poderes Executivo e Legislativo, em que pude conhecer as adversidades existentes nos âmbitos municipal, estadual e federal. Conheço, assim, na prática, os problemas que são enfrentados pelos setores público e privado.

Compreendo também o relevante papel desempenhado pelas contratações públicas, que, se proverem bens e serviços de forma célere, econômica, íntegra e sustentável, podem contribuir positivamente para a materialização das políticas públicas, impactando na vida de todos os brasileiros.

Logo, no exercício do mandato parlamentar que foi confiado a mim pela população pernambucana, assumi com muita responsabilidade os desafios que me foram impostos na tramitação da matéria na Câmara dos Deputados: inicialmente, na legislatura 2015-2018, como presidente da Comissão Especial designada para apreciar as centenas de proposições relacionadas às contratações públicas; mais adiante, na atual legislatura (2019-2022), como relator da matéria no Plenário da Câmara dos Deputados, que resultou na aprovação do texto que, após revisão final do Senado Federal, originou a Lei nº 14.133/2021 – a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC).

Como é esperado em um Estado Democrático de Direito, a Lei nº 14.133/2021 reflete todo o esforço de conciliação de interesses que é inerente ao processo legislativo, compatibilizando, em meio a muitas polêmicas, controvérsias e divergências, especialmente por envolver recursos públicos significativos, contribuições de diversos segmentos do setor privado, da sociedade civil e de representantes de diferentes órgãos e entidades públicos, das esferas administrativa, controladora e judicial.

Dessa forma, com o auxílio da Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, especialmente dos consultores legislativos Debora Veloso Maffia e Rafael Amorim de Amorim, construí um texto legal equilibrado, buscando conciliar,

na medida do possível, os interesses legítimos do setor privado e, obviamente, os interesses públicos subjacentes às contratações públicas, sempre com o objetivo de reduzir a insegurança jurídica, ampliar a competitividade dos certames, diminuir os custos de transação, contribuir para mitigação de riscos, promover um ambiente íntegro e transparente, potencializar a eficiência e, principalmente, possibilitar a seleção de propostas verdadeiramente vantajosas para a administração, com a justa remuneração dos contratados.

Por isso, ainda que suscetível a críticas e aperfeiçoamentos posteriores, os méritos da NLLC devem ser valorizados, sobretudo por se preocupar com todas as atividades, internas e externas, que determinam os resultados das contratações públicas, com incentivos inequívocos à melhoria da governança e gestão pública.

Não há dúvidas de que, ao ir além da simples disciplina de aspectos formais relacionados aos procedimentos licitatórios e aos contratos administrativos, a Lei nº 14.133/2021 poderá contribuir para avanços mais amplos na administração pública brasileira, notadamente ao demarcar balizas legais para todas as variáveis que dão sustentação aos sistemas de contratações públicas dos entes federativos, incluindo, por exemplo, estrutura organizacional, processos de trabalho, profissionalização dos recursos humanos, instrumentos de planejamento, recursos de tecnologia, práticas de gestão de riscos e de controles internos, etc.

Podemos, se bem compreendido o alcance dos princípios e regras estabelecidos na NLLC, alcançar um novo patamar nas contratações públicas brasileiras, com a diminuição de problemas observados historicamente, a exemplo da reduzida capacidade administrativa, da falta de planejamento, da restrição à competitividade, do nível insatisfatório de eficiência, dos erros e fraudes recorrentes.

No contexto exposto, a instituição do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) merece ser celebrada, pois possibilitará a superação definitiva dos paradigmas analógico e presencial pelos paradigmas digital e eletrônico,¹ com diversas funcionalidades que propiciarão um verdadeiro salto tecnológico nas licitações e contratos administrativos de todos os entes federativos, por meio do registro cadastral unificado, da divulgação centralizada de documentos relacionados às contratações, do catálogo eletrônico de padronização, dos modelos de editais, de termos de referências, etc., do painel para consulta de preços, etc.

1 Ver: Fortini e Amorim (2021, p. 19).

Há, pela importância e dimensão da NLLC, outros aspectos a destacar da Lei nº 14.133/2021, o que deixo a cargo, a partir de agora, dos diversos estudiosos da matéria que contribuíram com os excelentes artigos que compõem esta obra, cuja organização é dos servidores e professores Marilene Matos e Rafael Amorim de Amorim, bem como do Professor Felipe Dalenogare Alves, e a publicação da Edições Câmara – a Editora da Câmara dos Deputados. Todos contribuirão, certamente, para a evolução dos debates sobre as contratações públicas brasileiras.

Brasília, novembro de 2022.

Augusto Coutinho

Relator da Nova Lei de Licitações e Contratos na Câmara dos Deputados

Nota dos organizadores

A Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, foi concebida após longos anos de amadurecimento, debates e aperfeiçoamentos. Como todo diploma normativo, recebe aplausos de um lado, críticas de outro. Sem dúvidas, constitui um importante avanço às compras públicas, calcando-se basicamente em três pressupostos: cidadania, transparência e tecnologia.

Ao longo desta obra, editada pela Câmara dos Deputados, a Casa do povo brasileiro, e organizada pelos professores Marilene Carneiro Matos, Felipe Dalenogare Alves e Rafael Amorim de Amorim, o leitor terá a satisfação de conhecer importantes estudos que objetivam trazer ao debate importantes temáticas sobre os reflexos à implementação e à aplicação da Lei nº 14.133/2021, tanto ao setor público quanto ao setor privado.

No capítulo exordial, Anderson Sant'Ana Pedra e Ronny Charles Lopes de Torres trabalham as multifaces da advocacia pública na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Os autores iniciam o capítulo explorando a face controladora, destacando o papel da advocacia pública no controle de legalidade da contratação, passando pela face consultiva, a exemplo da previsão expressa de que o fiscal de contrato poderá dirimir dúvidas referentes ao exercício dessa função essencial, abordando a face padronizadora e enunciativa, com o estabelecimento de minutas padronizadas, bem como a elaboração de pareceres jurídicos. Finalmente, tratam da face representativa, qual seja aquela de defesa dos agentes que atuam em licitações e contratos, quando cobertos pela legalidade. Encerram enfatizando a nova roupagem conferida aos órgãos de assessoramento jurídico nas licitações e contratações públicas, destacando que seu protagonismo salta aos olhos e deve ser compreendido como uma mola propulsora para licitações e contratações públicas eficientes.

Antonio Rodrigo Machado e Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli trazem a lume o que se denomina de paradoxos sancionatórios na Nova Lei de Licitações e Contratos. Apresentam ao leitor a complexa multiplicidade de sanções, com a interlocução entre a Lei nº 14.133/2021 e a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção). Estudam a estruturação sancionatória e a necessária observância do

princípio do *ne bis in idem*, principalmente para que não haja a multiplicidade de processos ou de novos processos com o mesmo objeto da relação processual já transitada em julgado. Destacam a previsão do legislador em realizar a unificação processual administrativa, impossibilitando-se que a mesma pessoa jurídica seja punida com sanção idêntica em razão do mesmo conjunto fático. Por fim, ressaltam que uma análise hermenêutica da Nova Lei de Licitações e Contratos permite interpretar que a intenção do criador do direito seria a garantia de uma unicidade, diante de ilícitos relacionados ao processo de licitação e de contratação pela administração pública.

Na sequência, Aristhêa Totti Silva Castelo Branco de Alencar, Carolina Zancaner Zockun e Maurício Zockun abordam relevante tema inaugurado, em normas gerais de licitações e contratos, na Lei nº 14.133/2021: a arbitragem. Apresentam a evolução desta como meio extrajudicial de solução de litígio envolvendo a administração pública, passando pelo debate travado sobre a possibilidade ou não desta valer-se do instituto, além da sua inserção em leis especiais aplicáveis a setores estratégicos, especialmente os regulados. Posteriormente, adentram ao instituto especificamente aplicado às licitações e contratos, analisando pormenorizadamente os dispositivos da NLLC que versam sobre a arbitragem. Ponto de extrema relevância é o estudo realizado pelos autores, das potenciais dificuldades relacionadas à adoção do instituto nos contratos administrativos comuns. Em sede conclusiva, ressaltam que a utilização do instituto não é obrigatória, é facultativa, e que a justificativa à adoção sempre será necessária, só sendo válida e legítima quando atender ao interesse público em termos de custos, benefícios, competências e outros fatores relevantes que podem influenciar na decisão do gestor.

Os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias também são objeto de estudo no capítulo elaborado por Bruno Gofman, Edgar Guimarães e Paulo Kammers. Os autores apresentam ao leitor importantes reflexões, como a longa controvérsia envolvendo a possibilidade ou não da utilização de meios alternativos diante da indisponibilidade do interesse público, a qual, hoje, encontra-se pacificada. Realizam um estudo demonstrando a evolução da utilização dos institutos nos setores regulados, o que influenciou sua inserção na NLLC. Trazem ao debate os principais conceitos, características e desafios à implementação da mediação e conciliação no âmbito das licitações e contratações públicas, bem como a previsão da instituição do Comitê de Resolução de Disputas, antes de adentrar às minúcias da arbitragem aplicada à Lei nº 14.133/2021.

Cristiana Fortini e Rafael Amorim de Amorim reforçam a necessidade de um novo olhar para as contratações públicas, ressaltando os precedentes e as perspectivas à Lei nº 14.133/2021. Os autores apresentam ao leitor um histórico das contratações públicas, destacando a presença de duas fases: uma primeira, de 1922 a 1993, com certa prevalência do Poder Executivo; e uma segunda, de 1993 até os dias atuais, com ascendência do Poder Legislativo. Lançam um olhar sobre a temática da governança nas contratações públicas, destacando a responsabilidade da alta administração. Dentre as medidas, reafirmam a importância da profissionalização dos recursos humanos, bem como da adoção e efetivação dos instrumentos de planejamento, além da implementação e utilização adequada dos recursos de tecnologia da informação e comunicação, principalmente como forma de garantir a transparência, que colaborará para o controle social e a prevenção de riscos à licitação e à contratação.

Felipe Dalenogare Alves adentra uma das minúcias do processo licitatório instituído pela Lei nº 14.133/2021, qual seja a fase recursal na hipótese de inversão de fases, ou seja, quando o administrador prevê a etapa habilitatória antes da competitiva. Aborda a necessária observância do “dever” geral de cautela, diante da previsão de uma fase recursal única, após a fase competitiva, que também contemplará a apreciação e julgamento dos recursos contra eventual habilitação ou inabilitação. Em outras palavras, caso uma licitante seja inabilitada, não participando de fase subsequente (competitiva), e venha a ter seu recurso contra a inabilitação provido (o que só ocorrerá após a fase competitiva), não será possível reincluí-la ao certame, por já ter ocorrido a devassa do sigilo das propostas das demais participantes. Assim, o autor sugere a atribuição de efeito suspensivo ao ato de inabilitação, por ocasião da manifestação da intenção de recorrer, permitindo-se que, precariamente, a licitante (inabilitada) participe da fase competitiva, para, após o julgamento do recurso, tornar efetiva ou reconsiderar a inabilitação.

Gustavo Leite Caribé Checcucci e Marcos André de Almeida Malheiros Filho proporcionam ao leitor importante posição relativa ao seguro-garantia *performance bond* como elemento de eficiência e segurança jurídica na NLLC. Destacam pontos importantes referentes ao contrato administrativo, antes de adentrar a esta espécie de garantia, a qual surgiu nos Estados Unidos, durante a crise financeira de 1929, e que foi adotado na Lei nº 14.133/2021, objetivando proporcionar segurança à execução contratual, numa tríplice relação entre segurado

(administração), segurador e tomador do serviço (contratada da administração). Em sede conclusiva do capítulo, os autores destacam que, por uma lógica capitalista das seguradoras, estas buscarão evitar a ocorrência de sinistros no contrato administrativo, uma vez que os lucros serão maximizados por meio da diminuição ou anulação de riscos da contratação.

As seis gerações de regimes de empreitada, do Decreto-Lei (DL) nº 200/1967 à Lei nº 14.133/2021, são abordadas no capítulo primorosamente elaborado por Hamilton Bonatto. Proporciona-se ao leitor um estudo analítico, iniciando-se pelo referido DL, o qual muito pouco adentrou nos regimes de empreitada, passando-se pelo DL nº 2.300/1986, o qual manteve os regimes de empreitada do DL anterior e, ainda, acrescentou, para o atendimento de obras e serviços de menor vulto e complexidade, a tarefa, a qual, segundo o autor, não teve significativa utilização. Adentra os regimes trazidos pela Lei nº 8.666/1993, a qual inaugurou a empreitada integral, abordando seus principais conceitos e sua aplicabilidade. Passa pelos regimes concebidos pela Lei do Regime Diferenciado de Contratações (RDC), a Lei nº 12.462/2011, enfatizando o surgimento da contratação integrada, a qual, inicialmente, foi objeto de muita discussão na doutrina brasileira. Destaca que esse regime foi essencial para a previsão, na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista), de uma nova espécie, a contratação semi-integrada. Por fim, adentra a NLLC, destacando que esta adotou todos os regimes de execução admitidos desde a Lei nº 8.666/1993, quais sejam a empreitada por preço unitário, a empreitada por preço global, a empreitada integral, a contratação por tarefa, a contratação integrada e a contratação semi-integrada.

Irene Patrícia Nohara também desenvolve seu estudo sobre as inovações no tratamento das obras de engenharia na NLLC. A autora ressalta o esforço da Lei nº 14.133/2021 em compilar e modernizar três diplomas normativos, a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002 e a Lei nº 12.462/2011. Dentre os temas abordados, encontra-se um dos maiores desafios às obras públicas, que é a criação de um mecanismo apto a estimular sua conclusão, para que não haja os apelidados “elefantes brancos”, quais sejam as obras inacabadas, resultantes da ineficiência e do desperdício de recursos públicos. Irene aponta os principais desafios e as ferramentas trazidas pela NLLC para a execução e conclusão dos contratos de obras públicas, com ênfase ao estudo da contratação integrada, semi-integrada e o diálogo competitivo, sem deixar de abordar o seguro-garantia

com cláusula de retomada, bem como as transformações legislativas na tecnologia de construção, na fiscalização e na prevenção de controvérsias envolvendo as contratações de obras públicas. Em sede conclusiva, a autora aponta que a criação de um mecanismo apto a estimular a conclusão das obras públicas é um desafio e que a NLLC lançou algumas ferramentas para essa consecução.

João Paulo Ferraz e Pedro Ivo Velloso abordam a face penal trazida pela NLLC. Em seu capítulo, sustentam a inconstitucionalidade dos preceitos secundários dos tipos penais incriminadores dos artigos 337-E, 337-F, 337-H e 337-L, inseridos no Código Penal. Realizam um estudo sobre o princípio da proporcionalidade, abordando sua definição e aplicação no âmbito do direito, destacando o propósito específico deste princípio, referente à verificação da constitucionalidade de leis e atos normativos que imponham restrições a direitos fundamentais. Estabelecidas as bases principiológicas, adentram especificamente àquilo que apontam como violações ao princípio da proporcionalidade, a partir da promulgação da NLLC. Em sede conclusiva, destacam que as inconstitucionalidades dos preceitos secundários dos tipos penais ora analisados configuram excelente oportunidade para que a jurisprudência pátria, capitaneada pela atuação do Supremo Tribunal Federal, aprofunde as discussões acerca da constitucionalidade das leis penais, de modo a tornar o direito penal compatível com os valores e garantias fundamentais.

Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva aborda os principais aspectos referentes à inovação e ao controle na nova lei de licitações e contratos administrativos, realizando uma abordagem a partir dos *standards* de revisão e do modelo das três linhas. Explora os principais fundamentos do controle das decisões administrativas, evidenciando os aspectos que recaem sobre o de legalidade e da discricionariedade, passando pelo estudo dos *standards* de revisão, até adentrar ao controle específico da inovação na Nova Lei de Licitações e Contratos. Sobre este tema, o autor não deixa de abordar pormenorizadamente as três linhas de defesa do processo de contratação e demonstrar os principais *standards* para o controle da discricionariedade no processo de contratação pública, para concluir sobre a relevância da fixação de critérios claros para o controle das decisões discricionárias dos gestores públicos em matéria de licitações e contratos administrativos, com o propósito de incrementar a calculabilidade do gestor e, via de consequência, dar maior segurança para a inovação nas contratações públicas.

O equilíbrio econômico-financeiro na NLLC é o tema tratado por Juliano Heinen em seu capítulo. O autor pretende deferir ao leitor sua compreensão sobre aspectos que chamam a atenção pela sua complexidade e relevância, buscando entregar uma compreensão dos desafios envolvendo o tema do reequilíbrio econômico-financeiro. Inicialmente, destaca que o contrato administrativo firma o pacto entre as partes, que deve ser cumprido. Assim, nem todos os fatores serão hábeis e suficientes, *a priori* e de antemão, à revisão dos contratos, cabendo ao contratado comprovar a existência e a efetiva onerosidade. Não obstante, o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro encontra previsão em situações específicas trazidas pelo legislador, as quais são detalhadamente abordadas pelo autor. Fornece ao leitor, assim, uma sólida base sobre a mutabilidade dos contratos administrativos, acerca da teoria do fato do príncipe, da teoria da quebra da base do negócio jurídico, da teoria da onerosidade excessiva e da teoria da imprevisão, elementos essenciais que impactarão na execução do contrato, como exposto pelo autor em sede conclusiva.

Marilene Carneiro Matos traz ao leitor os principais impactos ocasionados pela NLLC nos municípios brasileiros. Dentre os temas tratados, não poderiam ficar de fora aspectos como a transparência e a virtualização procedimental, que objetiva, além de racionalizar a *praxis* administrativa, contribuir para o exercício da cidadania, bem como a necessária profissionalização dos agentes envolvidos nas licitações públicas, com o incentivo à instituição de carreira pública devotada a esse fim, e permanente qualificação, dando-se prevalência, portanto, à atuação de servidores efetivos, o que, sem dúvidas, trará um impacto significativo aos municípios, os quais deverão admitir e preparar seus agentes para os novos desafios que se apresentam. Esse quadro, referente à gestão de pessoal, cresce de importância com os reflexos da segregação de funções, agora, elencado a princípio, com força cogente, na norma geral de licitações e contratos, o qual tem como propósito a mitigação de riscos no curso do processo de licitação e contratação.

Uma crítica ao regime das nulidades contratuais implementado pela Lei nº 14.133/2021 é realizada por Matheus Carvalho e Paulo Germano Rocha. Os autores destacam o surgimento de normas específicas de hermenêutica e a fixação de parâmetros para invalidação e preservação dos efeitos dos atos administrativos, o que homenageia a segurança jurídica. No entanto, os valores objeto de reflexão e/ou ponderação costumam ter conotação financeira e estar ligados aos interesses financeiros da administração pública, que, diga-se, não

se confundem com o interesse público (primário), este sim, dotado de supremacia sobre os interesses privados. Tal inversão de valores, na visão dos autores, acabou sendo reforçada pelo texto da Lei nº 14.133/2021, e precisa ser contida, para que os avanços e conquistas proporcionados pela LINDB (que influenciou a NLLC) não se percam, ou não sejam desvirtuados ao longo do tempo. Em sede conclusiva, enfatizam que a finalidade última do consequencialismo jurídico é de garantir decisões alinhadas com o interesse público que brota do caso concreto e não de possibilitar o abandono de valores constitucionais, como se tais valores integrassem a zona de discricionariedade do gestor, controlador ou juiz.

Murilo Melo Vale aborda a evolução normativa e as reflexões jurídicas sobre o caráter subsidiário da exigência de experiência pretérita da pessoa jurídica, para fins de qualificação técnico-operacional na NLLC. Inicialmente, o autor realiza o estudo pormenorizado da “qualificação técnico-profissional” e da “qualificação técnico-operacional”, com a análise dos dispositivos concernentes, previstos na Lei nº 14.133/2021. A matéria não é tratada sem a realização de um estudo histórico acerca da exigência de qualificação técnica, passando pelos diversos dispositivos normativos estabelecidos no sistema brasileiro, até fulminar na NLLC, abordando, com destaque, os vetos presidenciais à exigência de qualificação técnico-operacional na Lei nº 8.666/1993, o que não obistou sua exigência, chancelada pelos entendimentos do TCU. Em sede conclusiva, afirma que a exigência de experiência pretérita da pessoa jurídica, na NLLC, deve ser vista como requisito excepcional e subsidiário às demais condições de habilitação técnica.

O papel da advocacia pública na Nova Lei de Licitações e Contratos é um tema que não poderia faltar à presente obra. Para tanto, Nilton Carlos de Almeida Coutinho apresenta ao leitor um estudo acerca de importantes pontos sobre a Lei nº 14.133/2021, tais como: a atuação da advocacia pública nas licitações envolvendo recurso de agências de cooperação estrangeira ou organismos financeiros; os requisitos estabelecidos aos agentes públicos que trabalharão na área de licitações e contratos; e a atuação da advocacia pública nas hipóteses de contratação direta. O autor adentra nas especificidades do parecer jurídico em matéria de licitações e contratos, trazendo, ainda, medidas de racionalização administrativa e economicidade, como o estabelecimento de minutas padronizadas de editais. Outro tema que não poderia faltar nesta obra e é debatido pelo

autor é a possibilidade e os limites de responsabilização do parecerista, além da obrigatoriedade ou não da defesa de agentes públicos pela advocacia pública.

Encerrando a obra, Renato Borelli produz um estudo acerca dos tipos penais inseridos no Código Penal pela NLLC. O autor procede à análise meticulosa de cada um deles, realizando um estudo crítico de cada um dos tipos penais e um comparativo com os tipos anteriores, previstos na Lei nº 8.666/1993. Em sede conclusiva, enfatiza que os contornos doutrinários e jurisprudenciais acerca de cada tipo penal serão desenvolvidos nos próximos anos.

Esses são os capítulos que compõem a presente obra, resultado de um esforço para proporcionar ao leitor importantes reflexões acerca da Nova Lei de Licitações e Contratos, abarcando alguns de seus principais temas, no intuito de proporcionar à comunidade acadêmica e profissional uma obra com a densidade e qualidade que se propõe a presente edição.

Brasília, DF, novembro de 2022.

Marilene Carneiro Matos
Felipe Dalenogare Alves
Rafael Amorim de Amorim
Organizadores

A advocacia pública e suas multifaces na Nova Lei de Licitações e Contratos

Anderson Sant’Ana Pedra²
Ronny Charles Lopes de Torres³

1 Introdução

A Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC), trouxe diferentes faces de atuação para a advocacia pública.

O objetivo deste capítulo é abordar a advocacia pública e suas multifaces na NLLC, que abandona a perspectiva meramente “controladora” construída pela exegese do art. 38, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993 e de uma cultura administrativa equivocada.

Para a análise dessas multifaces, parte-se de uma avaliação dos contornos inovadores traçados pelo legislador para a atuação da advocacia pública, seus novos deveres, suas novas responsabilidades, bem como indicar quais os possíveis reflexos sistêmicos dessas mudanças legislativas, a partir de uma perspectiva de uma administração pública de resultados, aliando eficiência e controle num processo simbiótico.

Não se olvidará também da configuração constitucional da advocacia pública que, nos termos dos arts. 131 e 132 da Constituição brasileira de 1988, restou posicionada entre as “Funções Essenciais à Justiça” e como um órgão constitucional de soberania (PEDRA, 2013).

2 Advogado e consultor (Anderson Pedra Advogados). Procurador do estado do Espírito Santo. Pós-doutor em direito (Universidade de Coimbra). Doutor em direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor de direito constitucional e administrativo da Faculdade de Direito de Vitória (FDV/ES). Membro fundador do Instituto Nacional de Contratação Pública (INCP).

3 Advogado da União. Doutorando em direito pela UFPE. Mestre em direito econômico pela UFPB. Membro da Câmara Nacional de Licitações e Contratos da Consultoria-Geral da União. Autor de diversas obras jurídicas, destacando: *Leis de licitações públicas comentadas* (12ª ed.); *Direito administrativo* (coautor. 12ª ed.); *Licitações e contratos nas empresas estatais* (coautor. 2ª ed.) e *Improbidade administrativa* (coautor. 4ª ed.), todos pela editora JusPodivm. Professor e palestrante. (<http://ronnycharles.com.br>; @ronnycharles).

Ao longo da aplicação da Lei nº 8.666/1993, a atuação da assessoria jurídica sempre foi situada numa “zona de incerteza” (“cinzenta”) em que alguns a enxergam numa função meramente de controle e outros defendem uma atuação mais proativa, próxima da administração, nos termos dos cânones constitucionais da advocacia pública e de suas competências delimitadas, inclusive, pela Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia).

O órgão de assessoramento jurídico (advocacia pública) ganha um certo realce na NLLC, notadamente quando se verifica no próprio texto da lei que sua atuação não mais se restringe a aprovar minutas de edital e de contrato, conclamando uma atuação mais efetiva em diversas fases do processo de contratação.

2 Multifaces da advocacia pública na Lei nº 14.133/2021 (NLLC)

A NLLC propõe mudar o panorama normativo para atuação dos órgãos de assessoramento jurídico, o que certamente fomentará uma necessidade de adaptação pelos órgãos de advocacia pública.

Diferentemente da Lei nº 8.666/1993, a NLLC dispõe diversas vezes sobre o órgão de assessoramento jurídico ou sobre seus integrantes. Além disso, embora ela preserve resquício da atuação de controle para o órgão de assessoramento jurídico, conforme preconiza a Lei nº 8.666/1993, a NLLC induz a atuação de consultoria jurídica propriamente dita e também define a obrigatoriedade de representação extrajudicial e judicial dos agentes que atuam com as licitações e contratações públicas, o que ensejará uma reformulação estratégica da atuação da advocacia pública na área de licitações e contratos administrativos para atender às multifaces que a seguir serão tratadas.

2.1 Face controladora

Ainda mantendo o viés de atuação de controle burocrático, repetindo um pouco daquilo que foi iniciado com a Lei nº 8.666/1993, a NLLC define que, ao final da fase preparatória (art. 53, *caput*), o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico para que ele realize controle prévio de legalidade, mediante análise jurídica da contratação.

Como se não fosse suficiente, o art. 169, II trouxe como “segunda linha de defesa” para o controle das contratações as “unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade”.

Trata-se de disposições que mantêm para órgãos de assessoramento jurídico a função atípica de controle, embora, atualmente, órgãos de controle interno e externo tenham evoluído muito e ganhado protagonismo no ambiente das contratações públicas, em comparação com o que foi vivenciado em 1993. Diante da notável atuação de tribunais de contas, controladorias e órgãos de controle interno, o deslocamento do órgão de assessoramento jurídico para essa atividade não parece ser mais uma medida necessária.

Em outra perspectiva, o legislador parece também ter ignorado que o próprio desenvolvimento tecnológico e a evolução do Painel Nacional de Contratações Públicas (PNCP) (art. 174) farão com que essa análise de conformidade jurídica seja feita pelo próprio sistema e pelo controle social, não pelo órgão de assessoramento jurídico. Isso porque, com a utilização da inteligência artificial (IA), o sistema conseguirá, de maneira mais eficiente, aferir a submissão das decisões administrativas dispostas durante a fase de planejamento e das regras editalícias à normatividade definida pelo ordenamento jurídico. Uma vez padronizados os artefatos, as rotinas e os procedimentos, e assimilada a normatização, a alimentação dos dados pertinentes à contratação já induzirá *per se* atos e minutas padronizados (art. 25, § 1º) e conformes às premissas definidas anteriormente com reduzidíssimo espaço para “desvios”.

Diante das inovações tecnológicas, a preocupação do legislador com o formato e o conteúdo do parecer (art. 53, § 1º), certamente, além de adentrar no ambiente das regras materialmente específicas, que dispensam disciplinamento legal e seriam melhor tratadas por regulamentação interna, ainda ignora que muito em breve esse ato de análise de conformidade jurídica, mesmo quando necessário, deverá ser feito de maneira mais otimizada e despida das liturgias burocráticas e formatos tradicionais.

Isso fica ainda mais evidente quando é sabido que alguns dos principais órgãos de advocacia pública do país, como a AGU, a PGEES e outras procuradorias estaduais e municipais, têm evoluído para atuação proativa, com confecção de modelos padronizados de minutas para utilização pelas unidades assessoradas,

além de pareceres referenciais que otimizam a análise de processos repetitivos ou de baixa complexidade.

Criando a possibilidade de uma solução para que os órgãos de assessoramento jurídico mais desenvolvidos possam superar ou continuar superando o gargalo burocrático gerado por essa visão burocrata e defasada do processo de contratação pública, o § 5º do art. 53 admite que a análise jurídica seja dispensável nas hipóteses definidas previamente pela “autoridade jurídica máxima competente”. Trata a hipótese da possibilidade de, por exemplo, pareceres referenciais ou mesmo da definição, por ato da referida autoridade jurídica, de espécies de processos nos quais a análise jurídica não seria obrigatória, opção que, nos termos da lei, deverá considerar fatores como: baixo valor,⁴ baixa complexidade, entrega imediata do bem ou utilização de minutas previamente padronizadas pelo órgão de assessoramento jurídico, entre outros.

Importante destacar: diferentemente da Lei nº 8.666/1993, que fazia referência apenas à aprovação jurídica das minutas, o texto do art. 53 da NLLC faz referência a um controle prévio de legalidade.

A natureza jurídica desse controle prévio de legalidade exige a percepção de duas interessantes nuances: i) a análise do órgão de assessoramento jurídico, quando necessária, deverá ser prévia, anterior à divulgação do edital de licitação, oportunidade ou momento similar ao indicado pela Lei nº 8666/1993; e, ii) diferentemente do que prescreve a Lei nº 8.666/1993, a análise jurídica não se restringe à aprovação das minutas, mas a uma “análise jurídica [quanto à legitimidade] da contratação”.

De qualquer forma, nessa análise jurídica da legalidade da contratação, não deve o órgão de assessoramento jurídico imiscuir-se em matéria técnica ou opção discricionária do gestor, exceto quando descambarem para evidente ilegitimidade ofensiva aos princípios publicistas e desde que perceptível, *prima facie*, para um “agente público médio” (PEDRA; PERCIO, 2021, p. 15) com formação estritamente jurídica.

4 Orientação Normativa AGU nº 69/2021: “Não é obrigatória manifestação jurídica nas contratações diretas de pequeno valor com fundamento no art. 75, I ou II, e § 3º da Lei nº 14.133/2021, salvo se houver celebração de contrato administrativo e este não for padronizado pelo órgão de assessoramento jurídico, ou nas hipóteses em que o administrador tenha suscitado dúvida a respeito da legalidade da dispensa de licitação. Aplica-se o mesmo entendimento às contratações diretas fundadas no art. 74, da Lei nº 14.133/2021, desde que seus valores não ultrapassem os limites previstos nos incisos I e II do art. 75, da Lei nº 14.133/2021.”

Apesar do enunciado normativo (art. 53, *caput*) sugerir que o órgão de assessoramento jurídico deva exercer o controle prévio de legalidade, não se pode perder de vista que o dispositivo menciona expressamente que se trata de uma “análise jurídica da contratação”, sendo que o § 3º do mesmo art. 53 destaca em seu texto os aspectos “técnico” e “jurídico”, por se tratar de searas distintas e que cada uma deve ser analisada por agente públicos com formação específica.

Dito de outra forma, embora tenha o parecerista jurídico a incumbência de realizar controle prévio de legalidade e análise jurídica da contratação, não lhe cabe substituir a decisão do setor técnico, em relação, por exemplo, à solução escolhida do mercado ou mesmo à decisão político-administrativa do gestor público, autoridade competente que, diante das nuances envolvidas no caso concreto, opta por um determinado modelo de contratação admitido pela legislação. A aferição da conveniência e da oportunidade pertence à autoridade competente pela tomada de decisão, não ao órgão de assessoramento jurídico ou mesmo aos órgãos de controle.

Também não é o parecerista jurídico responsável por analisar (“controlar”) a legalidade de um Estudo Técnico Preliminar, de um Termo de Referência, de uma Matriz de Risco, de uma Pesquisa de Preço ou outros instrumentos similares. Cada um desses artefatos ou instrumentos possui especificidades técnicas que lhe são inerentes, e o parecerista jurídico não tem formação técnica para realizar essa análise.

Aqueles que acham que o parecerista jurídico deve analisar um Termo de Referência para “controlar” um possível direcionamento do objeto estão a exigir que o parecerista jurídico entenda as particularidades e o mercado de objetos absurdamente distintos: medicamento, veículo, computador, helicóptero, limpeza, produto químico, etc., para então concluir se há ou não direcionamento. E seria competência do parecerista jurídico “controlar” um projeto básico de engenharia e um suposto superdimensionamento estrutural? Crê-se que não!

O que seria exigível do parecerista no exercício de sua função atípica de controle prévio de legalidade da contratação (art. 53, *caput*, da NLLC), cujo texto foi mais além do que a análise das minutas trazida pelo art. 38, parágrafo único da Lei nº 8.666/1993, é que verificasse o cumprimento das macroetapas que compõem o procedimento, de fatos isolados materialmente relevantes e de questões denunciadas como irregulares que tenham chegado ao seu conhecimento, não

sendo exigível que a análise jurídica a seu cargo alcance todos os dados e informações técnicas que não sejam de sua área de formação e de atuação.⁵

Vale acrescentar que, nos termos do § 4º do mesmo art. 53, o órgão de assessoramento jurídico também realizará controle prévio de legalidade das contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres, além de seus termos aditivos.

2.2 Face consultora (apoiadora)

Como visto no item anterior, embora tenha mantido a atividade de controle para o órgão de assessoramento jurídico, a NLLC ampliou as atividades a serem exercidas pela assessoria jurídica, referindo-se a sua necessária atuação em outros momentos do processo de contratação pública. Por outras palavras, mesmo mantendo o órgão de assessoramento jurídico com a atividade de controle de legalidade da contratação, de maneira similar (mas não idêntica) ao que ocorreu na Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 14.133/2021 fez questão de, em diversos momentos de seu texto, definir, por exemplo, a necessidade de exercício do papel de consultoria jurídica propriamente dita, que envolve o apoio jurídico aos agentes públicos assessorados na tomada de decisão.

Com isso, o órgão de assessoramento jurídico é deslocado para uma função típica que exigirá readaptação aos membros da advocacia pública. Isso porque, quando exerce a atividade de consultoria jurídica, para além da análise de conformidade e avaliação de eventuais erros, deve o jurista enfrentar o dilema da decisão, analisando se há respaldo jurídico para a pretensão administrativa, a solução desejada ou a decisão aventada pela autoridade, avaliando os riscos (consequencialismo decisório) e, quando for o caso, apresentando opções alternativas.

É importante frisar que o legislador, ao tratar sobre a atuação do órgão de assessoramento jurídico no apoio aos agentes públicos que atuam com licitações, não se restringiu ao assessoramento apenas do ordenador de despesas, mas também se referiu expressamente à atuação da advocacia pública no auxílio à tomada de decisão por parte de diversos agentes.

5 Conferir nesse sentido analisando a responsabilidade da autoridade que homologa a licitação: TCU, Plenário, Acórdão nº 3.178/2016.

Assim, por exemplo, o § 3º do art. 8º, ao definir que as regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, da comissão de contratação e dos fiscais e gestores deveriam ser estabelecidas em regulamento, impõem que “deverá” ser prevista a possibilidade de que esses agentes contem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico para o desempenho das funções essenciais necessárias à execução do disposto na lei.

Na mesma linha, o § 3º do art. 117 estabelece que o fiscal do contrato será auxiliado pelo órgão de assessoramento jurídico da administração, que “deverá” dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

O art. 163, V, elencou como exigência para a reabilitação de particular sancionado com pena de restrição de direito a “análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo” ao cumprimento dos demais requisitos legais.

O parágrafo único do art. 168, por sua vez, ao tratar sobre recursos administrativos, prescreve que, na elaboração de suas decisões, a autoridade competente “será” auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que “deverá” dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias.

Esses dispositivos mostram a intenção do legislador em induzir uma atuação do órgão de assessoramento jurídico também para o apoio aos agentes públicos tomadores de decisão, sejam eles ordenadores de despesas, agentes políticos ou técnicos que atuam direta e diariamente enfrentando dilemas para aplicação do regime jurídico da contratação pública.

Em todas essas hipóteses, em todas essas situações, a atuação do órgão de assessoramento jurídico ou do membro da advocacia pública não significará a supressão da competência do agente público tomador de decisão, este sim competente e responsável pela decisão político-administrativa tomada e pelo ato administrativo praticado, mas estabelecerá uma relação de apoio jurídico que poderá, inclusive, repercutir juridicamente diante de eventuais questionamentos em razão do ato administrativo praticado. Da mesma forma, em sua atividade de apoio, o membro da advocacia pública não pode se limitar a ser um mero cancelador de decisões administrativas, sobretudo quando elas se apresentarem ilegítimas. Diante de eventual ilegalidade ou ilegitimidade, deve o parecerista alertar a autoridade assessorada sobre esse vício, orientando-a a adotar atitudes diversas da pretendida.

Nessa atividade de apoio, convém que o parecerista jurídico atue de maneira ativa, harmonizando a busca pelo interesse público com as soluções possíveis, os riscos jurídicos e o consequencialismo decisório⁶ envolvidos na tomada de decisão; aconselhando ou orientando o agente público competente pela prática do ato e munindo-o de informações necessárias para uma tomada de decisão eficiente e segura.

Diante da realidade atual, na qual o gestor público costumeiramente se depara com situações sensíveis, nas quais a melhor solução aparente para o atendimento ao interesse público não encontra consonância com posições conservadoras ou mesmo quando a aplicação irrefletida da normatização parece gerar disfuncionalidade, prejudicial ao próprio interesse público, o efetivo apoio do órgão de assessoramento jurídico pode ser fundamental para que medidas necessárias sejam praticadas com segurança jurídica e que velhas interpretações sejam revisitadas, quando não mais atendam à plenitude das situações postas à dinâmica da realidade.

Por mais que o legislador ou mesmo o regulamentador busquem definir regras para todas as situações experimentadas, a prática administrativa é heterogênea, fractal, plural e repleta de nuances que exigem uma necessária acomodação da norma jurídica à situação concreta. É justamente nesses dilemas, nessas questões complexas, nessas especificidades concretas, que o órgão de assessoramento jurídico se apresenta como um personagem relevante para auxiliar o gestor público a identificar a solução jurídica mais adequada, eficiente, segura e funcional, construindo juridicidade com percepção de que o direito a ser aplicado, a norma jurídica, não podem ser extraídos sempre de maneira automática dos enunciados normativos postos.

Como explica Nobre Júnior, “a concepção hodierna de legalidade superou a noção da lei formal, ampliando o rol das fontes do direito administrativo, englobando, destarte, não apenas a lei aprovada pelo Parlamento, mas todo o direito, ou seja, o sistema jurídico em sua integralidade” (2016, p. 215). O necessário desenvolvimento de técnicas de gestão pública, a simplificação de procedimentos (desburocratização), a flexibilização da execução de políticas públicas, o uso preferencial de processos convencionais e a garantia de estabilização mí-

6 Nos termos dos arts. 20 e 21 da LINDB qualquer decisão administrativa deverá levar em consideração suas consequências práticas, jurídicas e administrativas, devendo sua motivação demonstrar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da escolha realizada.

nima das relações jurídicas surgiram como valor fundamental para modificar essa base filosófica, que fundamentou a limitação estatal através da legalidade estrita (CARVALHO, 2008, p. 44). Tudo isso exige um esforço do jurista para compreender o direito atento aos valores que conformam o ordenamento jurídico e a questões relacionadas a ambientes outros (não propriamente jurídicos), como a administração, a sociologia e outras áreas que, no mundo real, interferem ou afetam a atuação administrativa, notadamente a economia (CAMELO; NOBREGA; TORRES, 2022).

Diante da superação da ideia convencional de legalidade como vinculação positiva do administrador à lei e a, conseqüente, consagração do princípio da juridicidade administrativa, que não mais aceita a ideia da administração vinculada exclusivamente às regras prefixadas nas leis, mas sim ao próprio direito (PEDRA, 2007, p. 74), a atividade consultiva assume uma face ativa de orientação jurídica. Nessa atuação, o advogado público deve apresentar os caminhos permitidos pelo nosso ordenamento, para a efetivação da decisão gerencial, bem como tomar as atitudes necessárias para a correção de ilicitudes e a responsabilização dos culpados. Se a função de consultoria jurídica permite o desvencilhar de amarras causadas por dispositivos legais teratológicos, por outro lado, também autoriza um maior controle do ato administrativo irrazoável, desproporcional ou imoral, mas sempre com o cuidado de não substituir a autoridade competente e o seu inafastável juízo de ponderação político-jurídica para a decisão administrativa ótima.

Com o apoio aos agentes públicos que atuam em licitações de contratos, a advocacia pública retorna com suas forças para o exercício de sua atividade típica mais nobre, que é a atuação de consultoria jurídica, fundamental para o aperfeiçoamento de nosso regime jurídico de direito administrativo, tendo em vista o grande desafio do poder público, diante das mudanças ocorridas no mundo real e da necessidade de encontrar soluções para problemas complexos que exigem inventividade, sensibilidade, coragem, mutabilidade, altivez e capacidade de adaptação.

O trabalho de compreensão do direito por intermédio da hermenêutica e da interpretação utilizada para revelar o sentido e o alcance das normas aplicáveis, ou através dos métodos de resolução das aparentes antinomias do ordenamento, exige uma atividade de pesquisa (e não apenas a conservadora aplicação dos enunciados normativos apresentados), criadora de novas normas e novos

entendimentos que podem aperfeiçoar o sistema normativo dado. Nesse sentido, compete à advocacia pública o dever constitucional de aperfeiçoamento da ordem jurídica, aconselhando, persuadindo ou induzindo os agentes públicos a adotarem as providências que conduzam à afirmação do primado dos valores jurídicos e democráticos (MOREIRA NETO, 2005, p. 35-65).

Essa atuação de apoio, pouco explorada pelos agentes públicos tomadores de decisão, na maioria dos órgãos administrativos, tende a ser ampliada por intermédio dos incentivos criados pelo próprio legislador (art. 10), ao definir que o apoio pelo órgão de assessoramento jurídico pode resguardar o agente público tomador de decisão, garantindo-lhe a posterior representação judicial ou extrajudicial, pela advocacia pública, quando o ato praticado conformar-se à opinião exposta no parecer jurídico.

2.3 Face padronizadora e enunciativa

Nos termos do que foi delineado acerca do papel do órgão de assessoramento jurídico no controle da contratação (item 2.1) e notadamente no papel de apoio aos agentes públicos (item 2.2), dessume-se que um volume enorme de trabalho se projeta para um futuro próximo e, caso tal situação não seja enfrentada com inteligência e técnica adequadas, ter-se-á o comprometimento da atuação eficiente da advocacia pública e, por consectário lógico, das entregas que devem ser realizadas pela administração pública.

A Lei nº 13.655/2018, ao realizar alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) (Decreto-Lei nº 4.657/1942), buscou promover segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público e impôs às autoridades públicas o dever de atuarem por meio de regulamentos, súmulas administrativas e respostas a consulta (art. 30).

Como se nota, existe uma tônica em conceder segurança jurídica e eficiência ao agir estatal, principalmente por meio de ferramentas que respeitam a homogeneidade e a integridade buscando homenagear os precedentes administrativos (OLIVEIRA, 2018), não podendo o órgão de assessoramento jurídico ignorar suas próprias decisões anteriores e partir do nada (*ex nihilo*). Deve o órgão de assessoramento jurídico laborar de modo a sedimentar um “romance em cadeia” (*chain novel*) (DWORKIN, 1999, p. 275-279) e evitar um decisionismo em que a advocacia pública viesse a se manifestar com uma liberdade (discrecionalidade) que demonstrasse uma incoerência com suas decisões anteriores.

De modo não diferente, o art. 19, IV da NLLC prescreve que a administração deverá, com o auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico, instituir “modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos”.

Na mesma toada, o art. 53, § 5º da NLLC afirma ser dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar, dentre outros, “a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico”.

De uma vez por todas: eventual atuação com padronização, adoção de enunciados e sistematicidade do procedimento contribuirá sobremaneira para que não ocorra uma eventual lentidão ou paralisia no exercício dos papéis dos órgãos de assessoramento jurídico, principalmente o papel de assessoramento aos demais agentes públicos envolvidos na contratação em razão da sua importância e das múltiplas possibilidades de utilização.

2.4 Face representativa

Evidente que nas últimas três décadas houve uma grande evolução dos órgãos de controle interno e externo no país. O Tribunal de Contas da União e a Controladoria-Geral da União são exemplos de órgãos públicos de controle que alcançaram grande protagonismo no ambiente das contratações públicas. A evolução desses órgãos pode ser resultado de diversos fatores, entre eles: a qualidade de seu corpo técnico e seus membros, a decisão institucional de avançar sobre novas competências, o exercício de seu poder punitivo e a conquista de visibilidade social legitimadora.

Como o avanço e a evolução desses órgãos de controle talvez tenha se dado de maneira mais intensa do que ocorreu com a grande maioria dos órgãos de execução, restou patente a dificuldade de se atuar em conformidade com todas as exigências por eles estabelecidas. Isso acabou se ampliando, em razão da complexidade das regras disciplinadas para atuação dos agentes públicos na área de licitações e contratos, materializada em centenas e centenas de normatizações diferentes, com condições, requisitos e exigências diversas para a prática dos variados atos administrativos.

Embora esse cenário tenha gerado uma maior profissionalização no âmbito da gestão pública e seu aperfeiçoamento, com captação de bons quadros e sua

devida capacitação, por outro lado, notadamente diante do risco de punição ao agente público tomador de decisão, há preocupação com o exacerbamento da atuação do controle, notadamente em sua perspectiva punitiva, o que pode gerar disfuncionalidades, como a redução de incentivos a que bons quadros ocupem cargos que importem em maior responsabilidade (seleção adversa), o desestímulo à tomada de decisões arrojadas, disruptivas e eficientes, além da indução a estratégias de fuga da responsabilização (SANTOS, 2020, p. 324-332).

O risco de responsabilização passou a atuar como desestímulo ao arrojo e à inovação. A ausência de incentivos para a tomada de decisões potencialmente eficientes, mas arriscadas, produziu uma generalização do comportamento reativo e burocrata de muitos agentes públicos, induzindo aquilo que muitos autores denominaram de “apagão das canetas”.

Diante da dificuldade na tomada de decisões arrojadas e da falta de apoio jurídico para a superação desses dilemas, além do risco de responsabilização inclusive do parecerista jurídico, o direito administrativo deixou de ser um instrumento para regular ações administrativas voltadas para o atendimento ao interesse público, para se restringir a um conjunto de regras de conformidade cuja aplicação é vetorizada pela tentativa de autopreservação dos agentes públicos envolvidos, o que precipita disfuncionalidades, externalidades várias e a modelação de um regime chamado por muitos de “Direito Administrativo do Medo”.

Mas como combater tal disfuncionalidade?

Uma solução parece ser a redução do risco que aflige alguns agentes públicos tomadores de decisão. Aparentemente, foi neste sentido que o art. 10 da NLLC definiu que se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.⁷

7 Norma semelhante se extrai do § 20 do art. 17 da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) com redação dada pela Lei nº 14.230/2021. Contudo, tal dispositivo teve seus efeitos jurídicos suspensos pelo nos termos da decisão cautelar do Min. Alexandre de Moraes na ADI MC nº 7.042-DF, desobrigando a Assessoria Jurídica que emitiu o parecer atestando a legalidade prévia dos atos administrativos, eventualmente impugnados em AIA, de defender o administrador público. O fundamento da decisão é que estaria ocorrendo ofensa ao pacto federativo (art. 18 da CRFB) e a auto-organização dos demais entes da federação, o que, particularmente, não concordamos!

Vale dizer, esse direito persistirá mesmo que o agente público não mais ocupe o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado (art. 10, § 2º).

Segundo o art. 10, § 1º, inciso II da NLLC, o direito de representação pela advocacia pública não ocorrerá apenas quando as provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

O modal deôntico aqui versado, na essência, não é inédito. Alguns entes federativos já contemplam previsão normativa para que a sua advocacia pública atue ao lado do agente público fazendo sua representação judicial e extrajudicial. Nesse quadrante e de forma exemplificativa, tem-se o art. 22 da Lei nº 9.028/1995 com suas alterações.

Importante firmar que, ao defender o agente público envolvido na contratação, a advocacia pública estará defendendo o próprio ato administrativo praticado outrora, com o seu devido apoio jurídico, prestigiando a boa-fé e a segurança jurídica. Esse tipo de defesa favorecerá os agentes públicos honestos e arrojados que não encontravam incentivo e segurança para tomar decisões não ortodoxas ou arriscadas, mesmo que imbuídas dos mais nobres intuitos de atendimento ao interesse público.

Essa representação judicial e extrajudicial será também importante para que o debate das diversas posições admitidas pelo ordenamento, em dilemas sensíveis, seja realizado de maneira equilibrada, para a construção de um consenso que busque evitar desvios, superar falhas e também compreender as dificuldades da atuação concreta e as finalidades públicas a serem alcançadas.

Podemos citar como exemplo os diversos dilemas experimentados pelo poder público nas ações de enfrentamento à pandemia COVID-19 no ano de 2020. É certo que a aprovação de um regime jurídico excepcional para as contratações públicas, notadamente por meio da Lei nº 13.979/2020, e as medidas provisórias seguintes, entre elas a MP nº 961/2020,⁸ geraram regras mais flexíveis e bem diferentes daquelas ordinariamente experimentadas pelo agente público ao admitir, v.g.: pagamento antecipado, contratação de fornecedor exclusivo sem regularidade fiscal e relativização do preço estimado para efeito de contratação.

Ocorre que os problemas inspiradores das alterações normativas, naquele momento excepcional, precederam a aprovação das referidas regras e muitas vezes

8 Posteriormente convertida na Lei nº 14.065, de 30 de setembro de 2020.

exigiram atuação corajosa e destemida de gestores públicos que, na vida real, depararam-se com dilemas sensíveis, nos quais a aplicação do regime jurídico tradicional era ineficiente ou incompatível para as ações que visavam a salvar vidas.

Por mais que o número de responsabilizações pelos órgãos de controle seja muito inferior ao costumeiramente alardeado, é fato que o protagonismo e a relevância desses órgãos no ambiente das contratações públicas acabam por intensificar a preocupação com suas reprimendas, notadamente para os agentes públicos que, embora honestos, convivem com situações sensíveis e não ortodoxas. Se para um agente público corrupto o risco da responsabilização pode ser mitigado pelo financiamento escuso que a sua atividade ilícita gera, para o agente público honesto o risco da responsabilização pelo erro se torna deveras desestimulante a um exercício ativo de suas funções.

2.4.1 Eficácia condicionada

Nos termos do art. 194, a Lei nº 14.133 é vigente e tem potencial aplicabilidade e eficácia⁹ a partir da sua publicação, que ocorreu no dia 1º de abril de 2021.

Contudo, nos termos do art. 191, *caput* e parágrafo único, a aplicabilidade e a eficácia da NLLC, no biênio estabelecido pelo art. 193, inciso II, restará ao alvedrio de cada administração apenas naquilo que concerne às licitações (procedimento) e as contratações diretas e aos respectivos contratos delas decorrentes. Durante o entretempo bienal, poderá a administração optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com a NLLC ou de acordo com as normas que estão se esvaindo (Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011).

Durante esse prazo que se estende até o dia 1º de abril de 2023, a administração pública poderá licitar ou contratar diretamente a partir do regime jurídico que julgar mais conveniente e oportuno: o estabelecido pela NLLC ou o trazido pelas legislações que se esvaem.

Assim, nos termos do *caput* do art. 10 da NLLC, os agentes públicos envolvidos somente poderão utilizar do direito (“incentivo”) à representação judicial

9 “A eficácia vem a ser a qualidade do texto normativo vigente de poder produzir ou irradiar, no seio da coletividade, efeitos jurídicos concretos, supondo, portanto, não só a questão de sua condição técnica de aplicação, observância, ou não, pelas pessoas a quem se dirige, mas também de sua adequação em face da realidade social, por ele disciplinada, e aos valores vigentes na sociedade, o que conduziria ao seu sucesso” (DINIZ, 2001, p. 51).

e extrajudicial pela advocacia pública quando verificadas duas condições (requisitos objetivos): i) a licitação ou a contratação ocorrer no regime jurídico inaugurado pela NLLC; e, ii) o parecer jurídico tiver sido elaborado nos termos do art. 53, § 1º, da NLLC.

3 Conclusão

A Lei nº 14.133/2021 trouxe nova roupagem para os órgãos de assessoramento jurídico nas licitações e contratações públicas. Seu protagonismo salta aos olhos e deve ser compreendido como uma mola propulsora para licitações e contratações públicas eficientes.

A partir do que consta na NLLC, na LINDB e que aqui foi abordado, tem-se que para a advocacia pública um importante papel foi reservado, com muita responsabilidade para a consecução de importantes políticas públicas.

Como visto, ao singelo e inadequado “papel de controle” da advocacia pública foram adicionados três outros papéis, esses inquestionavelmente mais importantes e capazes de contribuir, direta e indiretamente, para o aprimoramento da administração pública e das funções administrativas por ela exercidas.

Ao mostrar sua face consultora (apoiadora) aos agentes públicos envolvidos na contratação, a advocacia pública exercerá seu mister constitucional como órgão de Estado, assessorando a todo e qualquer personagem que se relacione com a contratação; tanto com o devido assessoramento preventivo como, se for o caso, com a sua representação judicial e extrajudicial.

Não temos a perspectiva de esgotarmos qualquer discussão aqui tratada, longe disso. Temos a certeza de que se trata de um primeiro passo de uma longa jornada para a compreensão do novo *locus* da advocacia pública frente às licitações e às contratações públicas.

Referências

AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. v. 2. Coimbra: Almedina, 2012.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos**. 4. ed. Brasília: Senado Federal, 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 14 maio 2022.

CAMELO, Bradson; NOBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Análise econômica das licitações e contratos**: de acordo com a Lei nº 14.133/2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. **Curso de direito administrativo**. v. 1. Salvador: JusPodivm, 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao direito civil brasileiro interpretada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MACEDO, Rommel. **Advocacia-Geral da União na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 2008.

MADUREIRA, Cláudio Penedo. **Advocacia pública**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A advocacia de Estado revisitada: essencialidade ao Estado Democrático de Direito. **Debates em direito público**. Ano IV, nº 4 out. 2005. p. 36-65.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. As funções essenciais à justiça e as procuraturas constitucionais. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, nº 45, p. 41-57, 1992.

NOBRE JR., Edilson Pereira. **Direito administrativo contemporâneo**: temas fundamentais. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Precedentes no direito administrativo**. São Paulo: Gen/Forense, 2018.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. Comentários ao art. 163. *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Forum, 2022. v. II.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; TORRES, Ronny Charles Lopes de. O papel da assessoria jurídica na nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021). *In*: BELÉM, Bruno; CARVALHO, Matheus; TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Temas controversos da nova lei de licitações e contratos**. São Paulo: JusPodivim, 2021. p. 293-332.

PEDRA, Anderson Sant'Ana; PÉRCIO, Gabriela Verona. Diretrizes para o controle das contratações públicas em tempos de crise: como deveria ser o amanhã. **Fórum de Contratação e Gestão Pública** – FCGP, Belo Horizonte, ano 19, nº 223, p. 9-27, jul. 2020.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. A constitucionalização do direito administrativo e o controle do mérito do ato administrativo. *In*: AGRA, Walber de Moura; CASTRO, Celso Luiz Braga de; TAVARES, André Ramos (Coord.). **Constitucionalismo: os desafios no terceiro milênio**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 41-82.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **A advocacia pública perante a cláusula da separação de Poderes**. Disponível em: <<http://www.licitacaoecontrato.com.br/artigo/a-advocacia-publica-perante-clausula-separacao-poderes-25082020-1.html>>. Acesso em: 14 maio 2022.

SANTOS, Rodrigues Valgas. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thompson Reuters, 2020.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. Salvador: Jus Podivim, 2022.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. A responsabilidade do advogado de estado em sua função consultiva. *In*: GUEDES, Jefferson Carús; SOUZA, Luciane Moessa de. **Advocacia de Estado: questões institucionais para a construção de um Estado de justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 139-144.

Os paradoxos sancionatórios da Nova Lei de Licitações e Contratos

Antonio Rodrigo Machado¹⁰

Fernanda Ghiuro Valentini Fritoli¹¹

1 Introdução

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 14.133/2021, trouxe algumas inovações no sistema punitivo que permeia o setor de contratações públicas no Brasil. Uma das mais significativas mudanças é a sua aproximação com a Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013. A criação do direito¹² buscou aprimorar mecanismos de interação entre as diferentes esferas de atuação da potestade estatal, a fim de que sejam mais eficientes e harmônicas, promovendo maior segurança jurídica aos administrados.

Se a intenção legislativa, ao integrar a Lei Anticorrupção à Nova Lei de Licitações e Contratos, era ser um instrumento de promoção dessa organização da multiplicidade sancionatória estatal, o resultado é o acréscimo de problemas oriundos da sobreposição de normas penalizadoras. São sanções de mesma natureza em decorrência do mesmo ilícito e que desafiam a existência de uma lógica geral no ato de punir.

Num paradoxo simbólico, o sistema de contratações públicas se encontra num emaranhado de legislações que cumprem a mesma função punitiva e traduzem

10 Advogado; mestre em direito administrativo; doutorando em direito constitucional, professor de direito administrativo da graduação e pós-graduação do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP); vice-presidente do Instituto de Direito Administrativo do Distrito Federal; membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo Sancionador (IDASAN).

11 Doutoranda em direito administrativo e mestra em direito constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); vice-presidente da Comissão de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP); presidente da Comissão de Estudos de Reforma Administrativa do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA); professora de cursos de extensão e especialização; advogada, sócia do escritório Fritoli & Moraes Advogados Associados.

12 “[...] a Constituição rege a feita da lei, a legiferação é, em relação à Carta Suprema, aplicação do direito. Ao contrário, em relação ao regulamento e outros atos subordinados à lei, a legiferação é criação de direito. Da mesma maneira, o regulamento é aplicação do direito em relação à lei e criação de direito em relação ao julgamento e ao ato administrativo, que o aplicam. Esses são, por sua vez, aplicação do direito, se olharmos para cima, e criação de direito, se olharmos para baixo, ou seja, em relação aos atos pelos quais são executados (*vollstreckt*)” (KELSEN, 2003, p. 92).

uma contradição para o sistema jurídico, que “não tem como absorver indiscriminadamente todos os problemas estruturais da sociedade contemporânea” (VIANA, 2018, p. 19). Quando a questão envolve a aplicação de sanções em razão da prática de ilícitos, a instabilidade alcança grave ofensa ao princípio da segurança jurídica.

Ilícito jurídico¹³ é o ato praticado em sentido contrário ao estabelecido pelo imperativo da norma. E a análise sobre a conduta praticada no processo licitatório vai exigir a aplicação de duas leis do regime jurídico administrativo. Essa duplicidade, Lei Anticorrupção e Nova Lei de Licitações e Contratos, ainda deverá conviver com outras normas, a exemplo da legislação dos tribunais de contas, que definem a responsabilidade administrativa de pessoas jurídicas que têm relação com a administração pública.

A partir do direito positivado, a ação que contrapõe o ordenamento da lei terá, em sentido contrário, a imposição de uma sanção. De acordo com Bandeira de Mello (*apud* ATALIBA, 1978, p. 2-11), a estrutura da norma jurídica é composta por “hipótese” (previsão de uma situação abstrata), “mandamento” (comandar, dar, fazer, não fazer, suportar) e “sanção” (consequência para quem violar o mandamento). O ilícito administrativo é, portanto, ato concreto, inserido na hipótese predeterminada pela norma de direito administrativo, que contraria o mandamento do seu regime. Essa contrariedade à lei terá, então, a consequente sanção administrativa estabelecida por ela ou, no caso da sobreposição de leis e suas diversas sanções, por elas.

Fato é que diversas condutas que são consideradas ilícitas pela Nova Lei de Licitações e Contratos já eram sancionadas por outras normas, inclusive pela Lei nº 12.846/2013. A Nova Lei de Licitações e Contratos representa, portanto, um verdadeiro inchaço no *ius puniendi* do Estado. O que se verifica são sanções

13 Vitta classifica o ilícito como sendo “comportamento contrário àquele estabelecido pela norma jurídica, que é o pressuposto da sanção. É conduta contrária à devida. É o antijurídico. Nesse sentido, ilicitude e antijuridicidade confundem-se, num mesmo conceito, de unívoco conteúdo” (VITTA, 2003, p. 5). Para Guimarães, “Ilícito é toda ação ou omissão humana, antijurídica, culpável, que envolve responsabilidade e sanção [...] se apresenta na esfera penal (peculato, estelionato, furto); no âmbito civil (prejuízos contratuais, danos à propriedade) e também se faz presente na órbita administrativa (atos danosos ao erário, insubordinação, descumprimento de norma). Nestas condições, um mesmo ato pode enquadrar-se ou repercutir em mais de um ramo ou disciplina do direito [...] caracteriza-se, pois, pela ofensa a um bem jurídico relevante para o Estado, que é o funcionamento normal, regular e ininterrupto das atividades de prestação de serviços públicos. No ilícito administrativo, agride-se o funcionamento interno do Estado. Assim é que o regime disciplinar prevê um elenco de hipóteses configuradoras de faltas administrativas de conceituação genérica concebidas, propositalmente, em termos amplos para abranger a um maior número de casos” (GUIMARÃES, 1998, p. 42).

de idêntica natureza e tipos infracionais semelhantes que desafiam uma lógica geral no ato de punir.

Nesse sentido, a despeito da melhor intenção legislativa em organizar o poder punitivo administrativo, tendo em vista que a Lei Anticorrupção foi abordada dentro da Nova Lei de Licitações e Contratos, é mister reconhecer o efeito negativo da sobreposição de normas administrativas sancionadoras.

2 A complexa multiplicidade de sanções

A partir do art. 155, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta os tipos infracionais e indica uma série de condutas ilícitas que poderão ser praticadas por pessoas físicas, pessoas jurídicas e consórcios que participem ou desejem participar das contratações públicas. Ademais, as condutas também poderão ser praticadas por quem já mantém contrato com a administração pública.

O sujeito ativo da infração administrativa é o licitante ou o contratado, definidos nos incisos VIII¹⁴ e IX¹⁵ do art. 6º da Lei nº 14.133/2021.

O sujeito passivo das infrações licitatórias e contratuais, entretanto, é a administração pública direta, autárquica ou fundacional da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Ainda, nos termos do art. 1º, II, dessa lei, os fundos especiais e entidades controladas direta ou indiretamente por qualquer ente federativo também estarão na condição de sujeito passivo das infrações descritas no art. 155.

As infrações indicadas no art. 155 não tipificam condutas contra empresas públicas, sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, já que estas entidades são regidas pela Lei nº 13.303/2016, e o art. 1º, § 1º,¹⁶ da Lei nº 14.133/2021, exclui tais entidades de sua abrangência. Diferentemente das infrações administrativas, nos crimes licitatórios definidos no art. 178 da Nova Lei de Licitações

14 “VIII – contratado: pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, signatária de contrato com a administração pública” (BRASIL, 2021).

15 “IX – Licitante: pessoa física ou jurídica, ou consórcio de pessoas jurídicas, que participa ou manifesta a intenção de participar de processo licitatório, sendo-lhe equiparável, para os fins desta lei, o fornecedor ou o prestador de serviço que, em atendimento à solicitação da administração, oferece proposta” (BRASIL, 2021).

16 “§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei” (BRASIL, 2021).

e Contratos, as empresas estatais podem figurar como vítimas nos delitos, agora previstos no Código Penal.

Todas as infrações tipificadas na Nova Lei de Licitações e Contratos exigem a demonstração de culpabilidade da pessoa física ou jurídica infratora, uma vez que a lei não aponta para a responsabilidade objetiva. Trata-se, portanto, de responsabilidade subjetiva, exigindo-se a configuração de conduta culposa ou dolosa para a caracterização dos tipos descritos no art. 155 da nova lei.

A ausência de demonstração dos elementos subjetivos dos tipos infracionais afasta a incidência da penalização, mas pode manter a responsabilidade patrimonial do licitante ou contratado, se evidenciado o prejuízo. Isso porque o particular pode causar alguma espécie de dano à administração pública, ainda que não tenha cometido a infração administrativa, quando, por exemplo, apresenta justificativa razoável para não firmar contrato após a homologação da licitação, nos termos do § 9º do art. 156 da nova lei.¹⁷

Já a Lei Anticorrupção prevê expressamente a responsabilização objetiva¹⁸ das pessoas jurídicas que se enquadrem nas condutas descritas nos incisos do seu art. 5º, conforme registram os arts. 1º e 2º.¹⁹ Apesar disso, a nova Lei de Licitações, ainda que tipifique condutas fraudulentas semelhantes às previstas na Lei Anticorrupção, o regime de responsabilização permanecerá exigindo a demonstração de culpabilidade. Dessarte, é possível que uma empresa seja sancionada no âmbito da LAC, sem punições pela nova Lei das Contratações Públicas, em razão da ausência do elemento subjetivo (culpa ou dolo). Em outras palavras, nas condutas tipificadas como atos lesivos contra a administração pública que também resultarem em fraudes contra licitações, e não existir comprovação da culpa ou do dolo, não poderá ser aplicada qualquer sanção da Lei nº 14.133/2021, mas apenas as da Lei Anticorrupção.

17 “Art. 156, § 9º A aplicação das sanções previstas no *caput* deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à administração pública” (BRASIL, 2021).

18 A responsabilidade objetiva é exceção e, nos termos do art. 927, parágrafo único, do Código Civil, somente nos casos especificamente explícitos na lei é que ela poderá ensejar responsabilidade. Na Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção, os artigos 1º e 2º trazem a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas por práticas de atos de corrupção.

19 “Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não por práticas de atos de corrupção” (BRASIL, 2013).

Uma exceção em relação à responsabilidade subjetiva exigida pela lei em relação aos licitantes e aos contratados está nos atos lesivos à administração pública, em que a Lei nº 12.846/2013, art. 1º,²⁰ explicitamente impõe responsabilidade objetiva em face das pessoas jurídicas que mantêm quaisquer espécies de contato com o poder público. Nas condutas tipificadas como atos lesivos contra a administração pública que também resultarem em fraudes contra licitações, porém ficar definido que não existiu comprovação da culpabilidade, não poderá ser aplicada qualquer sanção da Lei nº 14.133/2021, mas apenas as da Lei Anticorrupção.

Ocorre que o inciso XII do art. 155 da Nova Lei de Licitações e Contratos vai definir como infração “praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013”. (BRASIL, 2021). Uma lei estabelece como infração as infrações tipificadas em outra lei e assim materializa um dos paradoxos legislativos mais relevantes do direito brasileiro.

Os atos lesivos contra o sistema de contratações da administração pública previstos na Lei nº 12.846/2013 são:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV – no tocante a licitações e contratos:

- a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público;
- b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público;
- c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo;
- d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente;
- e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo;

20 Assim dispõe o art. 1º da Lei nº 12.846/2013:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

- f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou
- g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública (BRASIL, 2013).

Todas as infrações descritas nos incisos VIII ao XI do art. 155 da Nova Lei de Licitações e Contratos estão tipificadas no art. 5º, IV, Lei nº 12.846/2013. Eis as condutas tipificadas:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

[...]

VII – 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 (BRASIL, 2013).

Qualquer ato lesivo contra a administração pública previsto na Lei Anticorrupção no que diz respeito às licitações e contratos também será ilícito na Nova Lei de Licitações. As condutas do art. 5º, IV, da Lei Anticorrupção são ainda mais abrangentes, e o legislador poderia ficar apenas com a redação do art.155, XII, para tipificar a ilicitude de licitantes e contratados.²¹

Ao tratar da questão de exigência de racionalidade do sistema jurídico, Ulisses Viana (2018) traz a reflexão sobre a utilização de conceitos vagos que indicam o medo do legislador em deixar espaços para a aplicação do direito e, o que é mais inseguro, tem como consequência o afastamento da estabilidade na expectativa da sociedade:

Quando se depara com a impossibilidade (por falta de condições materiais, por exemplo) de eficácia (ressonância) da decisão do subsistema jurídico na sociedade (em outros subsistemas funcionais), o juiz ou tribunal vem a optar por se socorrer de conceitos vagos como “função social”, “exigências sociais” e até de “justiça”, dentre vários outros, sem colocar-se como operador de um

21 Se o licitante ou o contratado for pessoa física, as infrações também poderão ser objeto de investigação por crimes licitatórios e atos de improbidade administrativa.

sistema regido por uma racionalidade própria que se coloca diante da necessidade da produção de decisões consistentes e adequadas internamente no sistema e ainda externamente como estabilização congruente de expectativas normativas, momento em que a sociedade olha para o seu direito como produtor de segurança e estabilidade de sentido das decisões jurídicas (aqui especificamente judiciais) (VIANA, 2018).

Soma-se a isto, que a responsabilidade exigida pela Lei Anticorrupção será a objetiva e na Nova Lei de Licitações e Contratos será subjetiva, uma vez que, para a tipificação de uma conduta como ilícito, deverá ser demonstrada a culpabilidade do licitante ou contratante. Com isso, uma mesma conduta poderá ser considerada ato lesivo contra a administração pública e ensejar a aplicação das sanções da Lei Anticorrupção e, ao mesmo tempo, em razão da ausência de dolo ou culpa, não ser enquadrada como ilícito licitatório ou contratual.

A responsabilidade não pode ser presumida no direito sancionador, ainda mais diante de condutas tão graves contra a administração pública. As condutas de apresentar documento falso, praticar fraude ou comportar-se de modo inidôneo, no processo licitatório ou na execução contratual, possuem natureza gravíssima e são, portanto, infrações que só se configuram dolosamente.

Por fim, a desestabilização da nova lei está paradoxalmente também no inciso XI do art. 155 da Lei nº 14.133/2021 ainda traz o tipo infracional “praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação” (BRASIL, 2021) que é, obviamente, extremamente aberto e não descreve nenhuma conduta que possa ser praticada pelo licitante. Ilícito, como já exposto, é toda conduta de pessoa física ou jurídica que contrarie a norma legal. No presente caso, há total confusão entre tipificação de conduta e o conceito de ilícito propriamente dito, já que todas as infrações anteriores são “ilícitos”.

O legislador, por medo de ter deixado escapar alguma possível ilicitude na tipificação de condutas, criou um tipo infracional totalmente inconstitucional, já que apresenta o “crime por praticar crime” ou, mais bem aplicado ao caso, “o ilícito por prática de ilícito” e resultará na aplicação de pena sem lei anterior que defina a conduta. O elemento subjetivo específico do tipo, consistente em frustrar os objetivos da licitação, não é antecedido por nenhuma conduta específica de pessoa física ou jurídica.

3 Penalização e *ne bis in idem*

As sanções previstas no art. 156 da Nova Lei de Licitações e Contratos são: I – advertência; II – multa; III – impedimento de licitar e contratar; e IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. Advertência é sanção de natureza moral destinada a impor rotulação negativa à imagem de empresa ou pessoa física que participa do processo administrativo e dá causa a inexecução parcial do contrato (BRASIL, 2021).

Muito embora não tenha uma repercussão financeira e não imponha a suspensão de outros direitos, a advertência é ato que demonstra oficialmente a insatisfação da administração pública com a pessoa física ou jurídica que participa da licitação ou firma contrato com o Estado. Na nova lei, a advertência é sanção exclusiva para a infração “dar causa à inexecução parcial do contrato” (BRASIL, 2021), prevista no art. 155, I. Isso está disposto no § 2º do presente artigo e limita a acumulação desta sanção apenas com a multa, prevista no inciso seguinte, uma vez que o parágrafo ressalta a exclusividade na utilização dessa espécie de sanção para o ilícito de menor potencial ofensivo.

A sanção descrita como Impedimento de Licitar e Contratar (art. 156, III) é uma das consequências mais graves contra as pessoas jurídicas ou pessoas físicas na Nova Lei de Licitações. Tem como foco a restrição de atuação na relação com a administração pública. A penalização resultará no impedimento de participar de processos licitatórios ou proibição de contratar com a administração direta ou indireta com vedação de tais participações nos três Poderes do ente federativo onde ocorreu a infração por até 3 anos.

Já a sanção administrativa definida como Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 156, IV) é, definitivamente, a penalização mais grave da Lei nº 14.133/2021 e impedirá a pessoa condenada de manter vínculo com qualquer órgão ou entidade da administração pública no Brasil. A penalização consistirá no impedimento de participar de processos licitatórios da administração direta ou indireta; de contratar com a administração direta ou indireta, e a vedação se estenderá aos processos licitatórios e contratos nos três Poderes de todos os entes federativos por 3 a 6 anos.

A medida impeditiva retira a pessoa física ou jurídica da disputa por contratos com a administração pública em todo o território brasileiro. Ainda que tal

penalização seja definida apenas por um período de tempo, é inegável que a condenada poderá, a depender da importância que os contratos públicos tiverem em sua atividade empresarial, sofrer forte abalo em sua consistência financeira e até mesmo deixar de existir.

A sanção de declaração de inidoneidade também está presente em outras licitações, a exemplo do art. 46 da Lei nº 8.443/1992, a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União, que define ser de competência desse órgão, verificada a ocorrência de fraude em processo licitatório, declarar “a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até 5 anos, de licitação na administração pública federal” (BRASIL, 1992c). Apesar do nome, a penalização se assemelha mais à pena de impedimento de licitar (art. 156, III, da Nova Lei de Licitações), já que não se estende aos demais entes federativos.

Mas a sobreposição de sanções de idêntica natureza tem na multa estabelecida no art. 156, II, da Lei nº 14.133/2021, o ápice da incongruência do sistema punitivo estatal naquilo que diz respeito às pessoas jurídicas que participam de licitações e contratos com a administração pública.

A multa prevista no art. 156, II, da Lei de Licitações, é penalização de natureza pecuniária consistente em sanção administrativa destinada a atingir a razão de participação numa licitação pública: o lucro. Ao estabelecer uma punição financeira contra pessoa jurídica ou física, o órgão público ou entidade garante um castigo que necessariamente implicará nas finanças do licitante ou contratado.

Não há nada de ilícito na busca por lucratividade, na atividade empresarial, mas, para que isso seja feito com sustentabilidade, é necessário que a participação no processo licitatório e a execução do contrato estejam permeados em condutas probas e corretas com o objeto pretendido pela administração. A decisão por atuar no certame deve ser trilhada por lealdade na apresentação da proposta e com a boa-fé na entrega do objeto contratado, sob pena de o licitante ou contratado ter um abalo significativo em seu balanço financeiro.

A gradação da multa definida na nova lei tem o patamar mínimo de 0,5% e patamar máximo de 30% do valor do objeto da licitação ou do contrato administrativo. De acordo com o § 7º do art. 156 da nova lei, a multa é a única sanção que poderá ser aplicada cumulativamente com a advertência, o impedimento de licitar ou a declaração de inidoneidade. As demais sanções não poderão ser

aplicadas cumulativamente em razão da mesma infração, ou seja, serão aplicadas alternativamente.

Insta destacar que não há confusão entre o pagamento de multa e a reparação do dano que, como bem reforçado em todas as leis do sistema anticorrupção,²² deverá ser integral. A questão é que essa não é a única sanção dessa natureza presente no direito brasileiro para as empresas que praticarem algum ato ilícito no processo licitatório.

Se uma empresa no Brasil cometer uma fraude durante uma licitação, além de outras sanções, ela poderá ser penalizada com quatro tipos diferentes de multa e em razão do mesmo conjunto fático: (a) multa no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo (art. 6º, I, da Lei nº 12.846/2013, Lei Anticorrupção); (b) multa de 0,5% a 30% do valor do contrato objeto da licitação ou já firmado (art. 156, II, § 3º, da Lei nº 14.133/2021, Nova Lei de Licitações e Contratos); (c) multa de mora em razão de atraso injustificado na execução do contrato (art. 162 da Lei nº 14.133/2021); e (d) multa aplicada por tribunal de contas (art. 57 da Lei Orgânica do TCU, por exemplo).

O princípio do *ne bis in idem* veda a multiplicidade de processos ou de novo processo para julgar o mesmo objeto da relação processual transitada em julgado. A sua principal função é a garantia da segurança jurídica. É norma fundamental de caráter processual, já que proíbe novos julgamentos do acusado pelo mesmo fato, e princípio de direito material, uma vez que ninguém pode ser duplamente apenado pela mesma infração (SABOYA, 2012). Quando diferentes regimes jurídicos possuem incidência sobre o mesmo conjunto fático, por meio de uma escolha legislativa, agrava-se a situação do autor, e a utilização da regra do *ne bis in idem* permitiria o bloqueio dessa superposição de sanções considerada excessiva, operando como uma válvula de segurança ou mecanismo corretor de deficiências normativas” (NIETO, 2015).

Tal princípio representa a proibição de existência de diferentes persecuções punitivas, já que a renovação da acusação contra o mesmo indivíduo e com base no mesmo fato corresponderia ao afastamento de tudo aquilo que deu origem ao que hoje se conhece como coisa julgada (MACHADO, 2020, p. 240). Exa-

22 Lei de Improbidade Administrativa, Lei Anticorrupção e a Nova Lei de Licitações e Contratos trazem a obrigatoriedade de ressarcimento integral do dano.

tamente nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal reconhece que a utilização do princípio *ne bis in idem* “complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar” (BRASIL, 2007, p. 86).

A presença de quatro sanções de idêntica natureza e aplicadas por autoridade administrativa é um paradoxo normativo que encontra no princípio do *ne bis in idem* a sua vedação explícita. Sua expressão no ordenamento jurídico brasileiro está justificada por meio dos pactos internacionais de direitos humanos (MACHADO, 2020, p. 87).

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil no Decreto nº 592/1992, definiu em seu art. 14, item 7, que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e os procedimentos penais de cada país” (BRASIL, 1992a). Já a Convenção Americana dos Direitos Humanos, também conhecida como Pacto Internacional de São José da Costa Rica, ratificada por meio do Decreto nº 678/1992, apresenta em seu art. 8º, item 4, que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos” (BRASIL, 1992b).

Impossível que a mesma pessoa jurídica seja punida com sanção idêntica em razão do mesmo conjunto fático. É, por lógica, a punição repetida, ainda que se estabeleça no mesmo processo administrativo, conforme veremos no próximo tópico.

4 A simbiose entre Lei de Licitações e Lei Anticorrupção

O art. 158 da nova lei estabeleceu uma série de ritos procedimentais, nos casos de apuração de infrações que possam ser apenadas com as sanções de impedimento de licitar ou de declaração de inidoneidade. Diferentemente do ilícito em que a sanção aplicada é tão só a de advertência, nos demais casos, a administração pública deverá instaurar o Processo Administrativo de Responsabilização.

O PAR – Processo Administrativo de Responsabilização – é o processo administrativo sancionador criado pela Lei nº 12.846/2013, que se destina a apurar a

responsabilidade de pessoas jurídicas acusadas de atos lesivos à administração pública. Mais uma vez a Nova Lei de Licitações e Contratos se aproxima da Lei Anticorrupção com a pretensão da aplicação do princípio da segurança jurídica dentro desse sistema punitivo estatal tão complexo, mas não é isso que ficou consagrado.

A Nova Lei de Licitações não traz muitos detalhes sobre os procedimentos do PAR, o que levará os agentes públicos a buscar na Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/2013, e em sua regulamentação, Decreto nº 11.129/2022, as normas necessárias para a definição da apuração de ilícitos. Talvez o legislador pudesse escolher, como fez em diversos outros momentos da nova lei, apenas fazer referência ao rito do PAR já estabelecido na LAC.

A comissão responsável pela condução do PAR será composta por dois ou mais servidores públicos estáveis ou empregados pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade. Neste último caso, há preferência para a composição da comissão por empregados públicos com, no mínimo, 3 anos de exercício na administração pública.

A comissão será instaurada e deverá avaliar os fatos e as circunstâncias que definiram a instauração por parte da autoridade competente. A lei não deixou isso objetivamente definido, mas o art. 8º da Lei Anticorrupção expõe que a autoridade competente para a instauração será a mesma autoridade competente para a aplicação da sanção administrativa.

Será, portanto, após a portaria de nomeação da comissão e instauração do PAR que seus membros deverão iniciar os trabalhos destinados à apuração da prática delitiva com a avaliação dos fatos e suas circunstâncias. Após essa análise inicial, a comissão deverá intimar o licitante ou o contratado para que apresente defesa escrita no prazo de 15 dias úteis a partir da intimação.

A acusada, ao apresentar sua defesa, poderá expor os fundamentos fáticos e jurídicos que entender pertinentes ao afastamento de sua responsabilidade, especificar as provas que pretenda produzir ou até mesmo propor acordo de leniência. Se fizer a opção por este último caminho e preencher os requisitos necessários à celebração do acordo de leniência, o PAR será suspenso nos termos do art. 16 da Lei nº 12.846/2013.

Não sendo o caso de celebração de acordo de leniência com o órgão ou entidade, o licitante ou contratado que obtiver a produção de prova requerida ou exigir a juntada de novas provas pela própria comissão, poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 dias úteis, sempre contados a partir da data de intimação. Essa é uma correção da nova lei, que retifica essa falha na Lei Anticorrupção, uma vez que a LAC não indica a obrigatoriedade de a comissão aceitar as alegações finais da empresa acusada.

O acordo de leniência é mais um instituto referenciado na Nova Lei de Licitações e Contratos, que possui sua regulamentação no art. 16 da Lei nº 12.846/2013. Trata-se de acordo celebrado por empresa que praticou ato lesivo contra o Estado, mas que pretende colaborar com as investigações indicando os demais participantes do ilícito e as provas necessárias para a sua comprovação.

A própria Lei Anticorrupção já apresentava a possibilidade de o acordo de leniência ser celebrado e envolver as infrações da Lei nº 8.666/1993,²³ mas no que diz respeito ao prazo prescricional, existe uma contradição entre a nova lei e a Lei nº 12.846/2013. Para a Lei Anticorrupção, a celebração de acordo de leniência é causa de interrupção do prazo prescricional para a aplicação da sanção administrativa, mas a Nova Lei de Licitações e Contratos define o acordo como suspensão do prazo.

No conflito entre as duas leis, deverá prevalecer a lei especial que regula a matéria. Como o acordo de leniência possui toda a sua definição normativa na Lei Anticorrupção, obviamente que é dela que será extraída a melhor interpretação de seus efeitos, aplicando, assim, a interrupção do prazo prescricional a partir da homologação de eventual acordo entre a pessoa jurídica lesada e a pessoa jurídica infratora.

Afora todas essas questões de procedimento, o ápice da aproximação entre o sistema sancionatório na Lei Anticorrupção e na Nova Lei de Licitações e Contratos está no art. 159 desta última:

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da administração pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de

23 Lei Anticorrupção – “Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88” (BRASIL, 2013).

2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei (BRASIL, 2021).

Como exposto, há uma simbiose entre a Nova Lei de Licitações e Contratos e a Lei Anticorrupção. O art. 159 materializa isso ao definir a obrigatoriedade de unificação da apuração administrativa. Esse artigo supostamente viabilizaria uma coerência dentro do sistema punitivo da administração pública.

A nova lei apresenta infrações e sanções administrativas que se assemelham às definidas na Lei nº 12.846/2013, o que exige o mínimo de coerência por parte do Estado. Não são instâncias distintas que deverão analisar as condutas supostamente ilícitas identificadas em um processo licitatório ou na execução de contrato administrativo, mas sim a mesma seara do poder punitivo do Estado e pelo mesmo instrumento processual.

Renovando a análise já feita quando da exposição de comentários sobre as sanções com idêntica natureza nas duas leis, as diferentes espécies de multa, por exemplo, serão analisadas sobre os mesmos atos de licitante ou contratado que praticou infração licitatória e ato lesivo contra a administração pública. Tudo isso poderia ser analisado em processos sancionadores distintos, mas, com o art. 159, a administração pública deverá realizar a apuração num único procedimento.

A importância da unificação em relação ao processo administrativo de responsabilização é simbólica diante do aumento significativo da legislação anticorrupção no ordenamento jurídico brasileiro. Resta saber se essa simbiose vai fazer com que a administração pública consiga manter uma estrutura coerente na aplicação de medidas aflictivas contra licitantes e contratados infratores.

No art. 159, a nova lei dá, inclusive, preferência explícita ao rito procedimental e à definição da autoridade competente de acordo com a Lei nº 12.846/2013. Isso ocorre exatamente porque a Lei Anticorrupção é a norma especialmente destinada à apuração de infrações contra a administração pública.

É na Lei Anticorrupção que o processo administrativo de responsabilização, instrumento utilizado na nova lei para apuração das infrações licitatórias, e o acordo de leniência estão regulamentados, sendo instrumentos essenciais para

o sistema punitivo. Tudo isso vai propiciar maior segurança jurídica e ajudar a organizar o poder punitivo da administração pública.

O parágrafo único no art. 159 foi vetado e apresentava a possibilidade de sanções presentes na legislação dos tribunais de contas poderem estar no objeto de celebração de acordo de leniência. Isso seria confirmado com a autorização do tribunal de contas competente, mas foi vetado pelo presidente da República.

5 Conclusão

Uma análise hermenêutica da Nova Lei de Licitações e Contratos permite interpretar que a intenção do criador do direito seria a garantia de uma unicidade na análise de um mesmo conjunto fático em que estivessem presentes ilícitos relacionados ao processo de licitação e de contratação pela administração pública. Tal escopo não foi atingido e não se sabe como tais alterações legislativas serão aplicadas na prática.

Certo é que a Lei nº 14.133/2021, em seu sistema punitivo, (a) tipificou como ilícito todas as infrações do art. 5º da Lei Anticorrupção; (b) estabeleceu sanções de idêntica natureza que já eram aplicadas por autoridades administrativas, a exemplo do Tribunal de Contas e da autoridade competente na Lei Anticorrupção, com destaque para a sanção de multa; e (c) estabeleceu o mesmo instrumento processual que a Lei Anticorrupção, o Processo Administrativo de Responsabilização, para legitimar apuração e julgamento de empresas acusadas. Tudo isso sem definir quais as consequências desse emaranhado de sobreposições.

Se, de fato, segurança jurídica era a pretensão do legislador, a Nova Lei de Licitações e Contratos torna-se um verdadeiro símbolo do paradoxo normativo brasileiro.

Referências

ATALIBA, Geraldo. **Elementos de direito tributário**: notas taquigráficas do III Curso de Especialização de Direito Tributário. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

BRASIL. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992a**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992b**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei 8.443, de 16 de julho de 1992c**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 86606**. Relatora: Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em: 22 maio 2007, Diário [de] Justiça eletrônico, 72, de 3 ago. 2007.

GUIMARÃES, Francisco Xavier da Silva. **Regime Disciplinar do Servidor Público Civil da União**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998.

KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição. *In: Jurisdição Constitucional*. Tradução: Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MACHADO, Antonio Rodrigo. **Sanções e penas**: a independência entre as instâncias administrativa e jurisdicional penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

NIETO, Alejandro. **Derecho administrativo sancionador**. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

SABOYA, Keity Mara Ferreira de Souza e. **Punir e (re)punir**: uma investigação sobre a impossibilidade de acumulação de sanções penais e sanções administrativas à luz do princípio do *ne bis in idem*. 2012. Tese (Doutorado em direito). Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2012.

VIANA, Ulisses Schwarz. O confronto da jurisdição constitucional com seus limites autopoieticos: o problema do ativismo judicial alopoietico. **Revista Jurídica da Advocacia-Geral do Estado de Minas Gerais**, v.15, nº 1, jan/dez, 2018.

VITTA, Heraldo Garcia. **A sanção no direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

A arbitragem na Nova Lei de Licitações e Contratos e a contratação de bens e serviços comuns

Aristhéa Totti Silva Castelo Branco de Alencar²⁴

Carolina Zancaner Zockun²⁵

Maurício Zockun²⁶

1 Introdução: A arbitragem como meio extrajudicial de solução de litígio envolvendo a administração pública

A partir de 1996, com a edição da Lei nº 9.307 (Lei de Arbitragem), o instituto da arbitragem, como meio alternativo de solução de litígios, vem se consolidando e se consagrando como procedimento jurisdicional através da intervenção de uma ou mais pessoas (árbitros) que recebem poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem a intervenção estatal (CARMONA, 2009, p. 51).

A Lei de Arbitragem trouxe importantes inovações ao instituto no âmbito nacional, permitindo a ampliação de sua utilização e buscando tornar mais célere a solução de controvérsias instaladas entre as partes privadas, evitando, assim, longos trâmites judiciais que impactem diretamente nos ajustes celebrados.

Segundo Flávio Amaral Garcia (2019), é inegável o avanço trazido pela arbitragem no país, sendo um instrumento que concretiza a segurança jurídica,

24 Mestranda em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); especialista em direito público pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB) e em advocacia pública pelo Centro Universitário UNA; advogada da União; membra do Núcleo Especializado em Arbitragem da Advocacia-Geral da União.

25 Mestra e doutora em direito administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); pós-doutora em Democracia e Direitos Humanos pelo Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra, em Portugal; professora de direito administrativo na PUC/SP; procuradora da Fazenda Nacional; coordenadora do Grupo de Trabalho e Estudos de Compras Colaborativas da Advocacia-Geral da União (AGU); membra da Comissão Nacional de Modelos de Licitações e Contratos da AGU.

26 Mestre em direito tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); doutor e livre-docente em direito administrativo pela PUC/SP; professor de direito administrativo na PUC/SP; advogado.

porquanto permite que o conflito seja solucionado com maior celeridade, com árbitros especializados na matéria e dotados de indispensável neutralidade.

Contudo, pairavam ainda dúvidas a respeito da possibilidade de a administração pública submeter-se ao juízo arbitral. A ausência de expressa previsão legal específica que autorizasse a participação do poder público em processos arbitrais inibiu, por muitos anos, a utilização da arbitragem como meio de resolução de controvérsias por entes da administração pública, sobretudo nos contratos celebrados com base na Lei nº 8.666/1993.

Com o advento da Lei nº 13.129/2015, que implementou reformas pontuais na Lei de Arbitragem, o escopo da arbitragem doméstica foi ampliado consideravelmente, pois passou a prever, expressamente, a aplicação do instituto em litígios em que figuram como parte a administração pública direta e indireta. A alteração legislativa conferiu maior segurança jurídica para o uso do instituto pelos entes públicos, uma vez que a falta de um marco regulatório no passado foi por muito tempo considerado o maior obstáculo à utilização do juízo arbitral para dirimir conflitos envolvendo contratos pactuados pelo poder público.²⁷

Assim, as disposições dos §§1º e 2º do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 permitiram, a partir de então, a utilização da arbitragem em contratos com o poder público, em que não havia disposição legal específica, “para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996):

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

27 Durante muitos anos, o Tribunal de Contas da União afastou a possibilidade da utilização da arbitragem pela administração pública, entendendo que “o juízo arbitral é inadmissível em contratos administrativos, por falta de expressa autorização legal e por contrariedade a princípios básicos de direito público (princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, princípio da vinculação ao instrumento convocatório da licitação e a respectiva proposta vencedora, entre outros) (Decisão 286/1993, Rel. Min. Homero Santos, Plenário, sessão 15 jul. 1993, Ata 29/93). No entanto, é possível verificar uma evolução jurisprudencial da Corte de Contas que passou a permitir a arbitragem envolvendo o poder público a partir das seguintes decisões: Acórdão 1.330/2007 – Plenário, Acórdão AC-157-2-P, Plenário e Acórdão 2.145/2013 – Plenário. O referido entendimento se consolidou a partir da reforma da Lei de Arbitragem que, admitindo a utilização do instituto nos conflitos derivados de contratos administrativos, supriu e cumpriu a exigência legal posta pelo TCU.

§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações (BRASIL, 1996, grifo nosso).

Recentemente, a previsão expressa de meios alternativos de solução de controvérsias passou a constatar também da Lei Federal nº 14.133/2021 – a Nova Lei de Licitações. Além da conciliação, da mediação, do comitê de resolução de disputas, a previsão da arbitragem na lei geral de licitações reforça a tendência que já se observava em diversos diplomas legais de setores estratégicos, como, por exemplo, a Lei nº 9.472/1997 (Lei da Anatel); a Lei nº 9.478/1997 (Lei da ANP); a Lei nº 10.233/2001 (Lei da ANTT e ANTAQ); a Lei nº 10.848/2004 (Lei da Aneel); a Lei nº 11.079/2004 (Lei das PPPs), dentre outros.

Embora – no que se refere à arbitragem – a nova Lei de Licitações não tenha apresentado inovações consideráveis, trazendo dispositivos genéricos e insuficientes em vários aspectos, é evidente que sua inserção na Lei Geral visa a incentivar o emprego do instituto e respalda o administrador público que o adota para os casos adequados (TONIN, 2021).

Não obstante a referida forma de resolução de conflitos tenha sido idealizada como uma solução célere e eficaz pela via consensual, é importante destacar que o instituto da arbitragem guarda características que podem ou não ser adequadas para responder os conflitos surgidos no âmbito dos diversos contratos celebrados pela administração pública (SALLES, 2011, p. 29).

Para que a adoção da arbitragem seja uma opção viável para os contratos administrativos sob a égide da Lei Geral das Licitações, é imprescindível que os gestores públicos possam identificar os benefícios da utilização pretendida pela norma, enquanto estratégia de boas práticas contratuais (OLIVEIRA, 2021). Isso porque a opção pelos meios alternativos de solução de conflitos não está prevista na norma como obrigatória, mas como uma faculdade para a administração pública – assim como ocorre nas controvérsias entre particulares.

A tendência que se observa é o incremento e a previsão de cláusulas compromissórias em contratos administrativos mais sofisticados/complexos e de maior expressão econômica.

Mesmo no âmbito dos direitos patrimoniais disponíveis – autorizados a serem transacionados por meio da jurisdição privada –, caberá ao agente público

considerar fatos concretos do caso e do órgão específico ao qual a controvérsia será submetida (juízo arbitral ou juízo estatal). Nem sempre a celeridade, a especialização dos julgadores, a maior flexibilidade e participação das partes – atributos da arbitragem – serão fatores preponderantes buscados pelo agente público para a solução dos litígios de grande parte dos contratos públicos.

Nessa seara, entende Egon Bockmann (MOREIRA, 2020, p. 114-115) que, a despeito da cláusula da Lei de Arbitragem ser ampla, geral e irrestrita, a arbitragem é o meio legítimo para a composição de conflitos em contratos administrativos que albergam significativas complexidades técnicas – tanto em termos econômicos quanto em razão da expertise demandada –, cujos conflitos não dizem respeito a assuntos jurídicos em sentido estrito, nem questões de trato usual nas faculdades de direito. Ao contrário: o que está em jogo são outras ciências, com as quais o jurista tem pouca afinidade.

No mesmo sentido, Carlos Alberto Salles adverte que a arbitragem:

Surge como alternativa para solução de litígios relacionados, sobretudo, a contratos administrativos vinculados a determinadas estratégias de gestão da administração, incluídas na chamada Reforma do Estado. A esse propósito, a arbitragem aparece como integrante da estrutura de incentivos de determinadas modalidades contratuais, cujo funcionamento é pautado na atratividade do negócio a ser celebrado pelo particular com o Estado (SALLES, 2011, p. 109).

Partindo desse raciocínio e tentando antever os potenciais litígios decorrentes dos contratos administrativos a partir do seu objeto, é possível deduzir que nem todos são vocacionados à arbitragem.

Assim, a fim de orientar a avaliação e a motivação administrativa da conveniência da adoção da arbitragem a um determinado contrato, passa-se a elencar de forma sucinta as principais particularidades do instituto para, a seguir, adentrar propriamente no tema da presente análise: a arbitragem na Nova Lei de Licitações.

Um dos principais objetivos buscados pelas partes com a arbitragem é a exclusão da jurisdição estatal. Na tentativa de contornar o formalismo dos processos judiciais, muitas vezes demasiadamente lento, a arbitragem surge como um mecanismo mais ágil para a solução de determinadas disputas.

O afastamento da jurisdição estatal se dá, necessariamente, como a celebração da convenção de arbitragem, como prevê a Lei de Arbitragem: “Art. 3º. As partes

interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante a convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral” (BRASIL, 1996).

Convenção de arbitragem, como esclarece Luis Fernando Guerrero (2009), “é o acordo de vontades pelo qual as partes se vinculam à solução de litígios determinados ou determináveis, presentes ou futuros, por meio de juízo arbitral, sendo derogada, em relação aos mencionados litígios, a jurisdição estatal”.

Uma vez adotado o meio extrajudicial de resolução de controvérsias para o contrato administrativo, as partes devem observar a previsão contratual, em respeito ao princípio da força obrigatória dos contratos – *pacta sunt servanda*. É o efeito negativo da convenção de arbitragem.

O afastamento da jurisdição estatal, por sua vez, confere jurisdição ao árbitro ou tribunal arbitral para todas as disputas sujeitas ao seu alcance – o efeito positivo da cláusula arbitral. A celebração de uma convenção de arbitragem tem a aptidão de determinar quais questões podem ser examinadas e decididas pelo painel de julgadores, de acordo com os limites propostos, além de permitir ao tribunal decidir a respeito de sua própria jurisdição, como previsto no parágrafo único do art. 8º da Lei nº 9.307/1996.

Há de se considerar sempre o duplo caráter da convenção de arbitragem: como acordo de vontades, vincula as partes no que se refere a litígios atuais e futuros, obrigando-as reciprocamente à submissão ao juízo arbitral; como pacto processual, seus objetivos são os de derogar a jurisdição estatal, submetendo as partes à jurisdição dos árbitros (CARMONA, 2009, p. 79).

Nesse sentido, é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que entende:

Da definição do instituto [arbitragem], exsurge o **caráter híbrido da convenção de arbitragem**, na medida em que se reveste, a um só tempo, das características de obrigação contratual, representada por um compromisso livremente assumido pelas partes contratantes e do elemento jurisdicional, consistente na eleição de um árbitro, juiz de fato e de direito, cuja decisão irá produzir os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007, p. 5, grifo nosso).

Assim, caso o gestor público opte por celebrar uma convenção de arbitragem nos contratos administrativos, os litígios aos quais ela se relaciona estarão

subtraídos da apreciação do Poder Judiciário, nos exatos limites do que foi acordado. Uma vez eleito o uso da arbitragem como método de solução de disputas, este passa a ter caráter definitivo, ressalvas situações excepcionais aludidas na própria Lei nº 9.307/1996.

Outro ponto que merece atenção na tomada de decisão pelo administrador ao optar pela arbitragem é o caráter autônomo da cláusula compromissória ao pacto principal, revelado pelo art. 8º da Lei de Arbitragem: “Art. 8º. A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória” (BRASIL, 1996).

Com a função de reforçar a eficácia da cláusula compromissória, a previsão do art. 8º da Lei nº 9.307/1996, surgiu, segundo Pedro Batista Martins (2018, p. 1):

para combater os argumentos aparentemente razoáveis e adequados que mascaravam as teses daqueles que desejavam afastar os efeitos da cláusula compromissória como forma de delongar a solução da demanda apresentada. Para esse fim, bastava a alegação de algum vício no contrato que abraçava a convenção para que o pacto arbitral, de natureza acessória, fosse levado de roldão no vácuo da invalidade ou nulidade do contrato como um todo. O pseudo vício do contrato afastaria os efeitos da cláusula compromissória deslocando a questão para a justiça estatal.

Como se infere, a cláusula compromissória é independente do contrato ao qual estiver inserta e, assim, não será contagiada por vícios de nulidade, por invalidade ou mesmo inexistência do próprio contrato.²⁸ Dessa forma, a alegação de vícios no contrato não atinge diretamente a cláusula arbitral.

Dito de outro modo, o que se presume é o pleno conhecimento e a boa-fé de ambos os contratantes ao eleger a jurisdição arbitral para dirimir seus conflitos – o que não poderia ser diferente nos contratos firmados entre parte pública e privada. Após celebrada uma cláusula compromissória, por exemplo, não poderia o ente público se valer de sua supremacia contratual de forma a torná-la inválida.

28 Contudo, acrescenta Pedro Batista Martins que (2018, p. 13, grifo nosso) “o princípio da autonomia não tem, porém, o condão de imunizar por completo a cláusula compromissória dos vícios que possam macular o contrato. De fato, **existirão nulidades que por sua natureza propagarão seus efeitos, impiedosamente, sobre a cláusula arbitral. É o caso da incapacidade do agente.** Tanto é verdade que o próprio art. 8º da lei brasileira estabeleceu que o vício do contrato não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. A interpretação *a contrario sensu* nos leva a essa afirmação”.

Afastando-se um pouco da convenção de arbitragem, outro importante aspecto a ser avaliado pelo gestor no momento da opção pela arbitragem é custo. Os valores despendidos para se instaurar um procedimento arbitral podem impactar não só na decisão pela adoção do instituto, como inviabilizar a submissão do litígio ao árbitro ou a um tribunal arbitral (CRUZ, 2020, p. 177).

Diferentemente do que ocorre na jurisdição estatal em que as custas e despesas estão previstas no Código de Processo Civil, sendo regulados sua incidência (ou isenção) e a responsabilidade pelo seu pagamento em diferentes fases do procedimento, a Lei de Arbitragem alude que as partes podem dispor sobre a responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem bem como a fixação dos honorários dos árbitros (art. 11, V e VI).

Levando em consideração que a grande maioria das arbitragens público-privadas são administradas por instituições arbitrais, e o painel arbitral é composto por três árbitros, a fixação do montante a ser alocado para o pagamento das despesas da arbitragem e dos honorários do(s) árbitro(s) superam – e muito – as despesas ordinárias de um litígio processado perante a justiça estatal.²⁹

Nesse sentido, esclarece Paulo Osternack Amaral (2010), ao comentar os custos das arbitragens no Brasil:

Apesar de a experiência brasileira ainda ser incipiente em relação à arbitragem, já se pode perceber com clareza que o custo envolvido em um processo arbitral é, de regra, muito mais elevado que o processo estatal.

Na ampla maioria dos estados brasileiros, as despesas judiciais (tais como distribuição, autuação, depósito inicial, custas de oficial de justiça, preparo recursal etc.) acabam por ser ínfimas diante da remuneração dos árbitros, do secretário, da instituição arbitral que eventualmente administre o litígio etc (AMARAL, 2010, p. 341-343).

Acrescenta o autor que “o custo envolvido em uma arbitragem será um fator relevante a ser investigado – e que poderá, em determinados casos, apontar para a inviabilidade (ou não) da submissão de determinado litígio à via arbitral”, pois

29 A título de exemplo, a página eletrônica do NEA/AGU dá conta dos valores para instauração de uma arbitragem, informando que os custos podem, tranquilamente, passar de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais). Para mais dados, vide <https://www.gov.br/agu/pt-br/composicao/consultoria-geral-da-uniao-1/nucleo-especializado-em-arbitragem>. Acesso em: 28 set. 2022.

“o fato custo desvenda que somente uma pequena parcela dos litígios são vocacionados para serem submetidos à arbitragem” (AMARAL, 2010, p. 341-343).³⁰

Sobre os valores cobrados pelas instituições arbitrais, Ricardo Aprigliano (2017, 672-673) aponta que:

A maior parte das instituições estabelece tabelas com os valores das custas com a administração e com os honorários dos árbitros, atrelados aos valores em disputa. Há, portanto, parâmetros objetivos para fixação de tais cobranças. E mesmo quando não são aplicáveis tabelas com valores fixos, o critério usualmente adotado é o da remuneração por hora trabalhada, sendo que os respectivos regulamentos preveem o valor a ser pago por hora e um mínimo de horas.

As demais despesas são cobradas por seus valores efetivos. As instituições podem arrecadar na fase inicial do procedimento certas quantias para um fundo de despesas, mas efetivam a cobrança de valores gastos com serviços adicionais, como a contratação de tradutores, estenotipistas, serviços de degravação etc. O mesmo quanto aos gastos com perícia. Nesse último exemplo, em geral após o perito estimar seus honorários é que as instituições enviam as respectivas cobranças para as partes (APLIGLIANO, 2017, p. 672-673).

Curioso notar que diversas são as formas e parâmetros para o cálculo das despesas, custas e honorários em um processo arbitral, sendo que, no caso das custas e honorários, os valores serão inicialmente atrelados àqueles declarados como valores da disputa. No entanto, é certo que, ao se iniciar uma arbitragem, nem sempre é possível se prever o *quantum* será despendido.

Tratando-se de arbitragens público-privadas, em razão das limitações orçamentárias e das particularidades que cercam o contingenciamento de gastos públicos,³¹ a própria convenção de arbitragem pode prever a antecipação das custas pelo parceiro privado, mas, uma vez vencido ente público na disputa, todos os valores antecipados deverão ser reembolsados ao vencedor. Assim, a

30 No estudo promovido pela Queen Mary University of London e pela banca White & Case (2015) *2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*, 68% citaram os custos da arbitragem como uma das três piores características da arbitragem internacional.

31 Assim como ocorre na jurisdição estatal, a limitação à emissão de decisões de cunho pecuniário contra a administração pública trata-se de limitação legal que visa a proteger e organizar o orçamento público contra eventos inesperados e fora da esfera de controle do Poder Executivo.

possibilidade de adiantamento das custas e honorários pela parte privada não desincumbe a parte pública de arcar com todos os custos e honorários necessários para viabilizar a instauração de procedimento.

Como se vê, a escolha da arbitragem como método de solução de controvérsia deve ser feita de forma consciente, com conhecimento dos custos envolvidos e das limitações orçamentárias da administração pública. A decisão do ente público de incluir cláusulas compromissórias não deve nunca prescindir uma análise dos possíveis custos e ônus que serão assumidos no caso de surgir uma controvérsia.

Outra característica do procedimento arbitral que o distingue do juízo estatal e, por isso, merece especial atenção do administrador público é a irrecorribilidade da sentença arbitral proferida, consoante dispõe a Lei nº 9.307/1996: “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário.” (BRASIL, 1996).

A definitividade da sentença arbitral – com o objetivo de proporcionar celeridade ao procedimento arbitral – é, por vezes, considerada uma relevante vantagem da jurisdição privada ante o sistema recursal a que submete a sentença judicial. Na disciplina brasileira, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral decidir de maneira final, tornando mais rapidamente imunizada a decisão arbitral contra possibilidade de impugnações (SALLES, 2011, p. 56).

A partir da experiência já conhecida nas arbitragens envolvendo a administração pública nos diversos entes da federação, pode-se afirmar que a celeridade obtida por meio da ausência de recursos – e outras características da jurisdição arbitral – adequa-se fundamentalmente para algumas peculiaridades existentes nos contratos celebrados pela administração pública, nas modalidades de concessão e PPP, bem como para empreendimentos na área de infraestruturas públicas em geral e para contratos de alta complexidade técnica, cujos conflitos não possam se alongar por longos anos, sob pena de gerar prejuízo à prestação do serviço ou à operação da infraestrutura ou até inibir investimentos considerados prioritários.³²

De outra parte, em contratações de bens e serviços comuns – como se verá adiante – que demandam processos padronizados, por exemplo, a impossibilidade de

32 Nesse sentido, o Decreto nº 10.025/2019, que “dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário,

interpor recursos contra a sentença arbitral pode causar mais mal do que bem, pois a consequência direta da irrecorribilidade é a ausência de previsibilidade e de uniformidade das decisões proferidas.

Dito de outro modo, em contratações estandardizadas, o que se almeja – com base no princípio da segurança jurídica – é a adoção de decisões jurisdicionais de forma igualmente padronizada, o que só é possível alcançar com a revisão jurisprudencial a partir da métrica dos órgãos recursais, como ocorre na jurisdição estatal.³³ Nesses casos, a irrecorribilidade do laudo arbitral pode ser incompatível com a necessidade de uniformização de entendimentos jurídicos sobre temas semelhantes e repetitivos presentes na dinâmica da administração pública.

Considerando as ponderações apresentadas, é certo que a arbitragem não serve para resolução de controvérsias para todo e qualquer tipo de contrato ou até litígio contratual público (SALLES, 2011, p. 148).³⁴ A justificativa para a adoção da arbitragem é sempre necessária (MAROLLA, 2016, p. 143) e a opção do administrador pelo instituto só será válida e legítima se a matéria tiver aptidão para ser solucionada pela via arbitral (ESTEFAM, 2017, p. 108).

A simples disponibilidade do direito – critério geral que permite aos particulares se valerem da arbitragem como resolução de conflitos –, por si só, não será suficiente para delimitar as matérias passíveis de arbitragem no âmbito da administração pública. Caberá ao administrador avaliar, com base nas características

ferroviário, aquaviário e aeroportuário, estabelece as hipóteses nas quais a administração pública federal deve optar pela arbitragem, preferencialmente:” [...]

Art. 6º Na hipótese de ausência de cláusula compromissória, a administração pública federal, para decidir sobre a celebração do compromisso arbitral, avaliará previamente as vantagens e as desvantagens da arbitragem no caso concreto.

§ 1º Será dada preferência à arbitragem:

I – nas hipóteses em que a divergência esteja fundamentada em aspectos eminentemente técnicos; e

II – sempre que a demora na solução definitiva do litígio possa:

a) gerar prejuízo à prestação adequada do serviço ou à operação da infraestrutura; ou

b) inibir investimentos considerados prioritários” [...] (BRASIL, 2019, grifo nosso).

33 Código de Processo Civil – “Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente” (BRASIL, 2015).

34 Nesse sentido, assevera Carlos Alberto Salles que a arbitragem não se apresenta “como um remédio para todas as situações de conflito nas quais a administração se veja envolvida”. É sim possível “esse instrumento vir a ser útil em determinados contextos, sobretudo em matéria contratual, e, muito especialmente, naqueles casos em que se pretenda atrair recursos privados para atividades do Estado, situações nas quais a solução arbitral pode representar garantia de uma solução adequada para eventuais controvérsias que possam surgir” (SALLES, 2011, p. 148).

do procedimento, os parâmetros definidos como essenciais para a celebração de compromisso arbitral de acordo com a complexidade e especificidades do caso que demandariam celeridade e alta expertise por parte dos julgadores.

2 A arbitragem na Lei de Licitações

No que concerne à previsão da arbitragem na nova Lei de Licitações, o Capítulo XII do diploma legal reproduz os dispositivos, de maneira geral, que tratam dos instrumentos tradicionais de autocomposição e heterocomposição utilizados na esfera privada e já previstos em outras regulamentações administrativas.

A possibilidade de resolução de disputas no campo da arbitragem na Lei nº 14.133/2021, embora não seja em si uma inovação – já que diversos contratos públicos já previam cláusula compromissória com fundamento no art. 54 da antiga Lei de Licitações –, confirmou o entendimento de que “[a] administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (art. 1º, §1º) (BRASIL, 1996).

O art. 151 prescreve que “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” (BRASIL, 2021).

No que diz respeito à arbitrabilidade objetiva das disputas envolvendo o poder público, a nova Lei de Licitações também se alinha à prática arbitral já consolidada e traz, no parágrafo único do art. 151, um rol exemplificativo de hipóteses de litígios relacionados às licitações que devem versar sobre direitos patrimoniais disponíveis, como questões relacionadas “ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações” (BRASIL, 2021).

Quanto à primeira hipótese, pode-se entender o cabimento da arbitragem para a discussão das cláusulas financeiras do contrato referentes ao preço e aos critérios de ajustamento, com vista a recompor o equilíbrio econômico-financeiro. As causas de inadimplemento contratual também foram previstas como passíveis de apreciação pela jurisdição privada, independentemente do causador da infração contratual. A lei ainda prevê a opção pelo instituto para

os contratos administrativos visando ao cálculo de indenização – como já previa o art. 10-B da Lei nº 13.867/2019, nos casos de desapropriação por utilidade pública.

Importante consignar que norma geral apresenta apenas as matérias que eventualmente poderão ser dirimidas por meio da arbitragem, não se vislumbrando qualquer intenção do legislador em delimitar quais litígios ou contratos seriam mais apropriados para o referido método de resolução de controvérsia. A escolha legislativa apenas confirma o caráter facultativo e discricionário da utilização desses métodos.

No cenário das licitações e contratações públicas, certamente a adequabilidade ou não do mecanismo de resolução de conflito – e aqui incluem-se os demais meios listados no art. 151 da Lei Geral – irá variar conforme o objeto do contrato, o tipo e o prazo de duração do ajuste, o nível de litigiosidade das partes contratantes, a complexidade das questões técnicas, dentre outros. Como já mencionado, sempre caberá ao administrador, em momento anterior à celebração do contrato, avaliar a viabilidade, sob a ótica do interesse público, da solução não estatal para eventuais controvérsias relacionadas àquele ajuste.

Para além disso, o legislador fez questão de prever, em seu art. 152, que o procedimento arbitral que envolva contratações públicas sob a égide da nova Lei de Licitações deverá ser sempre de direito e observará as diretrizes do princípio da publicidade. A referida disposição vai ao encontro do que prevê a Lei nº 9.703/1996, após sua reforma em 2015: “[a] arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade” (art. 2º § 3º) (BRASIL, 1996), que afasta a possibilidade de julgamento por equidade e a confidencialidade normalmente prevista em arbitragens entre privados e prevista nos regulamentos das principais câmaras arbitrais.

Por sua vez, o art. 153 estabelece que os contratos celebrados sem cláusula compromissória poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de solução de conflitos. A iniciativa do aditamento poderá partir de pedido do contratado ou de ofício pela administração pública, mediante concordância do particular. Ademais, as modificações deverão sempre ser justificadas pela autoridade competente no processo administrativo, assim como qualquer aditamento contratual (TONIN, 2021).

Finalmente, o art. 154, no que toca à arbitragem, dispõe que o processo de escolha dos árbitros e dos colegiados arbitrais observará critérios isonômicos,

técnicos e transparentes disciplinados pela administração pública no âmbito de seus processos administrativos.

Como se vê, a Lei nº 14.133/2021 pouco inovou na regulamentação do uso da arbitragem para os contratos por ela regidos, na medida em que apenas repetiu o regramento já previsto na Lei nº 9.307/1996. A identificação correta dos contratos adequados para o aludido mecanismo, bem como os conflitos oriundos dessas relações contratuais deverá ser buscada pelo agente público sempre com vista ao atendimento do interesse público.

De qualquer forma, sempre será necessário justificar, sob a perspectiva da administração pública, as vantagens desse método de solução de disputas, de maneira a legitimar a possibilidade legislativa de sua utilização, bem como a decisão do agente público de aplicá-la em um determinado contrato.

Não é por demais destacar que a opção pela via arbitral pela administração pública deve ser devidamente motivada, ponderando, sobretudo, se o valor e a complexidade da relação jurídica contratual justificam a utilização de meio alternativo e privado de resolução de controvérsias, afastando, pois, a natural utilização da jurisdição estatal, gratuita para a administração pública e perante a qual ela possui prerrogativas em sua atuação.

3 Potenciais dificuldades relacionadas à adoção da arbitragem nos contratos administrativos comuns

3.1 Bens e serviços comuns

Conforme o art. 6º, XIII, da Lei nº 14.133/2021, bens e serviços comuns são “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado” (BRASIL, 2021).

Os bens comuns são denominados “bens de prateleira”, ou seja, aqueles que se encontram habitualmente no mercado, sendo obtidos, via de regra, sem qualquer dificuldade pelos adquirentes. Os serviços comuns são aqueles que possuem características análogas aos dos bens comuns, estando, pois, à disposição dos consumidores de forma standardizada.

A aquisição desses bens e serviços comuns está sempre vinculada ao menor preço (ou maior desconto, que, na realidade, acaba por refletir mesmo o menor preço), conforme art. 6º, XLI, da novel legislação.

Nessa seara, calha transcrever o entendimento de Marçal Justen Filho, para quem o traço caracterizador de um objeto comum é “aquele disponível no mercado, que não apresenta variações significativas de qualidade. Mais precisamente, o objeto comum destina-se a atender necessidades comuns da administração, de modo que pequenas variações de qualidade se tornam irrelevantes” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 443).

É interessante notar que a Lei nº 14.133/2021 admite também a existência de serviços comuns de engenharia. Esses são definidos como “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” (BRASIL, 2021).

Em síntese, objetos comuns são objetos padronizados.

Em contraposição à noção de bens e serviços comuns, a lei traz, no art. 6º, XIV, as figuras dos “bens e serviços especiais” conceituados como aqueles que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não podem ser definidos como comuns, exigida justificativa prévia do contratante demonstrando tal condição.

Veja que a lei não fala apenas em heterogeneidade ou complexidade, mas em alta heterogeneidade e complexidade, o que nos leva à conclusão de que objetos de complexidade moderada podem ser também considerados objetos comuns.

Joel Menezes Niebuhr (2019), crítico à definição de bens e serviços especiais, explana que um objeto comum pode ser também complexo. Diz o professor:

Comum é algo que se faz com frequência, de maneira usual. É possível que se faça com frequência algo complexo. Se o complexo é realizado com frequência, ele passa a ser, além de complexo, comum. **As ideias de complexo e comum não são excludentes.** Isso significa que o objeto, ainda que guarde complexidade técnica, pode ser qualificado como comum e ser licitado por meio do pregão. A avaliação depende de cada caso, mas não se pode excluir de antemão o pregão apenas porque o bem ou serviço objeto da licitação revela complexidade (NIEBUHR, 2019, grifo nosso).

Embora assista razão ao autor, fato é que a lei atrelou as características de *alta* heterogeneidade e complexidade aos bens e serviços especiais, apartando-os dos bens e serviços comuns.

É óbvio que o objeto jurídico identificado pela expressão “alta heterogeneidade e complexidade” não tem precisão matemática; ao contrário, é fluído e vago, com uma “zona de certeza positiva”, outra “negativa”, bem como uma “zona de penumbra”.

Nessa seara, calha citar a tão consagrada metáfora da lavra de Genaro Carrió (1990, p. 34),³⁵ para quem:

Há um foco de intensidade luminosa onde se agrupam os exemplos típicos, frente aos quais não se duvida que a palavra seja aplicável. Há uma imediata zona de obscuridade circundante abrangendo todos os casos em que não se duvida que não se aplique a palavra. O trânsito de uma zona à outra é gradual; entre a total luminosidade e a obscuridade total há uma zona de penumbra sem limites precisos. Paradoxalmente ela não começa nem termina em qualquer parte e, sem embargo, existe (tradução nossa).

Entretanto, como bem acentuou Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 22-26), os conceitos vagos (tal como “alta heterogeneidade” e “complexidade”) padecem de indeterminação nas previsões abstratas, mas, no caso concreto, assumem muito mais consistência.

É certo que nem sempre haverá possibilidade de determinar precisamente um único sentido ao conteúdo de um conceito veiculado em palavras. Nesse caso, estar-se-á diante daquilo que Genaro Carrió denominou de “zona de penumbra”.

De qualquer forma, como sempre é possível a construção de um conteúdo mínimo da significação do conceito, nos ateremos ao estudo da “zona de certeza positiva” e da “zona de certeza negativa” dos “bens e serviços comuns”.

Indubitavelmente, algumas controvérsias irão surgir, mas não há como negar que a própria lei, ao exigir justificativa apenas para a caracterização de bem

35 No original: “Hay un foco de intensidad luminosa donde se agrupan los ejemplos típicos, aquellos frente a los cuales no se duda que la palabra es aplicable. Hay una mediata zona de oscuridad donde caen todos los casos en los que no se duda que no es. El tránsito de una zona a otra es gradual; entre la total luminosidad y la oscuridad total hay una zona de penumbra sin límites precisos. Paradójicamente ella no empieza ni termina en ninguna parte, y sin embargo existe” (CARRIÓ, 1990, p. 34).

ou serviço como especial, dispõe que os objetos adquiridos pela administração pública devem ser, via de regra, comuns.

A generalidade das contratações públicas envolve bens ou serviços comuns, o que nos leva à conclusão de que a contratação de bens e serviços especiais é exceção e deve, portanto, ser devidamente justificada pela autoridade.

De toda a sorte, quanto à designação de um bem ou serviço como comum, a Orientação Normativa da Advocacia-Geral da União nº 54/2014 prescreve que:

Compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável (ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO, 2014).

Dessa forma, o gestor é quem determina se o bem ou o serviço reveste-se da natureza de “comum” e, a partir dessa decisão, o órgão de assessoria jurídica examina qual a modalidade licitatória cabível para o caso apresentado.

3.2 Da modalidade pregão

O pregão é a modalidade de licitação que a Lei nº 14.133/2021 elegeu como obrigatória à contratação de bens e serviços comuns.

O pregão é definido no art. 6º, XLI, da Lei nº 14.133/2021, como a “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto” (BRASIL, 2021).

Como alerta Alyne Gonzaga de Souza: “A importância do conceito de bens e serviços comuns reside na correta definição do campo do uso do pregão, conforme apontam os artigos 6º, XLI, e 29³⁶ da lei em referência”.

36 “Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado. Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do *caput* do art. 6º desta Lei” (BRASIL, 2021).

Pois bem, com relação ao pregão, pode-se dizer que a padronização abrange todos os seus aspectos: o objeto licitado,³⁷ o rito procedimental,³⁸ as minutas previamente elaboradas pela assessoria jurídica,³⁹ as sanções a serem aplicadas, etc.⁴⁰

Vê-se, dessa forma, que inexistente qualquer margem de liberdade quando se tratar de bens e serviços comuns, já que todo o seu processo de contratação está estritamente regulado pela legislação de regência.

Aliás, em relação aos próprios contratos, independentemente do objeto a ser adquirido, há uma uniformização contratual, já que as suas cláusulas seguem as minutas-padrão elaboradas e atualizadas pelo órgão de assessoria jurídica.

37 Como visto, o objeto deverá ser sempre um bem ou um serviço comum.

38 O rito procedimental está previsto no art. 17, combinado com o art. 29, ambos da Lei nº 14.133/2021, que dispõem:

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

I – preparatória;

II – de divulgação do edital de licitação;

III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV – de julgamento;

V – de habilitação;

VI – recursal;

VII – de homologação” (BRASIL, 2021).

“Art. 29. A concorrência e o **pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17** desta lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado” (BRASIL, 2021, grifo nosso).

39 A necessidade de padronização por meio de minutas está contemplada nos artigos 19, IV, e 25, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, nos seguintes termos:

“Art. 19. Os órgãos da administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos **deverão**: [...]

IV – instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, **modelos de minutas de editais**, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos (BRASIL, 2021, grifo nosso).

40 Veja que a padronização atinge também as penalidades envolvidas, conforme art. 25, *caput* e § 1º, da Lei nº 14.133/2021:

“Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às **penalidades da licitação**, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

§ 1º Sempre que o objeto permitir, a administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes” (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Não foi por outra razão que a novel legislação, no art. 25, § 1º, determinou que: “Art. 25. [...] § 1º Sempre que o objeto permitir, a administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.” (BRASIL, 2021)

No caso de bens e serviços comuns, inclusive os serviços comuns de engenharia, essa padronização será sempre permitida e – mais até – necessária.

Diz-se necessária porque a Lei nº 14.133/2021, em seu art. 19, IV, determina a obrigatoriedade de criação de modelos de minutas de editais, termos de referência, contratos padronizados e outros documentos. Vejamos o teor desse dispositivo:

Art. 19. Os órgãos da administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos **deverão**:

[...]

IV – instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Isso significa que a necessidade de padronização, especialmente para bens e serviços comuns, é cogente, cabendo ao gestor utilizar as mesmas regras, as mesmas cláusulas e o mesmo procedimento para todos os seus respectivos contratos.

Na esfera federal, essa padronização de editais e demais instrumentos é feita pela Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos – CNMLC, instituída pela Portaria CGU nº 3, de 14 de junho de 2019.

Assim, há obrigatoriedade de serem seguidas as minutas-padrão, obtendo-se, dessa forma, soluções idênticas para objetos standardizados.

Dito isso, vejamos se haveria a possibilidade do uso da arbitragem nesses processos padronizados de contratação de bens e serviços comuns.

3.3 A arbitragem e as contratações de bens e serviços comuns

A Lei nº 14.133/2021 – como já dito – facultou o uso da arbitragem para os contratos administrativos, sem qualquer restrição no que tange ao objeto da contratação. Limitou-se a estabelecer que as controvérsias submetidas à arbitragem

e a outros meios alternativos de resolução de disputa deverão ser relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, elencando, de forma exemplificativa, questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Nada discorreu sobre quais tipos de contratos (oriundos de pregão ou outras modalidades) poderiam prever cláusulas compromissórias ou, futuramente, a instituição de arbitragem.

Dessa forma, poder-se-ia alegar a existência de ampla discricionariedade na fixação da arbitragem para quaisquer contratos, até porque a lei faz uso da seguinte locução “nas contratações regidas por esta lei, **poderão** ser utilizados [...]” (BRASIL, 2021, grifo nosso).

O uso do verbo “poderão” dá a entender que existe uma liberdade (discricionariedade), não apenas no que tange à eleição de um método dentre os alternativos de solução de controvérsias, mas na própria possibilidade de se utilizar (ou não) dos aludidos meios.

A discricionariedade, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 48, grifo nosso), é a

margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da **liberdade conferida no mandamento**, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

De fato, a discricionariedade em abstrato pode decorrer do “comando da norma, quando nele se houver aberto, para o agente público, alternativas de conduta” (BANDEIRA DE MELLO, 2007, p. 19).

No caso *sub examine*, a discricionariedade encontra-se justamente na liberdade conferida no mandamento da norma, já que, como visto, o art. 151 utiliza-se do vocábulo “poderão”, demonstrando haver uma faculdade na utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias.

Assim, em termos abstratos, é inegável a existência de uma margem de liberdade para o gestor no que tange à utilização dos tais métodos alternativos de resolução de conflitos.

Entretanto, essa margem de liberdade (discricionariedade) existente na norma pode deixar de existir no caso concreto.

Lembre-se: discricionariedade não é arbitrariedade. “Discricionariedade é liberdade de agir dentro dos limites legais; arbitrariedade é ação fora ou excedente da lei, com abuso ou desvio de poder” (MEIRELLES, 2010, p. 173).

No mesmo sentido, Tomás Hutchinson (2005, p. 317) adverte:

Discrecionalidad no significa ‘libertad de elección’. La Administración no elige libremente una opción determinada, ya que, como poder en todo momento dirigido por el derecho, debe orientarse según los parámetros establecidos en la ley y en su mandato de actualización, ponderándolos autónomamente en el marco de la habilitación actuada. Estos parámetros están constituidos, en primer lugar, por los objetivos o fines deducibles de la programación contenida en la ley y que, en ocasiones – sobre todo cuando se trata de normas de programación final –, se recogen expresamente en aquella en forma de directrices par el ejercicio del poder discrecional atribuido. A estos parámetros se unen los de la Constitución, en particular los derechos fundamentales y los principios de proporcionalidad y de igualdad.

Assim, deve-se analisar qual o sentido, o conteúdo e o alcance do art. 151 da Lei nº 14.133/2021.

Dessa forma, em que pese o dispositivo aparentemente estar aberto à utilização em qualquer hipótese de contratação, relativamente às contratações de bens e serviços comuns, há que se analisar todo o contexto em que se apresenta o instituto da arbitragem.

Como já foi dito, quando se trata de arbitragem, busca-se, em princípio, uma solução técnica e específica para problemas complexos que não encontram paralelo ou similaridade com outros casos. Assim, a arbitragem envolve situações não padronizadas, cujos aspectos demandam uma análise singularizada.

Cada caso pode – e deve – receber uma solução diferente, pois o que se intenta com a arbitragem é uma visão específica sobre uma dada contenda. Acresça-se a isso o fato de que as câmaras arbitrais possuem diferentes composições, com

árbitros especializados em temas diversos (direito marítimo, direito aeronáutico, direito empresarial internacional, etc.), o que, obviamente, resulta em decisões muito díspares, conforme a escolha dos árbitros pelas partes.^{41 42}

Vê-se, dessa forma, que a arbitragem é instituto antitético ao da padronização, uniformização e standardização. A utilização da arbitragem envolve diversos aspectos a serem sopesados e, independentemente do objeto da contratação em si, o caminho da arbitragem passa pela ponderação de atender ou não ao interesse público em termos de custos, benefícios, competências e outros fatores relevantes que podem influenciar na decisão do gestor.

Em síntese, o uso da arbitragem demanda demonstração de que ela é a melhor alternativa dentre as outras soluções possíveis, incluindo a Justiça Comum e a possibilidade de autocomposição.

Como já mencionado, a arbitragem busca a singularização, ao passo que as contratações de bens e serviços comuns visam exatamente ao oposto: a padronização dos procedimentos e soluções que envolvem tais objetos.

Em se tratando de compras, o art. 40, V, da Lei nº 14.133/2021, especificamente determina: “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” (BRASIL, 2021, grifo nosso).

O princípio da padronização a que alude o dispositivo não é apenas com relação às aquisições em si, mas congrega todos os procedimentos, inclusive os decisórios, que circundam as contratações de bens e serviços comuns.

Assim, a padronização almejada diz respeito a todos os aspectos desse tipo de contratação, já que – como visto – não é desejável que os contratos rotineiros da administração pública recebam tratamentos díspares.

41 Quanto à escolha dos árbitros, Celso Antônio Bandeira de Mello (2021, p. 912) leciona que “nas arbitragens que tenham por objeto questão relacionada a direitos disponíveis relacionados à administração pública os profissionais aptos a atuar como árbitros deverão ser sorteados dentre aqueles capazes de apreciar a questão em debate”.

42 A Portaria Normativa AGU nº 42, de 7 de março de 2022, estabeleceu critérios para a escolha de árbitros em procedimentos arbitrais em que a União seja parte. Além de colocar critérios para a nomeação de árbitros pela União, também expôs os requisitos mínimos para que uma pessoa possa exercer a função de árbitro em procedimentos arbitrais de que faça parte a União.

O interesse público caminha, portanto, para que as decisões sejam no mesmo sentido, observando-se apenas eventuais peculiaridades do caso concreto.

O mesmo entendimento se aplica à contratação de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra – os denominados contratos de terceirização – em que a necessidade de observância de ritos e decisões uniformes é ainda mais premente.

Com efeito, tais contratos trazem questões de natureza trabalhistas que, por serem matéria de ordem pública, só podem ter suas controvérsias, quando estiverem em discussão direitos dos terceirizados, submetidas à Justiça do Trabalho.

De fato, os contratos de terceirização subordinam-se a acordos coletivos, convenções coletivas, súmulas trabalhistas e outras regulamentações específicas dessa seara.

A eventual submissão de contratos de terceirização à arbitragem, para além de antieconômica, é, em regra, ilegal, na medida em que não se traduz como a melhor solução ao caso concreto e pode vir a usurpar competência da Justiça Laboral.

Aliás, tal observação é aplicável a qualquer contrato que tenha como objeto bens e serviços comuns, já que a sua própria natureza é vocacionada – como buscamos demonstrar – a uma intensa padronização, noção antitética, pois, à relação instaurada pela arbitragem.

Daí porque a discricionariedade prevista na norma do art. 151 da Lei nº 14.133/2021, deixa de existir nos casos em que as contratações versarem sobre bens e serviços comuns, sendo inaplicável o uso da arbitragem nessas hipóteses.

Valemo-nos, novamente, dos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello (2007, p. 44):

Donde – e é este o ponto a que se quis chegar ao cabo de tudo que foi exposto – em quaisquer outros casos nos quais a mente humana possa acordar em que diante do caso concreto uma só conduta era razoavelmente admissível para satisfazer a finalidade legal, só ela poderá ser validamente adotada, nada importando que a norma haja conferido liberdade para o administrador praticar o ato tal ou qual, pois se a lei exige a adoção da providência ótima, não basta que seja apenas uma dentre as abstratamente comportadas nela.

O que se quer dizer é que a discricionariedade residente no art. 151 da Lei nº 14.133/2021 já vem conformada pelo próprio sistema de contratações públicas, que identifica as situações em que a padronização é imperiosa.

Em outras palavras: quando o dispositivo estabelece que “Nas contratações regidas por esta lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias” (BRASIL, 2021) a inteligência a ser feita, com base no sistema jurídico de contratações públicas instituído, é a de que poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias apenas nas hipóteses em que esses métodos sejam compatíveis com a contratação realizada.

Pensemos na seguinte situação: um contrato de terceirização de serviços de limpeza, cuja contratação, por imperativo legal, foi realizada na modalidade pregão. A empresa terceirizada está discutindo uma questão de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato por aumento de determinado insumo. Nesse caso, tendo em vista que a demanda versa sobre direito patrimonial disponível, caberia a utilização da arbitragem?

Uma resposta apressada seria: como se trata de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a utilização da arbitragem é possível, nos termos do parágrafo único do art. 151 da lei de regência.

Entretanto, tal conclusão se sustentaria apenas diante de uma interpretação gramatical, mas jamais de uma interpretação sistemática.

Conforme leciona Tércio Sampaio Ferraz Jr. (2001, p. 284-285), “a letra da norma é apenas o ponto de partida da atividade de interpretação, mas não pode ser o único método hermenêutico utilizado pelo intérprete”.

Assim, muito mais importante do que cumprir gramaticalmente o prescrito em lei, é atender sua finalidade, o seu espírito, a razão pela qual ela foi instituída. Só assim é que verdadeiramente se atende à lei.

A interpretação sistemática é a técnica que considera o sistema no qual se insere a norma, relacionando-a com outras normas atinentes ao mesmo objeto. É uma técnica de exposição de atos normativos em que o hermeneuta relaciona umas normas a outras até encontrar-lhes o sentido e o alcance. Saliente-se que uma das empreitadas da ciência jurídica consiste em, exatamente, delimitar as conexões sistemáticas entre as normas (DINIZ, 1998, p. 889).

Aliás, para Juarez Freitas (2002, p. 73-74), a interpretação sistemática é o processo hermenêutico por excelência. Assim, ou se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou haverá perda substancial no seu conteúdo. Logo, o autor afirma, com os devidos temperamentos, que “a interpretação jurídica é a sistemática ou não é interpretação” (FREITAS, 2002, p. 73-74).

Deveras, a interpretação sistemática é o meio pelo qual se pode vislumbrar o sentido, conteúdo e alcance das prescrições normativas. Uma vez que as prescrições fazem parte de um plexo (sistema), este somente pode ser corretamente compreendido se for percebido em sua inteireza, relacionando as normas entre si.

Pois bem, retornando ao caso *sub examine*, a interpretação sistemática nos leva à conclusão de que contratações oriundas da modalidade pregão não podem se submeter à arbitragem, independentemente da lide envolvida.

E isso porque, conforme buscamos demonstrar, os princípios da padronização e da economicidade admitem, como única solução, a utilização da via judicial para resolução das contendas surgidas em tais contratos.

Logo, ainda que a demanda verse sobre reequilíbrio econômico-financeiro, o contrato de serviço de limpeza não poderá conter cláusula compromissória ou compromisso arbitral.

Outrossim e por decorrência de todo o exposto, os contratos oriundos da modalidade pregão não poderão ser aditados para incluir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias, como preconiza o art. 153⁴³ da Lei nº 14.133/2021.

A mesma leitura do vocábulo “poderão” do art. 151 se estende ao art. 153 da novel legislação, ou seja, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias se tais métodos se apresentarem, de fato, compatíveis com as características de determinado tipo de contratação.

Assim, verifica-se, *a priori*, uma incompatibilidade da adoção do instituto da arbitragem para resolução de eventuais conflitos relacionados a contratos administrativos cujo objeto refere-se a bens e serviços comuns, de forma a prestigiar a padronização dos procedimentos e soluções que envolvem tais objetos.

43 “Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias” (BRASIL, 2021).

4 Conclusão

Ante o exposto, conclui-se que: (a) a Lei nº 14.133/2021, nos arts. 151 a 154, possibilitou a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsia aos contratos administrativos sob sua regência; (b) a opção pela arbitragem não está prevista na norma como obrigatória, mas como uma faculdade para a administração e não serve para resolução de controvérsias para todo e qualquer tipo de contrato ou até litígio contratual público; (c) a arbitragem é instituto antitético ao da padronização, uniformização e estandardização, não cabendo, assim, para contratações de bens e serviços comuns, tampouco para contratos de terceirização; (d) caberá ao administrador avaliar, com base nas características do procedimento, os parâmetros definidos como essenciais para a celebração de compromisso arbitral de acordo com a complexidade e especificidades do caso que demandariam celeridade e alta expertise por parte dos julgadores; e (e) a justificativa para a adoção da arbitragem é sempre necessária, e a opção do administrador pelo instituto só será válida e legítima quando atender ao interesse público em termos de custos, benefícios, competências e outros fatores relevantes que podem influenciar na decisão do gestor.

Referências

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. **Orientação Normativa AGU Nº 54, de 25 de abril de 2014.** Compete ao agente ou setor técnico da administração declarar que o objeto licitatório é de natureza comum para efeito de utilização da modalidade pregão e definir se o objeto corresponde a obra ou serviço de engenharia, sendo atribuição do órgão jurídico analisar o devido enquadramento da modalidade licitatória aplicável. Disponível em: <<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:advocacia.geral.uniao:orientacao.normativa:2014-04-25;54#:~:text=%22COMPETE%20AO%20AGENTE%20OU%20SETOR,DEVIDO%20ENQUADRAMENTO%20DA%20MODALIDADE%20LICITAT%C3%93RIA>>. Acesso em: 9 dez. 2021.

AMARAL, Paulo Osternack. Vantagens, desvantagens e peculiaridades envolvendo a arbitragem com o poder público. *In*: TALAMINI, Eduardo; PEREIRA, César Augusto Guimarães (coord.). **Arbitragem e Poder Público.** São Paulo: Saraiva, 2010.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. Atlas, São Paulo, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 35. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

BRASIL. **Decreto nº 10.025, de 20 de setembro de 2019**. Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, e regulamenta o inciso XVI do *caput* do art. 35 da Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, o § 1º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 5 de junho de 2013, e o § 5º do art. 31 da Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D10025.htm. Acesso em: 9 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 9 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 9 dez. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 9 dez. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 606.345-RS (2003/0205290-5)**. Processo Civil. Juízo Arbitral. Cláusula Compromissória. Extinção do Processo. Art. 267, VII, do CPC. Sociedade de Economia Mista. Direitos disponíveis. Relator: Min. João Otávio Noronha; Recorrente: AES Uruguaiana Empreendimentos Ltda. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica CEEE. DJ: 8/6/2007. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/300941/mod_resource/content/1/STJ%20REsp%20

612.439_RS%20-%20Caso%20AES%20Uruguaiana%20-%20Voto%20Min.%20Jo%C3%A3o%20Ot%C3%A1vio%20de%20Noronha.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/1996**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARRIÓ, Genaro. **Notas sobre derecho y lenguaje**. Buenos Aires: Editora Abeledo-Perrot, 1990.

CRUZ, Elisa Schmidlin. A dinâmica de custeio das arbitragens público-privadas institucionais: compartilhamento de despesas e incentivos de cooperação. *In*: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1998.

ESTEFAM, Felipe Faiwichow. **Arbitragem e administração pública: a estruturação da cláusula arbitral em face do regime jurídico-administrativo**. 2017. Tese (Doutorado em direito). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão e dominação**. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GARCIA, Flávio Amaral. A arbitragem na administração pública estadual e o Decreto do Rio de Janeiro. **Revista Eletrônica OAB/RJ**. Edição Especial de Infraestrutura, 2019. Disponível em: <<https://revistaeletronica.oabrj.org.br/wp-content/uploads/2019/12/CIDE-LIVRO-COMPLETO.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2020.

GUERRERO, Luis Fernando. **Convenção de arbitragem e processo arbitral**. São Paulo: Atlas, 2009. E-book Kindle.

HUTCHINSON, Tomás. Principio de legalidad. Discrecionalidad y arbitrariedad. **Revista Jurídica de Buenos Aires**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot – LexisNexis, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da administração pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARTINS, Pedro Batista. **Autonomia da cláusula compromissória**. 2018. Batista Martins Advogados. Disponível em: <<http://batistamartins.com/wp-content/uploads/kalins-pdf/singles/autonomia-da-clausula-compromissoria.pdf>>. Acesso em: 9 dez. 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Arbitragem e PPPs. In: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann; CRUZ, Elisa Schmidlin. **Direito administrativo e alternative dispute resolution: arbitragem, dispute board, mediação e negociação**. Com comentários à legislação do Rio de Janeiro, São Paulo e União sobre arbitragem e mediação em contratos administrativos e desapropriações. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NIEBURH, Joel Menezes. **A proibição contida no Decreto federal 10.024/2019**. Sollicita, 14 de outubro de 2019. Todos os direitos reservados. Disponível em: <https://sollicita.com.br/Noticia/?p_idNoticia=15508>. Acesso em: 9 dez. 2021.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Quem tem medo da solução negociada e de conflitos da nova lei de licitações?** 13.06.2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-13/publico-pragmatico-governo-digital-caminhar-maos-dadas-rumo-transformacao-digital>>. Acesso em: 29 set. 2021.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; WHITE & CASE. **2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration**. Disponível em: <https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf>. Acesso em: 15 dez. 2021.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SOUZA, Alyne Gonzaga de. Comentários ao art. 6º, XIII. In: SARAI, L. (org). **Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/21 comentada por advogados públicos**. Salvador: Juspodivm, 2021.

TONIN, Maurício Morais. **A solução de conflitos na nova lei de licitações e contratos administrativos**. 23.03.2021. LinkedIn: @Maurício Morais Tonin. Disponível em: <<https://www.linkedin.com/pulse/solu%C3%A7%C3%A3o-de-conflitos-na-nova-lei-licita%C3%A7%C3%B5es-e-mauricio-morais-tonin/?originalSubdomain=pt>>. Acesso em: 2 set. 2021.

Meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias positivados na Lei nº 14.133/2021

Bruno Gofman⁴⁴
Edgar Guimarães⁴⁵
Paulo Kammers⁴⁶

1 Introdução

Por muito tempo, perdurou a discussão acerca da possibilidade de adoção de meios alternativos de prevenção e resolução de conflitos para solucionar as controvérsias que envolviam a administração pública, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público. Mesmo com o advento da Lei nº 9.307/1996, que regulamentou a arbitragem no ordenamento pátrio, a divergência persistiu.

Em virtude dos resultados exitosos, somados à morosidade do Poder Judiciário na resolução de conflitos nas causas relacionadas ao Estado, houve franca expansão na utilização desses mecanismos alternativos.

A mesma tendência foi observada em relação à administração pública, quando, por exemplo, a Lei nº 11.079/2004, que instituiu normas gerais para licitação e

44 Advogado; sócio do escritório Edgar Guimarães & Advogados; mestre em Ciências Jurídicas na Universidade Estadual do Norte do Paraná; especialista em direito administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar; membro das Comissões de Gestão Pública, Transparência e Controle da Administração e Infraestrutura e Desenvolvimento Sustentável – Ordem dos Advogados do Brasil – PR; membro do Instituto Paranaense de Direito Administrativo; professor de direito empresarial e direito administrativo da Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP/PR).

45 Advogado; pós-doutor em direito pela Università del Salento (Itália); doutor e mestre em direito administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); bacharel em ciências econômicas pela Fundação de Estudos Sociais do Paraná (FESP/PR); professor de licitação no curso de pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR); consultor jurídico (aposentado) do Tribunal de Contas do Estado do Paraná; 2º vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo; membro do Instituto dos Advogados do Paraná. Árbitro da Câmara de Arbitragem e Mediação da FIEP/PR; ex-conselheiro da OAB/PR. Autor de livros e artigos jurídicos.

46 Advogado integrante do escritório Edgar Guimarães & Advogados; especializando em direito tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários; coautor de artigos jurídicos.

contratação de parcerias público-privadas, previu a faculdade de adoção de instrumentos privados de resolução de disputas. Por sua vez, a Lei nº 8.987/1995 também foi modificada, permitindo a adoção de instrumentos alternativos de resolução de conflitos nos contratos de concessão.

Em 2015, houve a promulgação da Lei nº 13.129, que alterou a Lei de Arbitragem e passou a prever expressamente a possibilidade de utilização desse mecanismo nas disputas que dizem respeito aos direitos patrimoniais disponíveis da administração pública direta e indireta.

Finalmente, em 2021, entrou em vigor a Lei nº 14.133, que estabelece as normas gerais de licitações e contratos no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional de todos os entes federativos. Entre suas principais inovações está a previsão de utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias nas contratações públicas, conforme disciplinam os arts. 151 a 154.

O objetivo do presente capítulo é analisar os referidos dispositivos legais e os principais aspectos relacionados aos meios alternativos de prevenção e resolução de conflitos dispostos no novo diploma legal.

2 Meios alternativos de resolução de controvérsias na administração pública e a (in)disponibilidade do interesse público

A possibilidade de adoção de mecanismos de resolução de conflitos existentes entre a administração pública e particulares já havia sido prevista em leis editadas no século XIX. Inclusive, sua legalidade foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 1973, no julgamento do emblemático caso Lage (AI nº 52.181/GB, relator ministro Bilac), oportunidade em que restou decidido que a: “legalidade do Juízo Arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda” (MELLO, 2015, p. 52).

Contudo, nas palavras de Rafael Munhoz de Mello, a arbitragem não era empregada para a resolução de litígios entre os particulares e o poder público “porque a arbitragem simplesmente estava à margem da prática jurídica brasileira, não sendo utilizada para solucionar qualquer tipo de litígio até 1996, salvo

raríssimas exceções – dentre elas o Caso Lage, lide da qual a União era parte” (MELLO, 2015, p. 53).

Em 1996, foi sancionada a Lei nº 9.307/1996, que estabeleceu o marco legal genérico para os institutos da mediação e arbitragem (IWAKURA, 2021, p. 1.346) e previu, em seu art. 1º, que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996).

Justamente em virtude da expressão “direitos patrimoniais disponíveis” surgiu a discussão acerca da possibilidade da utilização da arbitragem nas questões que envolviam os entes públicos como parte, pelo fato de que o interesse público é indisponível, tendo em vista o princípio da indisponibilidade do interesse público.

De acordo com Cristiane Rodrigues Iwakura (2021, p. 1.346):

a Lei de Arbitragem não gerou uma aceitação imediata dos mecanismos conciliatórios envolvendo o poder público, se fazendo presente por um bom tempo, no meio jurídico, a ideia de que os bens e interesses públicos, por serem indisponíveis, não seriam passíveis de resolução fora da via administrativa ou judicial, em caráter não contencioso.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, nos Acórdãos nº 587/2003 e nº 906/2003, firmou posicionamento contrário à utilização da arbitragem nos contratos administrativos, com raras exceções, tal como aquela indicada no Acórdão nº 2.145/2013 – Plenário, segundo o qual:

9.3.2. nos futuros contratos que vier a celebrar, limite-se a incluir cláusulas compromissórias de resolução de conflitos em sede de juízo arbitral às hipóteses em que a adoção da arbitragem esteja justificada técnica e economicamente e seja comprovadamente de acordo com as práticas de mercado (BRASIL, 2013, p. 1).

Por outro lado, a doutrina diverge do posicionamento do TCU, sob o argumento de que o Estado tem bens e patrimônios que podem ser objeto de alienação, renúncia e disposição.

Conforme sustenta Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 1.078):

é correto afirmar que o interesse público é indisponível. Mas isto não significa que todos os direitos patrimoniais, no âmbito do direito público, sejam indisponíveis. Por vezes, a disponibilidade de um patrimônio público pode ser mais interesse da coletividade do que a sua preservação.

A autora conclui que “não assiste razão ao Tribunal de Contas da União quando afirma que a arbitragem contraria o princípio da indisponibilidade do interesse público. Confunde-se o princípio da indisponibilidade do interesse público com o conceito de patrimônio disponível” (DI PIETRO, 2019, p. 1.078).

Marçal Justen Filho (2021, p. 1.582) sintetiza essa ideia da seguinte maneira: “A arbitragem não envolve o comprometimento da administração pública com a realização do interesse público, mas se refere a litígios que versam sobre o relacionamento jurídico com terceiros, tendo por objeto os direitos subjetivos de natureza patrimonial.”

Visando a consolidar o entendimento doutrinário, em 2015 houve a promulgação da Lei nº 13.129, que alterou a Lei de Arbitragem, prevendo expressamente a possibilidade de adoção desse instituto nas causas que dizem respeito à administração pública. Vejamos: “Art. 1º [...] §1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 2015b).

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 1.075), a controvérsia foi resolvida parcialmente. Isso porque restavam dúvidas quanto à expressão “direitos patrimoniais disponíveis”. A fim de facilitar essa definição, vários critérios foram construídos pela doutrina e jurisprudência, os quais foram resumidos pela autora da seguinte maneira: (a) é possível usar a arbitragem quando se trata de ato de gestão; (b) o interesse público é sempre indisponível, ao passo que os direitos patrimoniais podem ser disponíveis ou indisponíveis; (c) é possível a utilização de arbitragem quando o Estado exerce atividade econômica em sentido estrito; (d) é possível a arbitragem nos atos negociais; (e) é possível a arbitragem nos contratos de direito privado firmados pela administração pública; e (f) é possível a adoção de arbitragem pelas empresas estatais que exercem atividade econômica.

No cenário contemporâneo, a possibilidade de utilização dos meios alternativos de solução de controvérsias envolvendo a administração pública está devidamente consolidada. No entanto, especificamente em relação às contratações

públicas, até o advento da Lei nº 14.133/2021 não havia nenhuma disciplina específica e expressa no regime jurídico licitatório e contratual a respeito dessa temática.

3 Meios alternativos de resolução de controvérsias nas contratações públicas

A Lei nº 8.666/1993, que estabelece as normas gerais de licitações e contratos administrativos, vigente até o dia 1º de abril de 2023, não traz qualquer previsão acerca da utilização de mecanismos alternativos para a prevenção ou resolução de conflitos ocorridos no âmbito das contratações públicas.

Na opinião de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2019, p. 1.075), levando em consideração o disposto no art. 63, § 3º, inciso I, segundo o qual os contratos de direito privado firmados pelo poder público são regidos pelas normas de direito privado, somado ao fato de que o compromisso arbitral tem natureza contratual, mesmo diante da omissão legislativa, “não há impedimento a que a administração pública participe de convenção de arbitragem, a qual se regerá pela legislação específica (Lei nº 9.307/1996, alterada pela Lei nº 13.129/2015), mas submetendo-se às normas da Lei nº 8666/1993, no que couber” (DI PIETRO, 2019, p. 1.075).

Por outro lado, é inegável que a Lei nº 8.666/1993, a partir da sua concepção e estrutura, privilegia a litigiosidade das controvérsias. Essa é a constatação de Christianne Carvalho Stroppa e Cristiana Fortini (2022, p. 455), nestes termos encontrada:

A Lei nº 8.666/1993 estrutura-se a partir da ideia de que o interesse público será conquistado a partir do apego ao rito e à liturgia. Todo o seu ideário está no respeito ao passo a passo nela definido, à forma, à rigidez procedimental, características ínsitas ao modelo burocrático, tudo isso respaldado pelo fracassado intuito de frear a corrupção e de contribuir para a melhoria substancial global no bojo das contratações públicas.

Ademais, também caracteriza a Lei nº 8.666/1993 o pressuposto segundo o qual há antagonismo entre o interesse público e o privado – contratante e contratado –, razão pela qual a Lei se ocupa de salvaguardar o primeiro, prevendo uma série de cláusulas que traduziriam prerrogativas públicas a

revelar uma posição de supremacia da administração pública no âmbito do contrato administrativo.

Tudo isso a colaborar para o acirramento do conflito e o recurso ao Judiciário, com vista a que o terceiro dite a solução. Talvez por isso a Lei não contemple referências à contratualização dos litígios.

Contudo, para Christianne Carvalho Stroppa e Cristiana Fortini (2022, p. 455), essa excessiva litigiosidade nem sempre é o melhor caminho para a consecução do interesse público, isso porque:

importa dizer que, se a letargia do Poder Judiciário pode trazer alguma benesse para o Estado devedor, ela não é nem um pouco útil para o Estado que reclama do particular uma pronta atuação no âmbito das necessidades administrativas. E o tempo não é o único ponto negativo: a excessiva judicialização traz consigo alto custo para o mesmo Estado que poderia lucrar com a utilização do processo judicial, ou ao menos não gastar tanto: a manutenção de estruturas no interior do Poder Judiciário, a criação de Procuradorias, o pagamento de honorários, tudo a revelar a necessidade de repensar a resistência a soluções mais rápidas e mais amistosas, sobretudo em momento de escassez financeira como os atuais, nos quais não raras vezes os poucos recursos públicos são sopesados pelo administrador público no escopo das chamadas escolhas trágicas.

A isso se soma o fato de que judicializar implica perda de protagonismo e também de uma solução legitimada pelas partes interessadas na solução da controvérsia, o que também seria interessante no bojo de uma democracia de cunho participativo (STROPPIA; FORTINI, 2022, p. 455).

Diante desses fatores, entre outros apontados, as mencionadas autoras concluem que:

O desenvolvimento da sociedade e a experiência administrativa demonstraram que a postura clássica da litigiosidade, de fato, não era e não é a mais acertada, abrindo portas para a autocomposição de conflitos também no âmbito da administração pública, solução que pode ser não só a mais rápida, mas, também, muitas vezes mais eficiente, legítima e condizente com o diálogo que torna toda e qualquer decisão legítima e democrática (STROPPIA; FORTINI, 2022, p. 455).

Cristiane Rodrigues Iwakura (2021, p. 1.355) converge com a afirmação acima, anotando que: “Há consenso na doutrina no sentido de que os meios alternativos de pacificação proporcionam maior eficiência e menor tempo para a resolução

das controvérsias com a benesse de se possibilitar uma salutar modulação sobre o rito procedimental”.

Ao que parece, todas as considerações foram sopesadas pelo legislador na edição da já mencionada Lei nº 11.079/2004, que regulamenta as parcerias público-privadas e busca atrair o investimento dos particulares. Visando a conferir uma maior segurança aos agentes privados, foi necessário o desenvolvimento de uma nova modelagem contratual, inclusive na resolução de conflitos (potencializados pela duração dos contratos mais longínquos). Por essa razão, no seu art. 11, inciso III, há previsão expressa acerca da possibilidade de se empregar mecanismos privados de resolução de conflitos. Senão, vejamos: “o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato” (BRASIL, 2004).

De igual maneira, no ano de 2005 houve uma alteração na Lei nº 8.987/1995, que versa sobre as concessões e permissões de serviços públicos, inserindo o art. 23-A, prescrito da seguinte forma:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1995).

Outros diplomas normativos também privilegiam a utilização desses meios alternativos por parte da administração pública, tais como: a Lei nº 13.140/2015 (mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública); Código de Processo Civil (art. 3º, §§ 2º e 3º); Decreto nº 10.025/2019 (Dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário; e Lei nº 13.655/2018 (art. 26).

Seguindo essa tendência, em 1º de abril de 2021 foi sancionada a Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) – que está em vigor desde então e revogará totalmente a Lei nº 8.666/1993 a partir de 1º de abril de 2023 –, finalmente prevendo expressamente a possibilidade de utilização de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias no âmbito das contratações públicas.

4 Meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias conforme a Lei nº 14.133/2021

A Lei nº 14.133/2021 disciplinou os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias nos arts. 151 a 154. Em linhas gerais acerca da abordagem conferida pelo novo diploma normativo, Murillo Preve Cardoso de Oliveira (2021, p. 258) faz a seguinte análise:

De maneira geral, não apresenta nenhuma grande inovação no que tange ao assunto. Reproduz instrumentos tradicionais de autocomposição e heterocomposição no âmbito privado e já previstos em outras leis administrativas. Mais do que isso, apresenta o tema de maneira extremamente genérica, deixando a desejar em vários aspectos e na regulamentação de inúmeros pontos.

Ainda assim, não se trata de previsões dispensáveis. Tem o seu maior benefício, sem dúvidas, no de positivar, enfim, uma cláusula geral autorizativa dos meios alternativos de resolução de controvérsias, evidenciando, até mesmo para os mais incrédulos, que a administração pública pode valer-se desses mecanismos.

Logo em seu art. 151, a nova lei de licitações dispõe sobre a conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e a arbitragem como meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias que podem ser utilizados nas contratações celebradas pela administração pública. Vejamos: “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.” (BRASIL, 2021).

Trata-se de uma disposição legal de significativa importância, pois, inobstante a utilização de tais métodos há muito ser permitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, o *caput* do art. 151 expressamente ratifica a possibilidade do seu emprego no âmbito dos contratos administrativos. Nas palavras de Claudio Madureira (2021, p. 443), “esse dispositivo atrai, também para esse âmbito, a recepção, pelo direito brasileiro, do que em doutrina se convencionou chamar tribunal multiportas”.

Apesar da clara intenção do legislador em incentivar a adoção desses instrumentos, seu emprego pela administração pública é facultativo e demanda um

juízo de conveniência e oportunidade, bem como o preenchimento de critérios objetivos (IWAKURA, 2021, p. 1.346).

No tocante aos métodos expressamente indicados no art. 151 (conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem), Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2021, p. 343) sustenta seu caráter meramente exemplificativo: “Trata-se de elenco exemplificativo que não exclui outras possibilidades de resolução de conflitos. Mencione-se, por exemplo, a negociação que representa uma forma de auto composição do conflito pelas próprias partes, sem a participação de terceiros.”

Quanto ao objeto de discussão que poderá ser solucionado mediante a adoção de um desses instrumentos jurídicos, o legislador, conhecendo a histórica controvérsia acerca do termo “direitos patrimoniais disponíveis”, prescreveu no parágrafo único do art. 151 da Lei nº 14.133/2021 que tais instrumentos “poderão ser aplicados às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, tais quais as questões de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cálculo de indenizações e inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes” (BRASIL, 2021).

Concordamos com o pensamento de Cristiane Rodrigues Iwakura (2021, p. 1.348), ao sustentar que esse rol não possui natureza exaustiva, “pois o advérbio ‘como’ foi posicionado logo após a expressão ‘direitos patrimoniais disponíveis’, servindo, desse modo, como conector para os exemplos mais comuns de controvérsias existentes nas contratações regidas pela lei, tal como enuncia o *caput*”.

Os meios alternativos de prevenção e resolução de conflitos poderão ser utilizados também em contratos preexistentes, pactuados, por exemplo, à luz da Lei nº 8.666/1993, mediante a celebração de um termo aditivo, conforme preceitua o art. 153 da Lei nº 14.133/2021.⁴⁷

De acordo com Evane Beiguelman Kramer (2021, p. 670), essa possibilidade “expressa o anseio de modernização dos instrumentos contratuais e a adoção do consensualismo como política pública no âmbito da gestão administrativa do

47 “Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias” (BRASIL, 2021).

poder público”, bem como consolida os Enunciados n^{os} 10⁴⁸ e 18⁴⁹ da 1^a Jornada de Direito Administrativo, realizada em 2020, pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal.

O art. 154, por sua vez, estabelece que: “O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes” (BRASIL, 2021).

Em relação à escolha dos árbitros, colegiados e comitês de resolução de disputas, Rafael Carvalho de Rezende Oliveira (2021, p. 353) sustenta que:

a escolha dos árbitros e das câmaras arbitrais revela hipótese de inexigibilidade de licitação, em razão da inviabilidade de competição, o que não exclui a necessidade de critérios isonômicos, técnicos e transparentes por parte da administração pública. O mesmo raciocínio, como previsto na nova Lei de Licitações, aplica-se, naturalmente, à escolha dos comitês de resolução de disputas.

O citado autor ainda defende a possibilidade de utilização do credenciamento por parte da administração pública, de maneira que “após o cumprimento dos requisitos básicos e proporcionais, fixados pela administração, todas as instituições arbitrais poderiam realizar o credenciamento perante o poder público” (OLIVEIRA, 2021, p. 353).

Nesse mesmo sentido dispõe o Enunciado n^o 39 da 1^a Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual a seleção de árbitro prescinde de concurso ou licitação, mas deve ser devidamente fundamentada por escrito com a consideração dos elementos que motivaram a escolha.

No tocante à escolha dos facilitadores que atuarão nas mediações e conciliações, diante da ausência de previsão na Lei n^o 14.133/2021, Cláudio Madureira (2021, p. 460) propõe que:

essa atividade será submetida às câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos de que tratam o Código de Processo Civil de 2015 (art. 174) e a Lei n^o 13.140/2015, comumente designada como Lei da Mediação (art. 32),

48 “Enunciado 10. Em contratos administrativos decorrentes de licitações regidas pela Lei n^o 8.666/1993, é facultado à administração pública propor aditivo para alterar a cláusula de resolução de conflitos entre as partes, incluindo métodos alternativos ao Poder Judiciário como Mediação, Arbitragem e *Dispute Board*” (BRASIL, 2020).

49 “Enunciado 18: A ausência de previsão editalícia não afasta a possibilidade de celebração de compromisso arbitral em conflitos oriundos de contratos administrativos.” (BRASIL, 2020).

ou demandará a formalização de contratação seguindo os procedimentos ordinários destinados à aquisição de serviços pela administração (licitação, contratação direta e credenciamento).

Uma vez analisadas as disposições gerais acerca dos meios alternativos de resolução de controvérsias estabelecidas na nova lei de licitações, abordaremos adiante cada um dos métodos legalmente previstos.

4.1 A mediação e a conciliação

A mediação e a conciliação são, nas palavras de Evane Beiguelmal Kramer (2021, p. 668), “as formas típicas de consensualismo com a administração pública”.

A respeito da mediação, a autora define como “uma forma de solução consensual, segundo a qual uma terceira pessoa imparcial, neutra e com capacitação técnica, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam a melhor solução para o problema” (KRAMER, 2021, p. 668).

Consoante o art. 165, § 3º do Código de Processo Civil (BRASIL, 2015a):

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

Assim, a mediação é recomendada para a manutenção ou reestabelecimento de uma relação anteriormente existente, de maneira que o mediador deverá auxiliar para que a resolução do conflito preserve a relação das partes, incentivando-as a encontrar um consenso através da visualização do ponto de vista do outro (MADUREIRA, 2021, p. 447).

De acordo com Marçal Justen Filho (2021, p. 1.579), a mediação pode tratar de procedimentos mais complexos e que demandam um maior lapso temporal para a resolução de conflitos, podendo até mesmo contar com instrução probatória.

No mesmo sentido, Evane Belguelman Kramer (2021, p. 668) destaca que “é um procedimento estruturado, que não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades”.

Assim como a mediação, a conciliação também ambiciona uma solução não adversarial (KRAMER, 2021, p. 668) e tem como objetivo a obtenção de um acordo razoável entre as partes (MADUREIRA, 2021, p. 447).

O art. 165, § 2º do Código de Processo Civil dispõe que: “O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.” (BRASIL, 2015a)

Ou seja, a conciliação é utilizada preferencialmente nos casos em que inexistente vínculo anterior entre as partes, fazendo com que o conciliador auxilie o diálogo entre as partes, tornando o ambiente mais propício à negociação e próximo de uma solução acerca do conflito.

O conciliador deve assumir uma postura ativa e, diferentemente do mediador, ele poderá adotar conduta com vistas a influenciar o ajuste final (KRAMER, 2021, p. 668).

Além disso, a conciliação é, de acordo com Marçal Justen Filho (2021, p. 1579), recomendada para “situações mais simples e rápidas, usualmente versando sobre controvérsia de menor amplitude ou gravidade”.

4.2 O comitê de resolução de disputas

O comitê de resolução de disputas (*dispute board*) pode ser considerado, segundo Rafael Carvalho Rezende de Oliveira (2021, p. 344), como o “órgão colegiado, geralmente, formado por três *experts*, indicados pelas partes no momento da celebração do contrato, que tem por objetivo acompanhar sua execução, com poderes para emitir recomendações e/ou decisões, conforme o caso”.

No mesmo sentido é o conceito lançado por Matheus Oliveira Machado (2018, p. 13), segundo o qual:

Os *Dispute Boards* são levados a efeito por intermédio de “um comitê imparcial de *experts*” (geralmente três, sendo dois engenheiros e um advogado), responsáveis por, principalmente, prevenir litígios por meio de respostas a consultas, e também de solucioná-los, valendo-se de recomendações e/ou decisões.

A origem desse método de resolução de conflitos ocorreu nos Estados Unidos, desde a década de 1970, a partir da sua utilização em contratos de construção de grandes obras. No Brasil, sua adoção ainda é incipiente, tendo em vista a histórica priorização à jurisdição estatal (KRAMER, 2021, p. 669).

No entanto, mesmo pouco utilizado, o comitê já havia sido reconhecido na I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, em 2016 (CEJ/CJF). O reconhecimento se deu mediante a elaboração de três Enunciados (49,⁵⁰ 76⁵¹ e 80⁵²), admitindo a utilização deste método de solução consensual de conflito (OLIVEIRA, 2021, p. 345).

O Enunciado 19, da 1ª Jornada de Direito Administrativo realizada pelo CEJ/CJF, foi categórico ao reafirmar a plena possibilidade de sua utilização em controvérsias relacionadas às contratações públicas. Vejamos:

Enunciado 19: As controvérsias acerca de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos integram a categoria das relativas a direitos patrimoniais disponíveis, para cuja solução se admitem meios extrajudiciais adequados de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem (CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2020, p. 14).

No âmbito da administração pública, antes mesmo da Lei nº 14.133/2021, os municípios de São Paulo, por meio da Lei nº 16.873, de 2018, e Belo Horizonte, mediante a Lei nº 11.241/2020, foram pioneiros na previsão da possibilidade de utilização dos *Dispute Boards* (STROPPIA; FORTINI, 2022, p. 460).

50 “49 Os comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3º do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro” (CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2020).

51 “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” (CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2020).

52 “80 A utilização dos 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 redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos” (CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2020).

Ademais, cabe anotar que os contratos para a construção da linha 4 do Metrô da Cidade de São Paulo, para a reforma dos estádios da Copa do Mundo de 2014 e aqueles relativos aos jogos olímpicos e paraolímpicos utilizaram o comitê para a resolução de controvérsias (KRAMER, 2021, p. 670).

A respeito do comitê propriamente dito, durante a execução do contrato, esse órgão tem competência para decidir e recomendar certas questões em que há divergência entre as partes, auxiliando tanto na prevenção quanto na resolução de conflitos (OLIVEIRA, 2021, p. 344).

O comitê é formado por profissionais com autonomia técnica, de modo que, por meio do acompanhamento periódico, é possível mitigar diversos conflitos ou desgastes que podem ocorrer durante a vigência do contrato.

As diferentes espécies podem variar de acordo com o momento de formação do comitê, do grau de vinculação das decisões proferidas e pela quantidade de membros.

Conforme classificação de Evane Beiguelman Kramer (2021, p. 669), no que se refere ao momento de formação, se o contrato prevê a existência do comitê desde sua celebração, trata-se do *standing dispute board*. Por outro lado, caso a criação ocorra no momento que surge determinado conflito, é o caso do *dispute board ad hoc*.

Acerca do grau de vinculação, a autora destaca que o comitê pode atuar antes do conflito, mediante a emissão de recomendações (*dispute review boards*), em procedimento similar aos métodos da conciliação e mediação. Por outro lado, a atuação também pode ocorrer com a tomada de decisões obrigatórias às partes (*dispute adjudication boards*), hipótese que guarda semelhança com o procedimento arbitral. Como meio termo, o comitê de resolução de disputas também pode assumir uma forma mista (*combined review boards*), em que pode tanto emitir recomendações quanto proferir decisões vinculantes (KRAMER, 2021, p. 669).

Sobre as classificações, Evane Beiguelman (KRAMER, 2021, p. 669) alerta que:

Tais classificações não se esgotam e estão vinculadas ao que for definido contratualmente, ou seja, o desenho das peculiaridades e características do Comitê – como a composição do comitê, número de membros, forma de acompanhamento da execução do contrato, formato das decisões proferidas, vinculação

ou não das decisões etc. – dependerão do modo como as partes disciplinarem o instituto no contrato.

Assim, concluímos que as características do comitê de resolução de conflitos podem ser ajustadas no contrato, sendo possível, portanto, a criação do órgão da maneira mais conveniente às necessidades das partes.

Em síntese, Cristiane Rodrigues Iwakura sustenta que as características do comitê de resolução de disputas permitem entregar um baixo custo, um resultado célere e, principalmente, um elevado percentual de resolutividade de questões contratuais (IWAKURA, 2021, p. 1.355).

Esses benefícios são um importante incentivo à utilização desse método, pois, além de evitar o surgimento de conflitos, o comitê dá uma resposta célere, justa e qualificada quando demandado, evitando que as partes tenham de se socorrer do Poder Judiciário.

Podemos considerar que o comitê de resolução de disputas, embora novo na experiência brasileira, poderá ser um importante aliado da administração pública no caminho da constante busca à eficiência, uma vez que propicia um resultado atrativo para as partes envolvidas nos contratos administrativos.

4.3 Arbitragem

A arbitragem é um método de resolução de conflitos em crescente utilização no Brasil e que vem se consolidando como alternativa mais célere em comparação à justiça estatal.

Nesse método, um terceiro (árbitro) previamente escolhido pelas partes envolvidas, de modo imparcial e com a devida fundamentação, profere uma sentença arbitral com poder vinculante.

Também pode ser definida, nas palavras de Marçal Justen Filho (2021, p. 1.580), como um método que consiste na “atribuição a um terceiro, por vontade das partes, do poder jurídico para instaurar um processo e emitir uma decisão final e apta a produzir coisa julgada sobre litígio versando direitos disponíveis”.

Desta forma, é possível identificar uma crucial diferença entre o procedimento arbitral quando comparado à mediação e à conciliação, qual seja o poder decisorio do terceiro. Ao mesmo tempo que os árbitros, mediadores e conciliadores

são todos terceiros envolvidos no conflito, auxiliando as partes a chegarem a um consenso, somente os primeiros assumem uma postura decisória a ponto de resolver o mérito do conflito e impor às partes o dever de respeitar a decisão proferida.

Humberto Dalla e Marcelo Mazzola (2019, p. 45-58 *apud* 2021, p. 1.350), citados por Cristiane Rodrigues Iwakura, sintetizam essa diferença da seguinte maneira:

O árbitro deverá proferir uma decisão de natureza impositiva, caso a alternativa conciliatória não seja alcançada. Como se vê, a crucial diferença entre a postura do árbitro e a postura do mediador é que o árbitro tem efetivamente o poder de decidir, ao passo que o mediador pode apenas sugerir, admoestar as partes, tentar facilitar o acordo, mas não pode decidir a controvérsia. Em relação à conciliação, apesar da intermediação mais incisiva do terceiro, mesmo assim, o objetivo é fazer com que os interessados empreguem suas forças para uma solução amigável do conflito, enquanto o árbitro pode ir além e, uma vez ultrapassada a fase conciliatória, irá impor uma solução adjudicada.

Outro ponto que merece destaque é que a arbitrabilidade, que indica a possibilidade de o litígio ser submetido à arbitragem voluntária, pode ser subdividida em duas espécies: subjetiva e objetiva. A primeira guarda relação com as pessoas que podem se submeter à arbitragem, ao passo que a segunda trata das questões que podem ser decididas mediante a arbitragem (OLIVEIRA, 2021, p. 346).

Conforme destacado em preliminar, originariamente a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307/1996) não previu de forma expressa a possibilidade de sua utilização pela administração pública, o que deu causa a controvérsias, especialmente em virtude de uma suposta afronta aos princípios da publicidade, legalidade e indisponibilidade do interesse público.

Posteriormente, com as alterações da Lei da Arbitragem trazidas pela Lei nº 13.129/2015, houve um abrandamento das discussões envolvendo a temática, haja vista a autorização expressa à utilização da arbitragem em conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em face do Estado, que passou a constar no art. 1º, § 1º com a seguinte redação: “A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 2015b).

Na mesma esteira, a nova lei de licitações, ao inserir a arbitragem como método de solução alternativo de conflitos em seu art. 151, consolidou a tendência de sua utilização nas lides envolvendo o poder público e, notadamente, nas contratações públicas. Sugeriu, inclusive, no seu parágrafo único, as matérias que podem ser submetidas a um juízo arbitral.

A Lei nº 14.133/2021 também consigna disposições claras e necessárias no que diz respeito às regras de utilização da arbitragem pela administração pública, tais como a vedação à arbitragem por equidade e confidencialidade, que eram objeto de debates no passado.

No tocante às arbitragens que envolvem o poder público, vale mencionar que a convenção de arbitragem pode ser dividida em duas categorias: a cláusula compromissória e o compromisso arbitral (OLIVEIRA, 2021, p. 349).

De acordo com Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2021, p. 349), na primeira, as partes inserem no edital e na minuta do contrato administrativo a convenção de que os eventuais litígios que surgirem na execução de determinado contrato serão submetidos ao procedimento arbitral, enquanto no compromisso arbitral as partes submetem um litígio específico à arbitragem, sem a necessidade de previsão prévia no instrumento contratual.

No que tange à cláusula compromissória, esta pode ser cheia ou vazia. Na cláusula compromissória cheia, as partes já têm a definição prévia acerca da instituição e procedimento arbitral a ser utilizado, o que não ocorre na cláusula compromissória vazia. Há também a cláusula escalonada, em que, previamente à submissão ao procedimento arbitral, existe uma tentativa de solução do conflito por meio da mediação (OLIVEIRA, 2021, p. 349).

Tendo em vista que a administração pública é pautada pelo princípio da eficiência, concordamos com Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2021, p. 349) no sentido de que a melhor opção é a adoção da cláusula compromissória cheia, pois garante ao procedimento arbitral uma maior celeridade.

4.3.1 Da arbitragem por direito

O art. 152 da nova lei de licitações prevê que a arbitragem será sempre de direito, vedando, portanto, a utilização da arbitragem por equidade, modalidade que pode ser adotada pelas partes em discussões que não envolvam a administração pública (BRASIL, 2021). No mesmo sentido, havia previsão com o

mesmo teor no art. 2º, § 3º da Lei de Arbitragem. Tal prescrição encontra amparo no princípio da legalidade.

De acordo com Evane Beiguelman Kramer (2021, p. 670), “os árbitros somente poderão aplicar as regras dispostas no ordenamento jurídico para solucionar o litígio, vedadas as soluções com base nos valores de equidade”.

Por outro lado, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2021, p. 348) alerta para o fato de que nas licitações internacionais, a utilização de critérios extralegais (costumes, equidade, etc) é comum, razão pela qual entende que seria oportuno que a Lei nº 14.133/2021 previsse a possibilidade de aplicação de usos, costumes, equidade e regras internacionais nas arbitragens internacionais que tenham, como parte, a administração pública direta e indireta.

4.3.2 Da publicidade do procedimento arbitral

O art. 152 da Lei nº 14.133/2021 também estabelece que a Arbitragem observará o princípio da publicidade. Assim como a disposição acerca da arbitragem por direito, a publicidade do procedimento arbitral também já estava positivada na Lei de Arbitragem no seu art. 2º, § 3º.

Essa é uma previsão legal importante, pois o sigilo predomina nas arbitragens entre particulares/privados. Em procedimentos com essa configuração, a arbitragem é confidencial.

No entanto, Evane Beiguelman Kramer (2021, p. 348) sustenta que:

Quanto ao princípio da publicidade que norteia a administração pública, poder-se-ia afigurar um paradoxo, tendo em vista o sigilo que envolve os processos arbitrais. Mas, o paradoxo se resolve ao se ponderar que o sigilo que torna confidencial o procedimento arbitral não é requisito obrigatório.

Inclusive, há possibilidade de seu afastamento no próprio contrato firmado entre as partes.

A autora considera que a questão da publicidade das arbitragens poderia ter sido detalhada na Lei nº 14.133/2021, de maneira a regulamentar quais documentos e atos do procedimento arbitral deverão ser públicos (KRAMER, 2021, p. 348).

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2021, p. 348) sugere que em situações excepcionais, quando houver risco à segurança da sociedade ou do Estado, bem

como informações pessoais relacionadas à intimidade, vida privada, honra e imagens das pessoas, o sigilo poderia ser empregado.

Finalmente, vale registrar o Enunciado 15 da 1ª Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal, que dispõe que a “administração pública promoverá a publicidade das arbitragens da qual seja parte, nos termos da Lei de Acesso à Informação” (CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, 2020, p. 14).

A esse respeito, Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2021, p. 348) destaca que o dever de publicidade dos atos recai sobre a administração pública e não sobre a instituição privada especializada que administrará o procedimento arbitral.

5 Conclusão

A nova lei de licitações consigna inovação salutar ao prever expressamente a possibilidade de utilização dos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias envolvendo a administração pública, incentivando ainda mais a adoção dessas modalidades que estão em franco crescimento.

O emprego dos meios de prevenção e resolução de controvérsias, em detrimento do Poder Judiciário, se traduz em diversos benefícios, tais como os mencionados, de forma exemplificativa, ao longo deste ensaio.

Uma das principais críticas ao Poder Judiciário no Brasil é a morosidade na resolução de conflitos. Com a conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas ou a arbitragem, as controvérsias são resolvidas em tempo consideravelmente menor, quando comparado com o regular trâmite processual. Além de propiciar mais celeridade na resolução de conflitos, a não judicialização desafoga o Poder Judiciário, tornando-o mais rápido na prestação da tutela jurisdicional para outras questões de igual ou maior importância, tais como as de natureza social.

De igual forma, destacamos uma sensível economia aos cofres públicos e aos particulares. Com exceção da arbitragem, cujo valor das custas do procedimento arbitral pode ser considerado um pouco elevado, os demais meios alternativos de resolução de controvérsias proporcionam um gasto muito menor quando comparados à judicialização de uma questão.

Outro benefício, embora menos cogitado, mas digno de menção, é a especialidade ou tecnicidade da decisão arbitral. Os árbitros que compõem as câmaras arbitrais são especialistas nas matérias que lhe são submetidas, de modo que as partes têm maior segurança jurídica no sentido de que o julgamento será realizado por terceiros com profundo conhecimento da matéria.

A mesma conclusão tem lugar no comitê de resolução de disputas, pois os membros selecionados para compor o colegiado gozam tem *expertise* nas diferentes áreas que envolvem o objeto do contrato, o que proporciona maior efetividade nas decisões quando provocados a se manifestarem.

À luz dos benefícios antes comentados, concluímos que a utilização dos meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias proporciona uma maior eficiência à administração pública, com significativo prestígio ao princípio constitucional previsto no art. 37 da Constituição Federal.

Ainda que nem todas as controvérsias possam ser resolvidas sem a interveniência do Poder Judiciário, fato é que a introdução da conciliação, da mediação, do comitê de resolução de disputas e arbitragem no regime jurídico das licitações e contratações (Lei nº 14.133/2021), representa um importante avanço na constante busca da eficiência na administração pública.

Concluímos, portanto, que os arts. 151 a 154 da Nova Lei de Licitações e Contratos propiciam um cenário favorável e seguro para que a administração pública utilize os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, com manifesto potencial de trazer bons resultados para todos os envolvidos.

Por fim, diante de tantos benefícios proporcionados pela conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem, estes métodos não devem ser vistos como solução alternativa de conflitos, mas como uma prioridade.

Referências

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 2 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm#:~:text=Art.,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis.&text=2015\)%20\(Vig%C3%A4ncia\)-,Art.,eq%C3%BCidade%2C%20a%20crit%C3%A9rio%20das%20partes](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm#:~:text=Art.,relativos%20a%20direitos%20patrimoniais%20dispon%C3%ADveis.&text=2015)%20(Vig%C3%A4ncia)-,Art.,eq%C3%BCidade%2C%20a%20crit%C3%A9rio%20das%20partes)>. Acesso em: 2 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.** Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015a.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: 2 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.129 de 2015b.** Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113129.htm>. Acesso em: 2 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 2 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **Acórdão 2.145 de 2013.** Plenário. Relator: ministro Benjamin Zymler. Sessão de 14/08/2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO:2145%20ANOACORDAO:2013%20COLEGIADO:%22Plen%C3%A1rio%22/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20>. Acesso em: 2 mar. 2022.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios:** Enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016. Disponível em: <<https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2021/11/enunciados-i-jornada.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2022.

CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS DO CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **I Jornada de Direito Administrativo:** enunciados aprovados. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2020. 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/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/?_authenticator=f147b8888b42ee73c25f9f3ea6258093fadd0b5a>. Acesso em: 2 mar. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

IWAKURA, Cristiane Rodrigues. Dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: SARAI, Leandro *et al.* (orgs.). **Tratado da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos:** Lei nº 14.133/21 Comentada por Advogados Públicos. São Paulo: Editora JusPodivm, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas:** Lei nº 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

KRAMER, Evane Beiguelman. Artigos 151 a 154. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Mauricio (Coords.). **Lei de Licitações e Contratos Administrativos comentada:** Lei nº 14.133/21. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MACHADO, Matheus Oliveira. A aplicabilidade dos dispute boards no Regime Diferenciado de Contratações Públicas. **Revista de Doutrina e Jurisprudência/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios**, v. 110, nº 1, jul./dez, 2018.

MADUREIRA, Claudio. **Licitações, contratos e controle administrativo:** descrição sistemática da Lei nº 14.133/2021 na perspectiva do Modelo Brasileiro de Processo. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

MELLO, Rafael Munhoz de. Arbitragem e administração pública. **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná**, Curitiba, nº 6, p. 47-81, 2015. Disponível em: <https://www.pge.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/documento/2019-10/2015_003artigo_2_arbitragem_e_administracao_publica.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2022.

OLIVEIRA, Murillo Preve Cardoso de. Capítulo 19 – Meios alternativos de resolução. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos**: comparada e comentada. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

STROPPIA, Christianne de Carvalho, FORTINI, Cristiana. Dos meios alternativos de resolução de controvérsias. *In*: Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de; CAMARÃO, Tatiana (Coords.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

Novo olhar para as contratações públicas: precedentes e perspectivas da Lei nº 14.133/2021

Cristiana Fortini⁵³

Rafael Amorim de Amorim⁵⁴

1 Introdução

A Lei nº 14.133/2021 decorre de um enorme esforço do Congresso Nacional para, em resposta aos anseios das diversas partes interessadas na matéria, editar um novo marco legal para as contratações públicas brasileiras.⁵⁵ Houve, em síntese, a consolidação de centenas de iniciativas legislativas e de consensos mínimos obtidos no decorrer de décadas da tramitação da matéria, o que revela, ao menos, a inequívoca legitimidade do novo diploma legal e das respectivas mudanças impostas, inclusive quanto às exigências relacionadas à governança, que não mais limitam as contratações públicas a atividades meramente administrativas, compreendendo-as como atividades estratégicas decisivas para o alcance de resultados satisfatórios pelos órgãos e entidades públicas.

53 *Visiting Scholar* pela George Washington University, doutora em direito administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); professora dos programas de mestrado e doutorado em direito da UFMG e da Faculdade Milton Campos; professora visitante da Università di Pisa; vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA); diretora regional do Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos da Infraestrutura (IBEJI) em Minas Gerais; representante em Minas Gerais do Instituto Brasileiro de Direito Sancionador (IDASAN); autora e coautora de diversos livros e artigos de direito administrativo.

54 Consultor legislativo na área de direito administrativo e administração pública; um dos responsáveis pela consultoria institucional da Câmara dos Deputados na tramitação das proposições que originaram o novo marco legal das contratações públicas; advogado e administrador; mestre em direito e doutorando em direito pela Universidade Federal de Minas Gerais na área de direito e administração pública.

55 Há, na origem da Lei nº 14.133/2021, o Projeto de Lei do Senado nº 163/1995, aprovado e remetido à revisão da Câmara dos Deputados em 29/11/1995, onde passou a tramitar como Projeto de Lei nº 1.292/1995 (principal); e o Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, aprovado e remetido à revisão da Câmara dos Deputados em 13/12/2016, onde passou a tramitar como Projeto de Lei nº 6.814/2017, apensado ao principal junto com diversas outras iniciativas legislativas apresentadas por deputados federais. A Câmara dos Deputados, na condição de Casa revisora, ao apreciar o Projeto de Lei nº 1.292/1995 e seus apensados, aprovou Substitutivo em 17/9/2019 com diversos acréscimos e supressões aos textos originais apreciado, retornando a matéria ao Senado Federal para deliberação final em 10/10/2019, ocasião em que passou a tramitar como Projeto de Lei (PL) nº 4.253/2020, aprovado e remetido para sanção em 12/3/2021.

Destaca-se, neste artigo, o novo olhar do legislador para as contratações públicas,⁵⁶ o qual ocasionou a redução da denominada “marginalização da legalidade” (OTERO, 2019, p. 179-180), com sua materialização em regras que permearão todo o “sistema de contratações públicas”,⁵⁷ inclusive relações e atividades *intra muros* (GONÇALVES, 2019, p. 164) da administração pública, juridicamente relevantes para o alcance dos objetivos almejados nas contratações públicas, em especial prover bens e serviços necessários para a consecução dos serviços públicos de forma cada vez mais célere, íntegra, econômica, eficiente e sustentável.⁵⁸

O artigo contém, além desta introdução e da conclusão, mais duas partes: (a) realiza-se, de início, para facilitar a compreensão do novo olhar do legislador para as contratações públicas, breve digressão histórica acerca dos principais diplomas normativos que, nos últimos 100 anos, disciplinaram a matéria; (b) revisitam-se, depois, discussões teóricas relacionadas à governança das contratações públicas, analisando-se, na sequência, os princípios e regras constantes na Lei nº 14.133/2021, que podem contribuir para a evolução dos sistemas de contratações públicas dos entes federativos. Quer-se, ao final, contribuir para a compreensão das escolhas do legislador, facilitando a interpretação e implementação do novo marco legal em todo o país.

2 Breve histórico das contratações públicas

A análise da evolução do arcabouço normativo relacionado às contratações públicas pode ser dividida em duas fases: (a) na primeira fase (de 1922 a 1993), as contratações públicas foram disciplinadas preponderantemente por normas exaradas pelo próprio Poder Executivo federal (decretos-leis e decretos); (b) na segunda fase (de 1993 até hoje), sob a égide da Constituição Federal de 1988, com a consagração do Estado Democrático de Direito, as contratações públicas

56 Como explica Jeremy Waldron (2003, p. 33-34), o Parlamento é constituído por “centenas de pessoas, com crenças e interesses divergentes e muitas vezes conflitantes”, aqui se abstraído visões e intenções individuais, para se pressupor uniforme a vontade subjetiva do legislador (*mens legislatoris*) a ser depreendida do novo marco legal das contratações públicas.

57 Denominação utilizada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) (OCDE, 2015, p. 9).

58 Ver: Fortini e Amorim (2021).

passaram a ser disciplinadas por leis provenientes de amplos debates no Congresso Nacional.

Discorrer-se-á, a seguir, sobre as duas fases delimitadas, sem limitá-las exclusivamente a tipos ideais antagônicos – “o maximalismo e o minimalismo”⁵⁹ –, pois tal classificação, além de não considerar parâmetros da legislação estrangeira,⁶⁰ desconsidera: (a) o lócus de formulação e positivação dos diplomas normativos brasileiros (do Poder Executivo para o Poder Legislativo); (b) os problemas preexistentes à edição de cada diploma normativo;⁶¹ e (c) os incentivos subjacentes ao exercício da função legiferante, em especial o provável desinteresse do Poder Executivo em autolimitar, por meio de seus próprios atos normativos, sua discricionariedade na realização de contratações públicas.⁶²

2.1 1º fase (de 1922 a 1993) – prevalência do Poder Executivo

O Decreto do Poder Legislativo nº 4.536/1922 instituiu o Código de Contabilidade da União, estabelecendo, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1891, ao compreender que a matéria pertencia ao direito financeiro, as bases normativas iniciais das contratações públicas (arts. 49 a 59), efetivamente disciplinadas pelo Decreto nº 15.783/1922, mais conhecido como Regulamento Geral de Contabilidade Pública, que, ao definir as normas a serem observadas de forma prévia ao empenho das despesas, definiu regras

59 Denominações utilizadas por André Rosilho para classificar os modelos “legais” de contratações públicas brasileiras. Ver: Rosilho (2013. p. 229).

60 Destaca-se, por curiosidade, que: (a) o Decreto-Lei nº 18/2008 (com atualizações posteriores) disciplina as contratações públicas em Portugal, possuindo, no total, 494 artigos (18 artigos no texto principal; e 476 artigos no Código dos Contratos Públicos, sem contar os seus anexos). Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/2008-34455475>. Acesso em: 24 abr. 2022; (b) a Ley nº 9/2017 disciplina as contratações na Espanha, possuindo, no total, 347 artigos no Código de Contratos del Sector Público, sem contar as disposições adicionais e seus anexos. Disponível em: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/codigos/codigo.php?id=031_Codigo_de_Contratos_del_Sector_Publico&modo=2. Acesso em: 24 abr. 2022; (c) o Federal Acquisition Regulation disciplina as contratações públicas federais nos Estados Unidos, dividindo-se em 53 partes, com milhares de dispositivos. Disponível em: <https://www.acquisition.gov/browse/index/far>. Acesso em: 24 abr. 2022; (d) o Decreto Legislativo nº 18 de 18 de abril de 2016, estabelece o Código de Contratos Públicos da Itália, possui, no total, 220 artigos, sem contar os anexos. Disponível em: https://www.bosettiegatti.eu/info/norme/statali/2016_0050.htm. Acesso em: 24 abr. 2022.

61 Sobre os problemas preexistentes à edição dos diplomas normativos relacionados às contratações públicas, ver: Fernandes (2010. p. 204-207).

62 Como ensinava Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2014, p. 85-86), pelo princípio da legalidade, “o Estado se autolimita”, o que exige, em uma democracia, como corolário da separação dos poderes, “a submissão do agir à lei”, não simplesmente atos normativos exarados pelo Poder Executivo.

aplicáveis às contratações públicas realizadas pela União (arts. 244 a 246, 736 a 763 e 764 a 802 do Regulamento).

Havia, à época, uma verdadeira “carta branca” à administração pública”, que, ao possibilitar que as contratações públicas fossem disciplinadas por simples ato infralegal (Decreto nº 15.783/1922 – Regulamento Geral de Contabilidade Pública), permitiu uma “regulação branda, pouco invasiva”, “reduzindo muito pouco a esfera de liberdade da administração pública federal”, com ampla margem de discricionariedade para que os agentes públicos decidissem “*ad hoc* como melhor licitar” (ROSILHO, 2013, p. 35-47). Os estados e municípios não eram alcançados pelo decreto federal, mantendo total autonomia para disciplinar suas contratações públicas.

O Decreto nº 19.398/1930, demarca a transição para a República Nova, com amplos poderes para o Poder Executivo federal disciplinar quaisquer matérias por simples decretos, o que o levou a editar o Decreto nº 19.549, de 30/12/1930, e depois o Decreto nº 19.587, de 14/1/1931, com a suspensão da aplicação de dispositivos do Decreto nº 15.783/1922 e a implementação de iniciativas voltadas à centralização e padronização das contratações públicas, as quais não obtiveram o êxito inicial desejado, restabelecendo-se, após a promulgação da Constituição Federal de 1934, a aplicação do Decreto nº 15.783/1922 – Regulamento Geral de Contabilidade Pública.⁶³

Especialmente após a outorga da Constituição de 1937,⁶⁴ no período correspondente ao Estado Novo, o Poder Executivo federal ganhou ainda mais forças, desencadeando iniciativas de reforma administrativa capitaneadas pelo Departamento Administrativo do Serviço Público, inclusive de alterações da disciplina das contratações públicas, com a edição do Decreto-Lei nº 2.206/1940 (arts. 35 a 42), considerado “de difícil implementação devido a ambiguidades, lacunas e contradições”,⁶⁵ e do Decreto-Lei nº 2.416/1940, que, no art. 46, passou a exigir que as contratações dos entes subnacionais fossem realizadas por concorrência, ressalvadas as hipóteses de dispensa especificadas.

63 Ver: Fernandes (2010, p. 52-65).

64 A Constituição Federal de 1937 estabeleceu: “Art. 180 – Enquanto não se reunir o Parlamento nacional, o presidente da República terá o poder de expedir decretos-leis sobre todas as matérias da competência legislativa da União”.

65 Ver: Fernandes (2010, p. 67-80).

O regime militar outorgou a Constituição Federal de 1967^{66 67} e, com base em diagnósticos realizados em trabalhos precedentes do Poder Executivo,⁶⁸ editou o Decreto-Lei nº 200/1967, para promover nova reforma administrativa, incluindo-se, de última hora, na expectativa de estimular a denominada “descentralização para a órbita privada”,⁶⁹ os arts. 125 a 144 para disciplinar as contratações realizadas pela administração direta e por autarquias^{70 71} (empresas públicas e sociedades de economia mista não foram alcançadas), com foco preponderante na simplificação das licitações e na preservação da discricionariedade. As Leis federais nº 5.456/1968, e nº 5.721/1971, determinaram a aplicação das normas constantes no Decreto-Lei nº 200/1967 aos estados, Distrito Federal e municípios.⁷²

Com o início da redemocratização do país, o Poder Executivo federal, ao constatar a fragilidade fiscal do país e a “fragmentação, descontrole e debilitação da defesa jurídica do Estado” provocada pela falta de um “arcabouço estruturado

66 A Constituição Federal de 1967 estabeleceu: “Art. 58 – O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não resulte aumento de despesa, poderá expedir decretos com força de lei sobre as seguintes matérias: [...] II – finanças públicas. Parágrafo único – Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação o texto será tido como aprovado”. À época, ainda sob influência do Código de Contabilidade da União de 1922, as normas relativas às contratações públicas eram enquadradas no direito financeiro.

67 Sobre o papel desempenhado por alguns juristas na “legitimação” do regime autoritário, ver: Lima (2018).

68 Ver: Fernandes (2010. p. 81-103).

69 Ver: Salinas (2010. p. 453-482).

70 O Decreto-Lei nº 200/1967, em sua redação original, estabelecia que a administração indireta compreendia autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, ocorrendo, com as alterações promovidas pelo Decreto-Lei nº 2.299/1986 e pela Lei nº 7.596/1987, a inclusão das fundações públicas no rol de entidades da administração indireta.

71 O Decreto-Lei nº 200/1967, explica José Cretella Junior (1975), incorporou palavras ao ordenamento pátrio que estão, até hoje, consagradas na gramática das contratações públicas: antes do Decreto-Lei nº 200/1967, a palavra “concorrência” já era utilizada, mas designava, de forma genérica, o procedimento administrativo prévio ao contrato; depois, a palavra “licitação” passou a ser utilizada para designar, de forma genérica, o procedimento administrativo prévio ao contrato, “do qual a concorrência, a tomada de preços, o convite e o leilão” passaram, desde então, a constituir espécies” (CRETELLA JUNIOR, 1975. p. 456-459).

72 Existiam sérias controvérsias quanto à competência da União para estabelecer normas gerais sobre contratações públicas realizadas por entes subnacionais, pois, no texto constitucional da época, constava competência da União apenas para legislar sobre direito financeiro (art. 8º, inciso XVII, alínea “c”, da Constituição Federal de 1969 – Emenda Constitucional nº 1, de 1969 – “normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; de direito financeiro”).

e unificado”,⁷³ editou o Decreto-Lei nº 2.300/1986,⁷⁴ para disciplinar as contratações das União e dos entes subnacionais,⁷⁵ com a previsão de sua aplicação, inclusive, a empresas públicas e sociedades de economia mista, até a edição de regulamentos próprios (art. 86). O Decreto-Lei nº 2.300/1986 ficou reconhecido como “um diploma normativo do tipo maximalista (detalhista, minucioso, rígido e aplicável a todas as esferas federativas)” (ROSILHO, 2013, p. 67), contemplando, além da disciplina das licitações, maior detalhamento das hipóteses de contratação direta (arts. 22 a 24) e dos contratos administrativos (arts. 44 a 70).

A primeira fase da disciplina das contratações públicas é, portanto, caracterizada por iniciativas formuladas pelo Poder Executivo federal e positivadas pelo próprio presidente da República, sem a necessária participação do Poder Legislativo. Isso revela porque, no geral, além do déficit democrático dos diplomas normativos, sobressaiu, ao longo do tempo, à exceção do breve período sob a égide do Decreto-Lei nº 2.300/1986, já editado às vésperas da promulgação do novo texto constitucional, um modelo jurídico embrionário, com uma “regulamentação generalista, imprecisa e indeterminada”, que acabava, praticamente, “por abrir as portas a uma atuação livre da administração” (GONÇALVES, 2019, p. 384-386), com excessivos espaços discricionários de conformação das contratações públicas.

2.2 2º fase (de 1993 até hoje) – ascendência do Poder Legislativo

A Constituição Federal de 1988 consagrou um Estado Democrático de Direito, caracterizado pelos princípios da separação dos poderes e da legalidade,⁷⁶ os quais determinam a subordinação do Poder Executivo a princípios e regras

73 Ver: Fernandes (2010. p. 104-122).

74 A Constituição Federal de 1969, ainda vigente formalmente, estabelecia: “Art. 55. O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: [...] II – finanças públicas [...]. § 1º Publicado o texto, que terá vigência imediata, o Congresso Nacional o aprovará ou rejeitará, dentro de sessenta dias, não podendo emendá-lo; se, nesse prazo, não houver deliberação, o texto será tido por aprovado”.

75 O Decreto-Lei nº 2.300/1986 determinou apenas a aplicação de suas normas gerais às contratações realizadas por entes subnacionais, o que originou as controvérsias sobre a diferenciação entre normas gerais e normas específicas em matéria de contratações públicas.

76 Como explica Pedro Machete (2007, p. 203-414), em seus primórdios, “o princípio da legalidade foi, com efeito, entendido fundamentalmente com aquele sentido de preferência da lei”, mas hoje “tende a prevalecer uma interpretação daquele princípio no sentido de a lei [expressão da vontade geral votada no Parlamento] constituir o fundamento de toda a atividade administrativa”, incidindo “através de todos os elos da cadeia que uma questão tenha eventualmente de percorrer, desde a base até ao Chefe do Estado”.

efetivamente emanados do Poder Legislativo.⁷⁷ Em relação às contratações públicas, devido ao juízo do constituinte quanto à sua relevância política, social e econômica, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu “a reserva parlamentar e, portanto, a exigência de ser uma lei discutida no parlamento e aprovada por uma maioria parlamentar” para discipliná-las (GONÇALVES, 2019, p. 384-386), a saber:

(a) inciso XXI do art. 37: a obrigatoriedade de as obras, serviços, compras e alienações serem contratadas “mediante processo de licitação pública”, ressalvadas eventuais hipóteses de contratação direta estabelecidas na legislação;

(b) inciso XXVII do art. 22: a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação para todos os entes federativos, admitindo, no inciso III do § 1º do art. 173, disciplina específica para as contratações realizadas pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias;

(c) inciso III do § 1º do art. 173 (redação dada pela Emenda nº 19/1998): a previsão de que a lei, ao estabelecer o estatuto jurídico das empresas estatais, disciplinará as suas respectivas contratações, observados os princípios da administração pública.

No contexto exposto, o Projeto de Lei nº 1.491/1991,⁷⁸ de autoria do deputado Luís Roberto Ponte, representa uma importante iniciativa parlamentar para disciplinar as contratações públicas no país, rompendo com a prática, até então adotada, de o próprio Poder Executivo formular propostas de mudanças, positivando-as diretamente por ato exarado pelo presidente da República. O PL citado, depois de quase 2 anos de debates no Congresso Nacional, originou a Lei nº 8.666/1993, demarcando o início da segunda fase da disciplina das contratações públicas, caracterizada, desde então, pela efetiva subordinação do

77 As restrições impostas pela Constituição Federal de 1988 ao exercício da função legiferante pelo Poder Executivo são consequências óbvias da consagração de um “Estado Democrático de Direito”, que, em substituição aos decretos-leis, previu as medidas provisórias, com limitações materiais e formais consideráveis, inclusive exigência de deliberação do Congresso Nacional, sob risco de perda de sua eficácia no prazo de 60 dias, prorrogável uma única vez por igual período.

78 Ver: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=192797>. Acesso em: 20 abr. 2022. O Projeto de Lei nº 1.491/1991 foi inicialmente publicado no Diário do Congresso Nacional, Ano XLVI, nº 118, 14 set. 1991, Seção I, p. 16719-16731. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD14SET1991.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2022. O Projeto de Lei nº 1.491/1991 tramitou no Senado Federal como Projeto de Lei da Câmara nº 59, de 1992. Ver: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/20800>. Acesso em: 21 abr. 2022.

Poder Executivo a leis emanadas pelo Poder Legislativo, formuladas em um ambiente verdadeiramente democrático.

A Lei nº 8.666/1993 não promoveu uma ruptura completa com o Decreto-Lei nº 2.300/1986, pois manteve, no geral, a estrutura do diploma normativo precedente, acrescentando, em razão das determinações constitucionais elencadas, alguns diferenciais importantes, como o alcance de todos os órgãos e entidades da União, estados, Distrito Federal e municípios e a imposição de regras mais detalhadas acerca das licitações, das dispensas e inexigibilidades e respectivos contratos, o que, ao unificar o marco legal das contratações em todo o país e reduzir a discricionariedade de gestores espalhados por todo o território nacional, desencadeou sérios ataques, a ponto de denominá-la como “uma lei de ocasião” (ROSILHO, 2013, p. 130-131), com críticas que desconsideram, até mesmo, a sua legitimidade democrática.

Não é mero acaso, a propósito, a crítica à “pulverização do núcleo de poder” decorrente da Constituição Federal de 1988 em matéria de contratações públicas, que, ao espalhá-lo “por todo o Congresso Nacional”, teria facilitado “a permeabilidade da reforma a pontos de vistas que até então não tinham encontrado eco nas reformas jurídicas”,⁷⁹ contribuindo, nessa lógica, “para que a gestão pública praticamente não tivesse feito parte dos debates sobre a reforma e para que os interesses privados tivessem mais espaço de atuação”, com acusações de que, à época, “houve uma captura do processo legislativo por certos grupos setoriais”, não se preocupando “efetivamente com a boa contratação [...], mas em garantir a determinados segmentos acesso facilitado ao mercado público” (ROSILHO, 2013, p. 130-131).

Os ataques à Lei nº 8.666/1993 desconsideram, por completo, os problemas identificados na primeira fase (1922-1993) em razão do seu déficit democrático, inclusive a facilidade redobrada de captura de agentes do Poder Executivo devido à opacidade característica da elaboração normativa precedente à Constituição Federal de 1988; denotam certa reverência às reformas formuladas pelo próprio Poder Executivo e positivadas pelo presi-

79 Desconsidera-se, nessa perspectiva, que o Parlamento é a “sede institucional dos debates políticos, uma caixa de ressonância para efeito de informação e mobilização da opinião pública, o local por excelência de peregrinação dos interesses pluralistas, o órgão que, devido à sua composição e ao seu processo de funcionamento, logra fazer da lei não uma simples expressão dos sentimentos imperantes neste ou naquele setor da sociedade, mas uma vontade melhor resultante da síntese de posições e do compromisso de interesses” (CORREIA, 2003, p. 42).

dente da República, ao ponto de não valorizar princípios basilares do Estado Democrático de Direito, que, nos casos de reserva parlamentar, reclamam uma legalidade material, não admitindo leis que representem uma “espécie de emissão de cheque em branco em favor da administração” (ROSILHO, 2013, p. 385); e confundem medidas para promover a competição e potencializar as chances de seleção de propostas mais vantajosas com benefícios indevidos para determinados segmentos econômicos.

Em razão de críticas constantes e agressivas, foram editadas 25 leis para alterar a Lei nº 8.666/1993⁸⁰ e diversas outras leis esparsas para flexibilizar a aplicação da Lei nº 8.666/1993 ou, até mesmo, afastar sua aplicação em contratações de objetos específicos ou quando realizadas por certas entidades,⁸¹ ocasionando a

80 Lei nº 8.883/1994, Lei nº 9.648/1998 e Lei nº 12.349/2010, promoveram alterações substanciais na Lei nº 8.666/1993; Lei nº 9.032/1995, Lei nº 9.648/1998, Lei nº 9.854/1999, Lei nº 10.973/2004, Lei nº 11.107/2005, Lei nº 11.079/2004, Lei nº 11.196/2005, Lei nº 11.445/2007, Lei nº 11.481/2007, Lei nº 11.484/2007, Lei nº 11.763/2008, Lei nº 11.783/2008, Lei nº 11.952/2009, Lei nº 12.188/2010, Lei nº 12.440/2011, Lei nº 12.715/2012, Lei nº 12.873/2013, Lei nº 13.146/2015, Lei nº 13.204/2015, Lei nº 13.243/2016, Lei nº 13.465/2017, e Lei nº 13.500/2017, promoveram alterações pontuais na Lei nº 8.666/1993.

81 Lei nº 8.248/1991, com regras de preferência a serem aplicadas às contratações de bens e serviços de tecnologia; Lei nº 9.478/1997, que, no art. 67, possibilitou que as contratações realizadas pela Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRÁS) fossem precedidas de procedimento licitatório estabelecido em decreto do Presidente da República, originando o Decreto nº 2.745/1998, que aprovou o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da PETROBRÁS (sobre as fragilidades do modelo “minimalista” previsto na Lei nº 9.478/1997, ver: AMORIM, Rafael Amorim de. Operação Lava Jato e o Modelo Simplificado de Contratações da PETROBRAS. p. 143-160 (BROCHADO *et al.*, 2020); Lei nº 10.520/2002, que instituiu o pregão, modalidade de licitação aplicável à contratação de bens e serviços comuns; Lei Complementar nº 123/2006, voltada a promover o acesso de microempresas e empresas de pequeno porte ao mercado de contratações públicas; Lei nº 11.652/2008, que, no art. 25, possibilitou que as contratações realizadas pela Empresa Brasil de Comunicação (EBC) fossem precedidas de procedimento licitatório estabelecido em decreto do Presidente da República, originando o Decreto nº 6.505/2008, que aprovou o Regulamento Simplificado para Contratações pela EBC; Lei nº 11.943/2009, que, ao alterar o § 2º do art. 15 da Lei nº 3.890-A/1961, possibilitou que as contratações realizadas pelas Centrais Elétricas Brasileiras (ELETROBRAS) e por suas controladas (Chesf, Furnas, Eletronorte, Eletrosul e Eletronuclear) fossem precedidas de simples procedimento licitatório estabelecido em decreto do Presidente da República, salvo em obras e serviços de engenharia que continuaram disciplinadas pela Lei Geral; Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, inicialmente aplicável a contratações relacionadas à Copa das Confederações de 2013, à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos de 2016, depois com aplicação estendida para diversas outras contratações, a exemplo de obras do Programa de Aceleração do Crescimento, de obras e serviços de engenharia do Sistema Único, e de contratações no âmbito do sistema de segurança pública, etc.; Lei nº 12.598/2012, com normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa; Lei nº 12.232/2010, com normas especiais para contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda; Lei nº 13.303/2016, que, ao estabelecer o estatuto jurídico das empresas estatais de todo o País previsto no § 1º do art. 173 da Constituição Federal de 1988, disciplinou suas licitações, contratações diretas e respectivos contratos, inclusive com a revogação do art. 67 da Lei nº 9.478/1997 e do § 2º do art. 15 da Lei nº 3.890-A/1961.

denominada “erosão do modelo unitário de contratações” (ROSILHO, 2013, p. 196), em decorrência da pressão exercida por setores acostumados, na primeira fase, a formular propostas de mudanças e vê-las positivadas pelo próprio chefe do Poder Executivo. De qualquer forma, na segunda fase, apesar do excesso de diplomas legais editados, houve a consolidação do Estado Democrático de Direito, com maior protagonismo do Poder Legislativo no debate sobre a matéria e superação definitiva da imposição unilateral pelo Poder Executivo do marco normativo das contratações públicas.

Os diplomas legais editados, até a égide da Lei nº 14.133/2021, têm, no geral, regras direcionadas preponderantemente à fase externa das licitações, às hipóteses de dispensa e inexistência e à execução contratual, possuindo, como principal preocupação, a “abrangência do dever de licitar” e o “tratamento dado pela administração a interessados nas contratações” (ROSILHO, 2013, p. 150), o que era reflexo da prevalência da “clássica concepção liberal da legalidade”, que promove “uma evidente conexão entre legalidade e liberdade” (ALMEIDA, 2015, p. 160), a justificar, devido à preocupação com a limitação do poder estatal, a prevalência de normas para disciplinar a relação entre a administração e os particulares,⁸² com vistas a concretizar a função histórica dos parlamentos “de supremos guardiões do quadro das liberdades e garantias” (CORREIA, 2003, p. 36).

Decorre da “clássica concepção liberal da legalidade” a denominada “marginalização da legalidade”, com a subtração do domínio legal de certas matérias administrativas, notadamente quando não se relacionassem “com os particulares em termos de envolver a susceptibilidade de limitar ou lesar as suas posições jurídicas”, o que explica, nos diplomas normativos precedentes, a “impenetrabilidade da lei e do parlamento” em aspectos internos da administração (OTERO, 2019, p. 179-180), que constituíam, na prática, um domínio quase exclusivo da administração, ainda que fossem determinantes para os resultados alcançados nas licitações e contratos (FORTINI; AMORIM, 2021).

A “clássica concepção liberal da legalidade” foi superada, determinando a obediência da administração pública “às normas jurídicas que regem as rela-

82 Da concepção “do particular perante a administração como cidadão não como súdito”, decorre, na atualidade, a perspectiva da relação jurídico-administrativa, o que fundamenta a atenção preponderante do Poder Legislativo para a demarcação de princípios e regras voltados à conformação da “disciplina procedimental dos contatos entre a administração e os cidadãos” (MONCADA, 2009, p. 1041-1042).

ções entre ela e os particulares e também seu próprio funcionamento interno” (CORREIA, 2003, p. 33). Por isso, ao ser superada a ideia de existir no interior da administração pública uma zona subtraída do domínio legal, “toda atividade administrativa, seja ela interna ou externa, se encontra subordinada à legalidade” (OTERO, 2019, p. 179-180), a prevalecer, a partir disso, a compreensão da lei não apenas como limite, mas também como pressuposto e fundamento da ação administrativa, que “cobre e abarca todos os aspectos da atividade administrativa, não apenas aqueles que possam consistir na lesão de direitos ou interesse dos particulares” (AMARAL, 2018, p. 39-40).⁸³

No contexto exposto, a Lei nº 14.133/2021 adentrou em temas que, historicamente, estavam à margem do direito (CHEVALIER, 2005), e não eram disciplinados pelos diplomas normativos relacionados a licitações e contratos administrativos, preocupando-se, ao refletir a tendência contemporânea de redução da “marginalização da legalidade”, com a demarcação de normas que permearão todo o “sistema de contratações públicas”, desde as variáveis estruturais que perpassam todas as licitações e contratos de um órgão ou entidade pública (por exemplo, estrutura organizacional, processos de trabalho, recursos humanos, etc.), até aspectos específicos decisivos dos resultados de cada contratação pública (fase interna, fase externa e execução contratual) (AMORIM, 2022, p. 559).

A Lei nº 14.133/2022 inaugura, enfim, um novo momento na disciplina das contratações públicas, que, além de superar a fase caracterizada pela formulação e positivação dos diplomas normativos pelo próprio Poder Executivo, demarca um novo olhar do legislador para a matéria, pois, ciente do papel das leis nacionais como principal instrumento indutor de inovação na administração pública⁸⁴ e de que os “sistemas de contratações públicas” constituem “ pilar nuclear das administrações públicas” (OCDE, 2015, p. 3), provendo os bens e serviços necessários para a consecução das atividades administrativas, passou a se

83 Nesse sentido, explica Paulo Otero, o Estado Democrático de Direito é “a síntese histórica de um longo processo de subordinação da administração pública à racionalidade e à legitimidade democrática da lei”, não mais limitada a uma “função negativa ou limitativa” do poder estatal, também assumindo “uma função positiva ou fundamentadora do agir administrativo” (OTERO, 2019, p. 188-189).

84 O “European Public Sector Innovation Scoreboard 2013 – a Pilot Exercise”, elaborado no âmbito da União Europeia (2014, p. 5), demonstra, a propósito, que novas leis e regulamentos são considerados o principal instrumento indutor de inovações nas administrações públicas dos países pesquisados.

preocupar, em acréscimo aos temas historicamente disciplinados,⁸⁵ com a definição de regras para disciplinar relações e atividades *intra muros* (GONÇALVES, 2019, p. 164), decisivas para o alcance dos objetivos almejados pelo legislador.

Depreende-se, da análise dos últimos 100 anos da disciplina das contratações públicas, que não se trata de simples positivação legal de um “modelo maximalista”, representando, em verdade, um conseqüentário da própria evolução da sua disciplina normativa, que, em substituição ao domínio quase exclusivo do Poder Executivo, passou a ter maior protagonismo do Poder Legislativo, despontando, com o tempo, um novo olhar para a matéria, agora interessando todas as inovações constantes na Lei nº 14.133/2021 que têm o potencial de promover, nas palavras de Marçal Justen Filho (2021), “uma grande reforma administrativa”, caso implementadas algumas “providências indispensáveis”, voltadas a impulsionar a boa governança das contratações públicas.

3 Governança das contratações públicas

O art. 22, XXVII, da Constituição Federal, estabelece a competência da União para editar normas gerais de “licitação e contratação”, o que fundamenta, no plano constitucional, o novo olhar do legislador, subordinando à Lei nº 14.133/2022 toda atividade administrativa, interna e externa, determinante dos resultados das contratações públicas. Exige-se, então, uma nova lógica de compreensão das contratações públicas, deslocando-se a atenção inicial dos detalhes do ciclo de cada contratação pública (fase interna, fase externa e execução contratual), para os arranjos institucionais que definem os resultados das contratações públicas em cada órgão e entidade pública.

Em realidade, além de ser uma consequência da evolução natural da disciplina da matéria, em razão da tendência contemporânea de redução da “marginalização da legalidade”, a compreensão da importância da governança⁸⁶ das contratações públicas decorre do considerável acúmulo, nos últimos 100 anos,

85 Na perspectiva da “clássica concepção liberal da legalidade”, a preocupação estava centrada no necessário “equilíbrio entre os direitos dos administrados e as prerrogativas da administração” (DI PIETRO, 2015, p. 97).

86 O conceito de governança, explica Renata Bichir, “é polissêmico e polêmico, e seu uso ampliado e vago, tanto no debate público quanto no acadêmico, termina, por vezes, esvaziando seus contornos”, aqui se privilegiando, como parâmetro interpretativo, o texto da Lei nº 14.133/2021, ainda que também esteja suscetível a polêmicas (BICHIR, 2018, p. 49-55).

de conhecimentos e experiências, os quais demonstram que, na aplicação do mesmo diploma legal, órgãos e entidades públicas alcançam, muitas vezes, na destinação de recursos públicos significativos,⁸⁷ resultados completamente diferentes, o que tem correlação direta com os respectivos níveis de maturidade da governança e da gestão das contratações públicas (FORTINI; AMORIM, 2021, p. 19).

Os trabalhos de consagradas instituições (por exemplo, do Banco Mundial,⁸⁸ da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE,⁸⁹ da Federação Internacional dos Contadores,⁹⁰ do Governance Accountability Office,⁹¹ do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada⁹² e do Tribunal de Contas da União)⁹³ corroboram a importância da governança das contratações públicas, que impõe reflexões sobre as variáveis determinantes para que os órgãos e entidades públicas consigam alcançar o melhor *value for money*, o que exige, em acréscimo às preocupações com a celeridade, integridade e economicidade, atenção para a possibilidade de utilização estratégica das contratações para o alcance de objetivos socioeconômicos mais amplos, incluindo, por exemplo, contribuições para a conformação de uma economia resiliente, inclusiva e sustentável.^{94 95}

Destaca-se, a propósito, que o aperfeiçoamento da governança pode potencializar a capacidade administrativa (ou seja, a capacidade de “identificação de problemas, formulação de soluções, execução de ações e entrega dos resultados”) (PIRES; GOMIDE, 2018, p. 25-32), o que, ao desencadear um círculo virtuoso, com aumento da transparência, competitividade e responsabilidade, possibilita o alcance dos objetivos das contratações públicas, com reflexos nas políticas públicas e no desenvolvimento dos países (WORLD BANK, 2022, p. 29-31). O Tribunal de Contas da União, ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício

87 Ver: OCDE (2021) e IPEA/CEPAL (2021, p. 33-39).

88 Ver: World Bank (2022).

89 Ver: OCDE (2020).

90 Ver: International Federation of Accountants (2014, p. 8).

91 Ver: Government Accountability Office (2005).

92 Ver: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2018).

93 Ver: Tribunal de Contas da União (2020).

94 Ver: World Bank (2022).

95 Sobre valor público, ver: Moore (2002).

do controle externo,⁹⁶ contribuiu decisivamente para a conscientização da importância da governança das contratações no país,⁹⁷ em especial ao constatar que “uma das causas primárias de todos os problemas percebidos [na administração] é a baixa qualidade da governança pública em todos os entes da federação” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2015).

A Lei nº 14.133/2021 é, enfim, simples decorrência do contexto exposto, que impõe, antes das preocupações com as especificidades relacionadas à modelagem das licitações e dos contratos administrativos, atenção redobrada para a governança das contratações públicas, notadamente para as variáveis objetivas e subjetivas que compõem o arranjo institucional que determina, em cada órgão e entidade pública, a capacidade de a ação administrativa alcançar os resultados desejados, a exemplo da estrutura organizacional, dos recursos humanos, dos processos de trabalho, dos instrumentos de planejamento, dos recursos de tecnologia da informação e comunicação, das práticas de gestão de riscos e de controles internos, etc.⁹⁸

Não há, na Lei nº 14.133/2021, em relação à governança das contratações públicas, “um modelo universal (*one size fits all*)” que pretensamente funcionaria “diante de todo e qualquer cenário” (RIBEIRO, 2016, p. 221), existindo, como já destacado em outra ocasião (FORTINI; AMORIM, 2021, p. 3-4), balizas legais, que, em meio a conceitos jurídicos indeterminados, previsões discricionárias e lacunas propositais (SCHMIDT-ABMANN, 2016, p. 65-67), possibilitarão a conformação do novo marco legal de acordo com a realidade de cada

96 O Tribunal de Contas da União realizou, ao longo dos anos, levantamentos relacionados à governança e gestão na administração pública, identificando, no geral, entre 2017 e 2021, a partir de respostas dos próprios órgãos e entidades avaliadas, evolução no Índice de Governança e Gestão de Contratações – Acórdão TCU nº 588-2018-Plenário (ref. ao ano de 2017), Acórdão TCU nº 2.699/2018-Plenário (ref. ao ano de 2018) e Acórdão TCU nº 2.164/2021-Plenário (ref. ao ano de 2021) –, com a ressalva de que “o panorama obtido não se mostra satisfatório, considerando que mais de 1/3 dos respondentes declara estar em estágio inicial de capacidade em governança das contratações [...]”. Disponíveis em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/organizacional/levantamento-de-governanca/>. Acesso em: 20 maio 2022.

97 Sobre as influências dos órgãos de controle nos debates sobre governança pública, ver: Nogueira e Gaetani (2018, p. 91-100).

98 Ver: Fortini e Amorim (2021, p.20).

ente federativo,^{99 100} observada a necessidade de institucionalizar um sistema de contratações públicas que, por tratar de questões estritamente técnicas, “fique protegido em relação à mudança de governos e outras alterações do quadro político-eleitoral” (MIRAGEM, 2017, p. 61), para que possa, até mesmo para facilitar a materialização de decisões políticas legítimas, potencializar os resultados alcançados ao prover os bens e serviços necessários.

3.1 Da responsabilidade da alta administração

O art. 11, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021 demarca, de início, “dentro da ideia do *tone at the top*” (NOHARA, 2021, p. 123), a responsabilidade da alta administração dos órgãos e entidades públicas – autoridade máxima e demais dirigentes das unidades superiores¹⁰¹ – pela governança das contratações, com a determinação de que promovam a implementação de estrutura organizacional¹⁰² e de processos de trabalho que lhes possibilite avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos administrativos, como forma de:

(a) assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias;

(b) promover um ambiente íntegro e confiável;

99 De Almiro do Couto e Silva, ao adaptar suas ideias à realidade do novo marco legal, é possível dizer, para fins ilustrativos, que a Lei nº 14.133/2021 tem, em suas normas, “por vezes [...] fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço [...]”; “outras vezes, porém, os fios [...] são mais abertos”, permitindo, nas palavras de Paulo Otero, que a administração exerça a “respectiva tarefa de determinação e densificação” do texto legal (SILVA, 1990, p. 51-67; OTERO, 2019, p. 897).

100 Como explica Pedro Costa Gonçalves, existe, nessas situações, a possibilidade de a administração pública também “estar condicionada, nos seus processos de ação, a regras não jurídicas” (também denominadas por Paulo Otero como “normas de natureza extrajurídica”), não se admitindo, por isso, que “regras científicas e de boas práticas [*legis artis*], *standards* e padrões técnicos” eventualmente incorporadas à Lei nº 14.133/2021, sejam simplesmente desconsideradas (GONÇALVES, 2019, p. 188; OTERO, 2019, p. 763).

101 No âmbito federal, de acordo com o inciso III do art. 2º do Decreto nº 9.203, de 22/11/2017, a alta administração é composta por “ministros de Estado, ocupantes de cargos de natureza especial, ocupantes de cargo de nível 6 do Grupo-Direção e Assessoramento Superiores – DAS e presidentes e diretores de autarquias, inclusive as especiais, e de fundações públicas ou autoridades de hierarquia equivalente;”

102 Deve-se considerar, por exemplo, a instituição de centrais de compras pelos entes federativos (arts. 19, I, e 181 da Lei nº 14.133/2021) e, no caso de municípios com até 10 mil habitantes, que, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, representam 2446 municípios ou 43,91% do total, a constituição de consórcios públicos (art. 181, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021). Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?edicao=28674&t=resultados>. Acesso em: 12 dez. 2020.

(c) promover eficiência, efetividade nas contratações; e

(d) alcançar os objetivos estabelecidos no próprio diploma legal (*in casu*, assegurar a seleção das propostas mais vantajosas; garantir tratamento isonômico entre os licitantes e promover a justa competição; evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; e incentivar a inovação e o desenvolvimento sustentável.

Decorre, do dispositivo legal especificado, a impossibilidade de a alta administração dos órgãos e entidades públicas simplesmente delegar a responsabilidade pelas contratações públicas, pois, na condição de responsável pela governança, deverá: (a) “avaliar, com fundamento em evidências, o ambiente, os cenários, as alternativas, o desempenho e os resultados atuais e os almejados”; (b) “direcionar, priorizar e orientar a preparação, a articulação e a coordenação de políticas e de planos, alinhando as funções organizacionais às necessidades das partes interessadas”; e, principalmente, (c) “monitorar os resultados, o desempenho e o cumprimento de políticas e planos, confrontando-os com as metas estabelecidas e as expectativas das partes interessadas” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020, p. 17-19).

O parágrafo único do art. 11 da Lei nº 14.133/2021 exige, para dar sustentação à boa governança das contratações públicas, que a alta administração contemple, na implementação da estrutura e dos processos, a gestão de riscos e os controles internos, pois a “ausência ou ineficiência dos controles internos” torna vulnerável o sistema de contratações públicas, oportunizando o cometimento de fraudes nas licitações e nos contratos administrativos (SANTOS; SOUZA, 2020, p. 33). O objetivo do novo marco legal “não é, nem poderia ser, a criação de mais controles e mais burocracia”, ao contrário, o objetivo é melhorar o desempenho dos órgãos e entidades públicas e promover a integridade no ambiente de contratações, sendo possível “descobrir oportunidades de remover controles desnecessários, que se tornam empecilhos à entrega de resultados” (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2020, p. 15-16).

Há, por isso, no § 1º do art. 169 da Lei nº 14.133/2021, a exigência de compatibilidade entre os custos e os benefícios relacionados aos instrumentos de governança das contratações públicas, devendo-se considerar, na conformação da estrutura e dos processos, o tamanho da organização pública e a complexidade de suas funções, observada a necessidade de a alta administração: (a) promo-

ver avaliação recorrente das variáveis que impactam nas contratações públicas; (b) determinar o direcionamento estratégico da área responsável por sua operacionalização; e (c) monitorá-la quanto à observância das diretrizes estabelecidas e ao alcance dos objetivos e metas definidos.

A Lei nº 14.133/2021, ao definir da responsabilidade da alta administração pela governança, compreende que seu comprometimento é decisivo para o aumento da capacidade do sistema de contratações públicas (desde os contratos individuais, até o sistema no seu todo), demarcando, a partir disso, outras balizas legais a serem observadas, verdadeiros parâmetros de concretização da boa governança pública, aqui interessando, em especial, as disposições relacionadas à profissionalização dos recursos humanos, ao fortalecimento do planejamento, à absorção de recursos de tecnologia de informação e comunicação e à implementação de práticas de gestão de riscos e de controles preventivos.

3.2 Da profissionalização dos recursos humanos

Há, desde Otto Von Bismarck, a certeza de que, “com funcionários ruins, as melhores leis não servem para nada”. Por isso, em se tratando de uma área que exige competências específicas, a OCDE¹⁰³ recomenda que os países desenvolvam a “força de trabalho afeta à contratação pública”, com “elevados padrões profissionais em matéria de conhecimento, implementação prática e integridade”, o que exige, por exemplo, “funcionários suficientes em termos de quantidade e de competências, reconhecimento da atividade de contratação pública como uma profissão específica, certificação e formações regulares, normas de integridade para os funcionários afetos à contratação pública [...]” (OCDE, 2015, p. 11).

O legislador estava ciente da importância da profissionalização da área de contratações públicas, inclusive constando, no Parecer aprovado da Comissão Especial da Câmara dos Deputados,¹⁰⁴ a preocupação de que, “se não tivermos bons agentes públicos”, o novo marco legal das contratações “não será aplicado

103 O Secretariado da OCDE é subdividido em 23 diretórios, um deles é o “Diretório de Governança Pública”, que conta com o “Comitê de Governança Pública” (fundado em 1961), instância com representantes dos países em diversos grupos de trabalho, inclusive no “Grupo de Trabalho de Funcionários Líderes em Compras Públicas”, fundado em 2014 (IPEA/CEPAL, 2021, p. 10-12).

104 Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 1.292/1995. Parecer apresentado pelo deputado João Arruda em 3/12/2018. p. 42-43. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188019>. Acesso em: 10 mar. 2022.

de forma adequada, persistindo as dificuldades enfrentadas historicamente em nosso país”, a justificar, nessa lógica, as medidas constantes nos art. 7º a 10 da Lei nº 14.133/2021, pois a eficácia de um novo diploma legal “depende de quão bem ele é implementado”, o que pressupõe a capacidade dos profissionais de “entender, seguir e aplicar as regras estabelecidas” (WORLD BANK, 2022, p. 42-43).¹⁰⁵

Em decorrência, o art. 7º da Lei nº 14.133/2021 exige que alta administração dos órgãos e entidades – ou quem as normas de organização administrativa indicarem – promova a implementação da gestão por competências,¹⁰⁶ o que exigirá: (a) “avaliação da estrutura de recursos humanos”; (b) “identificação das competências necessárias para cada função”; (c) “definição clara das responsabilidades e dos papéis a serem desempenhados”; e, (d) por fim, “seleção e designação de agentes públicos que tenham conhecimentos, habilidades e atitudes compatíveis” (FORTINI; AMORIN, 2021, p. 7-11), observados os requisitos mínimos estabelecidos no art. 7º, incisos I a III, da Lei nº 14.133/2021, para as funções essenciais a serem desempenhadas nas contratações públicas:

(a) preferencialmente, ser servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da administração (art. 7º, inciso I), salvo no caso do agente de contratação, que deverá ser obrigatoriamente servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes (art. 8º);

(b) ser titular de cargo ou emprego que tenha atribuições relacionadas a licitações e contratos; ou possuir formação compatível com as atribuições a serem desempenhadas; ou ter certificação profissional emitida por escola de governo na área (art. 7º, inciso II); e

(c) não ser cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da administração e não ter com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afini-

105 A OCDE explica que “recursos humanos adequados, em número e competências, para planejar e executar as contratações” são um “componente crucial de um sistema de contratações públicas sólido”, com a exigência de implementação de estratégias para criar uma força de trabalho de alto desempenho (OCDE, 2016, p. 6, Tradução nossa).

106 Há, no âmbito da União Europeia, iniciativa que pode ser utilizada como inspiração para os entes federativos do país, ver: Comissão Europeia (2022).

dade, até o terceiro grau, ou relação de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil (art. 7º, inciso III).¹⁰⁷

A OCDE (2015, p. 11) recomenda que a força de trabalho dedicada às contratações públicas tenha “capacidade para obter continuamente uma boa relação qualidade-preço de forma eficiente e eficaz”, o que exige a “oferta de oportunidades de carreiras atrativas, competitivas e baseadas no mérito” (OCDE, 2015, p. 11). Nesse contexto, a Lei nº 14.133/2021 não se limitou a determinar a realização de gestão por competências, estabelecendo requisitos obrigatórios para designação de agentes públicos para funções essenciais das contratações públicas, na expectativa de efetivamente contribuir para superação de problemas históricos da cultura predominante do setor público,¹⁰⁸ dificultando, por exemplo, a designação de “amigos do rei” para o desempenho de funções essenciais das contratações públicas em razão de “elementos de poder e [...] laços afetivos” (FENILI, 2018, p. 255-263).¹⁰⁹

Em realidade, os incisos I e II do art. 7º da Lei nº 14.133/2021, além de mitigarem riscos de designações de pessoas sem as competências necessárias, também contribuirão para a diminuição da rotatividade de pessoal, o que, ao dificultar alterações dos servidores e empregados responsáveis pelas licitações e contratos

107 Há, no inciso IV art. 14 da Lei nº 14.133/2021, outra regra para mitigar riscos de conflito de interesses, especificamente proibição de disputar licitação ou participar da execução de contrato quando o particular: (a) manter “vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenha função na licitação ou atua na fiscalização ou na gestão do contrato; ou (b) for “cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau,” dos agentes públicos especificados, “devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação” (BRASIL, 2021).

108 De acordo com Fernando Abrucio (2010, p. 382), o maior problema das administrações “é a fragilidade de sua burocracia em termos de qualificação e independência junto aos poderes políticos”, o que é comprovado por Rodolfo Dourado (2015), que, em análise de centenas de relatórios do Programa de Fiscalização em Entes Federativos relacionados a pequenos municípios da Bahia, Pernambuco e Ceará, demonstrou a influência política existente nas fraudes identificadas em contratações públicas, normalmente com a participação de agentes públicos não pertencentes aos quadros permanentes da administração.

109 O Acórdão 588-2018-Plenário (Voto do ministro Bruno Dantas, p. 5), em relação às pessoas dos órgãos e entidades que participaram do levantamento, constatou que “mais de 65% das organizações encontram-se em estágio inicial de capacidade”, o que acarreta as seguintes consequências: “50.1. desconhecimento acerca das competências necessárias ao desempenho adequado das atividades realizadas pela área de gestão de contratações; 50.2. alocação e movimentação de pessoal para a área de gestão de contratações sem qualificação técnica necessária; 50.3. designação de gestor não capacitado adequadamente para exercer atividades críticas atinentes à gestão de contratações; e 50.4. prejuízo ao alcance das metas definidas para a área de gestão de contratações, por falta de pessoal capacitado.” Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

a cada mudança de governo, facilitará o desenvolvimento da força de trabalho. Não se trata de uma solução ideal,^{110 111} mas, diante das limitações inerentes à iniciativa do legislador federal e do escopo da Lei nº 14.133/2021, a gestão por competências e os requisitos estabelecidos nos incisos I a III do art. 7º da Lei nº 14.133/2021 constituem avanços inequívocos para a profissionalização das funções essenciais das contratações públicas.

A alta administração dos órgãos e entidades públicas constatará, muitas vezes, insuficiência de pessoal (aspecto quantitativo) e/ou déficit de competências (aspecto qualitativo) no quadro funcional, o que demandará a implementação de políticas para resolução dos problemas, a exemplo da realização de concursos públicos, da execução de planos de capacitações, etc.¹¹² Destaca-se que, além da designação preferencial de servidores efetivos e de empregados públicos do quadro permanente da administração, a alta administração dos órgãos e entidades públicas deverá atentar para a exigência de que eles: a) sejam titulares de cargo ou emprego que tenha atribuições relacionadas a licitações e contratos;¹¹³ b) possuam formação compatível com as atribuições a serem desempenhadas; ou c) tenham certificação profissional na área emitida por escola de governo.¹¹⁴

O § 3º art. 8º da Lei nº 14.133/2021 exige a edição de regulamento específico pela alta administração para demarcar os papéis e responsabilidades de cada função-chave das contratações públicas (inclusive, dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno), sem prejuízo de também definir padrões

110 Ver: IPEA. **Texto para Discussão nº 1990** – A Agenda Perdida das Compras Públicas: Rumo a uma Reforma Abrangente da Lei de Licitações e do Arcabouço Institucional. Eduardo Pedral Sampaio Fiuza e Bernardo Abreu de Medeiros. Brasília, 2014. p. 94-96. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/3362/1/td_1990.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

111 A OCDE consolidou, em 2021, iniciativas adotadas pelos países para profissionalização da área de contratações públicas, por exemplo: 42% adotam gestão por competências, com a definição dos requisitos necessários para realizar cada função na área; 36% utilizam modelos de certificação; 39% reconhecem as contratações públicas como uma profissão autônoma; etc. (OCDE, 2021).

112 Ver: OCDE, 2016.

113 Por exemplo, no âmbito federal, a designação de um Analista de Infraestrutura, carreira disciplinada pela Lei nº 11.539/2007, com atribuições voltadas às atividades especializadas de planejamento, coordenação, fiscalização, assistência técnica e execução de projetos e obras de infraestrutura de grande porte, para funções-chave de contratações de obras e serviços de engenharia é plenamente compatível com as exigências da Lei nº 14.133/2021.

114 A Lei nº 14.133/2021 se preocupa com possíveis conflitos de interesses, exigindo, assim, para mitigar riscos no alcance dos resultados almejados, que os servidores designados: a) não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da administração; e b) não tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou relação de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

de conduta, alçadas decisórias, etc. O § 1º do art. 7º da Lei determina que seja observado o princípio da segregação de funções, vedando a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a mitigar riscos de ocultação de erros e fraudes nas licitações, contratações diretas e respectivos contratos administrativos.

3.3 Dos instrumentos de planejamento

Constam, na Lei nº 14.133/2021, diversos dispositivos legais que procuram fortalecer os instrumentos de planejamento na área de contratações públicas, a começar por sua inclusão, no art. 5º, entre os princípios que deverão ser observados na execução dos comandos do novo marco legal, desde a definição do modelo de governança (nível estratégico), passando pelo planejamento anual das contratações (nível tático), até chegar ao ciclo de cada contratação pública a ser realizada (nível operacional) (FORTINI; AMORIM, 2021, p. 11-12). Os instrumentos de planejamento, em um contexto de recursos escassos, devem promover, com suporte em análises de custo e benefício, a racionalização dos recursos empregados, determinando:

- (a) a conformação das variáveis decisivas para o bom funcionamento do sistema de contratações públicas (estrutura, processos, pessoas);
- (b) a definição da estratégia a ser observada pela área de contratações públicas, incluindo objetivos, indicadores e metas a serem alcançadas; e
- (c) a compatibilização da atuação da área de contratações públicas às demais áreas do órgão ou entidade pública, de modo a contribuir, ao prover bens e serviços de forma célere, íntegra, econômica, eficiente e sustentável, para a materialização das políticas públicas.

A OCDE (2015, p. 10) destaca, a propósito, a necessidade de “simplificar o sistema de contratação pública”, com a definição de uma estrutura capaz de dar o suporte necessário às contratações públicas e de processos de trabalho “eficazes e efetivos para reduzir a burocracia”, a justificar, por exemplo, a instituição de centrais de compras (art. 19, inciso I, e art. 181 da Lei nº 14.133/2021) ou, especialmente para municípios com até 10 mil habitantes, a constituição de consórcios públicos (art. 181, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021), sempre com a preocupação de que os resultados das contratações respondam às necessidades dos órgãos e entidades públicas.

Em continuidade, a Lei nº 14.133/2021 estimula a elaboração de plano de contratações anual, o qual, antes de sua divulgação em sítio eletrônico oficial, exigirá: (a) análise das demandas formalizadas, especialmente quando envolverem objetos não recorrentes; (b) seleção e agregação, em termos qualitativos e quantitativos, das demandas que serão atendidas, subsidiando a elaboração das leis orçamentárias; e, (c) ao final do *pipeline*, observada a capacidade operacional da área responsável pela operacionalização das contratações e a criticidade, materialidade e relevância de cada demanda, a priorização das necessidades que serão atendidas (art. 12, inciso VII do *caput* e § 1º).

O legislador, em acréscimo, ao disciplinar os procedimentos licitatórios, dispensou atenção prioritária à fase preparatória, caracterizando-a, de pronto, pelo planejamento, a exigir, além de sua compatibilização com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias, a elaboração de estudo técnico preliminar, explicitando, no “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação”, o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação final “da viabilidade técnica e econômica da contratação”,¹¹⁵ o que contribuirá para a diminuição de “problemas históricos que ocorrem durante a fase externa das licitações e, também, durante a execução dos respectivos contratos”.¹¹⁶

No novo marco legal, a “melhor solução” deve observar “todo o ciclo de vida do objeto” e exige que, no estudo técnico preliminar, sejam analisadas todas as alternativas possíveis, inclusive considerando, por exemplo, além dos custos diretos, todos 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”, para, aí sim, possibilitar, ao final da fase preparatória, uma modelagem de licitação que resulte em uma

115 Há, no inciso XX do art. 6º, e no art. 18 da Lei nº 14.133/2021, a preocupação do legislador em garantir que o estudo técnico preliminar seja um instrumento útil da fase preparatória – não uma mera formalidade –, prevendo-se sua elaboração de forma simplificada quando a contratação tiver pouca criticidade, materialidade e relevância, notadamente quando envolver objeto contratado de forma recorrente pela administração.

116 Comissão Especial Destinada a Proferir Parecer ao Projeto de Lei nº 1.292/1995. Parecer apresentado pelo deputado João Arruda em 3/12/2018. p. 44. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2188019>. Acesso em: 10 mar. 2022.

contratação efetivamente vantajosa (arts. 11, inciso I do *caput*; 18, inciso VIII do *caput*; 34, § 1º, da Lei nº 14.133/2021).¹¹⁷

3.4 Dos recursos de tecnologia da informação e comunicação

A Lei nº 14.133/2021 também se preocupou com a incorporação dos recursos de tecnologia da informação e comunicação às contratações públicas, especificamente ao prever instrumentos que, quando absorvidos por todos os entes federativos, possibilitarão a superação definitiva do paradigma analógico e presencial subjacentes aos diplomas legais precedentes pelo paradigma digital e eletrônico, o que ampliará sobremaneira a competitividade dos certames, mitigará riscos de fraudes, aumentará a transparência das licitações e da execução dos contratos e, principalmente, potencializará o controle social (FORTINI; AMORIM, 2021, p. 13-15).

Há, nas recomendações da OCDE, diversos incentivos à superação do paradigma analógico e presencial pelo paradigma digital e eletrônico, o que, ao exigir a incorporação de novas tecnologias aos processos de trabalho, faz exsurgir o conceito de “contratação pública eletrônica”, com as seguintes exigências:

- (a) “nível adequado de transparência do sistema de contratação pública em todas as fases do ciclo de contratação pública”, por meio de “um portal na internet”, para “permitir o livre acesso, por parte de todos os interessados” (OCDE, 2015, p. 7).
- (b) “mais fácil o acesso às oportunidades de contratos públicos por parte dos potenciais concorrentes” (OCDE, 2015, p. 8);
- (c) “processos que fomentem a eficiência ao longo de todo o ciclo de contratação pública”, com a utilização de “ferramentas para melhorar os procedimentos” (OCDE, 2015, p. 10);
- (d) “participação transparente e efetiva das partes interessadas” (OCDE, 2015, p. 9); e

¹¹⁷ A “seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a administração”, um dos objetivos das contratações públicas, exigirá a melhor relação custo vs. benefício, o que, no mínimo, pressupõe: (a) a devida especificação do objeto; (b) a correta definição dos custos diretos e indiretos que determinarão o menor dispêndio, especialmente no caso de julgamento por menor preço ou maior desconto; e (c) a exigência de requisitos de qualificação compatíveis com a criticidade, materialidade e relevância da contratação, sempre no sentido de dar mais segurança à administração de que o licitante a ser contratado honrará suas futuras obrigações, sem prejuízo de exigências de garantias adicionais.

(e) “utilização de tecnologias digitais no apoio a uma inovação adequada [...] ao longo de todo o ciclo da contratação pública” (OCDE, 2015, p. 10).

O Banco Mundial destaca, a propósito, que os países continuam a “fazer a transição para soluções de contratações públicas eletrônicas a uma taxa crescente em todo o mundo”, acrescentando que os sistemas eletrônicos estão “impulsionando um ambiente de contratações públicas mais eficiente e eficaz” e com mais transparência para todas as partes interessadas (WORLD BANK, 2022, p. 45). Não há dúvidas, portanto, que as iniciativas constantes na Lei nº 14.133/2021 voltadas a estimular um salto tecnológico nas contratações públicas estão alinhadas a recomendações de organismos internacionais importantes, com grande protagonismo no debate sobre boa governança pública.

Por isso, o art. 174 da Lei nº 14.133/2021 representará o maior avanço promovido pelo novo marco legal, pois o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) possuirá diversas funcionalidades que contribuirão para redução substancial de custos de transação.¹¹⁸ Conterá, por exemplo, com o “catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras”,¹¹⁹ “painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas”, e “modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos e de outros documentos padronizados” (arts. 6º, inciso LI; 19; e 174 da Lei).

O PNCP deverá contemplar, também, o “sistema de registro cadastral unificado”, a ser obrigatoriamente utilizado por toda a administração pública, assim evitando múltiplos registros cadastrais de pessoas físicas e jurídicas interessadas em participar de licitações de entes federativos diversos. E, agora para reduzir os custos de transação de licitantes, o PNCP ainda divulgará, de forma centralizada, além dos planos de contratações anuais, todos editais de licitação e

118 O conceito de “custos de transação” não é unívoco, aqui se utiliza o conceito elaborado por Robert Cooter e Thomas Ullen, que os compreende como “os custos das trocas”, envolvendo os: “(a) custos da busca para realização do negócio, (b) custos das negociações, (c) custos da execução do que foi negociado”. Há, ao se extrapolar o mesmo entendimento para as contratações públicas, a possibilidade de se identificarem, ao menos, os seguintes custos de transação: (a) custos da fase preparatória, (b) custos da fase externa de uma licitação, (c) custos relacionados à execução contratual. Os custos de transação resultam, a propósito, como explica Douglas North, das “instituições [i. e., regras formais e informais subjacentes às interações em uma sociedade] em conjunto com a tecnologia empregada” (COOTER; ULEN, 2010, p. 105-107; NORTH, 2009, p. 3-61).

119 Há, no § 2º do art. 19 da Lei nº 14.133/2021, no caso de “não utilização do catálogo eletrônico de padronização de que trata o inciso II do *caput* ou dos modelos de minutas de que trata o inciso IV do *caput* deste artigo”, exigência de “justificava por escrito”, devidamente “anexada ao respectivo processo licitatório”.

avisos de contratação direta do país, dispensando a consulta a diários oficiais e a jornais espalhados pelos entes federativos (arts. 54, § 1º; 87; 88; e 174 da Lei).

Em complemento, as licitações deverão ser preferencialmente processadas sob a forma eletrônica, admitindo-se a realização de licitações presenciais em situações excepcionais devidamente motivadas. O PNCP disponibilizará, por isso, para todos os entes federativos, sistema eletrônico para realização de sessões públicas, possibilitando que, em uma única plataforma, ocorra o registro de licitantes, a identificação dos editais disponíveis no mercado e a própria participação nos certames, o que, ao reduzir custos de transação de licitantes, impulsionará a competitividade e possibilitará a seleção de propostas mais vantajosas (arts. 17, §§ 2 e 5º; e 174 da Lei).

O PNCP poderá, como previsto no § 3º do art. 174 da lei, ainda contemplar outras funcionalidades e, com o seu desenvolvimento tecnológico, impulsionar verdadeira disrupção com a implementação definitiva do *e-marketplace*, promovendo a integração da administração pública aos potenciais fornecedores e prestadores, com a facilitação da operacionalização das contratações, quando a necessidade da administração envolver bens e serviços comuns, nas hipóteses de adesão a atas de registro de preços, contratação direta mediante dispensa,¹²⁰ credenciamento¹²¹ ou licitações na modalidade pregão.¹²²

3.5 Do fortalecimento da prevenção

Há, no geral, a compreensão de que “uma das facetas mais importantes da governança é sua ênfase na prevenção e não na repressão de condutas desviantes” (FORTINI; SHERMAN, 2017, p. 27-44), o que é percebido em diversos dispositivos da Lei nº 14.133/2021, a começar pela obrigatoriedade de a alta

120 Há, no novo marco legal, aumento considerável dos valores admitidos para contratação direta mediante dispensa por valor (art. 73, incisos I e II do *caput*, da Lei nº 14.133/2021), medida que considerou estudo elaborado pela Controladoria-Geral da União (Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc-1.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020); e ampliação do sistema de registro de preços, que, entre outras inovações, possibilitará “o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço” (art. 82, inciso VII, da Lei) e não terá a imposição de qualquer limite para fins de adesão à ata de órgão ou entidade gerenciadora do Poder Executivo Federal nos casos de execução descentralizada de política pública decorrente de transferência voluntária federal e à ata gerenciada pelo Ministério da Saúde na hipótese aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar, tudo devidamente disponibilizado no PNCP (art. 86, §§ 6º e 7º da Lei nº 14.133/2021).

121 Ver: Nóbrega e Torres (p. 19-28).

122 Ver: Zockun e Zockun (2020).

administração se responsabilizar pela institucionalização da gestão de riscos e controles internos (art. 11 da Lei), definindo inicialmente as diretrizes a serem observadas, para depois, contínua e permanentemente, monitorar a sua execução por todas as instâncias administrativas, sempre no sentido de promover a integridade, com base nos valores da organização e nos padrões de comportamento estabelecidos, e de prevenir eventos negativos, inclusive riscos de fraude e corrupção,¹²³ relacionados ao sistema de contratações públicas (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018; FORTINI; AMORIM, 2021, p. 16-19).

O controle não é concebido como simples “atividade que fecha o ciclo da atividade administrativa” (FERRAZ, 2019, p. 82), muitas vezes limitada a atividades repressivas, caracterizando-se “como sistema dinâmico que permeia toda a organização administrativa e que, por meio de estrutura, processos e pessoas, promove atividades preventivas, detectivas e repressivas necessárias para que os objetivos subjacentes às contratações públicas sejam alcançados (AMORIM, 2022, p. 562). Determina-se, por isso, a subordinação do sistema de contratações públicas a “práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo”,¹²⁴ inovando ao sujeitá-lo às denominadas linhas de defesa,¹²⁵ que iniciam nos próprios dirigentes e servidores responsáveis pelas licitações e contratos, continuam nas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno que devem lhes dar suporte; e finalizam no órgão central de controle interno e no tribunal de contas competente (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018, p. 59).

123 Sobre “riscos de fraude e corrupção”, a “Pesquisa Global sobre Fraudes e Crimes Econômicos da PWC” demonstrou que, no Brasil, 65% das fraudes acontecem devido a oportunidades decorrentes de falhas existentes nos controles internos, o que revela, nas palavras de Santos e Souza, com suporte em pesquisa da KPMG, que “o meio mais eficaz para combater fraudes é, sem dúvida alguma, a prevenção e mitigação de riscos em processos e métodos, por meio da implantação de controles internos preventivos e detectivos” (SANTOS; SOUZA, 2020, p. 34).

124 Há, como possível referencial em matéria de gestão de riscos, as seguintes normas técnicas: ABNT NBR ISO 31000 – Gestão de Riscos: Princípios e Diretrizes; ABNT NBR ISO 37001 – Sistemas de Gestão Antissuborno; INTOSAI GOV 9130 – Diretrizes para Normas de Controle Interno do Setor Público – Informações Adicionais sobre Gestão de Risco nas Entidades; COSO I – Controle Interno – Estrutura Integrada; e COSO II – Gerenciamento de Riscos Corporativos Integrado com Estratégia e Performance.

125 Há, como referencial, até mesmo pela nomenclatura utilizada pelo legislador, os trabalhos do “Instituto dos Auditores Internos” (IAA), especialmente a “Declaração de Posicionamento do IAA: As Três Linhas de Defesa no Gerenciamento Eficaz de Riscos e Controles (Jan. 2013)”, depois atualizada em “Modelo das Três Linhas do IAA 2020”. Disponível em: <https://global.theiia.org/translations/PublicDocuments/PP%20The%20Three%20Lines%20of%20Defense%20in%20>; <https://na.theiia.org/translations/PublicDocuments/Three-Lines-Model-Updated-Portuguese.pdf>. Acesso em: 10 maio 2022.

O foco é, repita-se, fortalecer a prevenção, de modo a promover “relações íntegras e confiáveis” e mais “eficiência, eficácia e efetividade” nos resultados das contratações, o que está, mais uma vez, em conformidade com recomendações da OCDE, que sugerem “estratégias de gestão de riscos para efeito de sua identificação, detecção e atenuação ao longo do ciclo de contratação pública” e “mecanismos de supervisão e controle para apoiar a responsabilização ao longo do ciclo da contratação pública”. Por isso, a Lei nº 14.133/2021 impõe a conformação de uma política estruturada que promova a coordenação e comunicação entre áreas e instâncias diversas, com o objetivo de inculcar a prevenção na cultura organizacional (DROMI, 2005, p. 6511-6525), observados os custos e benefícios envolvidos.¹²⁶

No contexto exposto, como a primeira linha é quem “detém os riscos” e conhece mais do que ninguém o próprio órgão ou entidade pública, ela deve integrar a gestão de riscos e os controles internos aos seus processos de trabalho, com a obrigação de identificá-los, analisá-los e avaliá-los, para depois, com base na probabilidade de ocorrência e no seu possível impacto, promover o devido tratamento dos riscos críticos, implementando as medidas de controle necessárias para se ter segurança razoável nas contratações (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018, p. 20). Por sua vez, a segunda linha, notadamente as unidades de controle interno, deve assistir a primeira linha e monitorar as medidas de controle implementadas e a exposição a riscos residuais, para assim suprir falhas e contribuir para o seu desenvolvimento contínuo, garantindo a efetividade das medidas implementadas. A terceira linha deve, em resumo, ter acesso irrestrito a todas as informações (art. 169, § 2º, da Lei), para realizar avaliações independentes e objetivas da própria governança das contratações, inclusive das atividades de gestão de riscos e controles internos (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018, p. 20-21).¹²⁷

126 Os custos dos controles não podem, como já consagrado outrora (art. 14 do Decreto-Lei nº 200/1967), superar os benefícios esperados, a justificar, nessa lógica, a supressão de controles puramente formais ou com custos superiores aos riscos identificados (art. 169, § 1º, da Lei).

127 Não é mera coincidência, por exemplo, que, no Acórdão TCU nº 588-2018-Plenário (Voto do ministro Bruno Dantas, p. 5), em relação à gestão de riscos dos órgãos e entidades que participaram do levantamento, consta que “mais de 79% das organizações não adota ou adota precariamente um modelo de gestão de riscos das contratações”, o que acarreta as seguintes consequências: “51.1. insucesso no alcance das metas da área de gestão de contratações; 51.2. perda de investimento em contratações que não atendem às necessidades da organização; 51.3. impossibilidade de usufruir do objeto da contratação em virtude de falta de preparo da infraestrutura da organização e/ou outras dificuldades, como: falta de pessoal capacitado para gerir o contrato e/ou clima organizacional desfavorável; 51.4. gasto indevido de recursos com a manutenção de controles desnecessários ou ineficientes.” Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em: 10 maio 2022.

Quando atividades detectivas constatarem simples impropriedades formais, a Lei nº 14.133/2021 impõe a adoção de “medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes responsáveis”,¹²⁸ resguardando as atividades repressivas para as irregularidades que configurarem danos ao erário (art. 169, § 3º).¹²⁹

Há, ainda para fortalecer a prevenção, a preocupação em ampliar a transparência e instrumentalizar o controle social. O PNCP, nesse sentido, além de permitir livre acesso às informações das contratações, inclusive “em formato de dados abertos”, deverá conter “sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato”, para facilitar a interlocução dos cidadãos com a administração, bem como acesso a “sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo”, divulgação de relatórios finais de execução contratual, etc. (arts. 19, inciso III; 169, § 4º; 174, § 2º, inciso VI do § 3 e § 4º da Lei nº 14.133/2021).

4 Conclusão

A Lei nº 14.133/2021 traz enormes desafios aos operadores jurídicos que atuam nas contratações públicas, suscitando muitas controvérsias acerca das escolhas do legislador para a conformação do novo marco legal das licitações e contratos administrativos.

Houve, com o propósito de facilitar a compreensão das escolhas do legislador, análise da evolução histórica das contratações públicas nos últimos 100 anos, dividindo-a em duas fases: na primeira, de 1922 a 1993, as licitações e contratos eram regidos por normas exaradas preponderantemente pelo próprio Poder

128 Há, nesse contexto, a seguinte determinação no art. 173 da Lei nº 14.133/2021: “[...] Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta lei, incluídos cursos presenciais e à distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas”.

129 Há, a essa altura, a necessidade de considerar as conclusões de Rodrigo Valgas dos Santos (2020, p. 312), no sentido de que “a gestão de riscos também serve como importante ferramenta para limitação e blindagem do gestor por suas decisões”, pois, quando “as decisões forem precedidas de gestão de riscos”, as “chances de responsabilização dos administradores públicos serão reduzidas e a própria administração será menos exposta a riscos” ou, se os riscos forem inevitáveis, “possibilitará um melhor enfrentamento dos problemas de modo transparente” (SANTOS, 2020, p. 312).

Executivo, normalmente com regras bastante incipientes e sintéticas; na segunda, de 1993 até o momento, com a consagração do Estado Democrático de Direito, as licitações e contratos passaram a ser disciplinadas por leis editadas pelo Congresso Nacional, decorrentes de amplos debates democráticos, com a superação definitiva da imposição unilateral pelo Poder Executivo do marco normativo das contratações públicas brasileiras.

A Lei nº 14.133/2021 deve, pois, ser compreendida como resultado de uma evolução natural da disciplina das contratações públicas, não apenas por consagrar o protagonismo do Poder Legislativo, mas também por superar a “clássica concepção liberal da legalidade”, o que comporta, até mesmo pelo acúmulo de conhecimentos e experiências consideráveis nos últimos 100 anos, preocupações que vão além da relação entre a administração e particulares.

Dessa forma, a partir da tendência contemporânea de redução da denominada “marginalização da legalidade”, o legislador superou a ideia de existir no interior da administração uma zona subtraída do domínio legal, exurgindo, com fundamento no inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, que confere à União competência para editar normas gerais sobre licitação e contratação, um arcabouço normativo que contempla todo o “sistema de contratações públicas”, com princípios e regras que permeiam todas as atividades administrativas determinantes dos resultados das contratações públicas, inclusive relações e atividades “intramuros”.

O novo olhar do legislador para as contratações, ao ir além das especificidades relacionadas à modelagem da fase externa das licitações e dos respectivos contratos, contempla recomendações de organismos internacionais inspiradas nas melhores práticas identificadas em diversos países, sobretudo ao impor à alta administração dos órgãos e entidades públicas a responsabilidade pela governança das contratações, com desdobramentos em exigências relacionadas, principalmente, à profissionalização da área de contratações públicas, aos instrumentos de planejamento, aos recursos de tecnologia da informação e comunicação e ao fortalecimento da prevenção.

Não há dúvidas de que, na concretização da Lei nº 14.133/2021, os desafios a serem enfrentados pelos órgãos e entidades públicas serão imensos, mas, na mesma proporção, as possibilidades de transformações dos seus sistemas de contratações públicas serão enormes, com possibilidades reais de, ao

implementarem boas práticas de governança pública, conseguirem prover bens e serviços de forma cada vez mais célere, íntegra, econômica, eficiente e sustentável, contribuindo efetivamente para a gestão pública como um todo, com reflexos positivos na materialização das políticas públicas.

Referências

- ABRUCIO, Fernando Luiz. Federalismo e Lei Orgânica da Administração Pública: desafios e oportunidades de modernização dos governos subnacionais. In: MODESTO, Paulo (Coord.) **Nova organização administrativa brasileira**. 2. ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 377-394.
- ALMEIDA, Fernando Dias Menezes. **Formação da teoria do direito administrativo no Brasil**. 1. ed. 2 tir. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Curso de direito administrativo**. Vol. II. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- AMORIM, Rafael Amorim de. **Operação Lava Jato e o modelo simplificado de contratações da Petrobras**. p. 143-160 (BROCHADO *et al.*, 2020)
- AMORIM, Rafael Amorim. Comentários ao art. 169 da Lei nº 14.133/2021. p. 559. In: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. v. 2. Belo Horizonte: Fórum, 2022.
- BICHIR, Renata. Governança Multinível. p. 49-55. In.: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Boletim de Análise Político-Institucional**. Governança Pública. n. 19. dez. 2018. p. 49-32. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/181206_bapi_19.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.
- BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. **O controle primário da gestão pública**. 2011. Disponível em: <https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41947/5/controlado_primario%20%20Marcus%20V..pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

CHEVALIER, Jacques. A Governança e o Direito. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte, ano 3, n. 12, out./dez. 2005.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araujo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COMISSÃO EUROPEIA. **ProcurCompEU – Quadro Europeu de Competências para Profissionais no Domínio da Contratação Pública**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/professionalisation-public-buyers/procurcompeu-european-competency-framework-public-procurement-professionals_pt>. Acesso em: 14 mar. 2022.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. **COSO I – Controle Interno – Estrutura Integrada**. Trad. PWC. 2013.

CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos**. Coimbra: Almedina, 2003.

CRETELLA JUNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. ver. ampl. atual. São Paulo: Forense, 1975.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DOURADO, Rodolfo. **Manual de pequenas fraudes: a dimensão política dos processos licitatórios**. 2015. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Bahia: Universidade Federal da Bahia, 2015.

DROMI, Roberto. Modernización del control público. In: **Fórum Administrativo – Direito Público**. Belo Horizonte, ano 5, nº 58, dez. 2005. p. 6511-6525.

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

FERNANDES, Ciro Campos Christo. **Política de compras e contratações: trajetória e mudanças na administração pública federal brasileira**. São Paulo, 2010. Tese (Doutorado). Fundação Getúlio Vargas, 2010.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FORTINI, Cristiana; AMORIM, Rafael. **Um novo olhar para a futura lei de licitações e contratos administrativos: a floresta além das árvores**. 2021. Disponível em: <http://www.licitacaoecontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_85.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2022.

FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da administração pública brasileira. **Interesse Público** – IP, Belo Horizonte, ano 19, nº 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

GONÇALVES, Pedro Costa. **Manual de direito administrativo**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2019.

GOVERNMENT ACCOUNTABILITY OFFICE – GAO. **Framework for assessing the acquisition function at federal agencies**. Sep. 2005. Disponível em: <<https://www.gao.gov/products/gao-05-218g>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

INSTITUTO DOS AUDITORES INTERNOS. **Declaração de posicionamento do IIA: As as três linhas de defesa no gerenciamento eficaz de riscos e controles**. Jan. 2013). Disponível em: <<https://global.theiia.org/translations/PublicDocuments/PP%20The%20Three%20Lines%20of%20Defense%20in%20>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

INTERNATIONAL FEDERATION OF ACCOUNTANTS. **International framework: good governance in the public sector**. Jul. 2014. Disponível em: <<https://www.ifac.org/knowledge-gateway/supporting-international-standards/publications/international-framework-good-governance-public-sector>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Boletim de análise político-institucional**. Governança Pública. nº 19. Dez. 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/181206_bapi_19.pdf. Acesso em: 12 jan. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. THORSTENSEN, Vera; GIESTEIRA, Luís Felipe. (Coords.). **Cadernos Brasil na OCDE – Compras Públicas**. Jul. 2021. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=38248&Itemid=432. Acesso em: 10 mar. 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Nova lei de licitações e reforma administrativa**. Fev. 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/nova-lei-de-licitacoes-e-reforma-administrativa-16022021>. Acesso em: 10 abr. 2022.

LIMA, Danilo Pereira. **Legalidade e autoritarismo**: papel dos juristas na consolidação da ditadura militar de 1964. Salvador: Juspodivm, 2018.

MACHETE, Pedro. **Estado de direito democrático e administração paritária**. Coimbra: Almedina, 2007.

MEDAUER, Odete. **Direito administrativo moderno**. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MIRAGEM, Bruno. **Direito administrativo aplicado – A nova administração pública e o direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONCADA, Luís S. Cabral de. **A relação jurídica administrativa**: para um novo paradigma de compreensão da actividade, da organização e do contencioso administrativos. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOORE, Mark H. **Criando valor público**: gestão estratégica no governo. Trad. P. G. Vilas-Bôas Castro. Rio de Janeiro: Uniletras; Brasília: ENAP, 2002.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 16. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles. **A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace**: o turning point da inovação nas compras públicas. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalle.html. Acesso em: 8. Jan. 2021.

NOGUEIRA, Ronaldo Alves; GAETANI, Francisco. Questão do controle no debate de governança pública. *In*: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Boletim de Análise Político-Institucional**. Governança Pública. nº 19. Dez. 2018. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/181206_bapi_19.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

NOHARA, Irene Patrícia. **Nova lei de licitações e contratos comparada**. São Paulo: Thonson Reuters Brasil, 2021.

NORTH, Douglass C. **Institutions, institutional change and economic performance**. 27 th print. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do comitê de governança pública da OCDE em contratações públicas**. 2015. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/public-procurement/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-conselho-contratos.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Roadmap: how to elaborate procurement capacity strategy**. 2016. p. 6. (Tradução Nossa). Disponível em: <<https://www.oecd.org/governance/ethics/Roadmap-Procurement-Capacity-Strategy.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Recomendação do comitê de governança pública da OCDE sobre governança das infraestruturas**. 2020. p. 11. Disponível em: <<https://www.oecd.org/gov/infrastructure-governance/PT-OECD-Recommendation-Governance-Infrastructure.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Government at a glance**. 2021. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/1c258f55-en/1/2/1/index.html?itemId=/content/publication/1c258f55-en&_csp_=10e9de108c3f715b68f26e07d4821567&itmIGO=oecd&itemContentType=book>. Acesso em: 14 mar. 2022.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade**. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2019.

PIRES, Roberto Rocha C.; GOMIDE, Alexandre. Governança e capacidades estatais a partir da abordagem dos arranjos e instrumentos de políticas públicas. *In*: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Boletim de Análise Político-Institucional**. Governança Pública. nº 19. Dez. 2018. p. 25-32. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/181206_bapi_19.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

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

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

SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Reforma administrativa de 1967: a reconciliação do legal como real. *In*: MOTTA, Carlos Guilherme; SALINAS, Natasha Schmitt Caccia (coords.). **Os juristas na formação do Estado-Nação brasileiro: 1930 – dias atuais**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 453-482.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberson Roberto. **Como combater a corrupção em licitações**. 3. ed. ampl. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. **Dogmática jurídico-administrativa: um balanço intermédio sobre a evolução, a reforma e as funções futuras**. Trad. Antonio Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, Almiro do Couto. Poder discricionário no direito administrativo brasileiro. P. 51. **Revista de Direito Administrativo**. v. 179-180. Rio de Janeiro, jan./jun. 1990. p. 51-67.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial básico de governança pública organizacional**. 3. ed. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/organizacional/levantamento-de-governanca/>>. Acesso em: 22 abr. 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Acórdão nº 1.273/2015-Plenário**. Voto do ministro relator João Augusto Ribeiro Nardes. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 abr. 2022.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial básico de gestão de riscos**. Abr. 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial básico de combate à fraude e corrupção**. 2. ed. Set. 2018. p. 20. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

União Europeia. **European Public Sector Innovation Scoreboard 2013: a pilot exercise**. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fe2a3b4b-3d7e-444d-82bc-790a0ab33737>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

WALDRON, Jeremy. **A dignidade da legislação**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WORLD BANK. **A global procurement partnership for sustainable development**. Jan. 2022. Disponível em: <<https://documents1.worldbank.org/curated/en/173331642410951798/pdf/Synthesis-Report.pdf>>. Acesso em: 30 mar. 2022.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Mauricio. Marketplace digital para compras públicas. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 1, nº 3, p. 77-94, set./dez. 2020.

O dever de cautela administrativa aplicado ao processo licitatório em que houver inversão de fases à luz da Nova Lei de Licitações e Contratos

Felipe Dalenogare Alves¹³⁰

1 Introdução

O presente capítulo desta obra destinada a enfrentar os principais temas da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), a Lei nº 14.133/2021, tem por propósito analisar o dever geral de cautela imposto à administração pública e sua aplicabilidade à fase recursal do processo licitatório, por ocasião da inversão procedimental prevista no art. 17, § 1º, dessa lei.

A meu ver, a cautela administrativa decorre do dever de proteção estatal (*Schutzpflichten*) aos direitos dos particulares, que impõe medidas negativas e positivas à administração, no sentido de respeitá-los, protegê-los e promovê-los.

Por conseguinte, partindo-se dessa premissa, a adoção de medidas cautelares pela administração, a fim de evitar violação a direito, é imposição ao administrador (dever) e não mera possibilidade (poder), quando este estiver diante de situação em que o particular demonstre o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

Dentre essas, encontram-se as medidas com efeito suspensivo e as com efeitos antecipatórios. No caso específico em análise neste capítulo, abordarei a necessidade de atribuição do efeito suspensivo à inabilitação de licitante, quando esta apresentar a intenção de recorrer, nos processos licitatórios em que a

130 Pós-doutorando em direito pela Università di Bologna; doutor e mestre em direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul; especialista em direito público pela Universidade Cândido Mendes, especialista em direito administrativo pela Faculdade Dom Alberto e especialista em gestão pública municipal pela Universidade Federal de Santa Maria; bacharel em direito e ciência política; coordenador da pós-graduação *lato sensu* em licitações e contratos da Escola Mineira de Direito; professor em cursos de pós-graduação na área de direito público, com ênfase em direito administrativo, constitucional, militar e direitos humanos em distintas instituições nacionais; coordenador acadêmico do Instituto Educacional Estudos de Direito; pregoeiro formado pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e pelo Departamento de Engenharia e Construção do Exército.

administração adotar o rito que antecipe a fase de habilitação à competitiva, como será visto na última seção deste capítulo.

Isso porque, de acordo com a NLLC, ocorrendo a inversão das fases processuais, as razões recursais de licitante eventualmente inabilitada serão apresentadas e apreciadas, em fase única, somente após o julgamento das propostas, ou seja, depois da etapa competitiva, em que já houve a devassa das propostas.

O problema que ensejou a pesquisa que resultou neste capítulo é: inabilitada eventual licitante, procedida a fase competitiva, caso ela apresente as razões recursais relativas à inabilitação e obtenha o provimento do recurso, a administração retornará à fase competitiva para que ela possa participar, mesmo após a devassa das propostas?

Sabe-se que, após o conhecimento das propostas pelas licitantes, não é possível o retorno a essa etapa. Desse modo, como seria possível preservar o processo licitatório? A hipótese a ser colocada em prova passa pela atribuição de efeito suspensivo à “intensão de recurso”, decorrente do dever geral de cautela, como se verá a seguir.

2 O “dever” geral de cautela aplicado à administração pública

Inicialmente, o leitor pode se questionar o porquê de denominar “dever geral” e não “poder geral”, como é usual na doutrina brasileira.¹³¹ Para a compreensão, é necessário estabelecer as bases nas quais fundamento que se trata de um dever, e não de um poder da administração.

Quando se fala do “poder geral de cautela administrativa”, é comum o direito administrativo se socorrer no direito processual, o que, etimologicamente, não está incorreto, para fins comparativos ao “poder geral de cautela judicial”. Este é compreendido como o exercício jurisdicional em situações não previstas pelo legislador, ou seja, àquelas em que o magistrado necessita adotar uma medida provisória e urgente, mas se encontra em uma situação de atipicidade cautelar – não há uma cautelar típica ou nominada expressa (CABRAL, 2018, p. 117).

131 Ver: Cabral (2018).

No âmbito do direito administrativo, não se pode olvidar que o administrador se encontra vinculado à legalidade, que deve ser vista em sentido amplo, ou seja, o direito (juridicidade). Assim, quando estiver diante de qualquer ação ou omissão que possa violar direito, impõe-se-lhe o dever de proteção (*Schutzpflichten*), decorrente da dimensão objetiva desenvolvida na teoria dos direitos fundamentais.¹³²

Em decorrência, entendo que a cautela administrativa passa a ser um dever ao administrador, o qual deve ser exercido, de ofício, atendendo-se ao juízo de proporcionalidade entre a vedação à proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e a proibição de excesso (*Übermassverbot*). Dito de outro modo, estando diante de situação urgente, que possa ocasionar dano a direito juridicamente previsto ao particular, ainda que não haja a previsão de medida cautelar administrativa típica, o agente público encontra-se compelido a adotar as medidas necessárias, adequadas e proporcionais para cessar a ação ou omissão potencialmente lesiva.

Há quem compreenda, ainda, que esse dever inarredável decorre da própria feição de direito fundamental conferida à cautela administrativa, a exemplo de Garcia de Enterría (1995, p. 15), quem compreende que o conteúdo desse direito é formado não só pelo dever de suspensão de atos administrativos, mas também de adoção de medidas positivas protetivas, diante de situações que possam trazer algum dano ao indivíduo.

A existência de um direito fundamental à tutela cautelar administrativa também é defendida por López Olvera (2007, p. 38), à medida que se insere na gama de princípios supranacionais e constitucionais que também se aplicam ao processo administrativo, tais como a tutela efetiva e o acesso à justiça, previstos em grande parte das Constituições Nacionais e nos Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, como a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – CADH, que, em seu art. 25, prevê a existência de mecanismos efetivos contra atos que possam representar violação aos direitos e garantias nela previstos.

Efetivamente, em que pese a relevância dos argumentos acima, não consigo visualizar a cautela administrativa, em si, como um direito fundamental, mas como um instrumento de efetivação do dever de proteção estatal aos direitos

132 A respeito, veja as bases epistemológicas construídas sobre o direito fundamental ao bom governo e o dever de proteção, *In*: Leal e Alves (2020).

fundamentais.¹³³ Ela é, portanto, um dever ao administrador e não uma faculdade, quando este estiver diante de situação que contenha dois pressupostos básicos: o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

O primeiro consiste na possibilidade de se causar dano irreparável ou de difícil reparação a direito de pessoa natural ou jurídica, caso a administração não adote a medida cautelar. O segundo, na probabilidade de que haja fundamento jurídico à demanda em análise, fundada na mínima plausibilidade jurídica, suficiente, ao menos, para levantar a dúvida em um primeiro exame, por parte da autoridade administrativa.

As medidas cautelares administrativas possuem algumas características, dentre elas a instrumentalidade, a precariedade¹³⁴ e a incidentalidade. A primeira se relaciona ao que já foi dito anteriormente, por ocasião de nossa crítica, quando referi que não vejo a cautela administrativa como “direito fundamental”, mas como instrumento de proteção (dever estatal) a um direito. Dito de outro modo, a medida cautelar não é o propósito principal, mas uma forma de se garantir a eficácia da decisão administrativa final, ante a presença de perigo de dano e da probabilidade do direito (JALVO, 2007, p. 20-21).

A segunda condiz com o caráter temporário da medida cautelar, ou seja, trata-se de uma decisão precária, que poderá ser revista pela administração, durante ou ao final do processo, caso os elementos inicialmente aferidos (*periculum in mora* e *fumus boni iuris*) deixem de existir ou não se confirmem ao final (JALVO, 2017, p. 30).

A terceira refere ao caráter processual, ou seja, a medida cautelar deve ser adotada, em regra, no âmbito do processo administrativo em que se discute o pleito principal (JALVO, 2017, p. 31). Excepcionalmente, entendo que poderá ser concedida antes mesmo da instauração do processo administrativo, de forma

133 Para fins informativos, indica-se a fundamentação realizada por Cabral (2018, p. 128-133), baseada na “Teoria dos Poderes Implícitos”, utilizada essencialmente para a solidificação das medidas cautelares pelos Tribunais de Contas. Basicamente, por esta teoria, ao prever direitos e obrigações constitucionais, implicitamente, o constituinte conferiu poderes (medidas necessárias) para, materialmente, efetivá-los.

134 Cabral (2022) utiliza o termo “provisoriedade”, o mesmo adotado pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015, ao tratar das “tutelas provisórias”. Do mesmo modo, Jalvo (2007, p. 30) utiliza o termo “*provisionalidad*”, referindo-se ao caráter “transitório” das medidas. Utilizo o termo “precariedade”, tendo em vista sua utilização frequente no âmbito da administração pública, referindo-se às decisões de caráter precário, ou seja, aquelas temporárias, que poderão se confirmar, em definitivo, futuramente, ou serem revistas pela própria administração.

antecedente. Como exemplo, veja-se a concessão do afastamento temporário em virtude das situações legais de luto, em que a administração concede, de imediato, o afastamento, tomando as medidas procedimentais administrativas posteriormente, com a apresentação da certidão de óbito, por ocasião do retorno do servidor.

A partir disso, é necessário estudar quais são as medidas cautelares que podem ser adotadas pelo administrador. É possível categorizá-las em duas espécies: medidas com efeito suspensivo e medidas com efeito antecipatório.¹³⁵

A primeira atribui o efeito paralisante ao ato potencialmente lesivo, ou seja, a administração, de ofício ou mediante provocação, suspende a prática ou a execução de um ato ou procedimento administrativo, até uma decisão ulterior, quando formar um juízo cognitivo que permita afastar a dúvida sobre o perigo de dano ou má aplicação do direito.

A segunda, por sua vez, consiste em ação antecipatória pela administração, a qual editará um ato administrativo, com status provisório, a fim de salvaguardar direito de pessoa natural ou jurídica, o qual, posteriormente, poderá ser revisto ou ratificado, diante de sua precariedade. A título de exemplo, veja a concessão cautelar de uma licença para tratar de saúde de pessoa da família, concedida precariamente a um servidor, a partir do fato gerador (em caráter antecedente), e confirmada ao final de um processo administrativo, que instrumentalizará os elementos necessários a sua concessão, como a perícia médica oficial.

Tanto nas medidas suspensivas quanto nas antecipatórias, há de se imperar o dever (presumido) de lealdade e boa-fé do beneficiário da medida. No âmbito federal, este pressuposto é previsto no art. 4º, inciso II, da Lei nº 9.784/1999, o que se somará aos requisitos do “perigo da demora” e da “fumaça do bom direito”.

Ainda que eu entenda que o dever geral de cautela deva ser exercido independente de previsão específica, ou seja, impondo-se à administração o dever de medidas cautelares atípicas, no âmbito federal, é possível se extrair ao menos dois dispositivos que objetivam tutelar direito, em momentos distintos, diante de eventual possibilidade de dano.

135 Caso se busque uma fundamentação principiológica às medidas cautelares (suspensivas ou antecipatórias), ambas encontram bases no princípio da precaução. Este impõe à administração pública a “obrigação de adotar medidas antecipatórias e proporcionais mesmo nos casos de incerteza quanto à produção de danos fundamentadamente temidos” (FREITAS, 2007, p. 99).

O primeiro, antes da decisão administrativa, é o art. 45 da Lei nº 9.784/1999, o qual prevê que “em caso de risco iminente, a administração pública poderá motivadamente adotar providências acauteladoras sem a prévia manifestação do interessado”.

O dispositivo deve ser interpretado no sentido de comportar uma dupla garantia: a primeira, de ordem objetiva, para a administração, que, diante de eventual risco ao interesse público, adotará medidas cautelares que o resguardem, sejam elas suspensivas ou antecipatórias. A segunda, subjetiva, para o particular, que, diante do perigo de dano e da probabilidade do direito, poderá requerer a adoção dessas medidas, de modo a resguardar seu direito.

O segundo é o art. 61, § único, da Lei nº 9.784/1999, após a decisão administrativa, consistente no efeito suspensivo ao recurso administrativo, prevendo-se que “havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso”.

Há de se ter em mente que a suspensão dos efeitos do ato administrativo não importa invalidação, mas paralisação, os quais voltarão a surtir tão logo haja a revogação da medida. Ainda que em juízo de cognição sumária, havendo perigo de dano e o mínimo de probabilidade de provimento recursal, a autoridade, diante do dever geral de cautela, deve conferir o efeito suspensivo à decisão administrativa.

É sob este contexto que se analisará, na seção a seguir, o dever geral de cautela, o qual deverá balizar a atuação do agente de contratação ou da comissão de contratação, no processo licitatório, em sentido amplo, e, em especial, nas situações de inversão procedimental prevista no § 1º, do art. 17, da Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC).

3 O dever geral de cautela aplicado ao processo licitatório com inversão de fases à luz da Lei nº 14.133/2021

Nesta seção, abordarei o dever geral de cautela aplicado à fase recursal do processo licitatório, que inova o que tínhamos até então na ordem jurídica referente às licitações, seja na Lei nº 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e

Contratos), na Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão), na Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC) e na Lei nº 13.303/16 (Lei das Empresas Estatais), a qual se analisa a seguir.

O art. 43 da Lei nº 8.666/1993, em seu inciso I, previa¹³⁶ a abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação de todos os concorrentes, e sua apreciação, para, posteriormente, em seu inciso III, prever a abertura dos envelopes contendo as propostas apenas daqueles habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou havido desistência expressa de todas as licitantes.

Em outras palavras, o rito processual aplicável às modalidades da Lei nº 8.666/1993 (concorrência, tomada de preços e convite) contemplava primeiro a fase de habilitação, seguida de uma fase recursal a essa etapa, a qual suspendia automaticamente o andamento do processo licitatório.

Assim, não havendo a manifestação negativa expressa de todas, a devassa do sigilo das propostas só ocorreria após decorrido *in albis* o prazo recursal ou após esgotada a análise dos recursos referentes à fase de habilitação.

Abertos os envelopes contendo as propostas, a comissão realizaria o julgamento destas, classificando ou desclassificando-as. Desta etapa, também se procederia outra fase recursal, que, de igual modo, por força do art. 109, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, também suspendia o curso do processo licitatório.

Assim, nas licitações realizadas à luz da Lei nº 8.666/1993, havia a apresentação de razões recursais em momentos distintos, no prazo de 5 dias úteis contados da lavratura da ata de habilitação ou inabilitação (art. 109, inciso I, “a”) ou da lavratura da ata de julgamento das propostas (art. 109, inciso I, “a”), sendo a apreciação dessas razões também realizada nesses respectivos momentos.

A Lei nº 10.520/2002 instituiu o pregão e trouxe, naquele momento, como novidade, a chamada inversão de fases. Isso porque essa modalidade contemplava o julgamento das propostas antes da fase de habilitação. Em função de a devassa do sigilo já ter ocorrido antes da habilitação da licitante com a proposta classificada em primeiro lugar, o pregão contemplou fase recursal única.

136 Tendo em vista a proximidade da revogação da Lei nº 8.666/1993, da Lei nº 10.520/2002 e dos dispositivos que regulam o RDC, constantes na Lei nº 12.462/11, optei por empregar o tempo verbal no pretérito, a fim de facilitar a compreensão futura do leitor.

Assim, declarado o vencedor (classificado e habilitado), qualquer licitante poderia manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, sob pena de decadência do direito de recorrer, sendo-lhe concedido o prazo de três dias para apresentação das razões recursais, tanto referentes à fase de julgamento das propostas quanto referentes à habilitação ou inabilitação de licitante, em conformidade com o art. 4º, incisos XVIII e XX, da Lei nº 10.520/2002.

Veja-se que, no pregão, a manifestação do interesse de recorrer, a apresentação das razões recursais e sua apreciação ocorriam sucessivamente (sem outra fase intermediária), constituindo-se uma “fase recursal única”. No pregão, por conseguinte, não havia razões para se atribuir efeito suspensivo ao ato recorrido (julgamento das propostas ou habilitação/inabilitação), a partir da intenção de recorrer, uma vez que não haveria nenhum outro ato intermediário senão a própria apreciação dos recursos, só ocorrendo a adjudicação e a homologação após o esgotamento da fase recursal.

Perceba que as licitantes apresentavam seus lances e, posteriormente, ocorria a aceitação com a classificação final das propostas. Portanto, não havia ato anterior à devassa das propostas, a ser objeto de impugnação recursal.¹³⁷

O rito processual do pregão (julgamento das propostas antes da habilitação das empresas) deu certo, trouxe celeridade e foi adotado, posteriormente, no Regime Diferenciado de Contratações (RDC), instituído pela Lei nº 12.462/2011. Não obstante essa marcha processual tenha vindo como regra, o legislador previu, no art. 12, § único, desta lei, a possibilidade de a administração inverter as fases (retrocedendo ao rito da Lei nº 8.666/1993, colocando a fase de habilitação das licitantes antes da fase de julgamento das propostas).

Assim, no RDC, tínhamos duas situações: (a) se a administração adotasse a sequência do pregão, teríamos duas manifestações da intenção de recorrer (após a sessão de julgamento das propostas e após a sessão de habilitação), com a apresentação das razões recursais (contra o julgamento das propostas, habilitação ou inabilitação) e sua apreciação em um único momento, após a fase de classificação e julgamento das propostas; (b) se adotasse o rito da Lei

137 Na prática, à luz do pregão da Lei nº 10.520/2002, sempre se recomendou que não se promovesse a desclassificação de propostas antes da fase competitiva, especialmente a de lances, justamente pela impossibilidade de retorno a esta, diante da devassa do sigilo das propostas. Assim, caso se constatasse desclassificação ilegal ocorrida antes da fase competitiva, só restaria a anulação do certame, com a promoção de nova licitação.

nº 8.666/1993, teríamos uma fase recursal após a habilitação das licitantes, com a manifestação da intenção de recorrer, apresentação das razões e sua apreciação, para, tão somente depois, seguir para a devassa e o julgamento das propostas, que precederia outra fase recursal composta pela manifestação da intenção de recorrer, apresentação das razões e sua apreciação, tudo em conformidade com o art. 27, *caput*, e seu parágrafo único, da Lei nº 12.462/2011.¹³⁸

Existe razão para o legislador ter previsto duas fases recursais quando a licitação é iniciada pela habilitação: se o recurso contra eventual inabilitação só for apreciado após a fase competitiva e importar em futura habilitação da recorrente (que, por ter sido inabilitada inicialmente, não apresentou sua proposta e lances), seria necessário refazer a fase competitiva (agora, com a participação desta), o que não é possível, tendo em vista já ter ocorrido a devassa das propostas das demais licitantes, ensejando a anulação do certame e a realização de nova licitação, o que traz grave prejuízo à administração.

Sabendo-se disso, de igual modo, a Lei nº 13.303/2016, que trata das licitações realizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, manteve a mesma lógica do RDC, com dupla fase recursal, quando se adotar a inversão de fases, com a habilitação antecedendo a fase competitiva (art. 59).

A Lei nº 14.133/2021, de modo diferente desses diplomas normativos, inaugura uma sistemática recursal *sui generis*, quando for adotada, excepcionalmente, a fase de habilitação como a preambular (art. 17, § 1º). Isso porque não previu a dupla fase recursal (apresentação e apreciação das razões após a fase de habilitação e, posteriormente, após o julgamento das propostas), mas em fase recursal única, conforme previsão expressa do art. 165, § 2º, inciso II.

Assim, se a licitação adotar a regra (rito inaugurado pela Lei nº 10.520/2002, no pregão), realizando-se o julgamento das propostas antes da habilitação, a licitante subjetivamente prejudicada deverá manifestar imediatamente sua intenção em recorrer de eventual classificação ou desclassificação de proposta, por ocasião da lavratura da ata desta sessão. A apresentação das razões recursais ainda não ocorrerá e se passará para a fase de habilitação ou inabilitação

138 A dupla necessidade da manifestação da intenção de recorrer no RDC foi referendada no seu regulamento, instituído pelo Decreto nº 7.581/2011, em seu art. 53, o qual prevê que as “licitantes que desejarem recorrer em face dos atos do julgamento da proposta ou da habilitação deverão manifestar imediatamente, **após o término de cada sessão**, a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão” (BRASIL, 2011, grifo nosso).

daquela classificada em primeiro lugar. Procedida a fase habilitatória, caso eventual licitante se julgue prejudicado quanto à habilitação ou inabilitação, deverá, também, manifestar imediatamente sua intenção em recorrer desse ato. Somente após a lavratura da ata de habilitação ou inabilitação é que a administração abrirá o prazo de três dias úteis para apresentação das razões recursais e procederá à sua apreciação (em conformidade com o art. 165, § 1º, inciso I, da NLLC).¹³⁹

Nesse rito procedimental, não há qualquer razão para atribuir efeito suspensivo ao ato recorrido, pois não há prejuízo à fase competitiva, não havendo perigo de dano, pois a licitação não será adjudicada e homologada sem a apreciação dos recursos e, em caso de provimento, apenas ocasionará a reordenação na classificação com a eliminação da inabilitada do certame.

A grande mudança ocorrerá se a administração adotar a inversão de fases, colocando a fase de habilitação antes da fase de julgamento. Isso porque o art. 165, § 1º, inciso I, parte *in fine*, prevê que a apresentação das razões recursais, nessa hipótese, somente ocorrerá após a lavratura da ata de julgamento das propostas. Veja-se que, não obstante a manifestação da intenção de recorrer de eventual habilitação ou inabilitação deva ocorrer após a respectiva sessão, as razões de recurso a essa fase só poderão ser apresentadas após a fase competitiva, em que ocorre a devassa do sigilo das propostas.

Para ilustrar a problemática estabelecida ao se prever fase recursal única na hipótese de licitação iniciada pela habilitação, imagine o seguinte exemplo: a licitante Alfa foi inabilitada, e, em virtude disso, manifestou imediatamente o interesse de recorrer. Por ter sido inabilitada e ainda não poder apresentar suas razões recursais, o que só poderá ocorrer após a fase de julgamento das propostas, ficou impossibilitada de participar da fase competitiva (subsequente à habilitação). Posteriormente, no prazo de três dias úteis após a lavratura da ata de julgamento, apresentou suas razões recursais e a administração verificou que assiste razão à recorrente, ou seja, ela não deveria ter sido inabilitada.

139 Adotando-se este rito, a Lei nº 14.133/2021 prevê, como dito na nota anterior, a mesma sistemática da Lei nº 12.462/2011 (RDC), que estabelecia duplo momento para a manifestação da intenção em recorrer e fase única para a apresentação das razões recursais e sua apreciação. Na Lei nº 10.520/2002 (pregão), de modo diferente, a manifestação da intenção em recorrer (tanto contra classificação ou desclassificação de proposta, quando à habilitação ou inabilitação) era em momento único, após a fase habilitatória, apresentando-se e apreciando-se os recursos na sequência.

A pergunta que resulta desse exemplo é: como procederá a administração? Retorna-se à fase competitiva, com a inclusão da licitante Alfa? Sabe-se que não, uma vez que houve a devassa do sigilo das propostas das demais licitantes. Anula-se a licitação, promovendo-se um novo certame? Imagine o prejuízo à administração e às licitantes, podendo ocasionar, inclusive, responsabilização dos agentes públicos que deram causa, em consonância com o art. 71, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, bem como da administração, pelos danos comprovadamente causados a essas, nos termos do art. 37, § 6º, da CF/88.

Para resolver essa problemática, resta, a meu ver, uma única saída: o art. 168 da NLLC prevê que “o recurso e o pedido de reconsideração terão efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente”. Tal dispositivo deve ser interpretado à luz do dever geral de cautela, no sentido de que o recurso é composto por dois elementos: 1) pela manifestação expressa da intenção em recorrer (ato de interposição) e 2) pela apresentação das razões recursais (enfrentamento do mérito).¹⁴⁰

Assim, à luz da NLLC, havendo a inversão de fases prevista no seu art. 17, § 1º, apresentada a intenção de recorrer contra inabilitação, essa, *per si*, já possui o condão de impor o dever do administrador de suspender esse ato, permitindo-se, precariamente, que a licitante inabilitada participe da fase competitiva por suspensão administrativa do ato de inabilitação. Posteriormente, por ocasião da apresentação das razões recursais (enfrentamento do mérito) e sua análise, se a administração verificar que assiste razão à recorrente, irá proceder à “reconsideração administrativa” do ato de inabilitação, mantendo-se o certame íntegro. Caso o recurso não seja provido, confirmará, em definitivo, a inabilitação da licitante, com efeitos *ex tunc*, tornando sem efeito a participação da licitante inabilitada na fase competitiva (revogação da medida suspensiva precária), o que não trará prejuízo à competitividade, à seleção a proposta mais vantajosa e ao sigilo das propostas, pois só reordenará a classificação.

A consequência é a mesma extraída do art. 41, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, que, amparando cautelarmente direito de participação no certame, previa que “a impugnação feita tempestivamente pela licitante não a impedirá de participar

140 A manifestação da intenção de recorrer, pela inteligência do art. 165, § 1º, inciso I, constitui ato de interposição, sem enfrentamento antecipado do mérito. Defendo que a simples manifestação formal da licitante é suficiente para sua admissão, a fim de que, posteriormente, depois de aberto o prazo de 3 dias úteis, enfrente o mérito nas razões recursais.

do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente” (BRASIL, 1993).

A fim de ilustrar, veja o seguinte exemplo prático: imagine que a licitante Beta, não preenchendo determinado requisito de habilitação, impugnou tal exigência editalícia. Até sobrevir decisão final da administração sobre seu questionamento, ela participou da fase de habilitação (seria inabilitada, mas os efeitos desse ato ficariam suspensos) e seguiu cautelarmente para a fase de julgamento das propostas, se a decisão sobre sua impugnação não ocorresse antes. Em muitos casos práticos, a decisão sobre a impugnação sobrevinha apenas após o julgamento das propostas. Nesse caso, sendo improcedentes as razões da impugnação, a administração ratificaria a inabilitação (aplicando-se efeitos retroativos, revogando-se a suspensão cautelar ao ato de inabilitação e, por conseguinte, tornando-se sem efeito sua participação nas fases subsequentes).

Como analogia, é como se uma licitante inabilitada conseguisse uma decisão judicial liminar que suspendesse o ato administrativo de inabilitação, permitindo-lhe participar da fase competitiva. Em ulterior decisão judicial (de mérito), verifica-se que não lhe assiste razão, e a decisão liminar (que havia suspendido o ato de inabilitação) é revogada pelo juízo. Sua participação e até o eventual sucesso na fase competitiva serão tornados sem efeito, simplesmente acarretando a reordenação na classificação final.

Diante disso, há de se dizer que a NLLC exige uma interpretação compatível com o dever geral de cautela imposto à administração, em muitos casos inovadora e audaciosa à praxis administrativa até então realizada, a exemplo da necessária atribuição do efeito suspensivo à inabilitação por ocasião da manifestação da intenção de recorrer, quando a administração adotar a inversão de fases prevista no art. 17, § 1º, da Lei nº 14.133/2021.

A atribuição do efeito suspensivo ao ato de inabilitação no momento da manifestação do interesse de recorrer decorre de uma interpretação ao art. 168 da Lei nº 14.133/2021, sob a égide do dever geral de cautela imposto ao administrador, quando estiver diante de situação que possa ocasionar prejuízo irreparável ao interesse público ou a direito, como a impossibilidade de retornar à fase competitiva para a inclusão de licitante posteriormente habilitada por provimento recursal.

4 Conclusão

Diante do exposto, verifica-se que a cautela administrativa decorre do dever de proteção (*Schutzpflichten*) estatal aos direitos juridicamente previstos ao particular, que impõe medidas negativas e positivas à administração, no sentido de respeitá-los, protegê-los e promovê-los.

Nesse sentido, a adoção de medidas cautelares pela administração, com o objetivo de resguardar eventual violação a direito, é imposição ao administrador (dever) e não mera possibilidade (poder), quando estiver diante de situação em que o particular demonstre dois pressupostos básicos, o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*.

Entre essas medidas, encontram-se aquelas com efeito suspensivo e as que possuem efeitos antecipatórios. No caso específico em análise neste capítulo, trata-se da necessidade de atribuição do efeito suspensivo à inabilitação, quando manifestada a intenção em recorrer, nas situações em que a administração adotar o rito que antecipe a fase de habilitação a de julgamento das propostas, como visto na última seção deste capítulo.

Isso porque, de acordo com a NLLC, ocorrendo a inversão das fases processuais, as razões recursais de licitante inabilitada serão apresentadas somente após a classificação e julgamento das propostas, ou seja, após a fase competitiva, em que já houve a devassa das propostas.

Conclui-se que, caso haja a eventual inabilitação de uma licitante, procedendo-se à fase competitiva, e, posteriormente, essa apresente razões recursais que ocasionem o provimento do recurso, a administração não poderá retornar à fase de habilitação.

Desse modo, a fim de se preservar o processo licitatório, como solução ao problema que ensejou o presente capítulo, tem-se que a administração deverá atribuir efeito suspensivo à intenção de recurso, em decorrência do dever geral de cautela, permitindo que a licitante participe, precariamente, da fase competitiva, o que será confirmado definitivamente ou tornado sem efeito por ocasião da análise das razões recursais.

Referências

ALVES, Felipe Dalenogare; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O direito fundamental ao bom governo e o dever de proteção estatal: uma análise das competências federativas à implementação de políticas de prevenção e repressão aos atos de malversação do patrimônio público. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 21(2), 2020, p. 11-46. Disponível em: <<https://doi.org/10.18759/rdgf.v21i2.1487>>. Acesso em: 5 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011**. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/L12462compilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.581, de 11 de outubro de 2011**. Regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/decreto/D7581compilado.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016**. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/l13303.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 18 abr. 2021.

CABRAL, Flávio Garcia. Os pilares do poder cautelar administrativo. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 18, nº 73, p. 115-139, jul./set. 2018.

CABRAL, Flávio Garcia. Medidas cautelares administrativas. **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito administrativo e constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 2. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2022. Disponível em: <<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/543/edicao-2/medidas-cautelares-administrativas->>. Acesso em: 13 jul. 2022.

COLAPINTO, Filippo. La tutela cautelare nel processo amministrativo. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 9, nº 37, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=62555>>. Acesso em: 6 jun. 2017.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **La batalla por las medidas cautelares**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1995. p. 15.

JALVO, Belén Marina. **Medidas provisionales en la actividad administrativa**. Madrid: Lex Nova, 2007.

LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro. La tutela cautelar en el proceso administrativo en Mexico. **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte, ano 7. n. 30, p. 29-62, out/dez 2007

O seguro-garantia *performance bond* como elemento de eficiência e segurança jurídica na Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021

Gustavo Leite Caribé Checcucci¹⁴¹

Marcos André de Almeida Malheiros Filho¹⁴²

1 Introdução

Aproximadamente após 28 anos de vigência, a Lei nº 8.666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos) foi revogada pelo novo diploma licitatório e contratual, a Lei nº 14.133/2021. Sua implementação no cotidiano da administração pública está ocorrendo gradativamente.

O diploma anterior trazia um cenário de burocracia demasiada que forçava o administrador a utilizar, em alguns casos, a sua discricionariedade criativa à procura de novos métodos. Os riscos dessa atuação já eram lembrados e criticados desde 2008 pela professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2008, p. 27-28):

Toda essa sistemática burocratizante acabou, indiretamente, por incentivar a procura de novos caminhos, alguns lícitos, outros ilícitos, mas, quase como regra geral, colocando o administrador público muitos passos adiante do legislador e fazendo com que se coloque em xeque o próprio princípio da legalidade, na versão segundo a qual a administração pública só pode fazer o que

141 Mestre em direito público pela Universidade Federal de Sergipe; especialista em direito administrativo pela UCAM; professor de licitações e contratos administrativos da pós-graduação da PUC/GO. Tem extensão universitária em contratos administrativos pela FGV/SP; pró-reitor acadêmico da UNIFAN; membro da Comissão Especial de Licitações e Contratos da OAB/BA; advogado público.

142 Advogado, parecerista e professor em cursos preparatórios para concursos públicos e exame de Ordem; especialista em direito administrativo e ética profissional do servidor público; membro de Associação Brasileira de Advogados Administrativistas (ABA Direito Administrativo). E-mail: malheirosfilho@malheirosadvocacia.com.

a lei prevê. A administração foi abrindo brechas naquela órbita de ação definida pela lei [...].

A real necessidade de um verdadeiro progresso das normas de licitações e contratações públicas, aliada ao descompasso do regime licitatório tradicional à realidade, provocou a inevitabilidade de um novo diploma legal, o qual, repleto de mudanças e junções legislativas, revogou a lei geral anterior, além de outras duas leis, quais sejam a Lei nº 10.520/2002, e a Lei nº 12.462/2011.

Tal junção simplifica o processo e afasta o formalismo exacerbado do procedimento licitatório que, em alguns casos, desestimulava o caráter competitivo, um dos principais sentidos de licitar e que era predominante no regime anterior.

Mesmo com algumas críticas e a frustração em alguns pontos que se esperava uma evolução maior, determinados temas sofreram mudanças significativas. Assim, considerando-se os contratos administrativos, e dentre os destaques, constata-se a incorporação de um importante passo para a defesa do interesse coletivo: a implementação do seguro-garantia – *performance bond* –, o qual se revela como um notável e importante instrumento para a busca de uma administração pública eficiente na perspectiva de uma maior e melhor segurança jurídica e de efetividade dos princípios administrativos, em especial aos setoriais do processo licitatório.

2 O contrato administrativo

Embora todo contrato seja considerado um pacto de vontades divergentes, no qual existem obrigações divergentes, os denominados administrativos se diferem de forma patente daqueles regidos pelo direito privado, notadamente pelo direito civil.

Conforme explica García de Enterría (2005), a distinção entre contratos administrativos e os de natureza privada, inspirada no direito francês, foi esculpida, inicialmente, a partir da distinção entre atos administrativos, ou seja, de autoridade, e os atos de gestão, com o objetivo de definir a competência jurisdicional nos países que utilizam a dualidade de jurisdição.

Em seguida, influenciada pelo critério material do serviço público – adotado pela Escola de Bordeaux –, a referida dicotomia passou a ser baseada no con-

teúdo do contrato, pois, enquanto nos contratos administrativos a relação jurídica é desigual – em virtude das cláusulas exorbitantes em favor da administração –, os contratos privados são caracterizados pela relativa igualdade das partes (GARCÍA DE ENTERRÍA, 2005).

Nesse sentido, ao se discutir sobre os contratos de cunho administrativo, a Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/2021 – estabelece que esses continuarão sendo regulados pelas suas cláusulas, ajustáveis a cada situação prática necessária à defesa do interesse público, de acordo com os preceitos de direito público e, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Segundo Oliveira (2021, p. 371, grifo do autor):

Os contratos administrativos são regidos, predominantemente, por normas de direito público. O reconhecimento de prerrogativas em favor da administração pública e a importância da atividade administrativa desempenhada revelam a necessidade de aplicação do regime de direito público. Em consequência, os contratos administrativos possuem características específicas que podem ser assim resumidas: formalismo moderado, bilateralidade, comutatividade, pessoalíssimo (*intuitu personae*), desequilíbrio e instabilidade.

Neste regime jurídico público, o contrato administrativo atribui à administração a prerrogativa de tomada de decisões unilaterais, as quais são denominadas cláusulas exorbitantes, previstas no art. 104 da lei:

Art. 104. O regime jurídico dos contratos instituído por esta Lei confere à administração, em relação a eles, as prerrogativas de:

I – modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II – extinguir-los, unilateralmente, nos casos especificados nesta Lei;

III – fiscalizar sua execução;

IV – aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V – ocupar provisoriamente bens móveis e imóveis e utilizar pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato nas hipóteses de:

a) risco à prestação de serviços essenciais;

b) necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, inclusive após extinção do contrato (BRASIL, 2021).

A complexidade do contrato administrativo não reside somente nas cláusulas exorbitantes, como também em suas cláusulas essenciais, previstas, por exemplo, no inciso XII do art. 92, o qual estabelece que: “São necessárias em

todo contrato cláusulas que estabeleçam [...] as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento [...]” (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, o aperfeiçoamento do sistema de proteção contratual pública trouxe a possibilidade de exigência de seguro-garantia, resultando no “[...] fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante à administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento [...]” (BRASIL, 2021).

Tal instituto alimenta a esperança da administração e, principalmente, do cidadão de viver em uma sociedade na qual ocorra a real diminuição de obras paralisadas durante o prazo de sua execução. Conforme estabelece o art. 98 da Lei:

Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos, a garantia poderá ser de até 5% (cinco por cento) do valor inicial do contrato, autorizada a majoração desse percentual para até 10% (dez por cento), desde que justificada mediante análise da complexidade técnica e dos riscos envolvidos (BRASIL, 2021).

Seguindo uma linha próxima à realidade e diferente do estabelecido na legislação anterior, o legislador fez a previsão de fixação de percentual maior para a garantia nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto.

Na forma do art. 99 da Nova Lei de Licitações e Contratos, nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, “[...] poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta lei, em percentual equivalente a até 30% do valor inicial do contrato” (BRASIL, 2021).

3 O seguro-garantia *performance bond* como instrumento efetivo dos novos princípios setoriais da Lei nº 14.133/2021

Preliminarmente, é importante apontar que o seguro-garantia *performance bond* surgiu nos Estados Unidos (EUA) em um momento de crise financeira, especificamente a de 1929, e se estabelece como ferramenta de segurança ao Estado, notando-se uma relevante presença desse seguro em outros países além dos

EUA, como Canadá e diversos outros da Europa, conforme afirma Marcondes (2016) em sua obra.

Nesse sentido, registra-se que o termo *performance bond* significa a boa execução contratual, representando, antes de tudo, um contrato de seguro que visa a assegurar em 100% a eventual inexecução contratual, numa tríplice relação entre segurado, segurador e tomador do serviço, proporcionando, assim, uma maior segurança à administração pública (segurada), à empresa privada (seguradora) e à vencedora do objeto licitante (tomadora do serviço), bem como múltiplos benefícios sociais, como a não incidência de obras inacabadas, a não corrupção sistêmica, a proteção ambiental e o fortalecimento dos princípios setoriais do novo texto legal.

Como já supra esboçado, o seguro-garantia *performance bond* se coaduna com o novo texto legal na perspectiva dos princípios da eficiência e segurança administrativa, bem como na probidade administrativa, no planejamento, na transparência, na competitividade e no desenvolvimento nacional sustentável – como pressupõe o art. 5º –, uma vez que essa nova modalidade de seguro-garantia traz a fiel execução contratual (BRASIL, 2021).

No que tange ao princípio da eficiência administrativa, Amorim (2021) defende que este tem a finalidade de fazer mais com menos, trazendo bons resultados na atividade fim estatal e, para alcançar a alta performance dessa atividade fim, a ação e a interpretação dos seus agentes é essencial para o sucesso do processo em voga, sendo que a Lei nº 14.133/2021 estabelece que:

Art. 64 [...]

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação (BRASIL, 2021).

Analisando-se o artigo acima transcrito, verifica-se que o legislador trouxe um papel de protagonismo para o agente público, numa perspectiva fundamental na ação e interpretação de realizar efetividade e, por conseguinte, a eficiência administrativa na condução enquanto agente estatal.

O *performance bond* se coaduna com o princípio da eficiência justamente por trazer inúmeros resultados positivos, como a finalização e entrega do objeto

licitado, a economia do erário em eventuais superfaturamentos de obras e em sinistros de ordem ambiental e até mesmo a substituição da contratada em eventual inexecução contratual, a fim de garantir e assegurar a entrega do objeto contratual.

Nessa esteira, um outro e importante princípio setorial é o da segurança jurídica, o qual se traduz em duas balizas importantes para a condução e aplicação do direito, quais sejam, a certeza e a estabilidade, como afirma Almeida (2013). Para o autor, a certeza se refere à noção de que o indivíduo deve estar seguro não apenas quanto à norma aplicável, como também quanto ao sentido deôntico, enquanto que a estabilidade consiste na perspectiva de que as normas não sejam alteradas a todo tempo, fornecendo, portanto, segurança jurídica para as partes.

Nesse sentido, essa segurança se traduz com o *performance bond*, na perspectiva de que ele traz a certeza da fiel execução contratual em eventual inexecução contratual – como pressupõe o art. 102 da Lei nº 14.133/2021 –, sendo que o seguro-garantia *performance bond* é um instrumento fundamental para prover medidas de estabilidade financeira à indústria, constituindo-se em acordo bilateral, expresso, com obrigações e direitos trilaterais (MOELLMANN; HOROWITZ; LYBECK, 2009).

Tal seguridade garante para o interesse coletivo a continuidade da validade do seguro-garantia continuará em vigor mesmo se o contratado não tiver pago o prêmio nas datas convencionadas (art. 97, II).

Assim, o seguro-garantia *performance bond* surge como um modelo de seguro para garantir a boa execução contratual e a estabilidade econômica, assegurando em 100% o objeto do contrato ora escrito e assinado pelas partes, numa dinâmica em que, caso haja falha por parte do tomador (empreiteira) do objeto segurado, o segurado (administração pública) aciona a seguradora (seguro *performance bond*) para a fiel execução do contrato ora firmado, gerando segurança jurídica para a administração pública, com reflexos para a sociedade, devido ao fato de que a destinação dos recursos públicos será realizada para benefícios voltados à coletividade, ou seja, o *performance bond* é um instrumento importante dentro da nova Lei de Licitações no que tange ao fortalecimento da segurança jurídica contratual.

Quanto ao princípio da probidade administrativa, em seu conceito etimológico, este é proveniente do vocábulo “probidade”, do latim *probitate*, que significa

aquilo que é bom, relacionando-se diretamente à honradez, à honestidade e à integridade. A improbidade, ao contrário, deriva do latim *improbitate*, que significa imoralidade, desonestidade (FERREIRA, 1999, p. 1086-1640).

Assim, a improbidade administrativa se refere aos atos não morais praticados contra a administração pública e que não se coadunam com o interesse público, conforme a Lei nº 8.429/1992, em seus arts. 9, 10 e 11, os quais pautam as possibilidades de violação desse importante mandamento legal que, em síntese, são aqueles que acometem enriquecimento ilícito, causam lesão ao erário e atentam contra os princípios da administração pública (BRASIL, 1992).

O *performance bond* apresenta um papel decisivo para evitar atos de improbidade, à medida que, nessa tríplice relação contratual, a seguradora irá frustrar eventuais desvios de interesse público. Outrossim, a natureza do *performance bond* busca a garantia da fiel execução contratual e, nessa dinâmica, a relação da execução contratual será, em regra, entre a tomadora do serviço público (contratada) e a seguradora *performance bond*, não mais à administração pública.

Se houver algum sinistro na execução contratual, a seguradora será a instituição acionada para tomar as medidas cabíveis ao *status quo* do objeto contratual, assim como para que se retorne o fluxo natural da sua execução, a fim da promoção da fiel execução contratual. Observa-se que a administração pública não triangula mais, em regra, na execução do contrato, o que evita, por exemplo, o superfaturamento dos contratos administrativos por meio de aditivos contratuais, ou seja, a seguradora titular do *performance bond* evita a corrupção sistêmica de atuar, de modo preventivo e repressivo, com auditorias e controle para eventuais sinistros contratuais, como acrescenta a Fundação Getúlio Vargas (FGV, 2016).

No que se refere ao princípio do planejamento, este busca que as contratações devam ser previamente planejadas, sendo um importante desafio para a administração pública, notadamente aos seus agentes que conduzem a gestão. Por conseguinte, esse princípio compreende desde o planejamento financeiro, de contratações licitatórias regulares e obrigatórias anuais, à elaboração do termo de referência por um setor com *know how*, facilitando o cotidiano de quem elabora o edital, do setor de compras, ou mesmo promovendo a padronização na comunicação e prazos para as pessoas envolvidas direta e indiretamente no setor de licitação.

O planejamento bem construído será decisivo para uma boa gestão pública no ente da administração direta ou indireta em que o *performance bond* atuará, levando segurança e possibilidade de sua inserção no edital, pois, afinal, discutir a possibilidade editalícia de exigência do seguro-garantia *performance bond* deve ser planejado, uma vez que esta modalidade de seguro apresenta inúmeras benesses sociais.

A depender do objeto licitado e da pessoa jurídica que está licitando, o *performance bond* pode comprometer a concorrência, uma vez que a exigência e filtro da seguradora impossibilitarão algumas empresas de participarem do certame licitatório. Assim, o planejamento prévio com discussão sobre a possibilidade de uso ou não do *performance bond*, como qualquer outra ponderação importante sobre o objeto licitado contribui, sobremaneira, para uma gestão pública de alta performance e, especialmente, para o bom funcionamento do setor licitatório.

Quanto ao princípio da transparência, seu papel essencial é tornar as informações claras para todos os agentes envolvidos direta e indiretamente, prévia e a posteriori do processo licitatório, a fim de fortalecer o amplo acesso da informação, notadamente quanto aos gastos públicos com compras, contratações de serviços e venda de bens públicos. Para Reck e Bitencourt (2021, p. 431), “transparência significaria, então, uma unidade que compreende a disponibilização da informação, a intenção comunicativa, a compreensibilidade, a objetividade e a responsabilidade.”

Um bom exemplo desse princípio na nova Lei nº 14.133/2021 consiste na obrigatoriedade de publicar todas as licitações no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), fortalecendo, assim, o amplo acesso para os órgãos de governo, gestores e à coletividade. Ademais, essa obrigatoriedade irá colaborar para o bom e adequado funcionamento dos gastos públicos, que compreendem desde uma consulta de referência de preço para a elaboração de um edital licitatório, a uma fiscalização mais contundente dos contratos administrativos de órgãos como o Tribunais de Contas e o Ministério Público (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, o art. 54 da nova Lei nº 14.133/2021 transparece com clareza a premissa da obrigatoriedade de transparência pela publicação não facultativa do inteiro teor do edital licitatório em um meio de comunicação federal – PNCP –, e de livre acesso a todos (BRASIL, 2021).

Constata-se, portanto, que o legislador fortaleceu a importância da transparência e ainda pautou, em seu texto legal que, mesmo que a administração pública realize seu processo licitatório de modo presencial – modalidade excepcional prevista no §2º, art. 17 da Lei nº 14.133/2021 –, este deverá ser motivado, “[...] devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo” (BRASIL, 2021).

Nesse sentido, o *performance bond* apresenta uma simbiose com o princípio da transparência, tendo em vista que legitima a importância da transparência da informação desde o momento em que a seguradora recebe o convite de assegurar a empresa tomadora para o edital licitatório, fiscalizando-o por meio de auditorias e controles na execução do contrato, conforme se constata a partir do art. 102 da Lei nº 14.133/2021:

- 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 [...] (BRASIL, 2021).

Avaliando o texto legal acima, constata-se que, para a seguradora do *performance bond* ter sucesso na execução e garantia do contrato, o legislador teve que legitimar a transparência para a seguradora e essa, por conseguinte, para com o poder público, permitindo a atuação de diversas formas de acesso às informações.

Não menos importante, deve-se ressaltar o princípio da competitividade que consiste, em sua gênese, na apresentação da proposta mais vantajosa para a administração pública, estando fundamentado no princípio da isonomia e no julgamento objetivo. Nesse sentido, os agentes devem privilegiar a mais ampla competitividade nas licitações, abstendo-se de incluir, nos editais, cláusulas ou condições irrelevantes ou impertinentes que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame, como afirma Amorim (2021), sendo que o *performance bond* se coaduna com o princípio da competitividade, pois, antes mesmo da disputa real e ainda na fase de julgamento, o seguro-garantia seleciona as propostas das empresas que apresentem condições concretas de competir na perspectiva segura da fiel execução contratual.

Por fim, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável está insculpido na Carta Magna, especificamente no inciso II, art. 3, e no art. 225, impondo, ao poder público e à coletividade, a proteção do meio ambiente com vistas para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

Em seus arts. 5º e 11, inciso IV, a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021 reforça a importância da sustentabilidade na contratação pública de insumos e serviços, sendo que essa legalização da norma infraconstitucional só reforça o que a Constituição preconiza (BRASIL, 2021). Contudo, essa incorporação legal pela administração pública somente será traduzida em condição fática caso sejam introduzidas, no texto editalício, exigências de caráter sustentável, de modo que essa postura mais ativa e efetiva do Estado irá induzir o mercado privado a se adequar a insumos e processos sustentáveis.

De modo contundente, o *performance bond* corrobora a proteção ambiental, visto que, por si só – ao fornecer a carta de garantia para a empresa que se habilitar no certame licitatório –, seu filtro prévio já consiste em uma eliminação de riscos que poderiam ocorrer em futura execução contratual. Assim, além da impossibilidade de a empresa receber a carta *performance bond*, a seguradora irá atuar com uma fiscal do contrato ao evitar sinistros, especialmente os de ordem ambiental, pois, afinal, a seguradora *performance bond* tem como papel fundamental a não incidência de sinistros por uma razão simples: a sua incidência compromete o lucro e a própria sustentabilidade do negócio.

Assim, pode-se atestar que o seguro-garantia *performance bond* é um seguro ambiental, na perspectiva da diminuição potencial de riscos e sinistros quanto à execução do contrato administrativo, fortalecendo também, desse modo, o princípio ambiental da prevenção.

4 *Performance bond* como elemento de eficiência e segurança jurídica na Nova Lei de Licitações

Inicialmente, a justificativa para a propositura da inserção do seguro-garantia *performance bond* na nova Lei de Licitações nº 14.133/2021 ocorreu a partir da propositura do Projeto de Lei (PL) do Senado nº 274, de 2016, o qual fora apresentado em um cenário brasileiro de investigação e denúncias de superfaturamento, atrasos e abandonos de obras públicas, com a celebração de contratos

fraudulentos com empresas privadas, os quais favoreceram a ocorrência de atos de corrupção e o não cumprimento fiel, ou em parte, da execução contratual, propiciando, assim, a frustração da sociedade brasileira na expectativa de concretização dos direitos fundamentais, instrumentalizados por meio da licitação.

Entretanto, cronologicamente, a implementação do seguro-garantia *performance bond* no Brasil foi suscitada em 1993, quando a Lei nº 8.666/1993 fora aprovada, mas, claramente, não houve êxito na sua inserção de seu conteúdo no texto legal, pois, de acordo com D’Elia (2011), o argumento político utilizado “[...] na época foi que o mercado de seguradoras teria poder excessivo.” Atualmente, com a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, o seguro *performance bond* ressurge como um instrumento de eficiência administrativa, de segurança jurídica e de combate à corrupção.

Segundo Moellmann, Horowitz e Lybeck (2009), esse contrato de seguro é escrito e assinado como condição precedente à execução da promessa de garantia. Amaral (2016, grifo do autor) conceitua o seguro-garantia *performance bond* como sendo uma:

[...] modalidade de seguro que garante ao segurado (contratante), até o limite estipulado na respectiva apólice, na hipótese de inadimplemento por parte do contratado (tomador), (i) o fiel cumprimento das obrigações objeto do contrato garantido (o contrato principal), às expensas da seguradora e sob sua responsabilidade (*step in*) ou (ii) o pagamento de indenização securitária corresponde ao ‘sobrecusto’ a ser incorrido pelo segurado para o término da obra por intermédio de um terceiro por ele contratado.

Pragmatizando e traduzindo o supra descrito, há uma tríplice relação contratual entre as partes envolvidas em um contrato assegurado por uma seguradora *performance bond*, em que se tem o tomador do serviço (empresa privada contratada), a segurada (administração pública) e o segurador (empresa seguradora do objeto licitante), os quais se vinculam entre si, incluindo sucessores (na falta de um daqueles), com a finalidade precípua da fiel execução do objeto licitado.

Conforme apontado na citação acima, a dinâmica na relação de um contrato administrativo com a seguradora *performance bond* é de uma quebra de paradigma, uma vez que a seguradora *performance bond* é a principal protagonista, ou seja, o seguro-garantia sai de uma postura pontual para uma postura ativa,

importante e “agressiva” na perspectiva de assegurar eventuais inexecuções contratuais por parte da contratada.

Nesse sentido, registra-se que a Lei nº 8.666/1993 traz uma possibilidade máxima de segurança contratual de até 10% – conforme seu art. 56, § 2º e 3º –, contra uma segurança de 100%, nos arts. 102 e seguintes da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 1993; BRASIL, 2021).

Trata-se de um verdadeiro impulso à implementação do sistema de proteção contratual pública que trouxe a possibilidade de exigência de seguro-garantia, resultando no fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado perante a administração, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento, conforme expressa o art. 97 da Lei nº 14.133/2021 (BRASIL, 1993; BRASIL, 2021).

A eficiência do *performance bond* se traduz como instrumento decisivo para a efetividade e garantia da segurança jurídica e do pragmatismo do dinheiro público, uma vez que a garantia contratual, em até 100%, de eventual inexecução contratual por parte da contratada será assumida por essa nova figura na relação contratual, qual seja a seguradora.

É o que se vê no art. 102, a mais relevante novidade ligada ao tema que estabelece que 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 (BRASIL, 1993; BRASIL, 2021).

A tradução da eficiência e segurança jurídica se manifesta em inúmeros benefícios, tanto para a administração pública (segurada), quanto para a contratada (tomadora do serviço) e, especialmente, para a sociedade, quando o Estado passa a não apresentar obras inacabadas em decorrência da segurança quanto ao eventual inadimplemento contratual realizado pela tomadora do serviço. Isso inibe a corrupção sistêmica, uma vez que há uma redução abrupta de aditivos contratuais nessa modalidade de seguro, pois, nestes, especialmente, estão parte significativa da corrupção e do desvio de recursos públicos. Assim, o papel da seguradora é cirúrgico na perspectiva de que ela irá assumir o aditamento na impossibilidade de a contratada (tomadora de serviços) não realizar a fiel execução contratual.

Nesse sentido, é forçoso registrar os benefícios do *performance bond* ao meio ambiente natural, uma vez que a seguradora atua como a fiscal do Estado, desde o momento em que ela é solicitada a fornecer a carta de garantia *performance bond* até a atuação na execução contratual, realizando um “filtro” de riscos e promovendo a real segurança de que a empresa contratada terá, ou não, condições de assumir a plena execução contratual a fim de não cometer sinistros, especialmente ambientais, de dimensões sem precedentes a todos envolvidos no contrato, especialmente à seguradora *performance bond*.

Dessa forma, há uma exigência maior quando, ao se prever o edital licitatório, ainda na fase de habilitação, for exigida a carta de seguro *performance bond* da potencial contratada, o que perpassa desde a capacidade financeira até o *know how* técnico da potencial contratada (tomadora de serviço). A consequência natural dessa exigência consiste nos múltiplos benefícios ao interesse coletivo, os quais se concretizam na fiscalização e fiel execução contratual prévia e, posteriormente, na assinatura do contrato pela seguradora *performance bond*.

Por fim, reforça-se a consideração acerca do imprescindível papel da seguradora *performance bond* como fiscal do Estado, evitando sinistros, obras inacabadas e corrupção sistêmica e, *pari passu*, promovendo a proteção ambiental e, conseqüentemente, a pragmatização e a efetividade dos princípios balizadores do direito administrativo e licitatório em seu novo texto, especialmente o da segurança jurídica, da eficiência, da transparência, da competitividade, da eficácia, do planejamento, da probidade administrativa e do desenvolvimento nacional sustentável.

5 Conclusão

Em vista dos argumentos apresentados, verifica-se a importância da inserção do seguro-garantia *performance bond* na nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, notadamente pela nova triangulação da relação contratual (segurado, segurador e tomador) nas licitações em que a seguradora *performance bond* assegurará o fiel cumprimento contratual, em eventual inexecução por parte da contratada, de modo minucioso, realizando um filtro preventivo e repressivo na potencial contratada e vencedora do certame licitatório, a fim de que não ocorram sinistros na execução do contrato administrativo.

Naturalmente, por uma lógica capitalista das seguradoras, busca-se evitar a ocorrência de sinistros no contrato administrativo, trazendo lucros para essas. E com a implementação do *performance bond*, os lucros serão maximizados por meio da diminuição ou da anulação de riscos do processo licitatório, a partir de ações como: dificultar a incidência de corrupção sistêmica – por meio da fiscalização, controle e, até mesmo, da substituição da seguradora *performance bond* para com a administração em aditivos contratuais –; impedir a incidência de obras inacabadas, a partir da obrigação, da seguradora, de realizar à fiel execução contratual –; buscar uma maior proteção ambiental – a partir da fiscalização da seguradora para a não incidência de sinistros –; e promover a efetividade dos princípios setoriais e administrativos da nova Lei de Licitações, quais sejam, o da eficiência e segurança administrativa, da probidade, do planejamento, da transparência, da competitividade e do desenvolvimento nacional sustentável.

Referências

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Princípios da administração pública e segurança jurídica. In: VALIM, Rafael; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves (coord.). **Tratado sobre o princípio da segurança jurídica do direito administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 47-64.

AMARAL, Cássio Gama. Seguro-garantia: desafios a vencer. **Roncarati**, São Paulo, 30 maio 2016. Disponível em: <https://www.editoraroncarati.com.br/v2/Colunistas/Cassio-Gama-Amaral/Seguro-Garantia-%E2%80%93-Desafios-a-Vencer.html>. Acesso em: 18 maio 2022.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o §4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 3 jun. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18429.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jul. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; altera a Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); cria a Secretaria de Aviação Civil, cargos de ministro de Estado, cargos em comissão e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autoriza a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; altera as Leis nºs 11.182, de 27 de setembro de 2005, 5.862, de 12 de dezembro de 1972, 8.399, de 7 de janeiro de 1992, 11.526, de 4 de outubro de 2007, 11.458, de 19 de março de 2007, e 12.350, de 20 de dezembro de 2010, e a Medida Provisória nº 2.185-35, de 24 de agosto de 2001; e revoga dispositivos da Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 ago. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112462.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jun. 2021.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 20 maio 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 274, de 2016.**

Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/126365>>. Acesso em: 20 maio 2022.

D'ELIA, Mirella. **Licitações: o que eles têm que nós não temos.** Veja, São Paulo, 1º maio 2011. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/politica/licitacoes-o-que-eles-tem-que-nos-nao-temos/>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública.** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Aurélio século XXI: o dicionário da língua portuguesa.** 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (FGV). **Performance bond and anti-corruption efforts in public works are main topics of FGV course.** [São Paulo], 28 jul. 2016. Disponível em: <<https://portal.fgv.br/node/1254>>. Acesso em: 18 maio 2022.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. **Curso de derecho administrativo.** 12. ed. v. 1. Madrid: Civitas, 2005.

MARCONDES, João Cláudio Monteiro. **Performance bond e os contratos de obras públicas: uma solução para um antigo problema.** Jota, [São Paulo], 19 abr. 2016. Disponível em: <<http://jota.info/artigos/performance-bond-e-os-contratos-de-obras-publicas-uma-solucao-para-um-antigo-problema-20042016>>. Acesso em: 18 dez. 2016.

MOELLMANN, Lawrence R.; HOROWITZ, Matthew M.; LYBECK, Kevin L. **The law of performance bonds.** 2nd ed. Chicago: American Bar Association, 2009.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Muller. Transparência e portal de contratação pública: limites e possibilidades para o controle social. *In*: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio Scopel; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli de (coord.). **A nova lei de licitações**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 427-448. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/163837/nova_lei_licitacoes_rocha.pdf>. Acesso em: 20 maio 2022.

As seis gerações de regimes de empreitada: do Decreto-Lei nº 200/1967 à Lei nº 14.133/2021

Hamilton Bonatto¹⁴³

“O mais feroz dos animais domésticos é o relógio de parede: conheço um que já devorou três gerações da minha família.”

Mário Quintana

1 Introdução

A necessidade de licitar e contratar obras públicas com melhor qualidade e menor preço vem há muito tempo prevista nas legislações brasileiras. As Ordenações Filipinas, por exemplo, já previam essa forma de seleção do empreiteiro, tal qual se denota no Volume I, Títulos 76, 17, 37, que regia em Portugal e no Brasil:

E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar a empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço; porém as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer por jornais, e umas e outras se lançarão em livro, em que se declare a forma de cada uma, lugar em que se há de fazer, preço e condições do contrato. E assim como forem pagando aos empreiteiros, farão ao pé do contrato conhecimento do dinheiro, que vão recebendo, e assinarão os mesmos empreiteiros e o Escrivão da Câmara; e as despesas que os Provedores não levarem em conta, pagá-las-ão os Vereadores, que as mandaram fazer (ORDENAÇÕES FILIPINAS, 1592, p. 151).

As empreitadas de obras públicas são preocupações históricas no direito brasileiro, desde anos após seu descobrimento até os dias de hoje.

143 Procurador do estado do Paraná; procurador-chefe da Coordenadoria do Consultivo da Procuradoria-Geral do Estado do Paraná (PGE/PR); graduado em direito, em engenharia civil, em licenciatura plena em matemática; especialista em direito constitucional, em construção de obras públicas, em advocacia pública, e em ética e educação; mestre em planejamento e governança pública; autor dos livros *Licitações e contratos de obras e serviços de engenharia e governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação*, ambos pela Editora Fórum; do livro *Critérios éticos para a construção de edifícios públicos sustentáveis*, pela Editora NP; do livro *Contratação de obras e serviços de engenharia*, pela UEPG/NUTEAD; do livro *BIM para obras públicas*, pela Editora Con.

Empreitada de obras públicas é um contrato em que uma das partes, denominada de empreiteiro (contratado), se obriga, sem subordinação, a realizar uma obra ou serviço de engenharia para a outra parte (contratante – administração pública), sem subordinação e, para isso, é estipulada uma remuneração teoricamente condizente com a demanda.

As legislações sobre a contratação de obras e serviços de engenharia para a administração pública e assim, por consequência, os regimes de empreitada nesse setor, evoluíram significativamente no decorrer do tempo. No período republicano, sob a vigência dos anos da ditadura militar, o Decreto-Lei nº 200/1967, previa no art. 7º, que:

Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução (BRASIL, 1967).

Assim tem sido procedido até os dias de hoje, com a publicação da Lei nº 14.133/2021.

Sucederam-se seis gerações de regimes de empreitada previstas no ordenamento jurídico brasileiro: Decreto-Lei nº 200/1967; Decreto-Lei nº 2.300/1986; Lei nº 8.666/1993; Lei nº 12.462/2011; Lei nº 13.303/2016 e Lei nº 14.133/2021. Não há dúvidas de que houve evolução nos textos normativos no que diz respeito, especialmente, à forma de medição e de pagamento, aos elementos técnicos instrutores fundamentais das licitações e à possibilidade de o autor desses elementos técnicos executarem o objeto. A cada geração, verifica-se a subtração e/ou inclusão de novo regime de empreitada com características diferentes dos então existentes.

2 Primeira geração: Decreto-Lei nº 200/1967

O Decreto-Lei nº 200/1967 foi a primeira geração das normativas que elencaram os regimes de empreitada admissíveis para a contratação de obras e serviços, o qual estabelecia três regimes: “Art. 132. As licitações para obras ou

serviços admitirão os seguintes regimes de execução: I – Empreitada por preço global. II – Empreitada por preço unitário. III – Administração contratada” (BRASIL, 1967).

Ao se examinar o referido decreto-lei, observa-se que ele não trouxe maiores detalhes sobre esses regimes de empreitada. No entanto, a própria denominação de cada um deles já estabelecia a forma de medição e de pagamento dos contratados pela execução da obra. A empreitada por preço global informava que as obras e serviços seriam contratados por preço certo e total; a empreitada por preço unitário previa a contratação por preço certo de unidades determinadas; e a administração contratada seria remunerada por meio de reembolso das despesas e pagamento para administrar a execução do objeto contratado.

O Decreto-Lei nº 200/1967 tem repercussão até os dias atuais, tendo em vista que os seus dois primeiros regimes de empreitada, o por preço global e o por preço unitário, foram, e ainda são, os mais utilizados pela administração pública brasileira. Houve mudança com o passar do tempo e, com as novas gerações, no entanto, esses dois regimes permaneceram em toda a legislação concernente ao assunto.

3 Segunda geração: Decreto-Lei nº 2.300/1986

O Decreto-Lei nº 2.300/1986, que revogou o art. 132 do Decreto-Lei nº 200/1967, enumerou quatro regimes de empreitada, e, nesta feita, definiu cada um deles no art. 5º:

VI – execução indireta: a que o órgão ou entidade contrata com terceiros, sob qualquer das seguintes modalidades:

- a) empreitada por preço global – quando se contrata a execução da obra ou do serviço, por preço certo e total;
- b) empreitada por preço unitário – quando se contrata a execução da obra ou do serviço, por preço certo de unidades determinadas;
- c) administração contratada – quando se contrata a execução da obra ou do serviço, mediante reembolso das despesas e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração;
- d) tarefa – quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos, por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais (BRASIL, 1986).

Percebe-se que o Decreto-Lei nº 2.300/1986 manteve os regimes de empreitada do Decreto nº 200/1967 e, ainda, acrescentou outro para o atendimento de obras e serviços de menor vulto e complexidade, a tarefa. No entanto, este então novo regime, que seria para a contratação de pequenos trabalhos, não foi de muita utilização.

Diferentemente do Decreto nº 15.783/1922 (Regulamento de Contabilidade Pública da União) e do Decreto-Lei nº 200/1967, o Decreto-Lei nº 2.300/1986 inaugurou as gerações bem mais detalhistas: com o aparente ápice do modelo maximalista na legislação licitatória brasileira, com diplomas que esmiuçaram detalhadamente os procedimentos, restringindo a discricionariedade administrativa na tomada de decisão e prestigiando procedimentos rígidos de controle para a ação dos agentes públicos” (TORRES, 2020). Até meados do século XX no Brasil, a disciplina normativa dos procedimentos de contratação pública adotou um viés “minimalista”. A partir da década de 1980, teve início uma espécie de fechamento do sistema de contratações públicas e de densificação da regulação jurídica das licitações. Introduzia-se, assim, a fase maximalista da normatização sobre o tema (AMORIM, 2020).

4 Terceira geração: Lei nº 8.666/1993

A Lei nº 8.666/1993, que revogou o Decreto-Lei nº 2.300/1986 e será revogada no dia 1º de abril de 2023, excluiu o regime de administração contratada por veto presidencial, e incluiu um novo regime, a empreitada integral, como se verifica no art.6º:

VIII – Execução indireta – a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

- a) empreitada por preço global – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;
- b) empreitada por preço unitário – quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;
- d) tarefa – quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
- e) empreitada integral – quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao

contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada (BRASIL, 1993).

A Lei nº 8.666/1993 excluiu o regime de administração contratada que havia tanto no Decreto-Lei nº 200/1967 como no Decreto-Lei nº 2.300/1986. Esse regime era adotado quando a contratação e a execução do serviço se dava mediante reembolso das despesas e pagamento da remuneração ajustada para os trabalhos de administração. Essas foram as razões do veto com base em manifestação da Advocacia-Geral da União:

A experiência tem demonstrado que a execução indireta, sob regime de administração contratada, envolve a assunção de elevadíssimos riscos pela administração, que é obrigada a adotar cuidados extremos de fiscalização, sob pena de incorrer em elevados prejuízos em face do encarecimento final da obra ou serviço.

Como é sabido, nesse regime de execução, interessa ao contratado, que se remunera à base de um percentual incidente sobre os custos do que é empregado na obra ou serviço, tornar esses custos os mais elevados possíveis, já que, assim, também seus ganhos serão maximizados.

Por outro lado, parece-me indubitoso que, diante da sistemática de planejamento e orçamentos públicos instituída pela Constituição de 1988, não é mais legítimo admitir-se a execução de obra ou serviço cujo custo total não esteja prévia e criteriosamente fixado, com sua inclusão tanto no orçamento anual quanto no plano plurianual.

Tais dispositivos, portanto, se mostram contrários ao interesse público (BRASIL, 1993).

Esses regimes, existentes desde a publicação do Decreto-Lei nº 200/1967, têm uma característica fundamental que diz respeito à necessidade de se possuir para licitar como elemento técnico fundamental um projeto básico com a função de não apenas prever o resultado desejado, mas disciplinar plenamente o modo de sua obtenção. Portanto, o resultado, nesses casos, é satisfatório na medida em que corresponda, de modo perfeito, ao procedimento predeterminado, escolhido e imposto pela administração. Não há autonomia para que o contratado possa escolher as atividades a serem desenvolvidas, ao contrário, deve executar com fidelidade as imposições da administração, pois suas obrigações são de meio e não de resultado.

Percebe-se, também, que nesses regimes o autor do projeto não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço. Houve a tendência de alterar essa característica, como se verá, somente a partir de 2011, na 4ª geração, com a publicação da Lei do Regime Diferenciado de Contratações e, com ela, o regime de contratação integrada.

A escolha do regime de empreitada é muito importante nas contratações públicas porque impactam “as relações entre contratado e contratante, as medições do contrato firmado, seus aditivos, entre outros fatores relacionados à gestão do empreendimento contratado” (BRASIL, 2013, p. 3).

O regime de empreitada por preço global deve ser adotado quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total, e nos casos em que o licitante sabe de antemão os quantitativos de serviços necessários para a execução do objeto. A medição e o pagamento são realizados em função do cumprimento das etapas do cronograma físico-financeiro.

O regime de empreitada por preço unitário é adotado quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas, tendo em vista que, em razão de características intrínsecas do objeto, não é possível quantificar com maior exatidão o quantitativo de serviços que serão necessários para a execução do objeto. Assim, uma vez realizado o serviço ele é medido e pago na quantidade exata do que for realizado.

O regime por tarefa deve ser utilizado quando se ajusta mão de obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais (art. 6º, VIII, “d”, Lei nº 8.666/1993). Geralmente, o tarefeiro é contratado apenas para a realização da mão de obra, devendo possuir os equipamentos para executá-la. Os materiais, na maioria das vezes, são fornecidos pela contratante.

Jessé Torres Pereira Júnior ensina:

[...] na tarefa, o preço é certo e predefinido no contrato, cujo objeto é específico e só pode ser o da realização de pequenos trabalhos, com ou sem fornecimento de material; presta-se à escolha de profissionais autônomos ou de pequenas empresas para a execução de serviços técnicos de nível elementar ou médio, de breve duração (PEREIRA JÚNIOR, 2009, p. 115).

Mesmo estando presente nas diversas legislações referentes a licitações e contratos, esse regime é usado muito raramente.

A empreitada integral é utilizada quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias. Permanece sob inteira responsabilidade da contratada até sua entrega ao contratante, em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional, e com as características adequadas às finalidades para as quais foi contratada.

O contratante recebe a obra pronta para operar imediatamente. É o que se chama de *turn key* (vire a chave).

Nessa espécie de contrato, a contratada administra a obra, licencia o empreendimento, desenvolve o projeto executivo, executa a obra, instala todos os equipamentos necessários à operação desta, faz ensaios de pré-comissionamento, todos os testes para verificar o funcionamento da obra e dos equipamentos que a compõem, e pode treinar o pessoal que irá trabalhar na operação e na manutenção (BONATTO, 2018).

Essas características da necessidade de projeto básico, de as obrigações serem de meio e proibição do autor participar da execução da obra ou do serviço, nasceram com o Decreto-Lei nº 200/1967 e permanecem, sem alargamentos, até a edição da Lei nº 12.462/2011, a Lei do Regime Diferenciado de Contratações – RDC.

5 Quarta geração: Lei nº 12.462/2011

A Lei do RDC estreou um novo regime de empreitada para somar aos demais então presentes na Lei nº 8.666/1993: a contratação integrada. Tal regime de empreitada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto contratado.

A contratação integrada, porém, não exige que o elemento técnico instrutor fundamental seja um projeto básico, bastando um anteprojeto de engenharia, desde que ele contemple os documentos técnicos destinados a possibilitar a caracterização da obra ou serviço, incluindo: (a) a demonstração e a justificativa do programa de necessidades, a visão global dos investimentos e as definições quanto ao nível de serviço desejado; (b) as condições de solidez, segurança,

durabilidade e prazo de entrega; (c) a estética do projeto arquitetônico; e (d) os parâmetros de adequação ao interesse público, à economia na utilização, à facilidade na execução, aos impactos ambientais e à acessibilidade.

Note-se que a licitação a partir de um anteprojeto e a obrigação do contratado de desenvolver o projeto básico e o projeto executivo implicam que a obrigação do contratado não é mais de meio, e sim de resultado, bem como, de forma inaugural, o autor do projeto pode executar a obra ou o serviço também. Verifica-se, em razão dessas características, uma evolução substancial em relação aos demais regimes.

Percebe-se que no regime de contratação integrada há uma ruptura com a ideia de que “quem projeta não constrói e quem constrói não projeta”, frase que tem sido utilizada como mantra quando se buscam contra-argumentos à possibilidade de os projetistas participarem da execução da obra ou serviços de engenharia (BONATTO; OLIVEIRA, 2021). Desde o Decreto-Lei nº 200/1967 esta, por certo, foi a maior evolução em termos de atributos dos regimes de empreitada, e que vai permanecer e ampliar essa possibilidade nas duas próximas e últimas gerações, a da Lei nº 13.303/2016 e da atual Lei nº 14.133/2021.

6 Quinta geração: Lei nº 13.303/2016

A Lei nº 13.303/2016, a Lei das Estatais, além de admitir os regimes já constantes na Lei nº 8.666/1993, de empreitada por preço global, de empreitada por preço unitário, contratação por tarefa e empreitada integral, admitiu também a contratação integrada contida na Lei do RDC, e inovou ao admitir um regime ainda não presente à época no ordenamento jurídico brasileiro, a contratação semi-integrada, a ser utilizada quando possível definir previamente no projeto básico as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual, em obra ou serviço de engenharia que possa ser executado com diferentes metodologias ou tecnologias.

A contratação semi-integrada envolve a elaboração e o desenvolvimento do projeto executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto. Nesse regime, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de

redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação. Portanto, o elemento técnico instrutor fundamental é um projeto básico; no entanto ele pode ser alterado se forem demonstradas vantagens à administração.

A possibilidade de alteração do projeto básico quando da elaboração do projeto executivo pelo contratado é mais uma evolução legislativa, pois permite a internalização de inovações que não compunham o projeto básico. Porém, a responsabilidade por essas alterações é do contratado, que deverá apresentar os resultados que se comprometeu a atingir com suas propostas de alterações projetuais.

7 Sexta e última geração: Lei nº 14.133/2021

Recentemente, foi aprovada a Lei nº 14.133/2021. A novel legislação admitiu todos os regimes de empreitada que vinham sendo utilizados a partir da Lei nº 8.666/1993, isto é, (a) empreitada por preço unitário; (b) empreitada por preço global; (c) empreitada integral; (d) contratação por tarefa; (e) contratação integrada; e (f) contratação semi-integrada, sendo este um corolário da percepção de que realmente houve evolução legislativa a respeito do tema, regime de execução.

A novidade não se dá apenas pelo fato de o legislador reconhecer o processo evolutivo ocorrido ao longo das gerações anteriores de regimes de empreitada, pois a lei introduziu um sétimo regime, não previsto até aquele momento em nenhuma das gerações anteriores: o fornecimento e prestação de serviço associado. Esse regime, além do fornecimento do objeto, permite que o contratado se responsabilize por operação do objeto, a manutenção deste, ou ambas, por tempo determinado.

O fornecimento, nesse regime de empreitada, pode ser de um equipamento; de uma obra; ou dos projetos e da obra.

Os serviços associados ao fornecimento também podem variar, inclusive com a possibilidade de agregar serviços de *facilities*, entendido este como “aquelas atividades necessárias para o funcionamento da organização, sobretudo quando relacionadas à operação e manutenção do edifício onde ela funciona” (OLIVEIRA, 2021, p. 1).

No contrato de *facilities* temos outra estruturação do contrato, porque se pensa em adquirir a inteligência na gestão, e não simples intermediação de mão de obra. Por isto, esta espécie de contrato possui objetos múltiplos: pode envolver obra, fornecimento de materiais e, claro, a prestação de serviços – sendo este o seu foco (HEINEN, 2021, p. 278).

O regime de fornecimento e prestação de serviço associado abre ao gestor a possibilidade de realizar arranjos dos mais diversos, de modo que poderá usar da criatividade para criar, dentro das fronteiras da lei, múltiplas maneiras de contratar o objeto e atingir os resultados pretendidos.

É evidente a evolução promovida por este regime de empreitada, tanto em relação aos regimes da contratação integrada e semi-integrada quanto aos regimes mais tradicionais aqui destacados.

Destaque-se que no caso de fornecimento e prestação de serviço associado, um mesmo contrato terá duas formas de medição e pagamento. Na entrega da coisa, a conclusão será a de escopo predefinido, enquanto a prestação dos serviços associados ao objeto fornecido será um contrato contínuo, podendo ser com ou sem dedicação exclusiva de mão de obra. Essa hipótese jamais tinha sido aventada em outro regime de empreitada, mesmo nos mais recentes da Lei do RDC e da Lei das Estatais.

Outra evolução, especialmente em relação aos regimes tradicionais, é a possibilidade de que o elemento instrutor técnico fundamental seja um anteprojeto, similar ao regime de contratação integrada. Isso de tal forma que o contratado forneça o projeto básico, o executivo e a obra para, em seguida, prestar os serviços associados a eles pelo período de 5 anos com possibilidade de prorrogação, até perfazer 10. Portanto, pode caracterizar-se, de início, um contrato com obrigações de resultado.

Mesmo quando o elemento técnico fundamental é um projeto básico, não se vê óbice que o edital preveja o fornecimento de um projeto executivo e uma obra, à semelhança ao regime de empreitada semi-integrada e, após a conclusão da obra, que o contratado preste os serviços no período anteriormente descrito, isto é, com possível duração decenal.

Como se verifica, no regime de fornecimento de prestação de serviço, diferentemente dos regimes tradicionais, também é possível que não prevaleça a ideia

de que “quem projeta não constrói, quem constrói não projeta”, pois quando, na fase de fornecimento se adota modelo análogo aos regimes de contratação integrada e semi-integrada, a mesma empresa é responsável pela elaboração de projetos (básico e/ou executivo, a depender do elemento técnico instrutor) e execução da obra. Dessa forma, este regime permite a internalização de novas tecnologias, materiais e sistemas construtivos, como escopo de tornar os serviços que são associados ao fornecimento menos oneroso, o que tende a elevar o lucro do contratado e, ao mesmo tempo, majorar a qualidade do ambiente a ser construído.

8 Conclusão

Ao se analisarem as seis “gerações” de regimes de empreitada previstas nas legislações referentes a licitações e contratações pública do ordenamento jurídico brasileiro, desde o Decreto nº 200/1967 até a Lei nº 14.133/2021, percebe-se nitidamente que houve uma evolução significativa, seja pela extinção de regimes ou pelo acréscimo paulatino de outros:

- a) O regime da Administração Contratada que estava previsto tanto no Decreto-Lei nº 200/1967 quanto no Decreto-Lei nº 2.300/1986 deixou de existir quando da publicação da Lei nº 8.666/1993;
- b) A contratação por tarefa, que não havia no Decreto nº 200/1967, passou a constar no Decreto-Lei nº 2.300/1986 e permanece até hoje na Lei nº 14.133/2021;
- c) A Lei nº 8.666/1993 elenca, como novidade, a empreitada integral, mantida, inclusive, na nova Lei de Licitações e Contratos, permitindo, assim, que o contratado seja responsabilizado pelo empreendimento em sua integralidade;
- d) Na Lei do Regime Diferenciado de Contratações, permaneceram os regimes tradicionais da Lei nº 8.666/1993, porém inovou ao apresentar o regime da contratação integrada, com características bastante diferenciadas dos demais regimes, inclusive alterando o tipo de obrigação a ser cumprida pelo contratado. Era de meio e passou a ser de resultado;
- e) A Lei das Estatais, ao apresentar a Contratação Semi-Integrada, permite que o contratado altere o projeto básico para, assim, promover melhorias em

relação ao resultado, em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico; e,

f) Finalmente, a Lei nº 14.133/2021, além de manter os regimes de empreitada já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, acresceu um novo regime, o fornecimento e prestação de serviços associado, o qual abrange características de outros regimes e, ainda, possibilita que um mesmo contrato possua formas diferenciadas de medição e pagamento, tendo em vista que parte do contrato é de conclusão de escopo e parte é de serviços continuados, como formas de medição e pagamento bastante diferenciadas.

Como se verifica, em nenhum dos momentos de alteração legislativa o rol dos regimes de empreitada permaneceu exatamente da mesma forma.

No entanto, é preciso perceber quando um regime de empreitada novo é introduzido no ordenamento jurídico, que há insegurança e incertezas para o gestor público, a exemplo do que aconteceu mais recentemente com os regimes de empreitada da contratação integrada e semi-integrada. Em que pese a Lei do RDC e a das Estatais admitirem esses regimes, poucos têm sido adotados pela administração pública brasileira. Provavelmente isso ocorrerá com o regime de fornecimento e prestação de serviços associado. É preciso um período de estudos, de experimentação, de análise doutrinária e jurisprudencial para que, em momento posterior, a adoção de novos regimes passe a ser natural.

A real evolução não depende apenas do florescimento de novos regimes de empreitada. Faz-se necessário, além disso, a aplicação efetiva da novel legislação. Para tanto, é preciso que o gestor público compreenda o momento de transição e adote, quando necessário e conveniente, um novo regime. Por outro lado, é fundamental que os órgãos de controle compreendam que toda transição implica na possibilidade de interpretações díspares e não penalizem o gestor que ouse inovar.

Assim, a legislação brasileira vem, tal qual, porém com mais ferocidade, o que Mário Quintana atribui ao relógio, devorando gerações da família das empreitadas.

Referências

AMORIM, Victor. **O PL nº 1.292/1995: até quando ficaremos presos ao “pecado original” do maximalismo legal?** Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2020/04/15/o-pl-no-1-292-1995-ate-quando-ficaremos-presos-ao-pecado-original-do-maximalismo-legal/#_ftn9>. Acesso em: 29 mar. 2022.

BONATTO, Hamilton; OLIVEIRA, Rafael. **A admissão do projetista na execução do contrato e a nova lei de licitações.** Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html>. Acesso em: 29 mar. 2022.

BONATTO, Hamilton. **Governança e gestão de obras públicas: do planejamento à pós-ocupação.** Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BRASIL. Senado federal. **Ordenações Filipinas.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.** Dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm>. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.** Dispõe sobre licitações e contratos da administração federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.** Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da administração pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. Presidência da República. **Mensagem nº 335.** Brasília: 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/mensagem_veto/anterior_98/vep335-l8666-93.pdf>. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.977/2013**. Administrativo. Estudo sobre aplicação do regime de empreitada por preço global na contratação de obras públicas. Determinação à Segecex. Ciência da deliberação adotada ao ministério do planejamento orçamento e gestão. Arquivamento. Relator: ministro Valmir Campelo, 31 de julho de 2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/KEY%253AACORDAO-COMPLETO-1280941/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse>. Acesso em: 29 mar. 2022.

HEINEN, Juliano. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei nº 14.133/2021. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio. **Mais algumas notas sobre a contratação de facilities nos termos da Lei nº 14.011/2020**. Disponível em: <<https://www.licitacaoecontrato.com.br>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ronny Charles Lopes. **A futura nova lei de licitações**. Disponível em: <<https://ronnycharles.com.br/a-futura-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

Inovações no tratamento das obras de engenharia na Nova Lei de Licitações e Contratos

Irene Patrícia Nohara¹⁴⁴

1 Introdução

A Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei nº 14.133/2021, representou uma iniciativa no sentido de compilar e modernizar três diplomas normativos, quais sejam: a anterior Lei nº 8.666/1993, a Lei do Pregão (Lei nº 10.520/2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratação – RDC (Lei nº 12.462/2011). O objetivo do presente capítulo, confeccionado a convite dos ilustres Marilene Matos e Felipe Dalenogare, para compor a relevante coletânea sobre os Aspectos Fundamentais da Nova Lei de Licitações, publicada pela Edições Câmara, é expor as principais inovações no tratamento das obras de engenharia da nova lei de licitações.

Antes de adentrar ao tema propriamente, deve-se realizar aqui o elogio ao bem-sucedido esforço da Câmara dos Deputados, por meio dos relatores João Arruda e, depois, Augusto Coutinho, em promover diversos eventos para debater o projeto, tanto nas audiências da Câmara, como também em várias regiões do país, congregando a efetiva participação de representantes das mais variadas associações, organizações e institutos, a exemplo da Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON), da Associação Nacional de Advogados Públicos Federais, da Associação Brasileira de Consultores de Engenharia, do Instituto Ethos, da Transparência Internacional, do Observatório Social, do Banco Mundial, convidando também administrativistas de todo o Brasil, o que resultou num debate inclusivo e, portanto, plural: um verdadeiro *case* de sucesso de lei democrática.

144 Livre-docente e doutora em direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP); professora-pesquisadora do programa de pós-graduação em direito político e econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie; advogada parecerista; gestora do site direitoadm.com.br.

Evidente que a nova lei não agrada a “gregos e troianos”, mas, por ser produto de um amplo debate, é um diploma que conseguiu reunir um qualificado consenso em torno dos seus principais pontos e que representa, apesar da lamúria dos apegados à Lei nº 8.666/1993, e, principalmente, daqueles que se frustraram, pois desejavam uma lei minimalista, uma chance de transformar as licitações a partir de regras mais alinhadas com as exigências do século XXI para as contratações públicas.

Ela trouxe para dentro do certame a celeridade e a competitividade próprias do pregão, inclusive com a possibilidade de utilização do modo de disputa aberto, em que há propostas por meio de lances sucessivos, de acordo com o art. 56, I, da Lei nº 14.133/2021, sendo adotada necessariamente diante dos critérios de menor preço ou maior desconto, vedando-se, no entanto, a utilização do modo de disputa aberto diante do critério de julgamento de técnica e preço. Ademais, a lei diferencia, seguindo a prática do pregão, os serviços comuns de engenharia, que são licitáveis por pregão, em relação aos serviços especiais de engenharia.

Na seara técnica, expõe Edcarlos Alves Lima (2021, p. 60) que há a Orientação Técnica IBR 002/2009, emanada do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP2, que define obra de engenharia como: “a ação de construir, reformar, fabricar, recuperar ou ampliar um bem, na qual seja necessária a utilização de conhecimentos técnicos específicos envolvendo a participação de profissionais habilitados conforme o disposto na Lei Federal nº 5.194/1966” (LIMA, 2021, p. 60).

Houve, na Nova Lei de Licitações e Contratos, o estabelecimento de diferenças de tratamento quando há obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, que são aqueles cujo valor estimado supera 200 milhões de reais, sendo tal valor atualizado a cada ano, conforme art. 182 da Lei nº 14.133/2021, dado que, em 2022, houve reajuste, por meio do Decreto nº 10.922, em cerca de 8% (acompanhando o IPCA), para: R\$ 216.081.640,00.

Neste artigo, será feita a exposição do problema das obras paralisadas ou inacabadas e de como o projeto que resultou na lei propôs solucionar tal questão, acoplando mecanismos do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) e da Lei das Estatais, bem como uma nova modelagem de seguro-garantia com cláusula de retomada. Ainda, serão expostas as novas tecnologias empregadas na

realização e controle das obras públicas, bem como as novidades no tocante à resolução de controvérsias.

Pretende-se enfatizar a importância e utilidade das novidades acopladas, não obstante o veto a alguns mecanismos, sendo que há um indicativo de que a nova lei terá o potencial, a depender de como será aplicada e interpretada, de permitir que as obras públicas de engenharia tenham uma legislação mais avançada, dentro do estado da arte, abrindo espaço para a imprescindível modernização do assunto.

2 Obras paralisadas: elefantes brancos e propostas de solução

Um dos maiores desafios das obras públicas é criar um mecanismo apto a estimular a conclusão, para que não haja os apelidados “elefantes brancos”. Estes são a alegoria ou o símbolo das obras inacabadas, isto é, da ineficiência e do desperdício de recursos públicos (NOHARA, 2021, p. 417). Além do desperdício direto de recursos que a paralisação ou interrupção de obra gera, há também impactos negativos (externalidades) no crescimento econômico.

Segundo estimativa do Tribunal de Contas da União (BRASIL, 2019, p. 54), de 10 bilhões de reais aplicados em obras paralisadas, sem que tenham sido gerados benefícios, as consequências econômicas e sociais são multiplicadas por mais de dez, chegando, então, à cifra de 130 bilhões de reais que deixam de ser impulsionados na economia e na sociedade, devido à paralisação direta e indireta de empregos e serviços e, portanto, à interrupção da criação de inúmeras atividades.

As principais causas de paralisação identificadas no relatório de auditoria do TCU foram: (a) contratação com base em projeto básico insuficiente; (b) insuficiência de recursos financeiros de contrapartida: por exemplo, no projeto Minha Casa Minha Vida, para que houvesse financiamento de contrapartida requerida dos tomadores do projeto PAC, houve depois ampliação de recursos do Fundo de Garantia para continuidade, pois havia uma lacuna de tempo da assinatura do instrumento até o início das obras, ou seja, orçava-se um custo para ser pago, mas, pela demora, a contrapartida se mostrava insuficiente para dar continuidade; e (c) dificuldade dos entes subnacionais (estados, Distrito

Federal e municípios) em gerenciar os recursos recebidos, por carência de pessoal especializado para elaborar projetos e gerir contratos, burocracia na resolução de pendências e falhas de fiscalização.

Assim, ao se analisar os desafios que se fazem fundamentais para suprir os gargalos que impedem a conclusão de obras públicas, há a necessidade de se enfrentar um elemento de alta complexidade, abrangendo fatores como: falta de recursos materiais e humanos especializados em diversos órgãos públicos, o que impede haver um projetamento adequado para fazer frente às modelagens tecnicamente ajustadas aos projetos de infraestrutura de obras públicas, dificuldades burocráticas para agilização do início das obras, o que gera impactos na aptidão das contrapartidas pagas às construtoras no momento posterior da execução da obra, sendo ainda exigidas licenças e desapropriações.

Como mudanças de paradigmas para tentar agilizar a conclusão, diante da assimetria técnica, houve a adoção da modelagem de contratação integrada, acoplada inicialmente ao RDC. Delega-se o projetamento para a iniciativa privada, desonerando o poder público de aditamentos diante de falhas técnicas. Além disso, a abertura dada pela nova lei de licitações para contratação mais célere de empresas e profissionais para o assessoramento técnico da administração pode ser um fator legal apto a colaborar para enfrentar a deficiência humana apontada.

Também a contratação semi-integrada permite ajustes no projeto básico, tendo potencial de eficiência, sem delegação completa da fase de projetamento, e o diálogo competitivo representa, conforme será visto, ao lado do procedimento de manifestação de interesse, um meio de superar, por vias dialógicas, a assimetria de informação e estimular contratações inovadoras.

Note-se, contudo, que o projeto aprovado tinha mais mecanismos que estimulavam a conclusão das obras públicas, atacando os gargalos enfrentados pelas construtoras, mas o principal desses, que atingiu os §§ 2º e 3º do art. 115 da lei, foi vetado (cf. Veto nº 13/2021).

Pode-se mencionar, então, como o ponto mais sensível entre os vetos, que era o grande desejo dos setores das construtoras, no tocante às plenas condições financeiras de execução das obras públicas, o dispositivo (que acabou sendo vetado), correspondente aos §§ 2º e 3º do art. 115 da lei, no sentido de que: “nas contratações de obras, a expedição da ordem de serviço para execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida de depósito em conta vinculada

de recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada” (§ 2º), seriam tais valores depositados absolutamente impenhoráveis (§ 3º).

Muitas construtoras acabam tendo dificuldades de participar do pujante setor de obras públicas justamente pelo receio do atraso no pagamento por parte do poder público, o que representa riscos mais acentuados diante de um segmento cujos preços dos insumos e da mão de obra variam acentuadamente, sendo tais cronogramas abertos à “discrecionabilidade” dos atrasos permitidos na legislação e, portanto, aos custos de transação política inclusive.

Assim, havia uma regra no projeto aprovado de que cada etapa de execução da obra seria precedida do depósito em conta vinculada dos recursos financeiros necessários para realizar as despesas de execução da etapa, sendo tais recursos absolutamente impenhoráveis e depositados em conta vinculada.

Seria, em realidade, o “sonho” de previsibilidade por parte das construtoras. Contudo, esse sonho das construtoras de obras públicas não se transformou em realidade por conta do veto ao dispositivo, tendo o Executivo justificado o veto dizendo que o dispositivo geraria empoçamento de recursos, inviabilizando remanejamentos financeiros que possam se mostrar necessários ou mesmo para atender demandas urgentes e inesperadas.

Alegou-se, ademais, que a existência de recursos não deve ser exigência para ordem de início de contrato, sendo necessária apenas a previsão orçamentária caracterizada pela nota de empenho, vedando-se, então, a “fragmentação para criação de caixas especiais, como seriam as contas vinculadas, para a realização de antecipação de pagamentos por parte da administração, que depositaria o valor da etapa da obra de forma antecipada, antes do cumprimento da obrigação por parte do contratado”, conforme razão presidencial do veto ao § 2º do art. 115, desdobrada no Estudo do Veto nº 13/2021.

Teria sido, todavia, um grande avanço para estimular a entrada de construtoras no setor, pois, ao se retirar a insegurança quanto ao momento do pagamento, com um sistema de antecipação da próxima etapa, seria essa previsibilidade de depósito em conta vinculada uma garantia de que haveria recursos (prévios) para cada momento de execução da obra, antes mesmo de sua realização, mas o Executivo considerou que tal sistemática não se coaduna com os dispositivos do direito financeiro e vetou esse mecanismo, enfatizando, ainda, não ser

necessário que o poder público pague antes, tendo deixado, por consequência, o segmento órfão de um dos principais mecanismos aprovados pelo Legislativo engendrados para fomentar a dinamização no setor das obras públicas.

Ressalte-se, contudo, que houve um veto de interesse do segmento que foi derrubado pelo Congresso, qual seja: aquele que recaía sobre o § 4º do art. 115, no sentido de que nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverá ser obtida antes da divulgação do edital.

O veto mencionava que o dispositivo restringiria o uso da contratação integrada, tendo em vista que o projeto seria condição para obtenção da licença prévia, pois na contratação integrada o projeto será ainda elaborado pela contratada. Todavia, o veto foi derrubado e recuperado o dispositivo que repassa ao poder público a responsabilidade por obter o licenciamento ambiental antes da divulgação do edital da licitação, sendo que o Estado terá de “dar seus pulos” para viabilizar um licenciamento prévio para não atrasar o início das obras públicas, ainda que, no caso da contratação integrada, de fato o projetamento é delegado à iniciativa privada, como será visto.

3 Contratação integrada, semi-integrada e modalidade diálogo competitivo

São regimes de contratação que podem auxiliar em evitar paralisação de obras: o regime de contratação integrada e semi-integrada.

Apesar de a lei definir contratação integrada, houve uma omissão no tocante às hipóteses de sua aplicação. Deveriam ter sido adotadas as hipóteses para inovação apontadas no RDC, para direcionar o seu uso. Assim, no regime do RDC, que é revogado em 2023, utiliza-se a contratação integrada para obras e serviços de engenharia, conforme previsão do art. 9º da Lei nº 12.462/2011, para objetos que envolvam pelo menos uma das seguintes condições: (a) inovação tecnológica ou técnica; (b) possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou (c) possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito do mercado.

Inovação, de acordo com Luciano Elias Reis (2022, p. 188), é o incremento de um produto, bem ou serviço novo ou aprimorado, bem como a inserção de

novos processos, novos métodos ou organizações, sempre com o escopo de engendrar melhorias e/ou resultados favoráveis aos seus empreendedores e destinatários.

Segundo expõem Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 2014), o regime de contratação integrada apresenta similaridade com o contrato internacional denominado *Engineering, Procurement and Construction Contract* (EPC). Trata-se de contrato assumido pelo empreiteiro, apelidado de “epecista”, no qual se incumbe da confecção integral do projeto e da execução da obra, da prestação e administração de todos os serviços de engenharia associados, com responsabilidade pela entrega do empreendimento integralmente pronto, equipado e testado, sob o modelo *turn-key* (de acordo com a Federação Internacional dos Engenheiros – FIDIC).

Antes da contratação integrada, havia um modelo fechado, sem tanta flexibilidade e abertura para soluções inovadoras, pois o autor do projeto vencedor, na sistemática da anterior lei geral, não podia executar a obra decorrente do projeto. Assim, se houvesse algum erro de projeto, este seria atribuível à administração, resguardando-se ao particular o direito ao aditamento.

A contratação integrada subverteu essa separação, pois tanto a fase de projeto como a de execução são delegadas para a mesma empresa, sendo que, ao repassar à empresa a responsabilidade pela elaboração do projeto básico, o particular assume as responsabilidades, sendo, inclusive, vedada a celebração de termos aditivos aos contratos firmados em regime de contratação integrada.

A contratação semi-integrada (que foi novidade da Lei das Estatais), por sua vez, apresenta vantagens em termos de controle em relação à integrada, sendo também acrescido o ingrediente da inovação, tendo em vista o fato de que nela não há delegação do projeto básico, mas apenas do projeto executivo. A inovação, no entanto, reside na possibilidade de a empresa alterar o projeto básico para melhor customizá-lo às necessidades da administração.

Então, a administração não abre para a empresa confeccionar o projeto básico, nem tampouco fecha o projeto a ponto de ser imutável, o que estimula a que haja propostas de metodologias inovadoras ou de domínio restrito do mercado.

Na contratação semi-integrada, tenta-se evitar haver alterações na execução do projeto executivo, mas a própria lei determina ser possível a alteração do

projeto básico em contratações semi-integradas, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento de qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação.

Houve um veto que suprimiu uma limitação do projeto aprovado no Legislativo que seria estabelecida ao uso do regime de contratação integrada e semi-integrada: foi o veto ao § 7º do art. 46, que determinava que o regime de contratação integrada e semi-integrada somente poderia ser aplicado às licitações para contratação de obras, serviços e fornecimentos cujos valores superassem os limites estabelecidos para contratos de PPP (regidos pela Lei nº 11.019/2004), ou seja, 10 milhões de reais.

Segundo a justificativa do veto, a medida restringiria a utilização dos regimes de contratação integrada e semi-integrada para obras, serviços e fornecimentos de pequeno e médio valor, em prejuízo à eficiência da administração, gerando, possivelmente, o aumento dos com a realização de posteriores aditivos contratuais.

Outra grande novidade que auxilia na inovação é o diálogo competitivo. Trata-se de modalidade inspirada no art. 30 da Diretiva 2014/24 da União Europeia, depois incorporada a legislações internas como da Inglaterra, Holanda, França e Portugal. É denominado, na Europa, de diálogo concorrencial.

Seu objetivo é atender às necessidades de obras, serviços e compras em que o poder público sabe de suas necessidades, mas não sabe, diante da variabilidade do mercado, como melhor supri-las. Nessa perspectiva, trata-se de instituto que se assemelha, no objetivo, ao Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), pois se intenta provocar o mercado a compartilhar de sua *expertise* para que o poder público tenha condições de engendrar contratações mais ajustadas às suas necessidades. No entanto, enquanto o PMI se realiza antes da licitação, o diálogo competitivo abrirá a interlocução, ou seja, o debate (sobre possibilidades técnicas e de inovação) com os licitantes que já participam da licitação, isto é, já há uma situação de interesses postos na mesa, com uma provável futura contratação.

O diálogo competitivo é, portanto, modalidade que apresenta suas flexibilidades, tendo em vista que abre margem para a administração estabelecer, no curso do certame, a solução que melhor atenda a suas necessidades (após o diálogo estimulado dentro do procedimento licitatório), daí, em fase subse-

quente, competitiva, os licitantes terão oportunidade de apresentar propostas com base nessa solução. Assim, a ideia é que se aprende dialogando, abertura que permite que haja o alinhamento de interesses e expectativas, dado que muitos modelos de negócio apresentam suas complexidades.

São condições para o uso do diálogo competitivo, conforme art. 32 da Lei nº 14.133/2021: (1) quanto ao objeto do diálogo competitivo: (a) inovação tecnológica ou técnica; (b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e (c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela administração; e (2) quanto à necessidade de definir e identificar os meios e alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos: (a) a solução técnica mais adequada; (b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; e (c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato (BRASIL, 2021).

4 Seguro-garantia com cláusula de retomada

A novidade inserida nas garantias das contratações públicas foi o seguro-garantia com cláusula de retomada para obras e serviços de engenharia de grande vulto, previsto no art. 99 da Lei nº 14.133/2021, no percentual equivalente a até 30% do valor inicial do contrato.

Discutia-se, quando do trâmite do projeto, se o Brasil teria estrutura de negócios na área de seguro capaz de absorver uma proposta similar aos Estados Unidos, tendo em vista o fato de que, conforme visto, naquele país os seguros-garantia com cláusula de retomada chegam a 100% do valor do contrato.

A opção no Brasil foi no sentido da inovação, mas menos radical, pois o Estado deu um passo legislativo no sentido de induzir a criação desse mercado fornecedor na área de seguro, mas não em caráter de obrigatoriedade, sendo a opção legal no sentido de que a ampliação do valor de seguro-garantia, com a previsão de cláusula de retomada, se desse no limite de 30% do valor do contrato, o que já representa um aumento percentual significativo para a realidade dos seguros do país.

A cláusula de retomada é associada ao seguro *performance bond*, que é o seguro-garantia em que a seguradora avalia o cumprimento das cláusulas e pode ser provocada, em caso de inadimplemento, a finalizar o projeto.

Assim, no *performance bond* (ligado ou associado ao desempenho), previsto no parágrafo único do art. 102, III, parágrafo único, da lei, na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições: (a) caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice; e (b) caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice. Caso ocorra o sinistro, isto é, diante do inadimplemento da contratada, a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente (BRASIL, 2021).

Segundo aborda Leandro Sarai (2021, p. 1.115), a interpretação da lei parece sugerir, ainda, que a seguradora possa fazer mais de uma subcontratação, e não apenas uma.

A presença da seguradora no contrato auxilia na fiscalização da execução contratual, pois, para ela, é próprio da lucratividade do mercado em que atua que o contratado consiga executar a contento as obrigações assumidas, sem ter de acionar a seguradora. Ela será, portanto, um coadjuvante da integridade e do estímulo a um bom desenrolar da execução contratual, ao atuar como interveniente anuente do contrato e de seus aditivos, pois a seguradora irá embarcar apenas no risco de uma contratação de seguro-garantia se analisar o risco do projeto e a capacidade financeira da contratada para conduzir a realização da obra ou serviço de engenharia de grande vulto até o seu término.

5 Transformações legislativas na tecnologia de construção, na fiscalização e na prevenção de controvérsias em obras públicas

A execução de obras avançou muito com as transformações tecnológicas no campo da engenharia e dos materiais. Atualmente, é plenamente recomendável a utilização de drones para processamento de imagens na engenharia civil.

Percebe-se que a nova lei previu já um sistema mais avançado de execução e monitoramento das obras, tendo estabelecido no seu art. 19 que se institua um sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagens e vídeos, o que gera registros que facilitam o controle e a resolução de controvérsias surgidas na execução da obra.

Para obras e serviços de engenharia e arquitetura, será preferencial a utilização da Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modeling – BIM*) ou tecnologias e processo integrados similares, de modo a gerar e manter informações tridimensionais que orientem todo o ciclo da construção.

De acordo com o art. 22 da Lei nº 14.133/2021, o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com objeto da licitação e os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com a metodologia predefinida pelo ente federativo.

Matriz de riscos é a denominação da cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação. Ela deve promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba para cada contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e que mitiguem seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual.

Em contratações de obras e serviços de grande vulto ou quando forem adotadas em regimes de contratação integrada ou semi-integrada, será obrigatória a previsão de matriz de alocação de riscos entre contratante e contratado.

De acordo com o art. 103, § 5º, da lei, sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto em face de alterações unilaterais da administração e aumento ou redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

Assim, as contratadas não poderão ficar alegando força maior ou caso fortuito como condição para o reequilíbrio de eventos futuros que forem alocados nos riscos. Por exemplo, choveu bastante, dentro do período sazonal de chuvas, e a empresa não protegeu o material devidamente durante a realização da obra, não deveria ser motivo para pleitear reequilíbrio de posturas que podem ser antevistas no sentido de se assumir responsabilidade por mitigar efeitos de eventuais sinistros que sejam previamente alocados em matriz, pois haveria condições de evitar a ocorrência numa atuação diligente por parte da empresa.

Contudo, se antes não se discutia o contrato administrativo como sujeito a cláusulas leoninas, também a presença da alocação de riscos tem o potencial de resgatar esse debate, caso a administração estabelecer, de forma unilateral, uma divisão desequilibrada na matriz e, portanto, “jogar nas costas” da empresa uma carga de responsabilidade irrazoável.

Por conseguinte, haverá um campo significativo para discussões sobre a alocação de riscos, sendo inclusive elogiável que a nova lei tenha se debruçado sobre os meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, como a mediação, a arbitragem e, principalmente, como novidade, os comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*).

O comitê de resolução de disputas é um dos meios extrajudiciais de solução e de prevenção de conflitos, sendo que as partes instituem que um comitê de especialistas irá acompanhar a execução contratual, atuando, então, na prevenção e na execução de eventuais litígios ocorridos (KRAMER, 2021, p. 668).

Trata-se de sistema voltado para contratos de construção que envolvam alta complexidade e longos períodos de vigência, numa longa cadeia de agentes, sendo, portanto, *locus propício* para emergirem controvérsias. Note-se que a nova lei não restringiu a sua utilização aos contratos de construção, mas é nesse local que ele pode ser muito útil e promissor.

Ademais, a lei não pormenorizou o procedimento da utilização de comitê de resolução de disputas, assunto que será alvo de legislação e regulamentação específica, sendo apenas estabelecido que o processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

6 Conclusão

O grande desafio de aprimoramento do regime das obras públicas é criar um mecanismo apto a estimular a sua conclusão, evitando, assim, obras inacabadas que provocam prejuízos da ordem de mais de um décuplo do valor dos recursos inicialmente aplicados, de acordo com os números da auditoria realizada pelo Tribunal de Contas da União (Ac. 1079/2019).

Apesar de o segmento das construtoras não ter conseguido realizar o sonho de ter um sistema em que houvesse o depósito, em conta vinculada, de recursos destinados a cada etapa de realização da obra pública (o que resolveria um grande gargalo de segurança nas contratações de obras com o poder público, pelos atrasos e imprevisibilidades do pagamento, devido ao mencionado veto), ainda assim há muitas transformações acopladas à Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) que modernizam e atualizam o regime jurídico das obras públicas, procurando afastá-las dos dispendiosos “elefantes brancos”.

Foram expostos, então, os mecanismos de regime de contratação integrada e semi-integrada, os quais compartilham com a iniciativa privada da etapa de projeto e acabam gerando inovação e menos oportunidades de aditamentos atribuíveis aos erros no projeto. Também se enfatizou que estas não foram propriamente novidades no cenário das licitações, pois já eram derivadas do sistema do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) e, respectivamente, da Lei das Estatais.

Novidade efetiva foi a criação da modalidade do diálogo competitivo, a qual intenta inovar e que, por propiciar uma fase dialógica com os licitantes, que compartilham de sua expertise, proporciona a oportunidade de a administração modelar uma licitação de obra pública mais condizente com o “estado da arte” de avanço tecnológico e técnico.

Também tem o potencial de evitar obras inconclusas a previsão de seguro-garantia com cláusula de retomada, o que foi feito no percentual de 30% do valor do contrato. Na sistemática prevista, se houver inadimplemento, a seguradora pode executar (subcontratando terceiros, caso opte pela conclusão) e concluir o contrato ou assumir pagar a integralidade da importância declinada na apólice.

No tocante à previsão de novas tecnologias aplicadas à engenharia e arquitetura, deve-se elogiar o fato de a nova lei ter previsto um sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagens e vídeos, tendo havido também a previsão de preferência na utilização da Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modeling* – BIM) ou de tecnologias e processo integrados similares, de modo a gerar e manter informações tridimensionais que orientem todo o ciclo da construção.

Outro ponto ressaltado foi a facultatividade da utilização de matriz de riscos, que se torna, todavia, obrigatória, para contratações de obras e serviços de grande vulto ou em regimes de contratação integrada ou semi-integrada. A matriz tem a aptidão de limitar a oportunidade de pedidos de reequilíbrio quanto aos sinistros nela indicados, segundo divisão de responsabilidades, mas, de outro lado, a depender de como será empregada, na prática, haverá o resgate do debate jurídico sobre eventuais cláusulas leoninas, as quais não distribuem de forma equitativa e razoável os riscos.

Como as obras públicas são esse caldo propício para o emergir de controvérsias, foi importante a previsão legal, ao lado da medição e da arbitragem, do comitê de resolução de disputas (*Dispute Board*).

Há, portanto, mudanças significativas que atualizam o tratamento das obras públicas de engenharia e que acoplam inquestionáveis avanços na disciplina jurídica da matéria. Se irão efetivamente transformar a realidade complexa das obras públicas no Brasil, somente a aplicação e a regulamentação eficiente dos mecanismos nos dirão no futuro, pois qualquer conclusão acerca da Lei nº 14.133/2021 ainda é muito incipiente para ser avaliada do prisma de sua efetividade, pois ela praticamente “debuta” com autonomia, apesar de, em tese, já estar em vigor, em abril de 2023, momento a partir do qual está prevista a revogação dos três diplomas que ela compila e atualiza.

Referências

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1079/2019**. Diagnóstico das obras paralisadas. Identificação das principais causas e das oportunidades de melhoria. Recomendações. Monitoramento. Relator: Vital do Rêgo. Plenário: 15 de maio de 2019. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1079%252F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>. Acesso em: 21 jun. 2022.

KRAMER, Evane. Arts. 151 e 154. In: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício. **Lei de licitações e contratos comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

LIMA, Edcarlos Alves. Contratação de obras de engenharia. **Revista TCU**, p. 60, v. 148, ano 52, p. 56-75, jul./dez. 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Licitação pública**. São Paulo: Malheiros, 2012.

NOHARA, Irene Patrícia. **Nova lei de licitações e contratos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

REIS, Luciano Elias. **Compras públicas inovadoras**. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SARAI, Leandro (Org.). **Tratado da nova lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Juspodivm, 2021.

A inconstitucionalidade dos preceitos secundários dos tipos penais incriminadores dos arts. 337-E, 337-F, 337-H e 337-L do Código Penal

Pedro Ivo Velloso¹⁴⁵

João Paulo Ferraz¹⁴⁶

1 Introdução

Em 1º de abril de 2021 foi sancionada a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021), destinada a estabelecer normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

O novo diploma legal também promoveu alterações na legislação referente aos crimes licitatórios. Para além da reforma na metodologia adotada pela legislação anterior, – os delitos foram retirados da Lei nº 8.666/1993 e incluídos no Capítulo II-B, do título IX, do Código Penal – a lei criou um novo delito¹⁴⁷ e

145 Advogado criminal; mestre em direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB) e doutorando em direito processual pela Universidade de São Paulo (USP). Professor de direito penal da Escola de Direito de Brasília do Instituto de Direito Público (IDP). E-mail: pedroivo@figueiredoavelloso.com.br.

146 Graduado pelo Centro de Ensino Unificado de Brasília (UNICEUB); advogado associado no Figueiredo e Velloso Advogados. E-mail: joao.romano@figueiredoavelloso.com.br.

147 “Art. 337 – Omitir, modificar ou entregar à administração pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse. Pena – reclusão, de 6 meses a 3 anos, e multa. § 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos. § 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no *caput* deste artigo.” (BRASIL, 1940)

impôs severo aumento nas penas anteriormente cominadas a quase todos os crimes licitatórios.¹⁴⁸

O que importa ao presente estudo é a análise, à luz do princípio constitucional da proporcionalidade, das novas penas impostas aos crimes de contratação direta ilegal; de frustração do caráter competitivo de licitação; de modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo e de fraude em licitação e contrato, previstos, respectivamente, nos arts. 337-E,¹⁴⁹ 337-F,¹⁵⁰ 337-H¹⁵¹ e 337-L¹⁵² do Código Penal.

Com o advento do novo marco legal, as penas mínimas cominadas aos referidos tipos penais passaram a ser de 4 anos, tornando-se as mais altas previstas no título IX do Código Penal, em que são tipificados os delitos contra a administração pública.

Para além disso, a alteração no patamar mínimo das penas ora analisadas impossibilita, aos condenados pelos referidos delitos, a concessão de determinados benefícios e a aplicação de institutos despenalizadores, além de dificultar – e muito – a possibilidade de cumprimento de pena em regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Assim, tendo em vista o tratamento conferido pela lei a delitos semelhantes, conclui-se que, por meio das alterações promovidas pelo novo diploma, o le-

148 A única exceção foi o crime previsto no art. 337-J: “Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo” (BRASIL, 1940), ao qual foi mantida a mesma pena anteriormente disposta no revogado art. 94 da Lei nº 8.666/1993.

149 “Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa” (BRASIL, 1940).

150 “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, Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa” (BRASIL, 1940).

151 “Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa” (BRASIL, 1940).

152 “Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da administração pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante: I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais; II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido; III – entrega de uma mercadoria por outra; IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido; V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a administração pública a proposta ou a execução do contrato: Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa” (BRASIL, 1940).

gislador passou a conferir tratamento díspar a condutas com reprovabilidade semelhante e que violam o mesmo bem jurídico.

É o que se passa a analisar.

2 Princípio da proporcionalidade: definição e aplicação no âmbito do direito penal

Derivado da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, o princípio da proporcionalidade tem, como objetivo precípuo, a verificação da constitucionalidade de leis e atos normativos que impõem restrições a direitos fundamentais. Trata-se de “um dos critérios mais importantes para solução do conflito entre direitos fundamentais e análise de normas restritivas desses direitos” (NUNES JÚNIOR, 2019, p. 187). Muito embora não esteja explicitamente previsto na Constituição Federal, o princípio pode ser compreendido como uma norma esparsa existente no texto constitucional, derivada da força normativa dos direitos fundamentais, garantias materiais objetivas do Estado de direito (BARROS, 1996, p. 210). Como esclarecido pelo professor Ademar Borges, o “status constitucional do princípio da proporcionalidade é amplamente reconhecido no Brasil” (SOUSA FILHO, 2019, p. 294), de modo que “não há dúvida de que o princípio da proporcionalidade funciona como parâmetro de controle de legitimidade dos atos legislativos” (SOUSA FILHO, 2019, p. 294), Tamanha é a sua importância que, segundo o professor Paulo Bonavides (1993, p. 315), a proporcionalidade é o “que há de mais novo, abrangente e relevante em toda a teoria do constitucionalismo contemporâneo”.

Hodiernamente, entende-se que a proporcionalidade tem a sua densidade definida em três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. A adequação, segundo J.J. Gomes Canotilho (2017, p. 269), “impõe que a medida adoptada para a realização do interesse público deva ser apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”. O subprincípio da necessidade, por seu turno, impede que o Estado adote meios mais gravosos do que o necessário para atingir o objetivo perseguido. Ao tratar do tema, Robert Alexy afirma que “o meio não é necessário se se dispõe de um mais suave ou menos restritivo” (MENDES; BRANCO, 2017, p. 1.410). E, por meio do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, analisa-se a relação entre o custo (ônus imposto) e o benefício

do ato estatal. “Trata-se, pois, de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” (CANOTILHO, 2017, p. 270).

No âmbito criminal, enquanto a necessidade e a adequação estão relacionadas aos princípios da necessidade da pena para a proteção do bem jurídico (subsidiariedade, intervenção mínima, *ultima ratio*, fragmentariedade), o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito é vinculado à necessidade de um equilíbrio entre a gravidade do delito e a gravidade da pena (ANTÓN, 2009, p. 1363). Para Jesús-Maria Silva Sánchez (1992, p. 260), por meio do princípio da proporcionalidade conectam-se os fins do direito penal com a gravidade do fato cometido:

Por el principio de proporcionalidad se conectan los fines del derecho penal con el hecho cometido por el delincente, rechazandose el establecimiento de conminaciones penales (proporcionalidad abstracta) a la imposición de penas (proporcionalidad concreta) que carezcan de toda reacción valorativa con tal hecho, contemplado en la globalidad de sus aspectos (SILVA; SÁNCHEZ, 1992, p. 260).

Segundo Alberto Silva Franco (2007, p. 67), “o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem de que alguém pode ser privado (gravidade da pena)”.

O juízo de ponderação a que se refere o autor deve ser observado, fundamentalmente, no âmbito da individualização da pena. Como ensina Miguel Reale Júnior (1999, p. 763), a observância do princípio da proporcionalidade na fase de individualização da pena “importa, no primeiro momento, em uma individualização legislativa de acordo com a natureza do bem jurídico tutelado, e depois, quando da sentença, na busca da pena justa e proporcional à gravidade do fato e à culpabilidade do agente” (REALE JÚNIOR, 1999, p. 763).

Compreende-se, nesse sentido, que o princípio da proporcionalidade se desdobra em duas dimensões: abstrata e concreta. Ao passo que a proporcionalidade abstrata se dirige ao legislador, delimitando a “cominação das penas conforme a natureza e extensão do dano social produzido pelo crime” (SANTOS, 2006, p. 28), a proporcionalidade concreta orienta o magistrado, fundamentando os critérios aplicáveis “no momento de estruturação dos processos intelectuais e

afetivos do juízo de reprovação do crime e de aplicação da pena” (SANTOS, 2006, p. 29).

Portanto, a proporcionalidade deve ser observada desde a fase legislativa da individualização da pena, na qual são criados os tipos penais e definidas as penas cominadas. Para o ministro Celso de Mello (2010), é “nesse momento, o da individualização legislativa da pena (CF, art. 5º, XLVI), que a proporcionalidade apresenta fundamentalmente a sua eficácia”. Ao tratar do tema, Salo de Carvalho (2013, p. 580) afirma que a proporcionalidade constitui “princípio orientador da atividade do legislador em matéria criminal que determina a necessidade de previsão de sanções adequadas e proporcionais às condutas incriminadas”.

A aferição da proporcionalidade da pena feita pelo legislador pode observar tanto um juízo de ponderação, que “compara, valorativamente, a gravidade do fato, antijurídico e a gravidade da pena, a entidade do injusto e a de sua punição” (GOMES; FERREIRA, 2003, p. 181) quanto a técnica do *tertium comparationis*, por meio da qual é feita uma comparação com a pena cominada a outro tipo penal, que deverá ser utilizado como parâmetro (GOMES; FERREIRA, 2003, p. 186).

Se, por um lado, há um elevado grau de dificuldade na realização de um juízo de correspondência entre um determinado fato criminoso e a pena a ser cominada à conduta, por outro “é possível verificar se a relação entre o crime e a pena é proporcional, não em si mesma, mas em confronto com uma outra relação entre outro crime e outra pena” (GOMES; FERREIRA, 2003, p. 186).

Assim, como esclarecido pelo professor Ademar Borges, tem-se verificado, tanto no Supremo Tribunal Federal quanto no direito comparado, uma tendência à utilização desse método comparativo, em que a legitimidade da resposta penal atribuída a determinado delito é aferida mediante uma comparação sistemática com as penas impostas a outros delitos (SOUSA FILHO, 2019, p. 354).

Pela utilização dessa técnica, faz-se uma confrontação entre o bem jurídico violado por ambas as normas e o grau da violação ao bem jurídico das condutas (GOMES; FERREIRA, 2003, p. 187). Em específico, adota-se “como referência para a comparação no juízo de necessidade a sanção prevista pelo legislador para outras condutas de gravidade similar” (SOUSA FILHO, 2019, p. 354).

Entende-se, portanto, que a proporcionalidade deve limitar o arbítrio do legislador em fixar penas em desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam e adotar critérios divergentes para fatos iguais ou critérios menos rigorosos para fatos de maior gravidade (TAVARES, 1992, p. 84). Afinal, “se a lei trata com a mesma gravidade situações de reprovabilidades distintas, não há individualização da pena, mas uma verdadeira generalização” (BRASIL, 2018).

De igual forma, há generalização se a reprovabilidade de condutas com a mesma gravidade for tratada de maneira distinta. No ponto, são pertinentes os ensinamentos de Luigi Ferrajoli (2002, p. 321):

se do ponto de vista externo dois delitos não são considerados da mesma gravidade ou um estima-se menos grave do que outro, contraria o princípio da proporcionalidade que sejam castigados com a mesma pena ou, pior ainda, o primeiro com uma pena mais elevada do que a prevista para o segundo.

Assim, há flagrante violação ao princípio da proporcionalidade nos casos em que a lei confere tratamento díspar a condutas de gravidade semelhante, mormente quando ambos os tipos penais em confronto tutelem o mesmo bem jurídico.

3 Das violações ao princípio da proporcionalidade decorrentes da promulgação da Lei nº 14.133/2021

Com o advento da Lei nº 14.133/2021, as penas mínimas cominadas aos delitos previstos nos arts. 337-E; 337-F; 337-H e 337-L, do Código Penal, passaram a ser de 4 anos, tornando-se as mais altas entre os crimes contra a administração pública, tipificados no título IX do Código Penal. Ressalte-se, por exemplo, que a pena mínima cominada aos crimes de corrupção passiva, peculato, tráfico de influência, e corrupção ativa, é de 2 anos.

Muito embora em uma primeira análise a diferença entre as penas mínimas cominadas aos referidos crimes licitatórios e outros delitos contra a administração pública possa não saltar aos olhos, uma comparação sob a ótica dos efeitos da condenação e das formas e alternativas à aplicação da pena deixa inquestionável a disparidade de tratamento introduzida pelo legislador.

Isso porque, ao prever a pena mínima de 4 anos a alguns dos crimes licitatórios, a Lei nº 14.133/2021 impossibilitou a concessão de determinados benefícios e a

aplicação de institutos despenalizadores previstos em lei, além de dificultar – e muito – a possibilidade de cumprimento de pena em regime inicial aberto bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos nos casos de eventual condenação.

Ora, nos termos do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal,¹⁵³ os agentes não reincidentes condenados à pena igual ou inferior a 4 anos poderão, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

Por sua vez, o art. 44, I, do Código Penal, prevê, entre os requisitos necessários à aplicação do benefício, a imposição de “pena privativa de liberdade não superior a 4 anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo” (BRASIL, 1940).

Assim, à medida que os agentes condenados pela prática dos demais crimes contra a administração pública, sobretudo quando primários, possuem grande possibilidade de ter a pena corporal substituída por restritivas de direitos ou de cumpri-la em regime inicial aberto, a concessão de tais benefícios tornou-se praticamente impossível nos casos de condenação pelos crimes previstos nos arts. 337-E; 337-F; 337-H e 337-L do Código Penal.

No caso dos referidos delitos, ressalvadas as hipóteses em que a reprimenda for fixada no menor patamar previsto em lei, a pena será cumprida em regime inicial semiaberto¹⁵⁴ sem a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Além disso, o art. 77, do Código Penal, prevê a possibilidade de suspensão da execução da pena privativa de liberdade, pelo período de 2 anos a 4 anos, aos réus condenados à pena não superior a 2 (dois) anos – o que é possível, por exemplo, nos casos de condenação pela prática dos crimes de corrupção passiva, peculato, tráfico de influência, e corrupção ativa (BRASIL, 1940).¹⁵⁵

153 “Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado; § 2º as penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso. c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto” (BRASIL, 1940).

154 “b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto” (BRASIL, 1940).

155 “Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I – o condenado não seja reincidente em crime

Tal benefício, contudo, não poderá ser concedido, em nenhuma hipótese, aos casos de condenação pela prática dos crimes licitatórios cuja pena mínima cominada seja igual a 4 anos.

A reforma legal também impossibilitou, nos casos em que se apurem os referidos delitos, a celebração de Acordo de Não Persecução Penal. Trata-se de negócio jurídico processual recentemente introduzido à legislação penal, por meio do qual o Ministério Público pode firmar acordo com investigado pela prática de crime cometido sem violência ou grave ameaça e pena mínima cominada inferior a 4 anos, comprometendo-se a não oferecer denúncia.

Para tanto, a lei exige que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática do delito e cumpra, cumulativa ou alternativamente, determinadas condições não privativas de liberdade, como a reparação do dano, a renúncia a bens indicados pelo Ministério Público como instrumentos ou produtos do delito, a prestação de serviços comunitários e o pagamento de prestação pecuniária.¹⁵⁶ Cumpridos os requisitos impostos quando da celebração do acordo, declara-se a extinção da punibilidade do acusado.

Dadas as condições previstas em lei, o acordo pode ser celebrado nos casos de delitos tributários, contra a ordem econômica, contra a ordem financeira e a todos os outros crimes contra a administração pública, desde que cometidos sem violência ou grave ameaça.

doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III – Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

156 “Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada” (BRASIL, 1941).

As únicas exceções à aplicação do acordo entre os delitos contra a administração pública são, justamente, os crimes de contratação direta ilegal; frustração do caráter competitivo de licitação; modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo e fraude em licitação.

Nota-se que a maioria dos delitos cuja lei prevê a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal são caracterizados pela ocorrência de danos materiais, que podem ser mensurados e, conseqüentemente, reparados. Nas palavras do ministro Reynaldo Soares da Fonseca, o acordo é uma alternativa ao oferecimento de denúncia em certos tipos de crime, “principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos” (BRASIL, 2015, p. 3).

A situação é paradoxal. De um lado, o legislador tem proporcionado a utilização de meios consensuais e a aplicação de institutos despenalizadores no âmbito de crimes econômicos, visando, justamente, à célere reparação do dano. De outro, promove reformas que preveem o aumento das penas de determinados crimes licitatórios a um patamar que inibe a aplicação dos novos institutos, aplicáveis a uma série de outros delitos de gravidade semelhante – quiçá maior – destinados a tutelar o mesmo bem jurídico.

Ressalta-se que os tipos penais licitatórios visam, especificamente, “o correto, hígido e regular funcionamento da administração pública (v.g. a lisura do procedimento licitatório, a idoneidade das contratações públicas)” (PRADO, 2019, p. 502). São de condutas que, muito embora atentatórias ao funcionamento da administração pública, não detém o mesmo grau de ofensa ao bem jurídico do que, por exemplo o delito de corrupção passiva – que retrata o recebimento de vantagem indevida pelo funcionário público ou, ainda, o de peculato – no qual há uma efetiva apropriação de quantias públicas.

Não há, portanto, qualquer argumento lógico ou jurídico para que, entre os crimes contra a administração pública, a aplicação do acordo de não persecução penal – ao lado de outros benefícios – seja impossibilitada apenas aos delitos licitatórios previstos nos arts. 337-E; 337-F; 337-H e 337-L do Código Penal.

É evidente a existência de tratamento desigual para condutas semelhantes e, conseqüentemente, a violação ao princípio da proporcionalidade. Tal circunstância não pode passar despercebida do Poder Judiciário, que deve analisar as violações constitucionais ora retratadas em sede de controle de constitucionalidade.

O controle de constitucionalidade das leis penais, muito embora não seja estranho à atividade judicante, ainda não é prática comum no âmbito da jurisprudência pátria. Prova disso é que temas relacionados à constitucionalidade das leis criminais representam cerca de 1% dos casos com repercussão geral reconhecida pela Suprema Corte. Em sede de controle concentrado, apenas 0.06% do total de ações analisadas desde o ano 2000 trataram de questões penais ou processuais penais (SOUSA FILHO, 2021).

Assim, as inconstitucionalidades dos preceitos secundários dos tipos penais ora analisados configuram excelente oportunidade para que a jurisprudência pátria, capitaneada pela atuação do Supremo Tribunal Federal, aprofunde as discussões acerca da constitucionalidade das leis penais, de modo a tornar o direito penal cada vez mais compatível com os valores e garantias fundamentais previstos em nossa Constituição Federal.

4 Conclusão

Como demonstrado ao longo do presente estudo, o princípio da proporcionalidade deve limitar o arbítrio do legislador em fixar penas em desatenção ao dano social que as respectivas condutas acarretam e de adotar critérios divergentes para fatos iguais ou critérios menos rigorosos para fatos de maior gravidade (TAVARES, 1992, p. 84).

No caso dos crimes licitatórios, ao fixar em 4 anos as penas mínimas cominadas aos crimes 337-E; 337-F; 337-H e 337-L, a Lei nº 14.133/2021 claramente atribuiu aos referidos delitos tratamento sobremaneira mais grave do que o conferido a outros crimes semelhantes – senão menos graves – destinados a tutelar o mesmo bem jurídico.

A desproporcionalidade das penas fica ainda mais flagrante quando a comparação entre as penas dos crimes licitatórios e aquelas de outros delitos contra a administração pública é feita sob a ótica dos efeitos da condenação e das formas e alternativas à aplicação da pena.

Um exemplo que bem resume a disparidade do tratamento conferido pelo legislador é o fato de que o acusado pela prática de crimes de corrupção passiva ou peculato poderá, a depender do caso concreto, ter a execução da sua pena

suspensa ou, ainda, celebrar acordo de não persecução penal – que acarretará a extinção de sua punibilidade.

Por outro lado, no caso dos crimes previstos nos arts. 337-E; 337-F; 337-H e 337-L, não há qualquer previsão de suspensão condicional da pena ou de celebração de acordo de não persecução penal.

E não há, sob a ótica do princípio da proporcionalidade, qualquer razão lógica ou jurídica para que, em determinados delitos, a lei possibilite a suspensão da pena ou a celebração de acordo de não persecução penal – que acarreta a extinção da punibilidade – e, para outros crimes semelhantes, que tutelam o mesmo bem jurídico, torne a pena corporal medida praticamente obrigatória.

Dessa forma, reputa-se pertinente e necessária a atuação do Poder Judiciário, no sentido de declarar a inconstitucionalidade das penas mínimas cominadas aos crimes de contratação direta ilegal; frustração do caráter competitivo de licitação; modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo e fraude em licitação e contrato.

Referências

ANTÓN, Tomás Salvador Vives. **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor. v. 1. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Ed. Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar no Habeas Corpus 102094 SC**. Receptação simples (dolo direto) e receptação qualificada (dolo indireto eventual). Cominação de pena mais leve para o crime mais grave (CP, art. 180, *caput*) e de pena mais severa para o crime menos grave (CP, art. 180, § 1º). Transgressão, pelo legislador, dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da individualização “*in abstracto*” da pena. Limitações materiais que se impõem à observância do estado, quando da elaboração das leis. [...]. Relator: Min. Celso De Mello. Data de Julgamento: 1/7/2010, Data de Publicação: DJe-141 DIVULG 30/07/2010 PUBLIC 2/8/2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho155490/false>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 979962 Repercussão Geral**. Direito constitucional e penal. Recurso extraordinário. Importação de medicamentos sem registro sanitário. Exame de proporcionalidade da pena. Presença de repercussão geral. [...]. Relator(a): ministro Roberto Barroso. Brasília, 3 de agosto de 2018. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 9/8/2018. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral9902/false>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (5ª Turma). **Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus 128.660/SP**. Relator ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 18 de agosto de 2020. Publicado no Diário de Justiça eletrônico em 24/08/2020. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=128660&b=ACOR&p=false&l=10&i=8&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO>. Acesso em: 27 mar. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

CARVALHO, Salo. Comentário ao artigo 5º, inciso XLVI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FRANCO, Alberto Silva. **Crimes hediondos**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães; FERREIRA, Ivette Senise. **O princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017. – (Série IDP).

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico** / Luiz Regis Prado. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel. **A inconstitucionalidade da lei dos remédios**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1999.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Jose Maria Bosch, 1992.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil**: graus de deferência ao legislador, parâmetros materiais e técnicas de decisão. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SOUSA FILHO, Ademar Borges de. **O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil**. JOTA, 2021. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-controle-de-constitucionalidade-de-leis-penais-no-brasil-10092021#:~:text=O%20Brasil%20tem%20orbitado%20em,pelos%20mais%20diversos%20temas%20penais>>. Acesso em: 27 mar. 2022.

TAVARES, Juarez. **Critérios de seleção de crimes e cominação de penas**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, 1992.

Inovação e controle na Nova Lei de Licitações e Contratos: uma abordagem a partir dos *standards* de revisão e do modelo das três linhas

Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva¹⁵⁷

1 Introdução

O art. 11, inciso IV, da Lei nº 14.133/2021 – a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLLC) – prevê como objetivo do processo licitatório incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Em relação ao art. 3º da vetusta Lei nº 8.666/1993, o novel dispositivo insere a noção de “inovação” nos objetivos.

A inovação é a criação de soluções na forma de produtos, processos ou serviços, notadamente com perspectiva disruptiva em relação ao estado da arte. Por essa definição, já se percebe que a inovação caminha de mãos dadas com o risco. Criar soluções implica correr o risco de que elas falhem e de que os resultados não ocorram como o esperado. Mas, assim como o risco, a falha também é um aspecto corriqueiro na inovação. *Fail fast*, falhar rapidamente para aproveitar o aprendizado e aprimorar soluções, diriam os empreendedores do Vale do Silício.

Se inovar no mercado já é arriscado, quem dirá fazê-lo no setor público. Inovar em direito público é arriscado. Na verdade, é natural que assim o seja. Se as empresas são financiadas por investidores privados que a ela aderem voluntariamente, o Estado é financiado pelo pagamento coativo de tributos pelos contribuintes. Não se pode, assim, usar o dinheiro público com a voracidade desejável de uma *startup*. O Regime Jurídico Administrativo protege o contribuinte da aventura sem propósito.

157 Doutor em direito econômico, financeiro e tributário pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília; professor do Instituto Brasiliense de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa e da Escola Superior de Advocacia do Distrito Federal; advogado da Câmara dos Deputados; foi Procurador da Fazenda Nacional.

Mas ainda é possível e desejável inovar no setor público, como bem salienta o citado art. 11, inciso IV, da NLLC. O Regime Jurídico Administrativo tem caminhos para que isso seja feito com segurança. O que ocorre, na verdade, é certa resistência dos agentes públicos em inovar na gestão, sobretudo pela possibilidade de sanção por eventuais riscos ou falhas que ocorrerem nesse processo.

Trata-se do fenômeno do “apagão das canetas” ou do “direito administrativo do medo”. Esta última categoria pode ser definida como a interpretação e a aplicação das normas de direito administrativo e o próprio exercício da função administrativa pautadas pelo medo dos agentes públicos em decidir. Isso ocorre em face do alto risco de responsabilização decorrente do controle externo disfuncional, priorizando a autoproteção decisória e a fuga da responsabilização em prejuízo do interesse público (SANTOS, 2020, p. 333).

Essa posição defensiva dos gestores, a nosso ver, decorre do déficit de calculabilidade das posições dos órgãos de controle administrativo. Por calculabilidade entenda-se o aspecto do princípio da segurança jurídica que demanda a capacidade de o cidadão prever em grande medida os limites da intervenção do Poder Público sobre os atos que pratica, conhecendo antecipadamente o âmbito de discricionariedade existente para os atos estatais (ÁVILA, 2019, p. 144). Assim, a impossibilidade de prever com segurança as implicações de decisões que incrementem o risco gera uma posição defensiva disfuncional que dificulta (quando não efetivamente impede) a inovação no setor público.

Este capítulo busca estabelecer critérios claros para o controle de decisões discricionárias dos gestores públicos em matéria de licitações e contratos administrativos. Para isso, lançará mão da literatura a respeito de *standards* de revisão no direito norte-americano, bem como sobre linhas de defesa na gestão pública.

O trabalho será dividido em duas partes. Na primeira, exporemos a doutrina a respeito do controle dos atos discricionários da administração no direito brasileiro e norte-americano. Com base nesses parâmetros doutrinários, na segunda parte apresentaremos o tratamento da NLLC às chamadas “três linhas de defesa das contratações” para, à guisa de conclusão, estabelecer *standards* para controle externo das decisões discricionárias no processo de contratações.

Saliente-se que não se busca concluir definitivamente o tema, mas apenas iniciar o debate sobre a questão. A formulação e estruturação dos *standards* de revisão de decisões discricionárias demanda aprofundamento bastante superior

ao aqui empreendido. Este trabalho, até por sua natureza e extensão, não tem qualquer pretensão de ser exaustivo.

2 Fundamentos do controle de decisões administrativas

2.1 Legalidade e discricionariedade

A compreensão da amplitude do controle sobre os atos administrativos demanda a separação entre os espaços de decisão vinculados à legalidade e à discricionariedade.

A norma comumente identificada como “princípio da legalidade” tem um aspecto tridimensional, comportando-se ora como regra, ora como princípio e ora como postulado (ÁVILA, 2012). No direito administrativo, na qualidade de regra, a legalidade pressupõe a autorização legislativa para a prática de atos (FAGUNDES, 1979, p. 40-41), sem necessariamente exaurir todos os seus aspectos, dado que cabe à administração dar individualidade e concretude às finalidades gerais da lei (FAGUNDES, 1979, p. 20).

Todavia, a maneira como a legalidade atua nas atividades públicas não é uniforme. Em determinadas situações, a lei previamente define o objeto do ato administrativo, hipótese na qual, verificada pelo administrador a ocorrência dos pressupostos fáticos da norma, compete-lhe apenas adotar a conduta já prescrita em lei (MELLO, 2015, p. 442-443). São os chamados atos vinculados, dos quais é exemplo a expedição de licença para edificação.

Contrapõem-se aos atos vinculados os atos discricionários, nos quais a lei se limita a prescrever uma finalidade, delegando ao administrador critérios de conveniência e oportunidade sobre quando e de qual modo praticar determinado ato (MELLO, 2015, p. 442-443; CARVALHO FILHO, 2019). Exemplo é a autorização para funcionamento de um circo em praça pública, na qual o gestor decide se é conveniente e oportuno o deferimento, bem como em qual local e horário.

Percebe-se, por conseguinte, que o controle exercido sobre atos vinculados ou discricionários é distinto na sua intensidade. Os atos vinculados são controlados principalmente pelo critério de legalidade, ou seja, a compatibilidade da conduta adotada em concreto pelo administrador com aquela prescrita em abstrato pela legislação para um dado pressuposto fático. Nesse sentido é a tradicional

doutrina de Seabra Fagundes, para quem o mérito do ato administrativo não é passível de controle, sendo esse espaço livre atinente a aspectos como acerto, justiça, utilidade, equidade, razoabilidade, etc (FAGUNDES, 1979, p. 146-147).

A despeito do entendimento tradicional do jurista potiguar, o regime constitucional de 1988 estabelece outros parâmetros de controle que não são estritamente afetos à legalidade.¹⁵⁸ Justamente por isso, os atos discricionários podem ser controlados principalmente pelo critério da legalidade no aspecto da sua finalidade. Os comportamentos adotados em busca dessa finalidade, geralmente, não desafiarão testes de legalidade. Já os atos praticados com desvio de finalidade são passíveis de controle (MELLO, 1996, p. 77-78).

Não se pode dizer, contudo, que não há quaisquer critérios para o controle dos atos discricionários. Os atos discricionários podem ser controlados da perspectiva do postulado da proporcionalidade, por exemplo, no sentido da adequação e da necessidade entre os meios escolhidos e a finalidade legal. Também o art. 37 da Constituição permite o controle de tais atos pelos parâmetros da moralidade e da eficiência, enquanto o art. 70 estabelece para o controle externo o parâmetro da economicidade.

Contudo, ao contrário da legalidade, que pode ter aspecto de regra, os demais critérios são princípios ou postulados. A distinção estrutural entre essas espécies normativas é fundamental para as conclusões deste estudo.

Pela abordagem de Humberto Ávila (2019, p. 70-90), as regras são imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com pretensão de decidibilidade e abrangência. A aplicação das regras exige a avaliação da correspondência entre a construção conceitual da descrição normativa (hipótese) e a construção conceitual dos fatos, sendo essa correspondência avaliada sempre em face da finalidade ou dos princípios que lhes dão suporte. Já os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e parcialidade, cuja aplicação demanda uma correlação entre um estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.

A escolha de uma estrutura regulatória ou principiológica pelo legislador tem objetivo de alocar o momento de decisão entre o passado e o futuro. Ao or-

158 Nesse sentido, julgado paradigmático do Superior Tribunal de Justiça: REsp n. 429.570/GO, relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 11 nov. 2003.

denar um caso por regras, o legislador toma previamente uma decisão geral e abstrata a ser aplicada, enquanto o ordenamento por princípios fixa fins a serem buscados pelo legislador, projetando para o futuro a decisão final sobre a conduta a ser adotada, o que confere margem de apreciação ao aplicador para adaptar a decisão às particularidades do caso concreto (SCHAUER, 2009, p. 194). A ordenação por princípios e regras consiste em um balanceamento de flexibilidade e estabilidade do sistema jurídico.

Para ilustrar a distinção entre as formas de ordenar comportamentos, pode-se dizer que a regra é o caminho e o princípio é o destino. Como coloca Lewis Carroll, em *Alice no país das maravilhas*, “se você não sabe para onde ir, qualquer caminho serve”. Essa singela ilustração permite compreender o papel unificador dos princípios preceituados por Canaris (2002, p. 76-80) na textura aberta proposta por Hart (2012, p. 124-136). Nem sempre será possível ao legislador definir o caminho. Mas se o aplicador ou intérprete conhece o destino ao qual chegar, pode escolher ou mesmo criar caminhos que o conduzam. Esse caminho pode se consistir em uma linha reta, em uma solução evidente, bem como em linhas com curvas que permitam desviar de obstáculos encontrados na rota, desde que perseguido o destino prescrito. A ordenação do comportamento pelos princípios, portanto, permite uma unidade de finalidades no sistema jurídico, mesmo no caso de lacunas aparentes.

Mas os princípios demandam ainda outra distinção, desta vez em face dos postulados. Mantendo a ilustração singela acima referida, se as regras são o caminho e os princípios são o destino, pode-se dizer que os postulados são o mapa.

Não se pode confundir postulados quer com princípios, quer com regras. Embora sejam comumente referidos pela jurisprudência como “princípios”,¹⁵⁹ postulados como razoabilidade e proporcionalidade são na verdade pautas normativas de aplicação do direito (GRAU, 2018, p. 135-136). Tais postulados configuram não estados ideais, mas sim critérios de aplicação de normas, de modo que sua classificação como princípios implica em uma “abertura” metódica que permite ampliar indevidamente o espectro de atuação do Poder Judiciário sobre os atos dos demais poderes (DIMOULIS; MARTINS, 2008, p. 178).

159 Referindo-se à razoabilidade como princípio: STF, RE 625263 RG, Relator Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 13/6/2013; referindo-se à proporcionalidade: STF, HC 123734, Relator Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 3/8/2015.

Observando essas questões, Humberto Ávila define uma categoria normativa de postulados aplicativos, cuja função é estruturar a aplicação concreta do direito (ÁVILA, 2019, p. 143-144). Em termos de estrutura, os postulados são normas imediatamente metódicas, cuja eficácia é instituir critérios de aplicação de outras normas. Daí o autor referir-se a essa categoria como “normas de segundo grau” ou “metanormas”.

Feitas essas digressões, percebe-se claramente a diferença estrutural dos parâmetros do controle dos atos vinculados – pela **regra** da legalidade – e dos atos discricionários – pelos **princípios** da moralidade, eficiência e economicidade e pelos **postulados** da razoabilidade e proporcionalidade. O controle dos atos vinculados incide sobre condutas, enquanto o controle dos atos discricionários incide sobre as finalidades, discutindo-se o controle de comportamentos apenas na medida da adequação e da suficiência deles para se atingir objetivos.

Mais ainda: como os princípios têm caráter complementar e parcial, e os postulados têm caráter metódico, é preciso discutir quais os critérios utilizados na reavaliação das condutas administrativas com base nessa espécie de norma. Isto é: qualquer ato discricionário é controlado da mesma maneira? Quando o controle deve ser mais ou menos rigoroso? Quais são os parâmetros para se tomar essa escolha? Nesse ponto, entram em questão os chamados *standards* de revisão.

2.2 *Standards* de revisão

A questão da revisão de atos discricionários no processo licitatório pelos órgãos de controle passa necessariamente pelo debate a respeito dos *standards* de revisão.

Para a doutrina norte-americana, os *standards* de revisão são critérios pelos quais um tribunal exerce sua competência revisional sobre a constitucionalidade ou a adequação sobre as decisões de um juízo a ele subordinado (GERNER, 2004, p. 4.399) ou de um órgão administrativo (DAVIS, 2000, p. 47-48). Noutros termos, os *standards* funcionam como parâmetros a respeito do grau de deferência que o órgão revisor terá em relação às decisões postas em questão.

Para estabelecer os *standards* de revisão, a doutrina e a jurisprudência separam os pontos de análise em questões de fato, de direito e discricionárias (ROSEMBERG, 1978, p. 79). As questões de fato podem ser reexaminadas

pelo *standard* de decisão “claramente errônea” ou baseada em “prova substancial”. Isso significa dizer que uma decisão sobre fatos somente será revista se o tribunal entender que não há razoabilidade entre as provas e a conclusão fática em exame. As questões de direito podem ser revistas pelo critério “de novo”, pelo qual pode haver o reexame integral do entendimento jurídico, de modo que se o tribunal discorda do entendimento do ente controlado, poderá revertê-lo.¹⁶⁰ Por fim, as decisões discricionárias somente podem ser reexaminadas pelo *standard* de “abuso de discricionariedade”. Este é o ponto que interessa no presente trabalho.

Há uma variedade de definições possíveis para a noção de abuso de discricionariedade, sendo que parte dos autores destacam o conteúdo vago desse enunciado.¹⁶¹ Autores como Maurice Rosenberg (1978, p. 637) destacam que o abuso de discricionariedade pode se dar de duas maneiras, a depender do grau de discricionariedade conferido àquele que decide. Em casos de discricionariedade primária, o gestor não está preso a parâmetros ou princípios externos à sua vontade, de maneira que a sua decisão será definitiva independentemente do seu conteúdo. Já nos casos de discricionariedade secundária, há parâmetros e princípios que guiam a decisão, de maneira que é possível aferir quando o gestor agiu em desacordo com esses parâmetros. Nesses casos, ocorre o abuso quando o gestor considera fatores incorretos ou desconsidera fatores necessários que deveriam motivar sua decisão, ou mesmo quando a decisão é patentemente contrária às provas, às regras da experiência ou flagrantemente arbitrária. Contudo, mesmo nesses casos, não é qualquer decisão equivocada que enseja controle pelo critério do abuso de discricionariedade: isso dependerá do grau de deferência conferido pelo órgão de controle ao órgão gestor.

Um exemplo lapidar dessa posição de deferência na jurisprudência norte-americana é o caso *Chevron U.S.A. v. Natural Resources Defense Council*, julgado pela Suprema Corte em 1984. Nesse caso, discutia-se a interpretação dada por uma agência governamental (Environmental Protection Agency – EPA) a uma lei ambiental (Clean Air Act). A Suprema Corte estabeleceu que, caso a lei tenha uma decisão clara a respeito do tema, ela deve ser observada pela agência. Contudo, se não há decisão legislativa clara, o Poder Judiciário deve conferir deferência às decisões administrativas dotadas de razoabilidade.

160 Como se verá adiante, no caso *Chevron* a Suprema Corte norte-americana fez uma leitura diferente do reexame de questões de direito atinentes à interpretação da lei por autoridades administrativas.

161 Ver: Cravens (2010) e Davis (2000, p. 47-50).

Tanto a partir do trabalho de Rosemberg quando do caso Chevron, percebe-se a noção de deferência do controlador aos entendimentos “razoáveis” do gestor. Entretanto, há de se questionar se essa deferência deve ocorrer em todos os casos e em que medida deve se dar.

Uma boa resposta a esses questionamentos é a de Robert Post (1984, p. 169-236). Para ele, assim como Rosemberg, há algumas decisões de discricionariedade absoluta, na qual aquele que decide pode fazê-lo sem parâmetros ou controles. Nos demais casos, todavia, é possível o controle pelo abuso de discricionariedade em três graus: revisão independente, deferência e delegação. A revisão independente é o controle mais intenso, e ocorre quando os parâmetros são tão estritos que o órgão de controle pode rever praticamente todos os aspectos da decisão, ainda que discricionária. A deferência ocorre quando o órgão de controle mantém sua competência de supervisão, mas declina de revisar uma decisão em particular. Já a delegação se dá nos casos em que o órgão revisor efetivamente garante total liberdade decisória ao gestor, declinando em abstrato de qualquer interferência sobre as competências administrativas.

Para Post, a escolha de qual *standard* aplicar para revisão de atos aparenta ser de política judiciária, uma decisão do tribunal a respeito do grau de ênfase que busca dar às diretrizes legais e jurisprudenciais de cada espécie de decisão.

Feitas essas considerações, passa-se a explicar de que maneira os *standards* de revisão podem contribuir com a solução da problemática exposta neste trabalho.

3 O controle da inovação na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

3.1 As três linhas de defesa do processo de contratação

A Nova Lei de Licitações e Contratos veiculou uma peculiar regra a respeito das chamadas “linhas de defesa” das contratações públicas, cuja relevância recomenda a sua reprodução integral:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

- I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;
- II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;
- III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da administração e pelo tribunal de contas.

A lei adotou uma estrutura ordinal de órgãos responsáveis pela “defesa” da contratação. O modelo veiculado pela lei, por outro lado, já é amplamente adotado na literatura a respeito de controle e auditoria.

O chamado “Modelo das três linhas” é uma proposta organizacional que permite a coordenação dos diversos atores responsáveis pelo controle, de maneira a auxiliar no atingimento dos objetivos do ente, fortalecer a governança e aumentar o controle de riscos (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, 2020, p. 1).¹⁶² Na literatura geral, a primeira linha é composta pelo corpo administrativo da entidade, a segunda, pela gestão de risco e a terceira, pela auditoria interna. Com base no Modelo das três linhas, percebe-se que o controle faz parte do ciclo de gestão, de modo que a administração da entidade também é responsável por ele.

A estruturação de três linhas é fundamentada na coordenação das tarefas de cada uma, de modo a evitar efeitos deletérios como a duplicação ou a sobreposição de atribuições e, de outro lado, a existência de lacunas no controle durante o ciclo de gestão (INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS, 2020, p. 7).

Em uma interpretação genética do art. 169 da NLLC, percebe-se que o dispositivo não existia no Projeto de Lei nº 1.292/1995, de autoria do senador Lauro Campos, que originou a Nova Lei de Licitações. O dispositivo foi inserido no parecer do deputado João Arruda (2018) na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, que atuou como Casa revisora. O relator destacou como premissa desse ponto a importância de um ambiente de contratações íntegro e confiável, com segurança jurídica para todos os envolvidos. A criação de “linhas de defesa”, segundo o parlamentar, decorreu da necessidade de um enfoque preventivo nos procedimentos de controle das contratações públicas em detrimento do mero controle repressivo que, salientou, ainda será possível. Mesmo os tribunais de contas passam, segundo a fundamentação do voto, a ter

162 No mesmo sentido, ver: Tribunal de Contas da União (2018, p. 19).

papel proeminente na prevenção de ilícitos, após a atuação das demais linhas de defesa.

No entanto, o relator não transpôs às inteiras para a lei a teoria das três linhas. Como já exposto, a literatura sobre o tema demarca as três linhas como uma divisão de controle interno da organização. Mas chama a atenção que a terceira linha de defesa é composta por um órgão de controle externo: o tribunal de contas. A NLLC, por conseguinte, conferiu aos órgãos de controle externo responsabilidade pelo êxito das operações da gestão e, ao mesmo tempo, colocou-os em papel de necessária coordenação com os gestores no desempenho das atividades de controle preventivo.

Nos parece, por conseguinte, que a ordenação sequencial das linhas de defesa e o enfoque no controle preventivo mediante adoção de práticas contínuas e permanentes de gestão de risco indicam que as linhas de defesa posteriores somente devem intervir sobre as demais em situações de falha ou de risco de falha das linhas anteriores. Isto é: a segunda e a terceira linhas de defesa devem observar, não se sobrepor, às competências das linhas anteriores. É o já apontado dever de coordenação para evitar duplicidade, sobreposição e falha.

A relevância da questão dos *standards* de revisão, neste ponto, é verificada. Ora, o *standard* de revisão estabelecerá os casos em que haverá intervenção do controle externo (terceira linha, na lógica na NLLC), seja no âmbito preventivo, seja no repressivo. O *standard* representa um ponto ótimo de intervenção. No campo decisório anterior ao atingimento do *standard*, haverá duplicidade ou sobreposição, visto que a terceira linha agirá quando era devida a atuação apenas da primeira ou da segunda. No campo decisório posterior ao atingimento do *standard*, não havendo ação da terceira linha, se verificará lacuna, de modo que se pode dizer que falhou o sistema de controle.

A coordenação entre as linhas de defesa se dá principalmente por intermédio da gestão de riscos: a identificação, análise e tratamento de incidentes com potencial lesivo à organização, com o propósito de impedir a implementação dos riscos ou minimizando os seus impactos (BRASIL, 2018, p. 22). À primeira linha cabe identificar, avaliar e corrigir riscos; à segunda, cabe a gestão de risco, tanto da perspectiva de conformidade quanto da definição do limiar de tolerância ao risco; à terceira cabe a avaliação objetiva e independente da eficácia dos processos de gerenciamento de risco, controle e governança.

Esse modelo decisório se torna ainda mais relevante no caso de decisões discricionárias. Se as linhas posteriores devem observar as competências das anteriores, então somente podem buscar revisar decisões discricionárias caso elas sejam tomadas de maneira inadequada. Neste ponto é que entram em cena os *standards* de revisão. A estrutura de linhas de defesa demanda a construção de *standards* para que seja possível a revisão de decisões discricionárias sem sufocar a discricionariedade do gestor e, particularmente, sua capacidade de inovar.

3.2 *Standards* para controle de decisões discricionárias no processo de contratações

Neste trecho, buscar-se-á uma sistematização de *standards* de revisão de decisões discricionárias por órgãos de controle externo, de maneira a conferir algum grau de calculabilidade ao órgão controlado a respeito do grau de deferência do controlador. Ao fazê-lo, objetiva-se conferir espaço de segurança para decisões inovadoras na administração pública.

Para fazê-lo, primeiro formularemos três *standards* de controle, com base naqueles descritos por Post e já reproduzidos neste trabalho. Como já exposto na introdução, a formulação e estruturação dos *standards* de revisão de decisões discricionárias demanda aprofundamento bastante superior ao aqui empreendido, pelo que a adoção de literatura já consolidada é uma “muleta” argumentativa necessária. Em seguida à formulação, estabeleceremos o critério de enquadramento de situações concretas em cada *standard*.

O primeiro *standard* é o de revisão independente. Neste caso, o controlador deverá reavaliar todos os aspectos relevantes da decisão discricionária tomando em conta a principiologia administrativa subjacente, como os princípios da moralidade, da eficiência, da economicidade e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

O segundo *standard* é o da deferência restrita. Neste caso, embora o controlador tome conhecimento do ato controlado, dado o exame minucioso dos riscos envolvidos pelo gestor **no caso concreto**, deixa o primeiro de reexaminar a medida, prestigiando a decisão original.

O terceiro *standard* é o da deferência ampla. Neste caso, a avaliação do controlador sobre o gerenciamento de riscos da gestão é tão positiva que aquele passa

a priori a uma posição de não reexaminar o mérito dos atos, salvo a verificação **no caso concreto** de algum desvio de governança.

Note-se a diferença entre a proposta de deferência restrita e ampla: o ônus argumentativo do reexame. Na deferência restrita, o ônus argumentativo milita em desfavor do gestor, que deverá mostrar a qualidade do gerenciamento de riscos adotado. Na deferência ampla, o ônus argumentativo milita em favor do gestor, competindo ao controlador ou a outro interessado demonstrar uma falha no gerenciamento de riscos reputado abstratamente como avançado.

Para bem ilustrar a distinção entre os *standards* propostos, tomemos a alegoria de um jogo de futebol em que o gestor é o juiz. A revisão independente é um jogo em que o controlador é o “bandeirinha”, um árbitro auxiliar. Ele pode isoladamente sinalizar um impedimento, ainda que o juiz/gestor não o faça. A deferência restrita é um jogo com VAR: as decisões do juiz/gestor são respeitadas, mas se com o apoio do VAR se verificarem erradas em vídeo, podem ser revertidas. A deferência ampla é um jogo sem VAR: a decisão do juiz/gestor, ainda que equivocada, vai ser observada, sem chance imediata de questionamento.

Por fim, cabe esclarecer o critério de enquadramento da aplicação de cada um dos *standards*: a maturidade da governança e a gestão de risco do ente controlado. Quanto melhor avaliada pelo controlador a gestão de riscos, menos restrito é o *standard* de revisão. Dessa forma, entes com governança mais pobre serão sujeitos a maior escrutínio em suas decisões discricionárias e terão maior dificuldade para propor soluções inovadoras no processo de contratações. Já entes com governança mais avançada serão controlados de maneira menos intensa, tendo maiores oportunidades e mais segurança para propor soluções inovadoras. No modelo proposto, com efeito, a governança do processo de contratação e sua gestão de risco contribuem diretamente para a inovação.

4 Conclusão

Este artigo buscou estabelecer critérios claros para o controle de decisões discricionárias dos gestores públicos em matéria de licitações e contratos administrativos, com o propósito de incrementar a calculabilidade do gestor e, via de consequência, dar maior segurança para a inovação nas contratações públicas.

Para isso, estabeleceu-se a necessidade de certo grau de deferência do controle externo, observados pelo gestor os devidos parâmetros de gestão de risco. Assim, foram estabelecidos *standards* para revisão de decisões discricionárias:

(a) Revisão independente: o controlador deverá reavaliar todos os aspectos relevantes da decisão discricionária tomando em conta a principiologia administrativa subjacente, como os princípios da moralidade, da eficiência, da economicidade e os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

(b) Deferência restrita: embora o controlador tome conhecimento do ato controlado, dado o exame minucioso dos riscos envolvidos pelo gestor **no caso concreto**, deixa o primeiro de reexaminar a medida, prestigiando a decisão original.

(c) Deferência ampla: a avaliação do controlador sobre o gerenciamento de riscos da gestão é tão positiva que aquele passa *a priori* a uma posição de não reexaminar o mérito dos atos, salvo a verificação **no caso concreto** de algum desvio de governança.

(d) O critério de enquadramento da aplicação de cada um dos *standards* é a maturidade da governança e a gestão de risco do ente controlado. Quanto melhor avaliada pelo controlador a gestão de riscos, menos restrito é o *standard* de revisão. Dessa forma, entes com governança mais pobre serão sujeitos a maior escrutínio em suas decisões discricionárias e terão maior dificuldade para propor soluções inovadoras no processo de contratações. Já entes com governança mais avançada serão controlados de maneira menos intensa, tendo maiores oportunidades e mais segurança para propor soluções inovadoras.

Referências

ARRUDA, João. Câmara dos Deputados. **Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 1.292, de 1995**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1697133&filename=PRL+10+PL129295+%3D%3E+PL+1292/1995>. Acesso em: 8 nov. 2022.

ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012 (versão eletrônica).

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

ÁVILA, Humberto. **Teoria da segurança jurídica**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Referencial de combate à fraude e corrupção aplicável a órgãos e entidades da administração pública**. 2. ed. Brasília: 2018.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. 3. ed. Trad. de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 2002.

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

CRAVENS, Sarah. Judging discretion: contexts for understanding the role of judgment, **University of Miami Law Review**, v. 64, 2010.

DAVIS, Martha S. Standards of review: judicial review of discretionary decisionmaking. **The Journal of Appellate Practice and Process**, v. 2, n. 47, Arizona, 2000.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FAGUNDES, Miguel Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 5. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

GERNER, Bryan A. **Black's Law Dictionary**. 8. ed. Eagan: West Publishing Company, 2004.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

HART, Herbert L. A. **The concept of law**. 3. ed. Londres: Oxford University Press, 2012.

INSTITUTE OF INTERNAL AUDITORS. **Modelo das Três Linhas do IIA 2020: uma atualização das Três Linhas de Defesa**. Lake Mary: IIA, 2020.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

POST, Robert C. The Management of Speech: Discretion and Rights, **Supreme Court Review**. v. 1984. University of Chicago Press, 1984.

ROSEMBERG, Maurice. **Appellate review of trial court discretion**. Washington: Federal Judicial Center, 1978.

SANTOS, Rodrigo Valga dos. **Direito administrativo do medo: risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHAUER, Frederick. **Thinking like a lawyer: a new introduction to legal reasoning**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

Equilíbrio econômico-financeiro na Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021

Juliano Heinen¹⁶³

1 Introdução

Terminada a licitação ou contratado um sujeito de direito diretamente, passa-se à execução do contrato. Ordinariamente, o negócio jurídico termina com a entrega do objeto no prazo avençado, sem se alterarem as demais cláusulas. Essa seria a condução normal das coisas. No entanto, isso nem sempre ocorre e, em contratos de longo prazo, dificilmente acontece, porque a realidade é alterada e naturalmente impacta na base econômica do pacto. Assim, para a sua continuidade, alterações podem ser pretendidas.

É nesse contexto que o instituto do reequilíbrio econômico-financeiro foi forjado, como mecanismo de dar operacionalidade à execução do negócio jurídico, e permitir a sua regular continuidade. Mas não só. Vê-se que se estrutura como verdadeiro mecanismo de segurança jurídica e de redução dos custos transacionais.

Para dar conta desta agenda, a Lei nº 14.133/2021 – Lei Geral de Licitações e Contratos – detalhou uma série de providências e mecanismos jurídicos para empreender a manutenção da equação econômica e financeira do contrato. Antecipa-se, aqui, que as disposições normativas mantêm a série de práticas já consagradas, acolhendo muitos entendimentos das Cortes de Contas, notadamente a federal.

Assim, exploratoriamente, pretende-se, neste trabalho, deferir ao leitor nossa compreensão sobre aspectos que chamam a atenção pela sua complexidade e

163 Doutor em direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); professor de direito administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), na Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE) e na Escola da Magistratura do Estado Rio Grande do Sul (AJURIS); procurador do estado do Rio Grande do Sul, atuando no tema das licitações e contratos; autor da obra: *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos – Lei nº 14.133/2021*, Ed. Juspodivm. Acesse: www.julianoheinen.com.br.

relevância, sabendo que a escolha de tais nuances pode deter certo grau de subjetivismo e aleatoriedade. Por fim, pretende-se entregar ao leitor uma compreensão dos desafios envolvendo o tema do reequilíbrio econômico-financeiro.

Mais uma palavra nesta introdução: o equilíbrio econômico-financeiro é um instituto que possui interessantíssimo desenvolvimento histórico, o qual é sensível para a compreensão de muito do que se pratica hoje. Contudo, pelos limites cognitivos propostos, abordar-se-á o tema estritamente a partir do texto da lei geral mencionada, sendo esta nossa fonte de pesquisa primária. E, a partir dela, pretende-se revelar possibilidades hermenêuticas e problemas a serem solucionados. Também, chama-se a atenção do leitor para o fato de que o equilíbrio econômico-financeiro aqui tratado seguirá a lógica dos contratos de aquisição ou de fornecimento. Significa dizer que, em outras espécies de contratos de concessão comum ou parcerias público-privadas, a análise do instituto é diversa, porque diferentes são as bases dogmáticas, os pressupostos jurídicos e a lógica econômica do pacto.

Sendo assim, pretende-se, de modo dedutivo, dispor uma metodologia teórico-dogmática para responder às perguntas antes citadas e, principalmente, dar qualificação jurídica ao instituto do reequilíbrio econômico-financeiro. A partir dessa construção jurídica, intenta-se entregar ao leitor um “caminho” que, se percorrido, pode responder a uma questão bastante pragmática e que é o cerne de tudo o que se está a debater no país em relação ao tema: “o contratado pela administração pública tem ou não direito a uma compensação pelos ônus que está a suportar devido à onerosidade excessiva?” Para tanto, serão analisadas as fontes interpretativas no assunto a partir de sua aplicação, ou melhor, por meio de uma metodologia sucessiva eventual. Derradeiramente, tem-se, por meta, então, responder às perguntas-problema citadas logo no início da exposição.

2 Cumpra-se o que foi pactuado

Antes de tudo, os contratos administrativos, como as demais categorias de contrato, são regidos por um princípio geral que impõe força obrigatória àquilo que foi pactuado (UBAUD-BERGERON, 2015, p. 312). Tanto é verdade, que a administração pública e o particular dispõem de meios bastante fortes para fazer cumprir a execução dos contratos, por conta de que as leis que tutelam

o tema permitem, em maior ou menor medida, a implementação concreta das obrigações pactuadas.¹⁶⁴

Assim como a lei, o contrato vincula as partes, mas por um tempo determinado. Então, essa é a primeira premissa a ser percebida, e a interpretação do tema deve partir daquilo que foi pactuado, para só então se pensar em reequilíbrio econômico-financeiro, porque as cláusulas contratuais são a fonte primária da interpretação do tema (RICHER, 2014, p. 207; LANGELER, 2012, p. 507).¹⁶⁵

A rigor, antes de se procurar pretender a aplicação de institutos jurídicos oriundos da dogmática para responder acerca da possibilidade ou não de readequação das cláusulas econômico-financeiras, há a necessidade de se voltar ao conteúdo daquilo que foi pactuado, para visualizar se não há cláusula que tutele o tema, ainda que indiretamente. Por exemplo, os contratos podem contar com cláusulas ou com um anexo que discipline a responsabilidade de cada parte por eventos que ocorram e que perturbem o sinalagma do negócio durante a execução do pacto. Trata-se do que comumente se chama de “matriz de riscos”. O contrato ainda pode ter valor provisionado para eventos dessa natureza.

Assim, antes de tudo, deve-se pesquisar se os eventos que causaram onerosidade aos contratantes estão compreendidos nas modelagens financeiras dos pactos. Pode-se ter, inclusive, uma linha de custo decorrente Taxa Interna de Retorno (TIR). Se as cláusulas contratuais ou a matriz de risco tratam, ainda que indiretamente, do tema, as pretensões compensatórias decorrentes dos danos econômicos causados pelo evento devem ser tuteladas por essa modelagem jurídica.

Até porque, caso forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro (cf. arts. 125 e ss. da Lei nº 14.133/2021 – Lei Geral de Licitações e Contratos). Pretender algo diverso daquilo que está pactuado é romper com a lógica basilar dos negócios jurídico-administrativos no sentido de que há força obrigatória nas convenções. Esse seria o primeiro ponto a ser destacado.

E se há lacuna contratual a respeito do tema? Ou melhor, se os contratos administrativos firmados não trataram de situações a que se vivencia?

164 É certo que o Estado possui maiores prerrogativas nesse sentido, a saber: art. 104 (trata das prerrogativas contratuais do Estado); art. 137 (lista as possibilidades de rescisão por ambas as partes); arts. 155 e seguintes (tratam das sanções contratuais) – todos artigos da Lei nº 14.133/2021.

165 Na jurisprudência francesa, conferir: CE, 8 nov. 2000, RIVP.

Em tese, então, ter-se-ia de buscar autorização à readequação da equação econômico-financeira. Por meio do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é que se fazem as compensações às partes por terem sofrido as consequências de eventos cujos riscos são atribuídos à outra parte pelo contrato ou pela lei. Sendo assim, as onerosidades advindas da causa devem ser compensadas se presentes os requisitos para tanto – ponto a ser explorado a seguir. Caso se pudesse atribuir tais onerosidades somente ao contratado, contrariar-se-ia a segurança das relações jurídicas e a boa-fé (PÉQUIGNOT, 1945, p. 433-434). Até porque, isso seria um completo desestímulo aos agentes do mercado vir contratar com o poder público (BÉNOIT, 1968, p. 588). De outro lado, é impossível que as mesmas circunstâncias vivenciadas no âmbito normal da livre iniciativa (álea econômica) pudessem ser cobradas do Estado, pelo mesmo fundamento do enriquecimento sem causa.

Mas isso deve ser visto de maneira concreta e casuística. Quer-se dizer, com isso, que nem todos os fatores serão hábeis e suficientes, *a priori* e de antemão, à revisão dos contratos. Então, a primeira tarefa do contratado consiste em comprovar existente a efetiva onerosidade, devendo ela estar derivada diretamente de fatos geradores e que causaram abalo no sinalagma do contrato. Esse nexo causal é condição imprescindível à pretensão compensatória. Em termos objetivos, onerosidades anteriores à causa ou não decorrentes dela devem ser consideradas em outro contexto e serem tutelados por outra qualificação jurídica.

3 Direito ao reequilíbrio econômico-financeiro – análise das possibilidades legais

O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro não é claramente garantido constitucionalmente na parte final, inciso XXI, do art. 37. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) não prescreve maiores elementos de aplicação do instituto, ou seja, parece deixar a cargo da legislação ordinária e das disposições inseridas nos contratos públicos a tarefa de dispor sobre o tema.

O detalhamento normativo maior foi feito em relação à incidência da teoria do fato do príncipe (art. 134 da Lei Geral de Licitações e Contratos) e em relação às mudanças acordadas (arts. 124 e 125, da mesma legislação).

Contudo, em relação à força maior/caso fortuito (exemplo: pandemia causada pela Covid-19), como a legislação enfrenta o tema? Na hipótese de o ajuste não

se referir ao evento (como, ao que parece, é o caso de todos os contratos administrativos), a Lei nº 14.133/2021 prescreve expressamente alguns caminhos a serem trilhados:

(a) Pode-se tentar estabelecer um consenso com os contratados, aplicando-se a redução ou majoração proporcional à diminuição ou aumento das prestações, na forma do art. 124, inciso II, alínea d; em caso de reequilíbrio, a alteração dos encargos não fica condicionada aos limites legais, porque o dispositivo que trata do tema (art. 125) se aplica somente “[...] alterações unilaterais a que se refere o inciso I do *caput* do art. 124 desta Lei [nº 14.133/2021]”;

(b) Caso não concorde ou não se consiga a anuência, a redução do objeto do contrato pode ser feita unilateralmente, na forma do art. 124, inciso I, da Lei nº 14.133/2021. Mas, aqui há um limitador de 25% de redução;

(c) Ainda, a administração pública poderá rescindir os contratos, caso a hipótese “(a)” não se viabilize, conforme art. 137, inciso V, da Lei nº 14.133/2021.¹⁶⁶

Em muitos casos, a premência do tempo, a gravidade das circunstâncias, a ausência de recursos disponíveis e a inviabilidade de soluções alternativas – o elenco é meramente exemplificativo – poderão impor ao agente administrativo que adote atos jurídicos e materiais não conformes, de modo perfeito e exato, às normas legais. Tais atos deverão ser qualificados como juridicamente perfeitos. A administração pública tem o dever de antecipar a efetiva consumação das variáveis indicadas (HEINEN, 2022, p. 1.088).

Assim, a situação excepcional que se vive reclama interpretações condizentes. Frente à clara ausência de condições de economicidade para a manutenção da mesma força de trabalho pelo particular, especialmente diante de casos em que sequer se pode acessar prédios públicos ou exercer as atividades, pode-se determinar a suspensão temporária e parcial da execução contratual. Essa providência vem justamente garantir desde já a recomposição de equação

166 Não se pode deixar de citar, ainda, que cabe aplicar, aqui, o disposto no *caput* e no § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente” (BRASIL, 1942).

econômico-financeira do contrato em curso (PEQUIGNOT, 1945, p. 374).¹⁶⁷ Mais uma vez a pandemia de 2020 e 2021 é um bom exemplo de “testagem” do instituto.

Veja que o próprio art. 137, §§ 2º e 3º, da Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos dispõe que é possível a suspensão de sua execução, por ordem escrita da administração, especialmente em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra. E, em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila. Assim, não há necessidade de se perfazer aditivo ao contrato. Lembrando que o apostilamento justamente serve para inserir, alterar ou suprimir informações ou dados do ajuste, sem comprometer substancialmente as obrigações pactuadas.

Muitas vezes, obstáculos podem ser percebidos, os quais, inclusive, são involuntários e incontroláveis. Exemplo: greve dos transportadores de mercadorias que afeta a entrega de material à obra; eventos meteorológicos que afetam a possibilidade de se acessar o campo de obras ou de prestar o serviço (v.g. chuvas sucessivas atrasam o serviço de pintura externa de um prédio), etc.

Ainda que se visualizem situações em que o contratado tenha direito à extinção do contrato, nos casos de (a) suspensão de sua execução, por ordem escrita da administração pública, por prazo superior a 3 meses; (b) repetidas suspensões que totalizem 90 dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, elas não serão admitidas em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído o contratado (art. 137, § 3º, da Lei nº 14.133/2021).¹⁶⁸

Perceba que a Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos determinou que essas situações citadas, que criam direito subjetivo à extinção do ajuste por parte

167 Essa garantia foi rígida ainda em 1910, para preservar a continuidade do contrato administrativo com a *Cie. Générale Française des Tramways*. Mas o caso emblemático da aplicação da *teoria da imprevisão nos contratos administrativos* pode ser conferido em CE, 30 mar. 1916, *Cie. générale d'éclairage de Bordeaux*, o conhecido “caso do gás de Bordeaux”.

168 Ver: TCU, Acórdão nº 314/98, Plenário. Assim: “Art. 79, § 5º – Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.” – todos da Lei nº 8.666/1993. Julgando o tema: TCU, Processo nº TC 008.151/94-6. TCU. Plenário. DOU de 15.10.1996, p. 20931.

do contratado, não possam ser por ele alegadas, ou seja, o referido direito não existe. E é razoável, porque se trata de casos invencíveis às partes (v.g. guerra, perturbação grave à ordem pública, etc.), ou de situações em que o próprio contratado tenha contribuído para o atraso. Vamos dar um exemplo hipotético: cabia ao particular, conforme os termos do negócio jurídico, a indenização de imóveis eventualmente sujeitos à desapropriação, para a execução de uma obra pública. Contudo, nada foi pago, o que impediu ultimar a expropriação, sendo que o contratado contribuiu ao atraso e, então, não pode se valer do direito de extinguir o ajuste unilateralmente (JUSTEN FILHO, 2009, p. 821-822).

Logo, a lei foi inteligente ao prover solução que representa alternativa à rescisão,

[...] com a cautela de impor-lhe limite temporal; prorroga-se o cronograma por tempo igual àquele previsto; esgotado tal prazo, que duplica o tempo originariamente estabelecido para a execução, estará o contratado liberado do esforço de salvação do contrato e promoverá as medidas tendentes à sua rescisão (PEREIRA JÚNIOR, 1997, p. 530).¹⁶⁹

Eis o espírito da paralisação, que faz todo o sentido como medida proporcional e menos drástica. Não se pode deixar de considerar a hipótese de que, dando causa à suspensão do contrato, a administração pública concorre para pôr bom termo à avença.¹⁷⁰ A boa-fé implica o dever de adotar providências preventivas e mitigadoras de efeitos danosos quanto à execução do contrato administrativo. Isso envolve a previsão quanto à necessidade de modificação das condições contratuais, inclusive para alterar o modo de execução do objeto (CAGNASSO, 1979, p. 17).

Mas, e se o contrato gerar maior onerosidade ao contratado? A resposta a esta pergunta será disposta nos tópicos que seguem.

4 Mutabilidade dos contratos administrativos

Ainda que esta seja uma visão mais “filosófica” do tema, é certo que, em última análise, os mecanismos de reequilíbrio dos contratos possuem como finalidade recompor uma realidade alterada pelo tempo. E, para tanto, quando o direito atua sobre o tempo – tentando vencer sua lógica e sua adequação natural –,

169 Ver: Motta (1998, p. 294).

170 Ver: TCU, Processo nº TC 008.151/94-6. TCU. Plenário. DOU de 15.10.1996, p. 20931.

deve se valer da “força”.¹⁷¹ Então, tais mecanismos pretendem, também em uma análise finalística, conferir previsibilidade e segurança às relações negociais.¹⁷²

Os contratos vivem um paradoxo: ao mesmo tempo em que se fazem pactos para se ter certeza do que acontecerá no futuro, este mesmo ajuste “é lançado”¹⁷³ em um mundo de incertezas, porque não se sabe como este mundo se comportará em relação a eles. Assim, é uma ilusão pensar que essa estabilidade será fixa. O que se deve ter são bases estruturadas para que se possa dar flexibilidade aos câmbios futuros da realidade. Os próprios contratantes não querem essa inflexibilidade, porque, se assim fosse, estar-se-ia aniquilando a autonomia da vontade.

A fim de permitir essa adaptabilidade dos pactos às modificações que se processam depois de firmado o ajuste, a legislação permitiu uma série de possibilidades nesse sentido. O Estado, por exemplo, possui a prerrogativa de alterar unilateralmente os contratos administrativos, nos limites fixados na lei, notadamente nos arts. 124 e ss. da Lei nº 14.133/2021. Esse poder unilateral de alteração foi construído a partir da “teoria de mutabilidade do contrato administrativo”, tendo, na França, caráter puramente pretoriano.¹⁷⁴ Em outras palavras, há mais de um século, duas decisões importantes produzidas pelo Conselho de Estado foram essenciais nessa evolução.¹⁷⁵

No final do século XIX, a cidade de Deville-les-Rouen decidiu delegar o serviço de iluminação pública das ruas a uma empresa privada, a qual passaria a operar e explorar o sistema. Tal concessão foi concretizada pelo prazo de 99 anos. Tempos depois, a referida municipalidade alterou unilateralmente o contrato, exigindo que tal iluminação passasse a ser elétrica, sendo demandada a men-

171 Uma explicação bastante didática sobre esta relação entre o “tempo”, o “direito” e a “força” pode ser conferida a partir da relação feita por François Ost (1999, p. 9-10) para com o “mito de Cronos”.

172 Afinal, não é outra senão uma das finalidades do direito, qual seja conferir previsão, o que é ínsito em relação ao contrato. Logo, as partes contratantes logram em aceitar uma promessa de que as coisas sejam cumpridas de determinada maneira em certo tempo.

173 “*Alea iacta est*”: a frase atribuída a Júlio César ao decidir cruzar com suas tropas o Rio Rubicão tem pleno paralelo com os contratos, pois, por melhor e mais ampla que sejam as previsões contratuais, nem todos os âmbitos serão cobertos e todo o contrato estará sujeito a riscos em alguma medida.

174 Na verdade, ao longo dos tempos, a França enfrentou o tema de modo dissonante, por vezes aceitando que o Estado detinha o poder de modificar unilateralmente o contrato, outras vezes não. Essa dicotomia (1945, p. 306), para quem tal poder é pleno, e de Francis-Paul Bénéoit (1968, p. 1.161 e ss.), para quem esse poder é mínimo, senão inexistente. A jurisprudência francesa cria uma espécie de “regra geral” sobre o assunto, ao decidir que os poderes de modificação unilateral de um contrato vão depender das disposições próprias de cada delegação (CE, 21 dez. 2012, *Commune de Douai*).

175 Ver com mais detalhes em: Heinen (2022, p 1.066).

cionada concessionária nesse sentido, a qual se recusou a implementar o desejo do município francês. Para tanto, interpôs recurso para o Conselho de Estado, o qual admitiu que a administração pública tem um poder unilateral de alteração, julgando, portanto, lícita a exigência feita.¹⁷⁶

No entanto, tal corte considerou que este poder existe somente sob certas condições:

- (a) Em primeiro lugar, as necessidades do serviço público devem exigir esse câmbio;
- (b) Por conseguinte, é imprescindível que as alterações não excedam determinados limites, definidos especialmente na lei;
- (c) Por fim, é preciso que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja respeitado.

A partir desses julgamentos, o Conselho de Estado passou a entender que a mutabilidade é uma das regras gerais aplicáveis aos contratos administrativos. E, ainda, que esse poder unilateral de alteração pode ser exercido em todos os contratos administrativos de qualquer natureza, ainda que não previsto expressamente. E, por fim, que o exercício unilateral dessa mutabilidade possui limites. Essas premissas podem bem ser aplicadas no Brasil, diante do regime jurídico dos contratos administrativos atualmente vigente (HEINEN, 2022, p. 1.066).

A mutabilidade existente nos contratos públicos passou a ser aplicada a partir das disposições legais que materializaram teorias e institutos muito conhecidos no direito administrativo. Para responder às perguntas feitas logo no início da exposição, passa-se a analisar se alguma delas pode ser útil à solução jurídica das questões.

5 Teoria do fato do príncipe

Muitas empresas, profissionais autônomos, etc., deixaram de executar contratos por conta de que atos administrativos ablativos suspenderam as atividades de inúmeros setores durante a pandemia antes mencionada, a fim de

¹⁷⁶ Esta possibilidade de alteração unilateral foi reafirmada no julgamento: CE, 2 fev. 1983, *Union des transports publics*.

garantir o isolamento social. Serviços públicos deixaram de ser prestados, ou o próprio isolamento determinado pelo Estado gerou a queda abrupta das receitas de concessionárias, por exemplo. Esses atos e essa situação poderiam ser considerados “fato do príncipe”, o que permitiria que se pretendesse que o Estado compensasse os onerados por prejuízos sofridos?

Na sua origem, a teoria do fato do príncipe¹⁷⁷ (*Fait du Prince*) surgiu atrelada principalmente aos contratos de concessão de serviço público, sendo expandida, posteriormente, aos demais negócios jurídicos feitos pelo Estado. Nos primórdios,¹⁷⁸ tal teoria era aplicada para justificar o ressarcimento dos contratados por qualquer ação unilateral feita pelo Estado, ligada diretamente ou não ao negócio jurídico estabelecido com a entidade pública.

A teoria é aplicada no momento em que a administração pública contratante usa seu poder e toma uma ação que não se relaciona diretamente com o contrato em si, mas o afeta; enfim, gera efeitos sobre ele, operando uma maior onerosidade. Há, assim, um “fato do príncipe”.

Caso presentes os pressupostos da teoria, há o dever de compensação financeira ainda que o fato do príncipe provenha de uma medida administrativa geral. Nesse caso, a parte contratada tem direito à indenização. E isso ficará ainda mais evidente se o ato estatal afetar especialmente o particular contratante, mais do que outros indivíduos não contratantes. De qualquer sorte, em ambos os casos ele será compensado pelo custo extra.¹⁷⁹

Contemporaneamente, essa noção foi alterada, porque abrangeria apenas as medidas de ordem geral não relacionadas diretamente ao contrato, mas que se refletem nele, causando uma maior onerosidade ao contratado (ARAÚJO, 1987, p. 735; MOREIRA NETO, 2014, p. 189). Pode-se apoiar o fato do príncipe; por outro lado, na teoria da reparação equitativa do dano causado por iniciativa alheia, a partir das situações ulteriores que geram um agravamento na situação de um dos contratantes, cabe a quem dá causa – no caso o Estado – ressarcir o prejudicado.

177 No caso, o termo “príncipe” refere-se a Estado, administração pública, poder público.

178 Falo aqui do começo do século XX.

179 Há julgados do Conselho de Estado francês que admitem a indenização (ou as medidas compensatórias) apenas para os casos de ações estatais específicas, e não gerais (CE, 8 nov. 1957, *Société Chimique*).

O Conselho de Estado francês, quando enfrentou o tema, apesar da divergência doutrinária existente à época, adotou o entendimento de Francis-Paul Bénoit (1968, p. 238),¹⁸⁰ reclamando que a medida estatal que atinge e onera o contratado seja tomada pela autoridade pública que faz parte do contrato. Então, na França, se outra entidade pública toma uma medida legal ou administrativa que atinge o negócio alheio, ou seja, do qual a administração pública contratante não faz parte, não estamos diante de verdadeiro fato do príncipe.¹⁸¹

A teoria, no Brasil, foi “testada” também com a ascensão da pandemia de 2020 e 2021: as esferas de governo em todo o país, em maior ou menor medida, passaram a editar atos administrativos em caráter geral, e que podem ter impactos na execução dos contratos administrativos. Exemplos não faltam: a determinação de que as pessoas não circulassem e ficassem em casa fez com que se diminuísse o uso do transporte público, afetando a arrecadação tarifária das concessionárias no setor – a mesma lógica pode ser aplicada a outras delegações de serviço público. Os atos que determinaram o fechamento compulsório do comércio e da indústria seguem a mesma linha de raciocínio. Então, afinal, sendo esses atos eventos causados pelo Estado e externos à relação contratual, poderiam ser qualificados como fato do príncipe?

Entende-se que não. Não se poderia pensar que se está diante de fato do príncipe, por conta de que os atos estatais têm uma causa inevitável. A rigor, o Estado não teve opção senão tomar as medidas de isolamento com lastro técnico. E estas medidas oneraram o próprio ente público, que amargou problemas econômicos e fiscais gravíssimos. Tal situação difere dos casos de “fato do príncipe”, como o clássico aumento de tributos que atingem a cláusula de serviço de contratos administrativos. Nessa situação, o Estado está a se beneficiar pelo ato, e o aumento de tributos estava, bem ou mal, na esfera da sua discricionariedade.

Mas se entende que essa não seja a mesma situação que decorre da pandemia, porque tais medidas foram necessárias e até mesmo prejudicaram o Estado contratante. Então, a situação de pandemia deve ser encarada como verdadeiro fortuito para todas as partes contratantes.

180 Ver: Chapus (2001, p. 1.210).

181 CE, 11 mar. 1910, *Cie française des tramways*; CE, 20 out. 1971, *Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz*; CE, 29 dez. 1997, *Soc. Civ. Des Néo-Polders*.

A excepcionalidade da ocorrência e a gravidade de seus efeitos impedem a invocação de argumentos relacionados à “ordinariedade” do risco, de modo que se compreende que não há cabimento em afirmar que o surgimento de um vírus, com efeitos nocivos relevantes, e a sua difusão na sociedade são eventos “possíveis” de serem previstos e evitáveis. Ao contrário. E, no caso, há causalidade entre a ocorrência da pandemia e do fechamento do comércio, etc.

Assim, a situação em apreço, ou seja, a causa de tudo, é típica força maior, a gerar problemas não só aos agentes de mercado, mas também ao Estado, que amarga prejuízos vultosos em todos os campos: humano, fiscal, orçamentário, etc. São típicos casos da “**álea econômica**”, e não administrativa. Como já se disse na nossa obra sobre o tema: “[...] são situações derivadas de circunstâncias imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências imprevisíveis, sendo elas excepcionais e inevitáveis” (HEINEN, 2022, p. 1.071). De modo que o acontecimento fortuito é que deve balizar a atuação do Estado.¹⁸²

6 Teoria da quebra da base do negócio jurídico

A teoria da quebra da base do negócio jurídico começa a ser estruturada no final do século XIX e é desenvolvida com mais ênfase até meados do século XX.¹⁸³ Apesar disto, pode-se ver uma aplicação interessante dela ainda no século XVII, na Inglaterra, no caso *Paradine v. Jane* (1647), no qual Paradine é locador de Jane, e propõe ação judicial alegando o não pagamento de aluguéis por 3 anos. Em sua defesa, a locatária alega que não utilizou o bem nesse período, por conta da ocupação dele pelas forças inimigas do Rei Carlos I,¹⁸⁴ durante a Guerra Civil inglesa (1642-1649). A Corte britânica não acolheu a defesa de Jane, por conta de que a locatária também deveria suportar os lucros ou prejuízos inesperados.

Na Alemanha, a teoria da quebra da base objetiva do negócio também se mostrou presente na resolução de determinadas controvérsias. Em 28 de novembro de 1923, o Tribunal Superior Alemão debatia a questão da distribuição dos prejuízos em caso de negócio jurídico atingido pela inflação. A corte decidiu que as

182 “Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita em imprevisão” (BRASIL, 2007b).

183 Não se confunde com os institutos da *frustration*, que é bem mais amplo, porque ligada à finalidade do contrato (*propouse*), e nem com a *impossibility*.

184 O governo do Rei Carlos I durou de 1625 a 1649.

partes eram, conjuntamente, credor e devedor, e, por isso, deveriam ambas arcar com os prejuízos ocasionados pela inflação, baseando sua sentença no §242 do Código Civil germânico (v.g. BGB).¹⁸⁵

A teoria da quebra da base objetiva do negócio: desenvolvida por Karl Larenz (2002), deixa de dar ênfase ao motivo, para focar nas circunstâncias do negócio. De modo bastante sintético, elencam-se os elementos dogmáticos da teoria da quebra da base objetiva em itens, a seguir dispostos:

- (a) Há de ocorrer um **evento extraordinário**. Logo, é sensível ao caso a natureza das circunstâncias supervenientes;
- (b) O evento mencionado deve ter causado uma **maior onerosidade** a um dos contratantes, ou seja, deve-se perguntar se houve alteração significativa na economia contratual;
- (c) A base negocial deve ter sido realmente atingida (SILVA, 2013, p. 140-142).

Atualmente, o Código Civil germânico prevê a possibilidade de alegar a quebra da base a partir de previsão expressa em seu texto, conforme alterações feitas pela *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* (lei para a modernização do direito das obrigações), conforme dispõe o § 313 do BGB. Tal dispositivo permite a revisão contratual quando se perceber “perturbação da base do negócio”, desde que ela seja grave (*schwerwiegend*) em três situações (de acordo com os três itens do dispositivo). No Brasil, a teoria da quebra da base objetiva do negócio foi incorporada pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), no art. 6º, inciso V.¹⁸⁶

Se a quebra da base do negócio ocorreu para ambas as partes, por conta de que tanto o Estado como os particulares sofreram com os efeitos econômicos deletérios oriundos da causa, não se poderia falar em reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

185 Para a interpretação atual do §242 do BGB, ver: Westerman *et al.* (2011).

186 CDC, art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: [...] V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (BRASIL, 1990).

7 Teoria da onerosidade excessiva

A teoria da onerosidade excessiva possui como antecedente histórico o direito romano antigo, a partir da concepção da *laesio enormis*. Ela é retomada pelo direito italiano no final do século XIX, ainda que o Código Civil italiano de 1896 determinasse o respeito rígido ao *pacta sunt servanda*.

Naquela época, ocorreu incêndio grave de um imóvel em Messena e Regio Calabria. Tal teoria foi aplicada, com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus*, para que as pessoas prejudicadas pelo fortuito pudessem receber os seguros (BARLETTA, 2005). A partir de então, a teoria da onerosidade excessiva ganhou contornos próprios que a diferenciaram de institutos similares, como a teoria da imprevisão ou da quebra da base objetiva do negócio, etc. Com a edição do Código Civil italiano de 1942, tal teoria foi positivada expressamente nos arts. 1.467 e 1.468.¹⁸⁷

No Brasil, a teoria da onerosidade excessiva foi aplicada primeiro no âmbito dos contratos públicos que tinham por objeto a construção de obra pública, isto já no ano de 1963 (MARTINS-COSTA, 2003, 2005, p. 237). A partir desse manancial de informações, pode-se elencar os seguintes elementos dogmáticos à aplicação da teoria:

(a) Há de se estar diante de um evento extraordinário e posterior à constituição do negócio. E não há dúvidas de que a pandemia se enquadra nessa categoria, de acordo com aquilo que aqui já foi indicado;

(b) Tal evento deve ter causado uma onerosidade a uma das partes, sendo que, claramente, ela não pode ter sido causada por uma das partes. No tema, já se indicou que ambas as partes do contrato foram oneradas. Mas o caso concreto pode revelar uma maior ou menor onerosidade a uma das partes contratadas, ou seja, ainda que ambos os polos da relação negocial sofram efeitos deletérios oriundos da pandemia, uma das partes pode ter sido onerada ainda mais. Contudo, essa é uma questão a ser resolvida concretamente, ou seja, caso a caso;

(c) De outro lado, o mesmo evento deve gerar uma maior vantagem para uma das partes contratantes. Duas pressuposições: primeiro, trata-se de mais

187 Deve ser observado, por oportuno, que o Código Civil italiano de 1942 exclui a possibilidade de aplicar a teoria da onerosidade excessiva aos contratos aleatórios.

uma questão a ser visualizada no caso concreto; de outro lado, compreende-se que a Covid-19 é típico evento que não atribui vantagem para ninguém – pelo contrário;

(d) O evento a ser considerado e que perturbou o equilíbrio contratual deve ser imprevisível ou previsível, mas de consequências imprevisíveis. Isso porque se uma das partes podia considerar razoavelmente possível de ocorrer no futuro tal situação, deveria ter considerado quando fez o negócio, cabendo, pois, suportar os ônus dessa deficiência na avaliação inicial.¹⁸⁸

Sendo assim, parece difícil perceber que o tema se aplica ao direito dos contratos administrativos. De modo que se passa à análise de mais um instituto pertinente ao problema enfrentado.

8 Teoria da imprevisão

A teoria da imprevisão já era conhecida e aplicada no direito canônico,¹⁸⁹ mas foi esquecida no auge do liberalismo (individualismo). Será retomada no final do século XIX e início do XX, no “Caso da companhia de gás de Bordeaux”, julgado pelo Conselho de Estado francês.

Antes de se falar do caso citado, a referida Corte francesa já dava mostras de aplicar tal teoria ainda em 1910, para preservar a continuidade do contrato administrativo com a *Cie. Générale française de Tramways*. Mas o caso emblemático da aplicação da teoria da imprevisão nos contratos administrativos pode ser conferido no citado caso da empresa de Bordeaux.¹⁹⁰ É uma das teorias mais notórias do direito administrativo na matéria de contratos de direito público (CHAPUS, 2001, p. 1.211). Ela nasce da necessidade de manter a continuidade dos serviços públicos. Então, passou a ser aplicada a todos os contratos de longa duração e que reclamavam a manutenção da sua prestação por questões sociais. A “teoria das situações imprevisíveis” surge quando dificuldades materiais atingem a execução do contrato, presentes uma

188 Há quem não diferencie os elementos dogmáticos das teorias apresentadas. Ver: Rodrigues Júnior (2006, p. 156).

189 Muito embora a teoria da imprevisão já tenha reminiscências históricas no Código de Hamurabi.

190 CE, 30 mar. 1916, *Cie. Générale d’Éclairage de Bordeaux*, o conhecido “caso do gás de Bordeaux”.

característica excepcional e imprevista, e não causada por nenhuma das partes contratuais (RICHER, 2014, p. 245).¹⁹¹

É curioso notar que o desenvolvimento teórico-dogmático da teoria da imprevisão se mostra latente nos contratos de direito público, sendo que o direito privado francês demora a incorporar essa teoria, mantendo a rigidez da *pacta sunt servanda*. Mesmo a *Lei de Falliot* (de 1912), que permitia a resolução de contratos cujas prestações, em consequência da guerra, tornaram-se demasiadamente onerosas aos contratantes, apesar de fazer previsão expressa da possibilidade de revisão contratual, era basicamente episódica. Esse fato revela a dificuldade do direito privado em incorporar tal substrato dogmático, tanto que Ripert (2000, p. 145) dizia que a *Lei de Falliot* era um atentado contra a autonomia da vontade e contra os redatores do código civil napoleônico.

Assim, enquanto que o direito público incorporou plenamente a mencionada teoria, o direito privado a previu, expressamente, em legislações específicas e muitas vezes casuísticas, como a Lei de 1919, que tratava sobre seguros; a Lei de 1924, que disciplinava o arrendamento; e a Lei de 1925, que tutelava preços de alugueis. Todas elas são normativas emergenciais, sem que se produzisse uma “regra geral” sobre o tema.

No Brasil, a teoria não passou despercebida. Com base na dogmática francesa sobre o tema, passou-se a aplicá-la a quando se estivesse diante de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências imprevisíveis, enfim, ocorridos após a constituição do contrato e alheios à vontade das partes, resultando em um ambiente econômico diverso.¹⁹² A definição da teoria pode bem partir da dicção do art. 317 do Código Civil brasileiro: “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação” (BRASIL, 2002).¹⁹³ Esse dispositivo deve ser conjugado com o art. 478 do mesmo código:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o de-

191 Conferir, ainda: CE, 30 jul. 2003, *Commune de Lens*.

192 Sobre a teoria da imprevisão no direito administrativo, consultar Di Pietro (2015, p. 329).

193 Ver uma análise muito perspicaz sobre o tema em: Rocha e Trentini (2010, p. 547-557).

vedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação (BRASIL, 2002).

Enfim, trata-se da soma de um fato superveniente, com a ocorrência de uma onerosidade excessiva.¹⁹⁴

Para tanto, uma soma de condições deve estar presente para que o contratante prejudicado possa pleitear medidas compensatórias (BITTAR FILHO, 1992, p. 18-29):

(a) O risco (álea) deve ser independente da vontade das partes e imprevisível, como no caso de guerra, grave crise econômica, desvalorização da moeda, etc. Enfim, deve-se estar diante de acontecimento dificilmente resistível. Sendo assim, a causa da recomposição deve ser considerada imprevisível, ou previsível, mas de consequências imprevisíveis;¹⁹⁵

(b) A onerosidade deve existir (AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 900), mas não pode ser absoluta,¹⁹⁶ e deverá ter um carácter temporário, causando uma desproporção no sinalagma contratual;¹⁹⁷

(c) A parte contratada deverá continuar a execução do ajuste, apesar das dificuldades.¹⁹⁸

É claro que o instituto ora abordado se aplica somente a contratos com execução diferida ou continuada (trato sucessivo), comutativo e oneroso. Assim, a teoria da imprevisão não se aplica, em regra, aos negócios instantâneos ou de execução imediata. Tanto que o fundamento da teoria da imprevisão é a cláusula *rebus sic stantibus*, que é considerada implícita em qualquer contrato de trato sucessivo.

194 Nas relações de consumo, a teoria foi adaptada no art. 6º inciso, V do CDC, que dispensa a prova do fato imprevisível (diferentemente do que ocorre nas relações civis comuns, reguladas pelo CC). Assim, é suficiente a existência de um acontecimento superveniente que gere o desequilíbrio negocial: “São direitos básicos do consumidor: [...] V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas” (BRASIL, 1990).

195 “Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita em imprevisão” (BRASIL, 2007b).

196 “A conversão da moeda em URV de que trata a Lei nº 8.880/94 não se apresenta como extorsiva ou exorbitante a justificar a excepcionalidade da Teoria da Imprevisão” (BRASIL, 2007a).

197 Os franceses usam uma expressão interessante. Há de se ter uma “*boulevardement de l'économie du contrat*” ou seja, uma “oneração na economia contratual” (CHAPUS, 2001, p. 1.212, tradução nossa). Conferir, ainda: CE, 19 fev. 1992, *SA Dragages et travaux publics*.

198 CE, 5 nov. 1982, *Société Propétrol*.

Partindo dessas premissas, as medidas compensatórias serão fixadas amigável ou judicialmente, a fim de cobrir parte do *deficit* que o contratado sofreu. O “estado de imprevisão”, sempre temporário, vai intentar restabelecer o equilíbrio do contrato. Do contrário, as partes deverão partir para a rescisão do negócio.

No setor público, a teoria foi aplicada aos contratos administrativos durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), notadamente nos contratos de concessão de transporte ferroviário. À época, o Conselho de Estado francês entendeu que o caso deveria ser tratado de acordo com as “intenções das partes”, que fizeram um negócio em tempos de paz, e agora devem dirigir sua avença de acordo com as circunstâncias vivenciadas.¹⁹⁹ Mas o caos se alastrou e atingiu as companhias de gás, que também pretenderam a adaptação do seu contrato de concessão na época da guerra. E, nesse caso, a corte francesa exarou um acórdão que se tornou referência no mundo, não exigindo que se levasse em conta a “intenção das partes”.²⁰⁰ Contemporaneamente, contudo, raras são as decisões do Conselho de Estado que aplicam tal teoria, até porque os contratos protegem adequadamente as empresas em relação aos eventos imprevisíveis e às variações de preços (RICHER, 2014, p. 249). Como se diz na doutrina, a teoria da imprevisão “perdeu seu brilho original” (CHAPUS, 2001, p. 1.214).²⁰¹

Fazendo um juízo de subsunção da teoria da imprevisão à conjuntura dos contratos administrativos, percebe-se uma aproximação, senão uma plena adaptabilidade. De modo que tal instituto parece ser bastante adequado ao tema. Fixada essa premissa, ter-se-ia de averiguar quais seriam os efeitos jurídicos derivados. Novamente, a doutrina e a jurisprudência francesas fornecem importantes subsídios. Primeiro, é de se dizer que a aplicação da teoria da imprevisão não libera as partes contratadas de cumprirem com as obrigações pactuadas. Elas deverão continuar a executar o contrato, adaptando-se sua execução ao “estado de imprevisão” (CHAPUS, 2001, p. 1.213). Exemplifica-se: as obrigações contratuais podem ser reduzidas proporcionalmente, adequando-se ao estado de onerosidade causado pela pandemia.

Somente se essa tentativa não for frutífera é que se pode pensar em medidas compensatórias, por meio de indenizações.²⁰² E, nesse caso, quando há a evidên-

199 CE, Avis de 8 ago. 1915, *Compagnie de Train*.

200 Foi o CE, 16 mar. 1916, *Cie. générale d'éclairage de Bordeaux*.

201 “*A perdu son éclat initial*” (CHAPUS, 2001, p. 1.214, tradução nossa).

202 CE, 9 dez. 1932, *Cie. des tramways de Cherbourg*.

cia da situação de imprevisão, há de se repartir a onerosidade entre as partes do contrato (RICHER, 2014, p. 261). Essa distribuição equitativa das cargas tem total coerência com a ideia de contrato equitativo ou de sinalagma do negócio jurídico, típico dos contratos de direito público. De outro lado, caberá ao magistrado perceber como se deve proceder em relação à distribuição dos riscos, conforme o conteúdo do contrato.²⁰³

9 Conclusão

A exposição até aqui desenvolvida pretendeu oferecer ao leitor um panorama acerca dos vários institutos que podem dizer se e como se daria o reequilíbrio econômico-financeiro derivado de causas imprevisíveis. É incontroverso, nesse contexto, que uma série de efeitos deletérios na sociedade e na economia pode perturbar os contratos administrativos. Paralelamente, não há dúvidas de que se trata de um caso fortuito ou força maior, ou seja, de um evento imprevisível e alheio à vontade dos contratantes.

A partir dessas premissas, passou-se a analisar se os atos administrativos aflitivos e que impactaram nos contratados poderiam ser considerados eventos bastantes para se pretender o reequilíbrio econômico-financeiro. Considerou-se que os atos estatais não poderiam ser categorizados como “fato do príncipe”, uma vez que (a) foram praticados por força da pandemia, ou seja, de modo alheio à vontade do Estado e (b) vieram em prejuízo do próprio Estado.

Por fim, para a resposta ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro, formulou-se a seguinte metodologia que pode auxiliar as partes contratantes:

(a) O contrato administrativo regula como devem ser resolvidos casos fortuitos, seja em suas cláusulas, seja em sua matriz de risco? Se positiva a resposta, o intérprete deve se valer dessa fonte jurídica para resolver o tema e distribuir os ônus e responsabilidades a partir do que foi pactuado. Em outros termos, caso exista previsão expressa no contrato, ou seja, o negócio jurídico trate expressamente de situações de caso fortuito ou de força maior, devem tais cláusulas reger o assunto;

203 CE, 25 jun. 1971, *Soc. Établissements Marius Sérès*.

(b) Caso o contrato administrativo não tutele o tema, deve o contratado, por primeiro:

(b1) provar que a causa gerou efetiva onerosidade na execução do contrato;

(b2) e que a onerosidade derivou diretamente do fato gerador – nexó causal;

(c) É possível aplicar a Teoria da Imprevisão para os contratos administrativos atingidos pelo evento, se for imprevisível e independente risco (álea) do negócio. Mas as partes devem continuar executando o contrato.

(d) Aplicando tal teoria:

(d1) primeiramente, deve-se tentar adaptar o pacto ao “estado de imprevisão”, por exemplo, reduzindo-se proporcionalmente as obrigações das partes contratadas;

(d2) caso isso não seja possível, as compensações devem ser distribuídas entre as partes contratantes, na medida do grau de responsabilidade e do grau de onerosidade – incidência, aqui, do princípio da proporcionalidade.

Referências

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo código civil**: da extinção do contrato. v. VI, t. II. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ARAÚJO, Edmir Netto. **Contrato administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Apontamentos para um estudo comparado da revisão contratual por excessiva onerosidade nos direitos brasileiro, português e italiano. **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Padma, v. 24, p. 247-272, out/dez, 2005.

BÉNOIT, Francis-Paul. **Le droit administratif français**. Paris: Dalloz, 1968.

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 679, p. 18-29, maio 1992.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de introdução às normas do direito brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.113, de 25 de dezembro de 2020.** Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação (Fundeb), de que trata o art. 212-A da Constituição Federal; revoga dispositivos da Lei nº 11.494, de 20 de junho de 2007; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14113.htm>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (3. Turma). **AgRg no REsp. nº 884.066-GO.** Relator: Min. Humberto Gomes de Barros, j. 6 de dezembro de 2007b. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). **REsp. nº 650.613-SP.** Relator: Min. João Otávio de Noronha, j. 23 de outubro de 2007a. Disponível em: Disponível em: <<https://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 12 set. 2022.

CAGNASSO, Oreste. **Appalto e sopravvenienza contrattuale.** Milano: Giuffrè, 1979.

CHAPUS, René. **Droit administratif général.** Paris: Montchrestien, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** São Paulo: Atlas, 2015.

HEINEN, Juliano. **Curso de direito administrativo.** Salvador: Juspodivm, 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Dialética, 2009.

LANGELER, Elise. **L'office du juge administratif et le contract administratif**. Paris: LGDJ, 2012.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de R.L.B.** Albolote (Granada): Comares, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo código civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MOTTA, Carlos Pinho Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

OST, François. **O tempo do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PÉQUIGNOT, Georges. **Théorie générale du contract administratif**. Paris: A. Pédone, 1945.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

RICHER, Laurent. **Droit des contrats administratifs**. Paris: LGDJ, 2014.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**. Campinas: Bookseller, 2000.

ROCHA, Flávia Baldotto da; TRENTINI, Flávia. A possibilidade de revisão judicial das obrigações: art. 317 do código civil e o impacto da teoria da imprevisão no direito civil brasileiro. **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 106, nº 407, p. 547-557, jan./fev. 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **Revisão judicial dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Luis Renato Ferreira. **Reciprocidade e contrato**. A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

UBAUD-BERGERON, Marion. **Droit des contrats administratifs**. Paris: LexisNexis, 2015.

WESTERMAN, Harm Peter; GRÜNEWALD, Barbara; MAIER-REIMER, Georg. **Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar**. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2011.

Impactos da Nova Lei de Licitações e Contratos nos municípios brasileiros

Marilene Carneiro Matos²⁰⁴

1 Introdução

A partir da competência da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratações, delineada no inciso XXVII do art. 22 do texto constitucional, o legislador almejou, com a edição da Lei nº 14.133/2021, a qual possui típicos traços de um verdadeiro Código das Contratações Públicas Brasileiras (PEREIRA, 2021, p. 13), promover alterações na realidade das contratações públicas em todo o país, incrementando a eficiência, a transparência, a lisura e a inovação nos procedimentos das licitações e contratos, mediante comandos a serem observados no âmbito das distintas esferas federativas.

A par da inesgotável e antiga discussão sobre o que venha a ser ou não norma geral no âmbito da norma que rege as contratações públicas (MOTTA; PÉRSIO, 2022),^{205 206} podem-se inferir vários direcionamentos da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC) com potencial de provocar mudanças estruturais nas contratações levadas a efeito pelos entes subnacionais. Nesse sentido, Di Pietro e Mararra (2022, p. 11) dizem que, embora o legislador tenha afirmado no art. 1º que o objeto da lei é definir as normas gerais de licitações e contratos, “na

204 Advogada; palestrante; professora universitária; autora de livros jurídicos; mestra e doutoranda em direito público pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP); coordenadora da pós-graduação em direito regulatório da Verbo Jurídico e membra do Tribunal de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/DF) e também da Rede Governança Brasil.

205 Nesse sentido, diz Motta e Pérsio (2022) que: “Nesse contexto, duas questões principais têm sido objeto de atenção atual: a) quais normas, dentre os atuais 194 artigos da Lei nº 14.133/2021, devem ser seguidas irrestritamente por todos os entes federativos por terem natureza geral, e quais normas poderiam não ser seguidas, em razão de sua natureza especial? e b) no espaço para regulamentação infralegal criado pela nova lei, expressa ou implicitamente, quais seriam os campos próprios para a atuação normativa de estados e municípios diante de um texto casuístico, meticuloso e pormenorizado?”

206 Sobre o assunto, Geraldo Ataliba (*apud* CARMONA, 2010, p. 56) diferencia Lei Nacional – obrigatória para todos os entes federativos de lei federal – que vincula apenas os entes federais: “a) a lei nacional – veicula normas gerais, é produto legislativo do Estado federal, transcende à esfera de qualquer pessoa política; b) lei federal – vincula todo aparelho administrativo da União e todas as pessoas que a ela estejam subordinadas ou relacionadas”.

realidade, ela não deixa praticamente nada para estados, Distrito Federal e municípios disciplinarem a matéria”.

Ao discorrer sobre o assunto, o então senador Antônio Anastasia (2021), relator do projeto de lei que gerou a Nova Lei de Licitações no Senado Federal, asseverou que o objetivo do Congresso ao elaborar uma lei tão minudente, que constitui praticamente um regulamento, foi o “afastamento de dúvidas”, de forma a garantir os gestores municipais de segurança jurídica, de forma a que não incidisse o medo de decidir, “o temor da assinatura”, nas licitações e contratações públicas.

Assim, partindo da premissa de que a NLLC irá disciplinar quase *in totum* as contratações públicas no âmbito dos estados e municípios, ademais da esfera federal, o presente trabalho pretende lançar a reflexão acerca de consequências que a recente alteração legislativa certamente acarretará no âmbito das administrações municipais, ante as distintas circunstâncias que circundam os cerca de 5 mil e quinhentos municípios brasileiros, cujos recursos humanos e materiais, além da cultura organizacional, ostentam tão alto grau de heterogeneidade (GRIN; ABRUCIO, 2018, p. 69) que podem constituir um importante entrave ao alcance dos objetivos do legislador.

A despeito de a NLLC ter previsto um tempo maior de adaptação a algumas das suas prescrições para os municípios menores, com até 20 mil habitantes, antes de alguns regramentos se tornarem efetivamente obrigatórios²⁰⁷ às pequenas municipalidades, o fato é que suas prescrições impõem mudanças que vão muito além do mero estabelecimento de ritos procedimentais das licitações: induzem a uma verdadeira reestruturação de perspectiva e de cultura organizacional, que se afigura verdadeiro desafio às administrações municipais.²⁰⁸

207 Nesse sentido, o art. 176 estabelece que:

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

I – dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no *caput* do art. 8º desta lei;

II – da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta lei;

III – das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial” (BRASIL, 2021, grifo do autor).

208 Para Pinheiro (2021): “Trata-se de uma carência eficaz necessária diante da realidade dos pequenos municípios (muitas vezes sem pessoal qualificado ou qualquer resquício de uma gestão profissional), mas, que é, sem dúvidas, exagerada temporalmente e que vai de encontro ao propósito de maior profissionalização e probidade nas contratações públicas”.

Assim, o presente trabalho tenciona lançar luzes sobre o específico tema da aplicabilidade e impacto das prescrições da nova lei sobre os entes municipais, em cotejo com os inevitáveis desafios que se apresentarão quando da efetiva implementação de suas prescrições. O trabalho não tem a pretensão de esgotar o tema, por sua amplitude e complexidade, cingindo-se à análise de pontos específicos de dificuldade que deverão ser enfrentados pelos gestores municipais, quais sejam: a transparência; a virtualização; a profissionalização dos agentes envolvidos nas contratações e o princípio da segregação de funções.

2 A transparência e a virtualização na Nova Lei de Licitações e Contratos

O novo diploma das licitações conferiu importante incentivo à transparência nos procedimentos relativos às contratações públicas, como forma de atingir um dos mais importantes objetivos previstos pela legislação: garantir a lisura nas contratações, de forma a “evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos”, conforme previsão do seu art.11, inciso II.

De fato, transparência constitui pressuposto do controle: só é possível controlar o que se tem conhecimento. A transparência significa mais que publicidade, vez que dada informação pode até estar disponível ao público, mas o seu conteúdo pode se apresentar ininteligível, truncado, de difícil entendimento. Assim, embora a publicidade constitua o antecedente lógico da transparência, com esta não se confunde, vez que a informação, para ser apreendida deve ostentar “linguagem adequada ao pleno entendimento por parte do receptor da informação” (MOTTA, 2018).

A transparência constitui um dos pilares do Movimento Contratações Abertas, o qual tem como objetivo promover medidas para a justiça e eficiência das contratações públicas e encontra fundamento nos denominados quatro princípios de “governo aberto”: transparência, participação social, *accountability* e inovação tecnológica (BOECHAT, 2022).

O controle, a seu turno, é umbilicalmente relacionado ao próprio sistema republicano e ao Estado de Direito, que coloca os detentores do Poder na obrigatoriedade de conduzirem-se sob o primado da lei, bem como de prestar

contas de seus atos. Tal dever, por sua vez, decorre do Estado de Direito, e já constava no art. 15 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que estabelece que “a sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração”.

E para que o controle sobre as contratações públicas seja possível, é imprescindível que a lei estabeleça mecanismos efetivos de transparência que abranjam todas as fases do processo licitatório, desde a fase interna do planejamento, passando pela fase competitiva até à etapa contratual. Para atender à necessidade de transparência, como visto, a administração pública deve ir além da mera publicidade, da disponibilização de informações públicas, vez que é a clareza da informação, a possibilidade de ser compreendida, é que irá caracterizar a transparência.

Dada a sua importância para os objetivos que a NLLC pretende atingir, a transparência é erigida como princípio regente das contratações públicas no art. 5º, além de ter sido densificada mediante diversos dispositivos que compõem a norma.

No que toca à publicidade e à transparência, afigura-se o art. 13 como “porta de entrada”, vez que estabelece que “os atos praticados no processo licitatório são públicos”. Tal comando legal se coaduna com os artigos 5º e 8º da Lei de Acesso à Informação, que prevê que a administração pública deverá proceder à divulgação das informações relativas aos procedimentos licitatórios e contratos públicos.

A norma prevê também a divulgação de todos os atos das licitações e contratações no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico para a divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos em sede de licitações e contratos administrativos abarcados pelo NLLC, de ampla acessibilidade a todos os interessados.

Nessa senda, a NLLC estabelece a obrigatoriedade de divulgação no PNCP do Plano de Contratações Anual (art. 25, § 3º), bem como o contrato e seus aditamentos (art. 91), que constituirá, nesta última hipótese, requisito obrigatório para eficácia dos contratos e seus aditivos. As dispensas de licitação também serão necessariamente divulgadas previamente (art. 75, § 3º), bem como as sanções aplicadas às licitantes no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) no art. 161.

Além disso, há todo um conjunto de regras estabelecendo a virtualização dos procedimentos das contratações públicas. Dispõe a lei que os atos do processo licitatório “serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico”, bem como define como padrão de publicação o “sítio eletrônico oficial”, que, no lugar da vetusta “imprensa oficial” da Lei nº 8666/1993, é definido pelo inciso LII do art.6º da NLLC da como “sítio da internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora, no qual o ente federativo divulga de forma centralizada as informações e os serviços de governo digital dos seus órgãos e entidades”.

Sobre a virtualização dos atos da licitação, diz Oliveira (2021), que:

[...] o PL determina que os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico (art. 12, inciso VI). Isto é, na lei vindoura os atos praticados de forma física devem ser evitados, ainda que venham a ser digitalizados posteriormente. Assim, o sistema no qual se processa uma concorrência, por exemplo, deve estar adaptado para receber pedidos de esclarecimento e impugnação ao edital e recursos. Não seria admissível que tais atos fossem interpostos por forma física para serem digitalizados e depois inseridos no sistema.

A forma eletrônica dos atos da licitação, longe de constituir novidade da NLLC, foi adotada justamente em decorrência da experiência exitosa proporcionada pela utilização do pregão eletrônico. Como entende Nielbuhr:

Neste contexto, o pregão eletrônico ganha destaque nos procedimentos licitatórios, vez que trata-se da experiência da administração pública com processo de licitação presencial, inspirado nos programas de compras utilizados por grandes empresas brasileiras, que promove a licitação pública, de modo mais célere, privando pelo regime jurídico-administrativo, imprescindíveis para a garantia da isonomia, segurança e transparência adequadas (NIEBUHR, 2011, p. 269).

Observa-se íntima conexão da virtualização com a transparência das contratações públicas, por constituir elemento facilitador da atuação dos diversos atores envolvidos no controle, além de reduzir os custos para acessibilidade das informações. A ideia é que os responsáveis pelo controle, incluído o controle social do cidadão, tenham as principais informações relativas aos procedimentos de contratação “a um clique” de distância.

Entretanto, se no âmbito da União, em geral os distintos órgãos e entidades, contam com estrutura de recursos humanos e materiais necessários à transparência e à virtualização dos atos das contratações, essa não é a realidade da máquina administrativa de vários estados e municípios, que carece até mesmo de sítio eletrônico destinado à transparência, na forma requerida pela Lei de Acesso à informação. Em diversos municípios, verifica-se estrutura precária de pessoal e de dados necessários para implementação das medidas de transparência requeridas pela NLLC.²⁰⁹

Outro complicador relacionado à virtualização dos atos das contratações públicas para os entes subnacionais consiste na sustentabilidade da economia dos municípios. Com efeito, há estudos realizados pelo SEBRAE que demonstram que a proporção de licitantes vencedores oriundos da própria unidade da federação é de 70% nos pregões presenciais, e de apenas 30% nos eletrônicos (LACERDA, 2021). Isso faz com que haja impactos negativos diretos sobre a arrecadação e consequentes ofertas de empregos locais, com efeitos deletérios na boa vontade dos gestores para implantarem as necessárias estruturas para virtualização das licitações.

Assim, tais dificuldades ostentam inegável potencial de constituir importante entrave à adoção de mecanismos de virtualização e transparência almejadas na Nova Lei de Licitações e Contratos.

3 A profissionalização das licitações

As compras públicas correspondem a um percentual estimado de 10 a 15% do PIB nacional (SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS, 2017), o que torna o Estado um comprador de peso, capaz de influir nos rumos do cenário econômico e social do país. Tendo em conta tal realidade, há muito que o legislador vem se utilizando das contratações públicas para atingir objetivos para além da mera aquisição de bens e contratações de serviços. A partir do volume de recursos envolvidos nas contratações, o Estado tem o condão de influenciar na economia e nas políticas públicas, mediante o incentivo de políticas sociais e de determinados nichos de mercados.

209 Nesse sentido, Fenili (2021) alertou que “90% dos municípios não contam com estrutura de dados de contrato”.

A partir da constatação do potencial das compras públicas para influir nos destinos do país sob o ângulo social e econômico, afigura-se de crucial importância que os procedimentos relativos às contratações atinjam o ponto máximo de lisura e eficiência. Entretanto, na prática há muito tem sido propalada a ineficiência e a falta de lisura nas contratações do Estado. E para solucionar tais pontos de estrangulamento, o legislador, com o fito de dar concretude aos princípios da eficiência, eficácia, celeridade, moralidade e probidade, estabeleceu diversos mecanismos de profissionalização das contratações públicas, tendo como foco as pessoas envolvidas nos procedimentos.

Nesse sentido, há de se ter em conta que de pouco vale a norma estabelecer instrumentos para otimizar os procedimentos das contratações se o poder público não investir no fator humano na mesma proporção. Assim, o legislador determinou que a alta administração do órgão ou entidade adote mecanismos de governança consistentes em estabelecer processos e estruturas, incluída a gestão de riscos e controles internos, de forma que os processos licitatórios e os contratos atinjam os objetivos estabelecidos no *caput* do art. 11.

Com efeito, Santos e Souza (2020, p. 27) destacam, a partir de estudos do Acórdão nº 2.622/2015, do Plenário do Tribunal de Contas da União, que há sérios problemas de governança e gestão de compras públicas no país, refletidos nos seguintes números: 60% não selecionam lideranças com base em competência; 54% tem deficiência no planejamento das contratações; e 52% não estabeleceram objetivos para a gestão das aquisições.

Na verdade, registram-se, há algum tempo, a partir da constatação da importância das contratações públicas na realidade nacional, diversos movimentos legislativos para incrementar a eficiência nessa seara, sendo a profissionalização dos agentes envolvidos um dos pressupostos necessários e recomendados pelos estudos que apontam a necessidade da adoção de boas práticas nas contratações. Diz Ferreira (2019, p. 41) que não é de hoje o entendimento por parte das organizações acerca da necessidade de investir em capacitação de servidores como forma de aumentar a qualidade no serviço público. Além disso, defende que as contratações públicas demandam prévio planejamento e capacitação dos servidores, para que sejam econômicas e eficazes (FERREIRA, 2019, p. 44).

Na mesma linha, defendem Fortini e Amorim (2021, p. 7, grifo do autor) que:

O êxito das contratações não depende apenas de variáveis objetivas e, por isso, o legislador também se preocupou com as pessoas que executarão a lei.

Para estimular a **profissionalização**, outro eixo estruturante do PL, requer que a alta administração promova a gestão por competências, a exigir avaliação da estrutura de recursos humanos, identificação das competências necessárias para cada função, definição clara das responsabilidades e dos papéis a serem desempenhados [...].

Em se tratando de profissionalização, os agentes envolvidos nos procedimentos para contratação constituem peças-chaves, aos quais o legislador direcionou diversos dispositivos, exigindo que a administração dos órgãos e entidades procedam a uma “gestão por competência”. Tal gestão inclui a designação de agentes públicos que desempenharão as funções essenciais à licitação, os quais deverão preencher determinados requisitos, como: ser preferencialmente servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da administração pública (art. 7º, I); ter atribuições ligadas a licitações e contratos ou formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público (art. 7º, II); bem como não ser cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da administração nem manter com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau (art. 7º, III).

Além da determinação de que os principais agentes envolvidos na execução das licitações sejam “preferencialmente” servidores efetivos, o legislador deu um passo a mais ao estabeleceu a obrigatoriedade de que determinadas atribuições relacionadas sejam realizadas exclusivamente por servidores públicos do quadro efetivo: as do agente de contratação (art. 8º); as do pregoeiro e as dos membros da comissão de contratação encarregada de conduzir a licitação na modalidade diálogo competitivo (art. 32, § 1º, XI).

Neste ponto em particular, há grandes críticas da doutrina, com posições dissonantes acerca de tais determinações constituírem ou não normas gerais e, portanto, serem ou não vinculantes para os entes municipais. Na opinião de Dallari (2021), a Nova Lei de Licitações fugiu ao modelo de lei nacional, que permitisse igualdade de aplicação nas distintas esferas federativas, ostentando uma natureza de lei federal ambiciosa e prolixa, contendo dispositivos de difícil aplicação no âmbito dos municípios. Ademais, defendeu que os dispositivos que tratam dos agentes públicos e da gestão por competência, no caso, os artigos 7º a 10, contêm normas direcionadas à gestão administrativa e não à matéria de licitação e que, por ferir a autonomia dos municípios e dos estados, seria inconstitucional.

Entretanto, tais dispositivos são, em princípio, vinculantes para todas as esferas federativas, a não ser que sobrevenha entendimento jurisprudencial que entenda se tratar de norma especial.

De qualquer forma, constitui considerável desafio para a grande maioria dos municípios brasileiros a implementação da mudança de cultura necessária para que os gestores passem a valorizar a profissionalização do seu corpo técnico, mediante o constante investimento em capacitação e o recrutamento por concurso público. Nesse sentido, defende Almeida (2022, p. 120) que de nada adiantará o direcionamento da NLLC se:

o gestor municipal não entender que existe um grande paradigma a ser derubado: o das indicações políticas. Os gestores precisam estar dispostos a quebrá-lo, pois a administração pública não pode mais ser refém do amorismo, fato esse observado por este pesquisador e pelos agentes externos (consultores e assessores técnicos diretos de municípios sergipanos) que participaram da pesquisa (ALMEIDA, 2022, p. 120).

Pode-se apontar ainda o planejamento e a governança como mecanismos de profissionalização das contratações, a qual passa a exigir dos gestores uma maior racionalização das contratações e o alinhamento com o planejamento estratégico dos órgãos da administração mediante a elaboração do Plano de Contratações Anual – PCA, que deverá ser elaborado a partir dos documentos de formalização de demandas.

Nesse sentido, a NLLC dispõe de forma minudente sobre a fase interna ou preparatória das licitações, que requer dos agentes envolvidos aptidão capaz de desenvolver os respectivos procedimentos, a partir de “todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação”. Não há como colocar em prática um planejamento e uma governança nos moldes estabelecidos pela nova lei sem que haja disponibilidade nos quadros administrativos de servidores com preparo técnico para tal mister.

De acordo com a opção legislativa de induzir a uma maior preparação técnica e independência por partes dos atores relacionados aos procedimentos de contratação, exsurge um princípio de fundamental importância nesse contexto, que será tratado no tópico seguinte: o princípio da segregação de funções.

4 O princípio da segregação das funções

Ademais da obrigatoriedade para a administração de promover a gestão por competência na forma disposta pelo *caput* do art. 7º, a NLLC estabeleceu textualmente no § 1º que, na nomeação de agentes, a autoridade responsável deverá observar o princípio da segregação de funções, o qual veda que um mesmo agente público atue de forma simultânea nos diversos *iters* do procedimento das contratações mais sujeitos a erros ou fraudes.

Embora a Segregação de Funções não constituísse postulado exposto da Lei nº 8666/1993, pode-se encontrar o seu antecedente já no Decreto-lei nº 2300/86, diploma regulador das licitações no período anterior à Constituição de 1988. Com efeito, o art. 57 do mencionado normativo dispunha sobre um “representante da administração”, com a atribuição de acompanhar a execução e fiscalização de contrato administrativo.

De igual forma, há previsão expressa de segregação de funções na Instrução Normativa nº 1, de 6 de abril de 2001, do Ministério da Fazenda, a qual estabelece que é obrigatória a “separação entre as funções de autorização/aprovação de operações, execução, controle e contabilização, de tal forma que nenhuma pessoa detenha competências e atribuições em desacordo com este princípio”. Pode-se visualizar daí uma semente do que viria a ser considerado segregação de funções.

O sentido da segregação de funções é a constatação de que aumenta de forma exponencial o risco de erros, fraudes, abusos de poder ou de conflitos de interesses, com efeitos nefastos à contratação, quando uma única pessoa atua em diferentes momentos do *iter* procedimental da licitação. Por isso mesmo, é fundamental à lisura e à eficiência das contratações que os procedimentos sejam conduzidos por pessoas distintas nas suas diversas fases. Relaciona-se à eficiência, na medida em que se torna mais difícil que erros cometidos nas contratações não sejam detectados, quando as várias funções relacionadas sejam distribuídas a distintos agentes. E a conexão com a lisura advém da maior probabilidade de que irregularidades cometidas por um agente sejam detectadas por outro.

A segregação de funções também não passou despercebida pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União que, mediante o Acórdão TCU nº 686/2011-Ple-

nário, recomendou que fosse evitada a designação na composição da comissão de licitação de servidor que tivesse atuado também na fase interna do procedimento licitatório. Em sentido similar, a Corte de Contas ressaltou a importância da segregação de funções como um mecanismo para otimização e eficiência administrativa quando proferiu decisão no acórdão nº 409/2007 – TCU.

Entretanto, a despeito das nobres intenções do legislador, tanto do ponto de vista da eficiência quanto sob o aspecto da preservação da probidade nas contratações, a implementação prática do dispositivo em alguns órgãos ou entidades, principalmente de pequenos municípios, afigura-se um ponto que tem preocupado aqueles que conhecem mais profundamente as distintas realidades observadas no interior do país.

A segregação de funções requer corpo técnico especializado, capaz de atender às demandas intrínsecas aos diversos momentos do *iter* procedimental das contratações, entretanto, diversos municípios nem de longe contam com tal estrutura de pessoal.

A despeito de a Constituição de 1988 ter estabelecido o concurso público como principal forma de recrutamento para os quadros administrativos em todo o país, como ferramenta para a concretização do princípio da moralidade e da eficiência administrativa, fato é que boa parte das municipalidades brasileiras permanecem ancoradas em valores da administração patrimonialista, contando com estruturas de pessoal bastante politizada e voltada para interesses paroquiais dos gestores de ocasião. Mudar esta cultura administrativa constitui um desafio que a NLLC com certeza pretendeu enfrentar.

5 Conclusão

A Lei nº 14.133/2021, apesar de ter sedimentado em um texto único disposições constantes de diversas leis relativas às contratações públicas, bem como ter incorporado jurisprudências dos tribunais pátrios sobre a matéria (OLIVEIRA, 2021), nem por isso deixa de impor uma verdadeira mudança de cultura administrativa, principalmente para as pequenas municipalidades.

Pode-se afirmar que os municípios brasileiros se deparam com um novo paradigma legal a que estarão vinculadas todas as etapas procedimentais das contratações públicas. Habermas (2011) entende paradigma como o “pano de

fundo” ou o conjunto de valores que orientam a interpretação e a aplicação das regras jurídicas. E o pano de fundo das contratações municipais sofreu drásticas alterações.

Inúmeras críticas foram tecidas à “voracidade legislativa” da União, que, sob o signo da competência para estabelecer normas gerais de licitações e contratos vinculantes em todas as esferas da federação, teria detalhado de forma minuciosa todo o procedimento de licitação, deixando quase nenhum espaço para que os entes subnacionais exercitassem sua competência legislativa complementar. Há quem afirme que as disposições sobre os agentes públicos envolvidos nas contratações revestem-se de inconstitucionalidade, por se tratar de matéria relativa à organização administrativa e não propriamente a regras gerais de licitações e contratos, o que importaria em burla às repartições de competências federativas fixadas na Constituição.

Quanto ao tema, defendeu o senador Antônio Anastasia (2021), relator do projeto de lei no Senado Federal, que o intento do legislador ao dar uma feição mais analítica à norma foi o de garantir os gestores de segurança jurídica e espancar quaisquer dúvidas que poderiam advir quando da sua aplicação aos procedimentos licitatórios. Ao incorporar ao texto legal decisões jurisprudenciais do TCU e instruções normativas do Executivo Federal, o Legislativo demonstrou um escopo de internalização para os entes subnacionais de orientações já consagradas na esfera federal.

Resta claro o caráter minudente e analítico da nova norma. Já a invasão da competência legislativa dos demais entes da Federação constitui um assunto complexo, que perpassa pela análise do que constitui ou não norma geral no âmbito das contratações públicas. Tal matéria, embora já objeto de decisões judiciais e com alguns avanços definidores do que venha ou não constituir norma de caráter geral, não está indene de discussões e perplexidades que provavelmente levarão algum tempo para lograrem posição firmada da doutrina e da jurisprudência.

O legislador foi insensível às potenciais dificuldades práticas de aplicação da NLLC para as municipalidades? Não parece ser o caso, mesmo porque ocorreu intenso debate entre vários segmentos da sociedade no bojo do processo legislativo, acerca da norma que estava então sendo gestada. Assim, interpretação mais razoável leva a supor um esforço de internalização de um parâmetro de

profissionalização que, via de regra, já existe no âmbito federal para os entes estaduais e municipais.

Ou seja, ao estabelecer disposições tendentes à profissionalização das licitações, o legislador intencionou promover verdadeira mudança de cultura administrativa nas contratações públicas das esferas federativas menores, a despeito de ter estabelecido um prazo de adaptação às suas prescrições diferenciado para os pequenos municípios, assim entendidos aqueles com até 20 mil habitantes, os quais terão o prazo de 6 anos para adaptação às prescrições da nova lei.

Nesse sentido, urge que os gestores estaduais e municipais procedam às necessárias providências para a profissionalização das contratações públicas, dentre outras, a realização de concursos para recrutar agentes qualificados a atuar nas diversas fases da licitação, bem como promovam a capacitação do seu pessoal.

Ou seja, faz-se imprescindível uma mudança cultural por parte dos gestores municipais, para que a profissionalização das licitações seja concretizada, o que certamente impactará positivamente no bem-estar da população, destinatária final da atividade da administração pública.

A Nova Lei de Licitações impõe que sejam adotados novos olhares para as contratações públicas: um olhar mais voltado para o planejamento, para a governança, para a transparência e para a profissionalização das licitações. Trata-se de enorme desafio, para o qual, ao contrário do que possa parecer, o legislador estava atento e entendeu como o preço a ser pago para que o diploma normativo cumprisse sua vocação: o de induzir ao incremento da eficiência e da lisura nas contratações públicas.

Referências

ALMEIDA, Daniel da Silva. **Nova lei de licitações e contratos: Perfil Profissiográfico e Mapeamento das Competências para as funções essenciais de compras governamentais nos municípios sergipanos**. Dissertação (Mestrado). Aracaju. Universidade Federal de Sergipe: 2022.

ANASTASIA, Antonio. Impactos da nova lei de licitações nos municípios. *In: Associação Mineira de Municípios (AMM), 2021, **Impactos da nova lei de licitações nos municípios***. Disponível em: www.Impactos da Nova Lei de Licitações nos Municípios – YouTube. Acesso em: 19 maio 2022.

BOECHAT, Gabriela. Contratações abertas: uma análise da nova lei de licitações e contratos administrativos (nº 14.133/2021) à luz dos princípios de governo aberto. **Revista da CGU**. v. 14, n. 25, Jan-Jun 2022. Disponível em: https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/493/309. Acesso em: 20 maio 2022.

DALLARI, A. A. **Análise crítica das licitações na Lei 14.133/21**. Consultor Jurídico,

abr. 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3FeSjdc>. Acesso em: 2 maio 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanela; MARARRA, Thiago. Estrutura Geral da Nova Lei: Abrangência, Objetivos e Princípios. *In: **Licitações e contratos administrativos: Inovações da Lei 14.133, de 1º de abril de 2021***. 2. ed. Rio de Janeiro. Forense: 2022.

FENILI, Renato. **Módulo 1** – Conceitos, princípios e governança da lei 14.133/2021 – aula 1 (24/08). YouTube: 1:44:27. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=58CFpTrB7Uc>. Acesso em: 1 jul. 2022.

FERREIRA, G. G. O procedimento das compras públicas e a posse dos novos gestores: proposta de capacitação prévia antes do início do mandato ou posse em outros cargos. **SLC**, São Paulo, v. 2, nº 21, p. 41-46, dez. 2019.

FORTINI, Cristiana. AMORIM, Rafael. **Um novo olhar para a futura lei de licitações e contratos administrativos: a floresta além das árvores**. 2021. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/assets/artigos/artigo_download_85.pdf. Acesso em: 1 jul. 2022.

GRIN, E. J.; ABRUCIO, F. L. Quando nem todas as rotas de cooperação intergovernamental levam ao mesmo caminho: arranjos federativos no Brasil para promover capacidades estatais municipais. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 69, p. 85 – 122, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.21874/rsp.v69i0.3584>. Acesso em: 13 dez. 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. II.

LACERDA, Julvan. Impactos da nova lei de licitações nos municípios. *In*: Associação Mineira de Municípios (AMM), 2021, **Impactos da nova lei de licitações nos municípios**. Disponível em: [www.impactos da nova lei de licitações nos municípios](http://www.impactosda.nova.lei.de.licitacoes.nos.municipios) – YouTube. Acesso em: 19 maio 2022.

MOTTA, Fabrício. **Publicidade e transparência são conceitos complementares**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>>. Acesso em: 2 maio 2022.

MOTTA, Fabrício; PÉRSIO, Gabriela. **Normas gerais e regulamentos na nova lei de licitações e contratos**: da teoria à prática. 2022. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/06/24/normas-gerais-e-regulamentos-na-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-da-teoria-a-pratica/>>. Acesso em: 7 maio 2022.

NASCIMENTO, A. J. A licitação como instrução de efetivação de políticas públicas. *In*: TORRES, R. C. L. **Licitações públicas**: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Dispensa e inexigibilidade de licitação pública**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

OLIVEIRA, Rafael Rezende Carvalho de. **Nova lei de licitações**: museu de novidades? 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades>>. Acesso em: 29 jun. 2022.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio. **Nova lei prevê licitações no formato preferencialmente eletrônico**. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2021/02/04/nova-lei-preve-licitacoes-preferencialmente-no-formato-eletronico/>>. Acesso em: 1 jul. 2022.

PEREIRA, Igor. Mansur, Janylle Hanna e Almeida, Bruno Versani L. **Nova lei de licitações anotada e comparada**. Leme: Mizuno, 2021.

PINHEIRO, Igor. **A carência eficaz para pequenos municípios aplicarem pontos específicos da nova lei de licitações e a sua manifesta inconstitucionalidade**. 13 de abril de 2021. Disponível em: <<https://blog.editoramizuno.com.br/carencia-eficacial-para-pequenos-municipios/>>. Acesso em: 4 maio 2022.

SANTOS, F. B.; SOUZA, K. R. **Como combater a corrupção em licitações**. 3. ed. Belo Horizonte: Forum, 2020.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS (Sebrae). **Compras públicas**: um bom negócio para a sua empresa. Brasília: Sebrae, 2017.

Uma crítica ao regime das nulidades contratuais da Lei nº 14.133/2021

Matheus Carvalho²¹⁰

Paulo Germano Rocha²¹¹

1 Introdução

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB, a partir das alterações implementadas pela Lei nº 13.655/2018 inaugurou um novo tempo no que tange à hermenêutica das normas jurídicas de direito público. Isto porque, mesmo depois de décadas de vigência do Decreto nº 4.657/1942 (LICC), não se notava, com muita clareza, a influência do referido diploma no direito público.

No que tange ao regime das nulidades dos atos administrativos, o surgimento de normas específicas de hermenêutica, além de firmar parâmetros para invalidação e de preservação dos efeitos dos atos administrativos, homenageia a segurança jurídica.

Não se pode negar que o valor segurança jurídica, no direito administrativo, tradicionalmente cede espaço ao princípio supremacia do interesse público, em prejuízo, muitas vezes, daqueles que se relacionam, e suprem as necessidades do poder público. Sob um olhar crítico, é fácil perceber que, na seara dos contratos administrativos, o rol de prerrogativas excepcionais à disposição do poder público, por si só, compromete a estabilidade das relações jurídicas entre o particular e o Estado. A LINDB, agora, com dispositivos formatados para orientar a interpretação dessas normas, mais do que nunca assumiu um papel

210 Mestre em políticas sociais pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL); especialista em direito do Estado (Faculdade Baiana); professor de direito administrativo e procurador da Fazenda Nacional; autor do Manual de direito administrativo. Ed. Juspodivm, 10ª ed.; palestrante e coordenador de pós-graduações em diversas instituições no Brasil.

211 Procurador da Fazenda Nacional, com atuação na área de gestão pública, graduado pela Universidade Católica de Salvador (UCSAL), pós-graduado em administração pública pela Fundação Getúlio Vargas (FGV); professor, palestrante e coautor dos livros *Direito administrativo na jurisprudência do STJ* (2020) e *Nova Lei de Licitações comentada* (2021), publicados pela Editora JusPodivm.

de verdadeiro “manual de instruções” para os gestores públicos, particulares contratados e, principalmente, para os órgãos de controle.

Nesse sentido, Carlos Ari Sundfeld (2022, p. 42), na obra *Direito administrativo – o novo olhar da LINDB*, assim nos ensina:

Fazer com que a interpretação do direito administrativo olhe para as políticas públicas, para os negócios públicos, para as consequências, ao invés de se focar no micro, não é incompatível com o controle da legalidade em geral, e da probidade em especial. Formalismo algum é capaz, sozinho, de combater corrupção ou fraudes. Por trás dos cliques, da obsessão com a pura forma, é que talvez se consigam esconder mais facilmente as grandes manipulações, as fraudes sistêmicas. Um direito público realista e pragmático, baseado em normas e em evidências, e não em idealizações retóricas, e que leve em conta o mundo concreto da gestão pública brasileira: é esta a visão embutida nos novos dispositivos, também para a luta contra a violação sistemática do direito e contra a corrupção (SUNDFELD, 2022, p. 42).

Longe de discordar das lições do renomado mestre, e sem relutar contra os avanços proporcionados pela LINDB, este artigo busca alcançar um ponto de equilíbrio interpretativo, para o regime das nulidades dos contratos administrativos implementado pela Lei nº 14.133/2021. Trata-se de uma proposta de reflexão sobre o consequencialismo jurídico e o utilitarismo. Isso porque parte dos autores, e a lei geral de licitações assim parece indicar, tendem a refletir sobre as consequências das decisões apenas sob o viés econômico, para servir de fundamento à preservação dos efeitos de atos nulos. Nesse sentido, os valores objeto de reflexão e/ou ponderação costumam ter conotação financeira e estar ligados aos interesses financeiros da administração pública, que, diga-se, não se confundem com o interesse público (primário), este sim, dotado de supremacia sobre os interesses privados.

Tal inversão de valores, que, como dito, acabou sendo reforçada pelo texto da Lei nº 14.133/2021, precisa ser contida, para que os avanços e conquistas proporcionados pela LINDB não se percam, ou não sejam desvirtuados ao longo do tempo.

2 A LINDB e seus impactos construtivos na nova teoria das nulidades dos atos administrativos

A promulgação da Lei nº 13.655/2018 representou uma mudança de paradigma na teoria das nulidades dos atos administrativos, na medida em que deu amparo ao entendimento doutrinário e jurisprudencial vanguardista, que busca superar a ideia de que, no direito administrativo, as nulidades teriam sempre caráter absoluto, e, por consequência, acarretariam a extirpação do ato e seus efeitos do mundo jurídico.

A partir da vigência da nova LINDB, até mesmo o entendimento consolidado no Supremo Tribunal Federal – STF na Súmula 473 acabou sendo posto em cheque.²¹² Isso porque os princípios da legalidade e do formalismo, por expressa determinação legal, passaram a ser necessariamente objeto de ponderação com os demais princípios constitucionais, dentre os quais o princípio da segurança jurídica, a fim de se chegar a soluções mais consentâneas com os valores consagrados na Constituição Federal.

Vozes como a do Professor Almiro Couto e Silva, que defendiam posição de vanguarda sobre a teoria das nulidades dos atos administrativos, ainda que tardiamente, ganharam respaldo legal com a promulgação da LINDB. O eminente doutrinador defendia, no que se refere aos atos nulos, a possibilidade de preservação dos seus efeitos, a partir da aplicação do princípio da proporcionalidade. Sustenta o autor que, caso a caso, o operador do direito deverá ponderar se não há princípios constitucionais que devam prevalecer sobre o princípio da legalidade a justificar a manutenção dos efeitos, ou de certos efeitos dos atos nulos. O jurista chega a defender que, via de regra, o confronto se dará entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica (proteção da confiança), ambos de matriz constitucional e derivados do princípio do Estado de direito. De fato, ainda que haja outros valores em jogo e dignos de ponderação na solução do caso concreto, a decisão sempre passará pela ponderação dos princípios da segurança jurídica e da legalidade.

212 “SÚMULA 473 – A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial” (BRASIL, 1969) [sic].

Vejam os o seguinte trecho do artigo “O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da Lei do Processo Administrativo da União (Lei nº 9.784/1999)”, do Professor Almiro do Couto e Silva (2004, p. 280):

O ponto de partida, porém, para a correta interpretação e aplicação desse preceito está em que a segurança jurídica é um valor constitucional que se qualifica como subprincípio do princípio maior do Estado de direito, ao lado e no mesmo nível hierárquico do outro subprincípio do Estado de direito, que é o da legalidade. Segurança jurídica e legalidade são, sabidamente, os dois pilares de sustentação do Estado de direito.

Como visto, o entendimento do autor sustenta-se na igualdade hierárquica dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, de forma que, caso a caso, deve ocorrer o processo de ponderação para que se possa definir se os efeitos do ato nulo deverão ser preservados ou extirpados do mundo jurídico. Portanto, não há uma negação absoluta da solução clássica das nulidades segundo a qual o ato nulo e seus efeitos devem ser extirpados do mundo jurídico. O que se pretende é a construção de uma via alternativa a ser utilizada em situações excepcionais em que a desconstituição dos efeitos dos atos nulos causem prejuízos maiores ao interesse público do que o próprio vício.

Nesse sentido, o Professor Gilmar Mendes (1996, p. 261 *apud* SILVA, 2004, p. 280) na sua obra, *Jurisdição Constitucional* ressalta:

No âmbito do direito administrativo tem-se acentuado que, não raras vezes, fica a administração impedida de rever o ato ilegítimo por força do princípio da segurança jurídica. Nesse sentido convém mencionar o magistério de Hans-Uwe Erichsen: ‘O princípio da legalidade da administração é apenas um dentre os vários elementos do princípio do Estado de direito. Esse princípio contém, igualmente, o postulado da segurança jurídica (*Rechtssicherheit und Rechtsfriedens*) do qual se extrai a ideia da proteção à confiança. Legalidade e segurança jurídica enquanto derivações do princípio do Estado de direito têm o mesmo valor e a mesma hierarquia. Disso resulta que uma solução adequada para o caso concreto depende de um juízo de ponderação que leve em conta todas as circunstâncias que caracterizam a situação singular, (Hans-Uwe Erichsen e Wolf-gang Martens, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6ª ed. Berlim-Nova York, p. 24q) (Grifo do autor) [sic].

Não há dúvidas de que o lastro teórico exposto supra influenciou o legislador. As alterações da LINDB de 2018, a teor do disposto nos arts. 20 e 21 da LINDB, estabelecem o seguinte:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos (BRASIL, 2018).

O art. 20, citado, quando se refere a “valores jurídicos abstratos” dirige-se para as decisões baseadas exclusivamente em princípios ou em normas veiculadoras de conceitos jurídicos indeterminados. O dispositivo representa um verdadeiro contraponto ao ativismo jurídico, pois oferece balizas concretas para as decisões, ainda que fundadas exclusivamente em princípios, obstando a indesejada “função criativa” do operador do direito.

Primeiramente, vale frisar que as decisões nas esferas administrativa, controladora e judicial devem se pautar, primeiramente, nas normas-regra, posto que estas são dotadas de maior objetividade e projetadas para aplicação em hipóteses previstas (vistas antes) pelo legislador. Isso porque, no tocante às situações hipotéticas previstas nas normas-regra, a ponderação dos valores em “disputa” já foi desempenhada pelo legislador e, por isso mesmo, representa a vontade popular. As decisões baseadas em princípios e valores indeterminados somente se legitimam em razão da sua função integrativa do direito, porque o direito não pode deixar de oferecer solução para os problemas presentes na sociedade.

A função normativo-hermenêutica dos princípios, quando há regra jurídica expressa, centra-se em influenciar a atividade interpretativa, de modo a conferir

ao ordenamento jurídico unidade e conformidade com os valores consagrados na Constituição Federal.

Advertimos, contudo, que não é a nossa intenção negar a força normativa dos princípios, tampouco a natureza jurídica que lhes é peculiar. Embora possuam a mesma natureza jurídica (de norma), os princípios diferenciam-se das regras, basicamente em razão do seu grau de abstração e da carga valorativa que carregam.

Por consequência do grau de abstração, a forma de aplicação dos princípios é incompatível com a técnica da subsunção, como sói acontecer na aplicação das normas-regra. Os princípios, como visto, carecem de concretização pelo intérprete, que deve sempre se valer de grande reflexão sobre os bens jurídicos em jogo segundo as características do caso concreto, o que possibilita, inclusive, o balanceamento dos graus de intensidade da aplicação dos princípios em cada caso. Nesse sentido, com intuito figurativo, pode se dizer que as normas-regra são normas “intransigentes”, e os princípios, “maleáveis”.

As decisões baseadas em valores jurídicos abstratos somente são possíveis graças à força normativa dos princípios sustentada pelo pós-positivismo. Nesse caso, cabe ao intérprete, diante de situações concretas, decidir, quando for o caso, com base em princípios e nos fatos. Por isso, ganha relevância a fluência do intérprete no manuseio dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, princípios instrumentais, sem carga valorativa própria, destinados a oferecer instrumentos para densificação e acomodação de outros princípios.

Nesse sentido leciona Jorge Miranda (*apud* CUNHA JUNIOR, 2010, p. 226):

Por certo, os princípios, muito mais que preceitos, admitem ou postulam concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso, o operador jurídico pode deixar de os ter em conta, de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento.

Sendo assim, ante o elevado grau de abstração dos princípios e as peculiaridades inerentes à sua aplicação, o legislador, no art. 20 da LINDB, estabelece parâmetros a serem observados no processo decisório amparado em princípios, reforçando a noção do consequencialismo jurídico, que é a qualificação da motivação do ato decisório por meio da reflexão acurada sobre as consequências práticas da decisão. Não se trata, em absoluto, de abandonar ou subvalorizar

os aspectos abstratos e teóricos de uma decisão lastreada em princípios, por exemplo, o que seria impossível, mas de aproximar essa mesma decisão, naturalmente abstrata, do caso concreto. O que a lei pretende evitar são as decisões abstratas e descompromissadas com as suas próprias consequências.

Não por outra razão, o parágrafo único do art. 20 da LINDB dispõe que “a motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou invalidação do ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas” (BRASIL, 2018). Portanto, além de umbilicalmente atrelada aos fatos, a decisão deverá ser proporcional. Vale lembrar que, como dito linhas atrás, o princípio da proporcionalidade tem natureza instrumental, funcionando como verdadeira técnica de decidir com fundamento em princípios. A proporcionalidade determinará a força normativa de cada princípio à luz dos fatos postos sobre a mesa.

Portanto, numa decisão sobre o reconhecimento de nulidade em procedimento licitatório e consequente declaração de nulidade do contrato administrativo, faz-se necessário que a autoridade administrativa, controladora ou judicial se pronuncie sobre as consequências práticas da decisão. Sendo assim, questões relativas à continuidade do serviço público, prejuízo a terceiros de boa-fé, quebra de isonomia, violação ao princípio da moralidade administrativa, prejuízo ao erário, dentre outras, devem ser enfrentadas na motivação do ato decisório que definir se os efeitos do ato nulo serão ou não preservados.

Nesse sentido, asseveram Motta e Nohara (2019, p. 44), o seguinte:

[...] se o órgão de controle decide invalidar uma medida tomada pela administração pública, ele deve sopesar, de um lado, a **legalidade**, que gera a invalidação, em função do vício encontrado no ato, mas também analisar do prisma eficaz esse sopesamento em função do princípio da **segurança jurídica**, preservando efeitos para pessoas de boa-fé, quando for possível convalidar esses efeitos.

O trecho citado traz luz ao estudo da teoria das nulidades, pois a decisão administrativa sobre a preservação dos efeitos dos atos nulos envolverá o exercício de ponderação entre os princípios da legalidade e da segurança jurídica, ainda que lateralmente ocorra a ponderação de outros princípios, tais como isonomia e moralidade. Naturalmente, as peculiaridades do caso concreto servirão de base para a definição do valor que deverá prevalecer.

Especificamente dirigido ao regime das nulidades, o art. 21 da LINDB prevê, essencialmente, que as decisões nas esferas administrativa, controladora ou judicial que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverá indicar, de modo expresso, suas consequências jurídicas e administrativas.

O que não se espera, portanto, é que o sujeito dotado do poder de decisão decreta nulidades em geral, sem dedicar uma linha sequer sobre as consequências jurídicas para a administração e para terceiros, decorrentes da sua própria decisão. Não se pode esquecer que até mesmo na novíssima Lei nº 14.133/2021 há dispositivo prevendo o seguinte:

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos (BRASIL, 2021a).

Como se verá logo a seguir, a Lei nº 14.133/2021, seguindo a mesma filosofia que norteou a promulgação da LINDB, prevê diversos instrumentos para tratar adequadamente dos efeitos da proclamação das nulidades. Entretanto, o art. 148 prevê uma regra geral, segundo a qual os efeitos da decisão que reconhecer nulidade se operarão retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos futuros e desconstituindo os efeitos pretéritos dos contratos invalidados.

Não é que se queira repugnar, para todas as situações, a clássica solução quanto aos efeitos dos atos nulos. As consequências previstas no art. 148, em muitos casos, poderão se apresentar como a melhor alternativa, mas isso não torna a reflexão sobre os efeitos decorrentes da decisão algo de menor importância. Na verdade, a conclusão, eventualmente, de que o efeito “padrão” das nulidades (*ex tunc*) é adequado para determinado caso deve decorrer da motivação qualificada do ato, à luz do consequencialismo jurídico.

Nada obstante, não se pode descurar da previsão do parágrafo único do art. 21, da LINDB, que confere caráter excepcional quando não se mostrar possível a regularização do ato. Nesse sentido se posicionou o Instituto Brasileiro de Direito Administrativo – IBDA, conforme o Enunciado 7 (INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 2019):

7. Na expressão “regularização” constante do art. 21 da LINDB estão incluídos os deveres de convalidar, converter ou modular efeitos de atos adminis-

trativos evitados de vícios sempre que a invalidação puder causar maiores prejuízos ao interesse público do que a manutenção dos efeitos dos atos (saneamento). As medidas de convalidação, conversão, modulação de efeitos e saneamento são prioritárias à invalidação.

Segundo Motta e Nohara (2019, p. 55), em comentários sobre o tema, “procurar-se restaurar a ordem violada da forma mais equilibrada possível, tanto em função dos impactos para o interesse individual como também diante, sobretudo, dos interesses gerais, evitando-se soluções excessivas”.

3 Regime jurídico das nulidades dos contratos na Lei nº 14.133/2021

O regime jurídico das nulidades na nova lei de licitações seguiu a mesma linha doutrinária que inspirou o legislador na promulgação da LINDB, sendo marcado pela superação do entendimento da doutrina clássica, segundo o qual o reconhecimento das nulidades e o desfazimento dos efeitos do ato viciado (efeitos retroativos) figuram como causa e consequência inexoráveis.

Vale notar que o art. 59 da Lei nº 8.666/1993, refletindo as bases teóricas da doutrina clássica, prevê, em linhas gerais, que as nulidades serão pronunciadas com efeitos retroativos, devendo a administração indenizar o contratado pelo que tiver executado e por outros prejuízos que comprovar ter sofrido. Não há dúvidas de que o dispositivo foi inspirado pela doutrina clássica, já superada no Brasil, mesmo antes da promulgação da nova LINDB.

Já há bastante tempo a doutrina e a jurisprudência vêm adotando entendimentos cada vez menos formalistas e acolhedores de princípios como da segurança jurídica, da proteção da confiança, boa-fé objetiva, proporcionalidade e razoabilidade. Com base em tal linha de entendimento, busca-se, sempre que possível, a convalidação dos atos defeituosos e, ainda, quando isso não é possível, a preservação dos efeitos dos atos nulos, se assim demandar o interesse público. Não se trata qualquer forma de abandono dos princípios da legalidade, moralidade e eficiência, ou da instituição de um utilitarismo desmedido, de forma a reduzir o controle dos atos e das nulidades a um simples raciocínio baseado no “quanto custa” (CARVALHO; OLIVEIRA; ROCHA, 2022).

O que legitimamente se almeja é que o desfazimento dos efeitos dos atos nulos somente seja posto em prática levando-se em consideração as consequências daí decorrentes. A doutrina moderna funda-se no entendimento de que os princípios da legalidade e da segurança jurídica gozam do mesmo status constitucional, posto que decorrem do princípio do Estado de direito. De fato, não há Estado de direito sem obediência às leis e sem segurança jurídica, já que a própria razão de existir do direito está intimamente ligada à ideia de segurança.

Com efeito, o consequencialismo jurídico é instrumento do qual deve se valer o intérprete nas decisões em que seja imperativo reconhecer a nulidade de contrato administrativo, ou determinar a interrupção da sua execução. Explicitar todas as consequências do reconhecimento das nulidades e dar-lhes o devido tratamento, inclusive no que toca às indenizações, reparações e apuração de responsabilidade, se justifica pelo fato de que “o remédio não pode ser pior do que a própria doença”.

Na esteira desse raciocínio é que, não raro, verificam-se julgados do TCU no sentido da preservação de atos viciados: “A administração pode, por razões de interesse público, não declarar a nulidade de ato ilegal verificado na formalização do contrato ou no certame licitatório que o precedeu, quando tal medida puder causar prejuízo maior do que a manutenção do ato viciado” (BRASIL, 2021c).

O efeito didático dessa espécie de apuração de haveres é muito salutar, pois a simples enumeração de consequências muitas vezes acaba deixando claro que o interesse público clama por solução diversa. O que defendemos, contudo, é que o consequencialismo jurídico, na seara dos contratos administrativos, deve nortear-se pelos critérios interpretativos amparados pela Constituição e positivados nos arts. 20 e 21 da LINDB, devendo garantir que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime, sem impor prejuízos exagerados à coletividade.

Ademais, sendo impossível o saneamento do vício, a decisão sobre a suspensão da execução somente será adotada nas hipóteses em que se revelar a melhor medida de atendimento ao Interesse público (com “I” maiúsculo). Não concordamos, portanto, com a tentativa de monetização do interesse público, pois este movimento encerra uma completa inversão dos valores consagrados na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal estabelece que a República Federativa do Brasil tem, como fundamentos, a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, e, como objetivos, constituir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais.

A ideia de que o mero abastecimento dos cofres públicos, ou mesmo a economia de recursos públicos, sempre serão identificados como interesse público nos parece equivocada. Tal entendimento representa um raciocínio utilitarista, subserviente a qualquer finalidade, inclusive àquelas não alinhadas aos fins que o Estado brasileiro deve alcançar.

O simples entendimento de que os recursos públicos (meios) são necessários para que o Estado possa desempenhar as suas funções (fins) não é suficiente para dedicar-lhe o mesmo tratamento conferido ao interesse público primário. Tal entendimento, porque destituído de ligação direta e necessária com os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil, fomenta o surgimento de um Estado burocrático, de irresponsabilidade social, que existe apenas para garantir a sua própria existência.

A atividade interpretativa do jurista, portanto, deve estar alinhada com os objetivos e fundamentos do Estado, conforme descrito na Constituição Federal. Nesse sentido, é correto afirmar que quando o Estado indeniza o particular, em decorrência de danos que lhes foram causados, satisfaz o interesse público, embora tal dispêndio de recursos pudesse ser evitado. *Mutatis mutandis*, o Estado, quando deixa de reconhecer uma nulidade ou mantém os efeitos de um ato nulo, sob o fundamento puro e simples de menor onerosidade, não está a atender ao interesse público.

Baseia-se em mero utilitarismo a decisão de manter os efeitos de um ato nulo sob o pálio fundamento de minimizar ou evitar prejuízos financeiros. Sob o império do utilitarismo, o jurista, invariavelmente, toma as suas decisões de trás para frente, ou seja, partindo dos resultados por ele mesmo pretendidos para, então, lançar mão dos fundamentos que justificam a sua decisão.

É preciso não perder de vista que a produção de efeitos por atos (ou contratos) nulos é algo indesejado, já que as nulidades, em si, são indesejadas pelo direito. O interesse público na manutenção dos efeitos de atos nulos somente ocorrerá

quando a recomposição do *status quo ante* (efeitos *ex tunc*) acarrete violações ainda mais graves à sociedade; ao interesse público (primário).

Entendemos que os princípios da proteção à boa-fé, da segurança jurídica, da legalidade, da moralidade e da impessoalidade não poderão, salvo em excepcionalíssimas exceções, ceder espaço para interesses meramente econômicos da administração pública. Aliás, como dissemos anteriormente, a manutenção dos efeitos dos atos nulos nunca poderá ser orientada pelo critério do “quanto custa”, porque isto não satisfaz o interesse público.

Nesse sentido, ganha importância a teoria da estabilização dos efeitos dos atos administrativos.

3.1 Estabilização dos efeitos do ato administrativo

A estabilização dos efeitos de determinados atos administrativos é construção doutrinária acompanhada pela jurisprudência moderna. Isso ocorre com a intenção de garantir força normativa aos princípios da proteção à boa-fé e segurança jurídica, os quais são pilares, juntamente com o princípio da legalidade, do Estado de Direito.

Nesse sentido, aquele que contratou com a administração e executou a parte que lhe coube na avença faz jus à percepção dos valores pactuados, notadamente quando não participou da produção de eventual vício posteriormente detectado. Nesse caso, o princípio da segurança jurídica deve prevalecer sobre o princípio da legalidade para garantir a incolumidade do Estado de Direito. Portanto, a preservação, ou não, dos efeitos dos atos nulos decorre do entendimento de que nenhum dos princípios inerentes à atuação administrativa deve ser considerado de forma absoluta.

Sendo assim, embora seja válida a regra segundo a qual toda atuação estatal que não corresponda a um tipo legal definido é ilícita e deve ser extirpada do ordenamento jurídico, esta não é uma regra absoluta, posto que, como visto, admite temperamentos.

Em excepcionais situações, a retirada do ato, com efeitos retroativos, enseja maiores prejuízos ao interesse público e aos cidadãos que, de boa-fé, se submeteram aos efeitos do ato dotado de presunção de legitimidade. Nesses casos, o

Estado de Direito estará mais preservado com a manutenção de determinados efeitos produzidos pelo ato nulo do que pela anulação com efeitos *ex tunc*.

Observe-se que não importa analisar se a nulidade do ato é sanável ou insanável; atos nulos e anuláveis estão atrelados a idêntico regime jurídico quanto à persistência dos efeitos (MELLO, 2009) em relação a terceiros de boa-fé, bem como dos efeitos patrimoniais projetados sobre o administrado, que é parte na relação jurídica inválida, quando forem necessárias à prevenção do enriquecimento sem causa da administração e de dano injusto ao administrado de boa-fé, que não tenha concorrido para o vício do ato.

Com efeito, é errônea a assertiva segundo a qual os atos inválidos não geram consequências jurídicas. Se não gerassem, não haveria qualquer razão para nos preocuparmos com eles. Das nulidades, não raro, surgem relações jurídicas “laterais”, decorrentes do próprio vício, merecedoras de proteção, pois encontrarão em seu respaldo o próprio ordenamento jurídico. Essas relações “laterais”, apartadas da relação jurídica inválida, associadas a fatores como o tempo, são capazes de transformar o contexto original de uma simples nulidade, fazendo brotar direitos dignos de proteção. Desse modo, a anulação do ato nem sempre será a solução juridicamente perfeita, pois as consequências dela decorrentes poderiam causar danos maiores ao direito, por afrontar princípios jurídicos de relevância constitucional, tais como a segurança jurídica e a boa-fé (ZANCANER, 1993).

Assim, no instituto da estabilização dos efeitos, não ocorre a convalidação do ato administrativo, ou seja, a conduta do poder público não passa a ser válida pois não há conserto dos vícios. Ao contrário, o ato continua viciado, mas, por outras questões, tais como o princípio da segurança jurídica e da proteção à boa-fé, ele permanece produzindo efeitos no ordenamento jurídico.

Da mesma forma, dispõe a Lei nº 9.868/1999, em seu art. 27, que:

Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado (BRASIL, 1999).

Trata-se do instituto da modulação dos efeitos que, em determinadas situações, pode garantir a manutenção dos efeitos impostos pelo ato nulo, enquanto não

havia sido declarada a sua ilegalidade. Nesses casos, apesar dos vícios inerentes ao ato administrativo, em observância aos princípios da segurança e da proteção à confiança, a nulidade deve produzir efeitos, somente *ex nunc*, não impedindo os efeitos já produzidos previamente.

A redação do *caput* do art. 147 – urge reconhecer – induz à interpretação de que a extirpação dos efeitos das nulidades deva ser a exceção; e a manutenção, a regra. Não se deve esquecer que o ato nulo vulnera o direito, sendo que, no direito administrativo, dada a sua forte matriz constitucional, vulnera a própria Constituição. Destarte, a regra aplicável ao ato nulo deve ser extirpação dos seus efeitos, para que o direito seja restaurado.

O art. 147 exemplifica valores que deverão ser ponderados sempre que o pronunciamento da nulidade puder acarretar consequências danosas para os interesses da administração pública. Dessa forma, os incisos I a XI representam a consagração expressa de valores e critérios que, sem prejuízo de outros, deverão, no processo de ponderação, militar em favor da manutenção dos efeitos do ato ou contrato nulo.

Outra crítica que fazemos em relação ao art. 147 diz respeito à valorização excessiva dos critérios econômicos, tal como se percebe nos incisos I, IV, V, VI, VIII, X e XI. Nesse ponto, percebe-se que o legislador, de forma indevida, tentou aproximar o interesse da administração ao interesse público. Entretanto, os conceitos são absolutamente distintos e inconfundíveis.

O interesse público é o interesse de toda a sociedade, ainda que em determinadas situações este possa se contrapor ao interesse individual e momentâneo de um determinado indivíduo. É o que ocorre, por exemplo, numa desapropriação em que o particular não pretende ser destituído do seu bem, mas o instituto da desapropriação, em si, interessa a toda a sociedade.

Da mesma forma ocorre com o interesse da administração. Embora a administração pública tenha como missão constitucional a persecução do interesse público, em determinadas situações, o seu interesse, manifestado por meio dos seus agentes, poderá se contrapor ao interesse público. Isso fica bem claro nas situações em que um cidadão tem negada a cobertura do SUS para determinado tratamento médico. Embora a saúde seja direito de todos e dever do Estado, sendo o seu acesso universal e igualitário, a administração, lastreada em interesses seus, não identificados com o interesse público, costuma negar acesso ao cidadão a determinados tratamentos “não cobertos” pelo SUS.

Não defendemos, frise-se, que os interesses da administração sejam indignos de especial proteção. O que defendemos é que eles não podem ser identificados como interesse público. O princípio da supremacia do interesse público, p.ex. não se refere aos interesses da administração, mas aos interesses públicos primários; interesses da coletividade.

Nesse sentido, valemo-nos dos ensinamentos do ministro Luís Roberto Barroso (2020, p. 149) proferidos no seguinte sentido:

O debate contemporâneo acerca da noção de interesse público impõe reavivar uma distinção fundamental e pouco explorada, que o divide em primário e secundário. O interesse público primário é a razão de ser do Estado e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social. Estes são os interesses de toda a sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em determinada relação jurídica – quer se trate da União, quer se trate do estado-membro, do município ou das suas autarquias. Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas. [...]

O interesse público secundário não é, obviamente, desimportante. Observe-se o exemplo do erário. Os recursos financeiros proveem os meios para a realização do interesse primário, e não é possível prescindir deles. Sem recursos adequados, o Estado não tem capacidade de promover investimentos sociais nem de prestar de maneira adequada os serviços públicos que lhe tocam. Mas, naturalmente, em nenhuma hipótese será legítimo sacrificar o interesse público primário com o objetivo de satisfazer o secundário. A inversão da prioridade seria patente, e nenhuma lógica razoável poderia sustentá-la (BARROSO, 2020, p. 149).

Feita a distinção fundamental entre o interesse público primário e o interesse público secundário, prossegue o autor, enfrentando as questões que dizem respeito ao nível de proteção que o direito dedica ao interesse público primário e secundário.

Vejamos:

Pois bem: em um Estado Democrático de Direito, assinalado pela centralidade e supremacia da Constituição, a realização do interesse público primário muitas vezes se consuma apenas pela satisfação de determinados interesses privados. Se tais interesses forem protegidos por uma cláusula

de direito fundamental, não há de haver qualquer dúvida. Assegurar a integridade física de um detento, preservar a liberdade de expressão de um jornalista, prover a educação primária de uma criança são, inequivocamente, formas de realizar o interesse público, mesmo quando o beneficiário for uma única pessoa privada. Não é por outra razão que os direitos fundamentais, pelo menos na extensão de seu núcleo essencial, são indisponíveis, cabendo ao Estado a sua defesa, ainda que contra a vontade expressa de seus titulares imediatos (BARROSO, 2020, p. 150).

E, prosseguindo, conclui o autor, de forma precisa que:

O interesse público secundário – i.e., o da pessoa jurídica de direito público, o do erário – **jamais desfrutará de supremacia a priori e abstrata em face do interesse particular**. Se ambos entrarem em rota de colisão, caberá ao intérprete proceder à ponderação adequada, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso concreto. Nesse ponto, adere-se à doutrina que sustenta a necessidade de se rediscutir e dessacralizar o chamado princípio da supremacia do interesse público. Mas há uma ponte na direção da posição tradicional.

O interesse público primário, consubstanciado em valores fundamentais como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. Deverá ele pautar todas as relações jurídicas e sociais – dos particulares entre si, deles com as pessoas de direito público e destas entre si. O interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação; ele é o parâmetro da ponderação. Em suma: o interesse público primário consiste na melhor realização possível, à vista da situação concreta a ser apreciada, da vontade constitucional, dos valores fundamentais que ao intérprete cabe preservar ou promover (BARROSO, 2020, p. 151).

Da simples leitura do art. 147, percebe-se que os seus incisos encerram um rol exemplificativo. De efeito, não poderia ser diferente, já que o processo de ponderação de valores não admite amarras. Entretanto, o que ficou claro é que o legislador, no seu rol de incisos, buscou dar excessivo amparo aos interesses econômicos da administração pública, com a clara intenção de colocá-los em pé de igualdade interesse público.

Vejamos o que dispõe o dispositivo legal:

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato so-

mente será adotada **na hipótese em que se revelar medida de interesse público**, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I – **impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso** na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II – riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III – motivação social e ambiental do contrato;

IV – **custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;**

V – **despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;**

VI – **despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;**

VII – medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII – **custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos**, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX – fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X – **custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;**

XI – **custo de oportunidade** do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis (BRASIL, 2021, grifo nosso).

Com efeito, nas situações em que for reconhecida uma nulidade na licitação ou no contrato, ainda que o rol de incisos do art. 147 seja exemplificativo, a autoridade administrativa, controladora ou judicial deverá transpor uma *via crucis* de critérios de ponderação meramente econômicos, não necessariamente identificáveis com o interesse público. Não há hipótese em que a eliminação dos efeitos do ato nulo não gere custos para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato (inciso X), ou impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato (inciso I). Com isso, na prática, a decisão será sempre no sentido de preservação dos efeitos do ato, o que entendemos representar mero utilitarismo (CARVALHO; OLIVEIRA; ROCHA, 2022).²¹³

213 Vide comentários ao art. 147.

Note-se que o legislador, em nenhum momento, se referiu a valores como segurança jurídica e boa-fé, os quais, invariavelmente, deverão ser sopesados nas decisões que versem sobre a preservação ou não dos efeitos de atos nulos. Com isso, o dispositivo acabou transmitindo a equivocada ideia de que, mesmo diante de nulidades no procedimento licitatório ou no contrato, a administração poderá adotar a solução que for menos onerosa.

O texto legal conduz o intérprete ao entendimento de que princípios constitucionais consagrados, inclusive, pela Lei nº 14.133/2021 no seu art. 5º, no processo de ponderação, deverão ceder espaço para os interesses econômicos da administração (interesse público secundário) não dotados de supremacia, o que é uma enorme inversão de valores e não há lógica capaz de sustentá-la.

Para fins de reflexão, trazemos o recente acórdão nº 1737/2021 do Plenário do Tribunal de Contas da União – TCU, da lavra do ministro Weder de Oliveira, e que reflete entendimento consolidado da corte:

O risco de prejuízos para a administração decorrentes de eventual rescisão de contrato pode justificar a convalidação de atos irregulares, a exemplo de indevida inabilitação de licitante, de forma a preservar o interesse público, pois a atuação do poder público **não pode ocasionar um dano maior do que aquele que objetiva combater com a medida administrativa.** [...] 24. Nessa linha, retomar o certame ao estágio imediatamente anterior ao ato irregular, com eventual declaração de nulidade do ato de desclassificação e do contrato dele decorrente, **pode ser mais oneroso à entidade que teria que arcar com eventual indenização à empresa contratada e custos de desmobilização.** 25. A esses argumentos acrescento que não foram apontados outros indícios de ilegalidades/irregularidades, tais como sobrepreço/superfaturamento. 26. Ao contrário, conforme destacou a unidade instrutiva **o contrato assinado não se revela economicamente desvantajoso:** o valor estimado para a contratação era de R\$ 12.237.268,78 (peças 48, p. 1) enquanto o valor contratado foi de R\$ 8.201.206,95, (peça 68, p. 2) (BRASIL, 2021b).

Com todas as *venias* à Corte de Contas, diante de tudo o quanto exposto neste artigo, não podemos concordar com este entendimento. A tese sustentada pelo TCU funda-se na teoria da estabilização dos efeitos dos atos nulos. A falha, no nosso entender, está no processo de ponderação de valores, que põe os interesses econômicos da administração acima do interesse público.

O pano de fundo do referido julgado está em uma nulidade verificada no certame licitatório, que implicou em vulneração dos princípios da legalidade, da

isonomia, da competitividade e da segurança jurídica. Diante disso, o TCU, calcado em fundamentos ligados à menor onerosidade (economicidade), acabou por colocar à frente do interesse público (primário) os interesses econômicos da administração (secundários).

Não se pode esquecer que o interesse público primário se realiza ainda quando o Estado atua em defesa de um único cidadão (BARROSO, 2020) e que o interesse público secundário, em regra, não se convola em primário em razão da dimensão econômica que o representa.

3.2 Consequências da manutenção das nulidades

A redação do parágrafo único do art. 147 prevê que quando a administração optar pela continuidade do contrato, mesmo diante de nulidade, resolverá a irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação das penalidades cabíveis.

Em verdade, a questão se resolve pelos princípios da responsabilidade civil do Estado, que, conforme o art. 37, § 6º da Constituição Federal, é objetiva, e poderá ocorrer tanto no caso da anulação quanto no da manutenção dos efeitos do ato. Dessa forma, a responsabilidade decorrerá da nulidade (conduta) e dos prejuízos (dano) que dela decorrer (nexo de causalidade). Dessa forma, das duas soluções possíveis (anular ou não anular) poderão advir danos a terceiros, que deverão ser indenizados pela administração.

Vale ressaltar, ainda, que, para além da indenização pelos danos decorrentes do ato nulo, quando a administração decidir por desfazer os seus efeitos, deverá pagar ao contratado o valor dos serviços efetivamente prestados, sob pena de ficar configurado o seu enriquecimento ilícito. Dessa forma, não comprovada a má-fé do contratado, este deverá ser indenizado pelas perdas e danos que demonstrar ter sofrido, bem como receber os pagamentos pactuados no contrato em relação aos serviços que executou.

3.3 Efeitos das nulidades

O art. 148 da Lei nº 14.133/2021 incumbe-se de estabelecer o tratamento legal aplicável aos casos em que a administração decidir pela proclamação da nulidade do contrato administrativo. A cabeça do artigo reafirma a necessidade de, previamente ao reconhecimento de nulidade do contrato, que a administração

atue na forma do art. 147. Ou seja, deverá ser realizada a ponderação de todos os valores e critérios ligados à decisão de anulação, assim como às suas consequências, a fim de que seja evidenciado o que recomenda o interesse público primário no caso concreto.

Quando a decisão mais adequada ao caso concreto for a declaração de nulidade do contrato, os efeitos de tal decisão serão, em regra, retroativos, desconstituindo-se os efeitos já produzidos e obstando o surgimento de novos. Essa é a regra principal do art. 148, que deverá ser perseguida pela administração sempre que possível.

O que sustentamos ao longo deste artigo é que o Estado de Direito, em determinadas situações, clama por alternativas à regra geral. Isso porque nem sempre o reconhecimento das nulidades com efeitos *ex tunc* atenderá os valores protegidos na Carta Magna. Nesses casos, entendemos que a preservação total ou parcial dos efeitos dos atos nulos decorrerá da adequada aplicação do princípio da proporcionalidade, por meio de decisão de motivação qualificada, dirigida não apenas ao reconhecimento do vício, mas também às consequências práticas dela decorrentes (consequencialismo).

Vale ressaltar que nem sempre será logicamente possível ou razoável reverter todos os efeitos gerados pelo contrato nulo. Dessa forma, a limpeza que já foi feita, a segurança que já foi prestada, o transporte que já foi realizado, etc., não poderão ser desfeitos, em razão da impossibilidade material. Noutra seara, persistindo o interesse público no objeto, a obra que já foi parcialmente executada não poderá ser demolida apenas pelo fato de ter sido declarada a nulidade do contrato. A decisão, nesses casos, deverá atentar mais para os efeitos futuros do ato.

A título de exemplo, se, num contrato de obra, a administração firmou o contrato com empresa punida com penalidade de declaração de inidoneidade, em decorrência de fraudes praticadas anteriormente, esse contrato será nulo. Em que pese a nulidade, as parcelas da obra que porventura tenham sido executadas deverão ser preservadas. Contudo, esse contrato deve continuar a produzir efeitos? Ou a administração deverá sustar os seus efeitos, buscando a contratação do remanescente de obra na forma do art. 90, §7º da Lei nº 14.133/2021?

Numa hipótese como a construída acima, entendemos que, no processo de ponderação, o princípio da legalidade deveria prevalecer, já que não há falar-se em segurança jurídica da empresa punida, ausente que está a sua boa-fé. Além

disso, o interesse público reside na efetividade da penalidade aplicada. A existência de eventual prejuízo ao erário, *in casu*, não seria capaz de pôr o interesse da administração acima do interesse público.

Com efeito, a lei determina que as partes sejam devolvidas, tanto quanto possível, ao seu *status quo ante*, o que dependerá de diversos fatores, dentre eles o tipo de contrato, o tempo de contrato, o volume de serviços prestados e de outros fatores que só poderão ser avaliados em cada caso concreto. Sendo assim, os efeitos do ato nulo ainda pendentes de exaurimento deverão, em regra, ser desfeitos ou obstados, a fim de que os efeitos danosos das nulidades não se ampliem após a sua declaração, e para que o estado de legalidade se restabeleça.

Quando houver efeitos do ato ou do contrato impossíveis de desconstituição ou quando se decidir pela estabilização dos seus efeitos é que a solução será baseada no equivalente, ou seja, na recomposição dos prejuízos. Dessa forma, todos os prejuízos que se apresentarem na forma de danos emergentes deverão ser ressarcidos ao contratado ou a terceiro, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação das penalidades cabíveis.

Nesse sentido, em 2008, já decidiu o TCU:

Caso a anulação da licitação ocorra posteriormente à assinatura do contrato, este deverá ser anulado, visto que a nulidade da licitação induz à nulidade do contrato nos termos do art. 49, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, garantido “o direito ao contraditório e à ampla defesa dos interessados” de acordo com o § 3º do citado artigo, observada, também, a necessidade de se indenizar o contratado pelo que houver executado e por outros prejuízos, desde que não lhe sejam imputáveis, como preceitua o art. 59 da referida lei (Acórdão 1904/2008 – Plenário. Rel. Raimundo Carreiro) (BRASIL, 2008, p. 10).

3.3.1 Eficácia diferida da decisão

O § 2º do art. 148 traz grande inovação jurídica de mais alta relevância para o tratamento das nulidades dos contratos administrativos. O dispositivo instituiu a possibilidade de projetar os efeitos da declaração de nulidade dos contratos para um momento futuro. O instituto assemelha-se ao da modulação de efeitos, previsto na Lei nº 9.868/1999, que autoriza o STF a conferir eficácia diferida às suas decisões em controle concentrado de constitucionalidade.

Portanto, ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, em moldes muito parecidos aos da modulação de efeitos, poderá conferir eficácia futura à sua decisão. Portanto, a autoridade competente, mesmo declarando a nulidade do contrato, poderá impor um prazo de diferimento da eficácia à sua decisão, para que a administração possa realizar nova contratação sem que haja descontinuidade das atividades administrativas.

Esse instrumento implica a possibilidade de a autoridade modular os efeitos das suas decisões, o que entendemos como uma forma de “customização” dos efeitos da proclamação das nulidades. Ao possibilitar o diferimento da eficácia da decisão por até 1 ano, em verdade, o legislador possibilitou conferir efeitos *ex nunc* à decisão, e mais; possibilitou que os efeitos *ex nunc* sejam projetados para uma data futura.

Vale ressaltar que a lei não estabeleceu requisitos claros para o uso do instituto, mas não se pode perder de vista a sua excepcionalidade. O legislador definiu apenas que a medida se destina a garantir a continuidade da atividade administrativa. Com isso, conclui-se que a modulação dos efeitos visa a garantir que não haja uma paralisação das atividades da entidade contratante, o que não se confunde com a simples continuidade da execução do objeto.

Com isso, entendemos essa forma de modulação de efeitos como um instrumento de efetivação do princípio da continuidade do serviço público, ou seja, como uma forma de garantir que a coletividade não sofra com a paralisação dos serviços.

Dessa forma, a autoridade poderá valer-se da modulação de efeitos, quando a nulidade reconhecida recair sobre contrato de grande importância para o desempenho das atividades fins do órgão contratante, como forma de garantir que a coletividade não seja prejudicada pela interrupção dos serviços prestados. A título de exemplo, imagine-se a declaração de nulidade de um contrato de prestação de serviços de manutenção de viaturas da Polícia Rodoviária Federal. Por se tratar de contrato ligado à atividade fim do órgão contratante, insusceptível de interrupção, caberia o diferimento da eficácia da decisão, garantindo tempo para que seja diligenciada uma nova contratação sem prejuízo às atividades do órgão.

A lei prevê que o prazo máximo da postergação da eficácia da decisão é de 6 meses, prorrogável por igual período uma única vez. A autoridade competente, por-

tanto, terá um prazo razoável para providenciar a nova contratação. Após o término do prazo e da prorrogação, a decisão que declarou a nulidade do contrato produzirá os seus normais efeitos. Entretanto, não se pode perder de vista que, por aplicação direta do art. 147, a autoridade administrativa poderá deliberar pela manutenção dos efeitos do ato ou contrato nulo definitivamente.

4 Conclusão

Portanto, partindo-se de uma análise constitucional do regime das nulidades dos contratos administrativos, instituído nos arts. 147 a 149 da Lei nº 14.133/2021, embora orientado pelos avanços proporcionados pelos arts. 20 e 21 da LINDB, carece de uma interpretação que lhe dê conformidade com a Constituição Federal. O art. 147 é claramente iluminado pela ideia do consequencialismo jurídico, consagrado pela LINDB. Nesse sentido, a decisão administrativa, controladora ou judicial, ainda que fundada em valores abstratos, deverá ser sempre concreta, ou seja, o processo decisório, além de consagrar a força normativa dos princípios, deverá levar em consideração as consequências concretas da decisão à luz do interesse público.

Entretanto, o art. 147 da Lei nº 14.133/2021 instituiu um rol de incisos estabelecendo “valores” considerados relevantes para o legislador e que, sem prejuízo de outros, deverão ser levados em conta nas decisões sobre declaração de nulidade do contrato ou sobre a suspensão da sua execução. Ao longo dos onze incisos do art. 147, o legislador intentou dirigir o olhar do operador do direito para aspectos ligados aos interesses econômicos da administração, ou seja, buscou-se que o consequencialismo da decisão se volte para os prejuízos ao erário que podem advir do reconhecimento das nulidades. Não objetivando contestar a importância do critério eleito pelo legislador, já que é demais sabido que as necessidades públicas são infinitas e os recursos escassos, ousamos criticar a utilização do critério financeiro como o ponto central de reflexão nas decisões sobre nulidades.

O ponto central do olhar do operador do direito deve ser o Interesse público (com “I” maiúsculo), que é algo absolutamente distinto do interesse da administração. A supervalorização do critério econômico enfraquece, perigosamente, o princípio da legalidade e fomenta o surgimento de decisões utilitaristas, calcadas nos interesses pessoais da autoridade detentora do poder

decisório. A finalidade última do consequencialismo jurídico é garantir decisões alinhadas com o interesse público que brota do caso concreto, e não de possibilitar o abandono de valores constitucionais, como se tais valores integrassem a zona de discricionariedade do gestor, controlador ou juiz.

A centralidade do critério econômico, nas decisões sobre nulidades, representa uma inversão de valores capaz de degenerar o consequencialismo jurídico, nos termos em que positivado na LINDB, em simples e indesejado utilitarismo, abrindo portas e janelas para o arbítrio e enfraquecendo o Estado de Direito.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book.

BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021a**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula nº 473**. Data de Aprovação – Sessão Plenária de 3/12/1969. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=1602#:~:text=A%20administra%C3%A7%C3%A3o%20pode%20anular%20seus,os%20casos%2C%20a%20aprecia%C3%A7%C3%A3o%20judicial>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **Acórdão 1904/2008** – Plenário. Relator ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 3/9/2008. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25201904%252F2008%2520/%2520/DIRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **Acórdão nº 1737/2021b**. Plenário. Relator ministro Weder de Oliveira. Sessão de 21/07/2021b. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%2520n%25C2%25BA%25201737%252F2021/%2520/DIRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União – TCU. **Acórdão 2075/2021c** – Plenário. Relator ministro Raimundo Carreiro. Sessão de 1/9/2021. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/Ac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o%25202075%252F2021/%2520/DIRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

CARVALHO, Matheus; OLIVEIRA, João Paulo; ROCHA, Paulo Germano. **Nova lei de licitações comentada e comparada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2022.

CUNHA JUNIOR. Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO ADMINISTRATIVO – IBDA. **Enunciados relativos à interpretação da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB e seus impactos no direito administrativo**. Tiradentes-MG, 14 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/6/art20190624-11.pdf>. Acesso em: 17 mar. 2022.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. **LINDB no direito público: Lei 13655/2018**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

SILVA, Almiro do Couto e. O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no direito público brasileiro e o direito da administração pública de anular seus próprios atos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 237, p. 271–316, 2004. DOI: 10.12660/rda.v237.2004.44376. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/44376>>. Acesso em: 17 mar. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito administrativo – O Novo Olhar da LINDB**. 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

Qualificação técnico-operacional: evolução normativa e reflexões jurídicas sobre o caráter subsidiário da exigência de experiência pretérita da pessoa jurídica no âmbito da Lei nº 14.133/2021

Murilo Melo Vale²¹⁴

1 Introdução

A Constituição da República de 1988, em seu art. 37, XXI, que prevê a obrigatoriedade de realização de licitação para as aquisições públicas, traz expressamente a limitação de que a lei “somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica *indispensáveis* à garantia do cumprimento das obrigações” (BRASIL, 1988).

A obrigatoriedade do procedimento licitatório é atrelada sempre a um relevante objetivo financeiro: a busca da proposta capaz de trazer um resultado de contratação mais vantajosa. Contudo, mesmo se estivesse diante de uma rigorosa pesquisa de mercado que indicasse o fornecedor – ou prestador de serviços – detentor da proposta mais economicamente vantajosa do mercado, ainda assim a licitação seria medida obrigatória também em função de um objetivo republicano: a de oportunização de todos contratarem com a administração pública.

Esse objetivo, intimamente conectado com o princípio da isonomia, é que traz contornos para o dever principiológico de que a administração pública tome

214 Doutor e mestre em direito administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pós-graduado *lato sensu* em direito público. Ex-professor de direito administrativo e gestão pública da UFMG e professor visitante da Universidade de Coimbra, em Portugal. Professor na área de direito público em diferentes instituições de ensino. Vice-presidente da Associação Mineira de Direito e Economia (AMDE) e secretário-geral da Comissão de Direito Administrativo da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/MG). É autor de livros na área do Direito Administrativo e tem diversas publicações em revistas e periódicos de abrangência nacional.

medidas que ampliem, ao máximo, a concorrência (princípio da ampla concorrência). Quanto maior a concorrência, mais prestigiado será o princípio da isonomia (maior oportunidade de todos contratarem com o poder público), bem como maior será a probabilidade de se candidatarem propostas mais vantajosas para o Estado (busca da proposta mais vantajosa).

No liame da competitividade, as exigências de qualificação técnica assumem grande litigiosidade. Se é dever constitucional que as exigências de qualificação técnica devem se restringir à garantia do cumprimento das obrigações, então, a administração pública deve se limitar ao mínimo possível. Superada essa barreira, estar-se-ia diante de um ato restritivo à competitividade. Mas qual seria esse mínimo passível de ser exigido? E quando definir que determinada exigência de qualificação técnica é indispensável para o cumprimento da obrigação?

Há vozes eventuais que propagam equivocadamente que a definição dos requisitos de qualificação técnica é uma prerrogativa discricionária da administração.²¹⁵ Como pode ser discricionária, se há a obrigação da exigência do mínimo possível e da vedação de atos restritivos à competitividade? A “justa medida” seria, por isso, um ato vinculado do gestor público. A Lei nº 14.133/2021 traz a previsão da possibilidade de exigências de qualificação técnica do profissional, como da pessoa jurídica, em seu art. 67, bem como apresenta limites para essa exigência no âmbito das licitações.

Contudo, mesmo que haja um campo legal de delimitação de exigências de qualificação técnico-profissional e qualificação técnico-operacional, o tema assume uma maior proeminência, quando se busca compreender parâmetros para a exigência de capacidade técnica da pessoa jurídica, ao lado da exigência da qualificação técnica dos profissionais que a compõem, especialmente no tocante à experiência pretérita.

Em que momento poderia legitimamente exigir a experiência pretérita como averiguação da capacidade operacional da pessoa jurídica, quando também se exige a experiência pretérita do profissional? Quando o objeto contratual

215 Por exemplo, veja trecho da seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Maranhão: “4. No que atine à exigência de experiência em idêntico objeto da licitação é preciso que se destaque que a previsão editalícia encontra-se no âmbito no poder discricionário da administração pública. 5. Para evitar o descumprimento do contrato ou problemas na sua execução é que a administração pública estabelece critérios, esclareça-se, de ordem objetiva, a exemplo da exigência de experiência anterior” (BRASIL, 2015).

demandar. Mas seria possível aferir de forma mais objetiva essa situação? Isso assume maior proeminência considerando que, na análise da qualificação técnico-operacional, busca-se também verificar uma situação presente, e não passada, através de constatação da existência de equipamentos e aparelhagens necessários para a execução dos serviços e composição atual de equipe de profissionais adequada.

Este capítulo buscará contribuir um pouco com o tema, ao trazer reflexões sobre parâmetros para a exigência da qualificação técnico-operacional, especialmente a dimensão da experiência pretérita da empresa, como requisito para poder participar de um certame licitatório.

Para tanto, pretende-se fundamentar o que, a nosso ver, evidencia o caráter excepcional e subsidiário da exigência da experiência pretérita da pessoa jurídica: somente poderá ser exigida quando os demais requisitos de qualificação técnica não forem suficientes para trazer segurança à aferição da aptidão mínima para execução do objeto contratual.

Após a compreensão da disciplina legal sobre a habilitação técnica na Lei nº 14.133/2021, o presente trabalho irá perpassar pela evolução normativa da qualificação técnica no ordenamento jurídico brasileiro, bem como, ao lado dos fundamentos doutrinários favoráveis a sua exigência, pretender-se-á abordar alguns contrapontos à exigência da experiência pretérita da pessoa jurídica, para melhor trazer elementos jurídicos que evidenciam o caráter subsidiário dessa dimensão da capacidade técnico-operacional.

2 A qualificação técnico-profissional e qualificação técnico-operacional na Lei nº 14.133/2021

Para resguardo da boa execução do contrato a ser firmado pela administração pública, é imprescindível que haja a confirmação da qualificação técnica do proponente, não se tratando de uma mera opção discricionária do gestor público. Se, para a execução do contrato, é necessário um determinado perfil de contratado, é importante o resguardo para que a futura contratação seja bem executada, especialmente diante do dever de isonomia, que implica no dever de oportunização de todos contratarem com a administração pública.

Nesse sentido, Cintra do Amaral bem pontua o seguinte:

Não encontramos absolutamente nenhum argumento favorável à licitação pública aberta a todos e admitimos sem reserva o ponto de visto segundo o qual, quando a licitação faz apelo à concorrência, é absolutamente essencial que, para cada empreendimento licitado, a concorrência pública se limite às empresas cuidadosamente escolhidas em função da importância e da natureza das obras, e reconhecidamente capazes de empreitar e executar o trabalho com os necessários requisitos de qualidade (*apud* FURTADO, 2015, p. 300).

Considerando a necessidade de se ampliar a concorrência – pedra de toque do procedimento licitatório –, a exigência de qualificação técnica deve ser objeto de verificação e proposição motivada,²¹⁶ devendo sempre ser exigida na exata medida do necessário (princípio da proporcionalidade). Por isso, as exigências de qualificação técnica deverão ser menos ou mais abrangentes, a depender do objeto a ser contratado, assumindo uma proeminência maior em contratos de prestação de serviços, obras e serviços de engenharia.

Com o intento de delimitar os requisitos técnicos que podem ser exigidos nas licitações, é consabido que as exigências de qualificação técnica somente podem se restringir às hipóteses descritas em lei. Essa condição se deve não apenas por imperativo do princípio da legalidade estrita da administração pública, mas, especialmente, em vista do resguardo ao princípio da ampla concorrência e da isonomia. E é isso que a Lei nº 14.133/2021 – em sintonia com o que já dispunha a Lei nº 8.666/1993 – buscou prezar, ao dispor, no *caput* de seu art. 67, que a “documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional **será restrita** a [...]” (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Assim, a documentação pertinente à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional está restrita às seguintes hipóteses descritas nos incisos do art. 67, da Lei nº 14.133/2021, *in verbis*:

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I – apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabili-

216 Nesse sentido, o art. 18, inciso IX, da Lei nº 14.133/2021, determina que a fase preparatória do procedimento licitatório deve compreender “a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio” (BRASIL, 2021).

dade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II – certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

III – indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV – prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V – registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

VI – declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação (BRASIL, 2021).

Dentre essas hipóteses, é importante delimitar o que seria exigência de qualificação técnico-profissional e qualificação técnico-operacional. Usualmente, faz-se referência à qualificação técnico-profissional quando se busca verificar a experiência do profissional que compõe o licitante (no caso de pessoa jurídica) ou do próprio licitante, se este for uma pessoa física. Assim, busca-se compreender a experiência do indivíduo ou conjunto de indivíduos que fazem parte do licitante, em virtude de sua atuação prévia profissional ou de seu conhecimento técnico-científico.

Por outro lado, a qualificação técnico-operacional – também referenciado como qualificação técnico-empresarial – consubstancia no conjunto de qualidades técnicas atribuídas à pessoa jurídica do licitante. Como pontua Marçal Justen Filho (2021, p. 811), a “qualificação técnico-empresarial consiste na titularidade pelo sujeito licitante de equipamento e pessoal necessários e de experiência anterior compatível com a execução da prestação objeto da futura contratação”, sendo que se trata de “um atributo da organização empresarial, considerada como uma unidade estruturada para o desempenho de atividades dotadas de um grau de especificidade”.

Em suma, a qualificação técnico-profissional é atinente à capacidade técnica do profissional, enquanto pessoa física; a qualificação técnico-operacional,

por sua vez, é concernente à capacidade técnica da pessoa jurídica, visto como uma organização em que se reúnem pessoas, procedimentos, equipamentos e uma universalidade de qualidades que existem apenas quando “envelopadas” em um todo empresarial.

Nesse sentido, o inciso I, do art. 67, da Lei nº 14.133/2021, refere-se a uma hipótese de qualificação técnico-profissional, pois trata da possibilidade de se exigir a existência de profissional “detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação”. Nesse caso, ao mencionar “atestado de responsabilidade técnica”, o dispositivo está se referindo exclusivamente a profissionais de engenharia, arquitetura e urbanismo, que são os profissionais que detêm os referidos atestados (JUSTEN FILHO, 2021, p. 821).

O inciso II, do art. 67, da Lei nº 14.133/2021, por sua vez, trata de hipótese de qualificação técnico-operacional, pois faz referência a certidões e atestados que “demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior”. Cabe pontuar que, por mais que se refira a “serviços”, tal requisito abrange outros objetos contratuais, como o fornecimento e obras, especialmente em vista da interpretação sistemática com o §3º, do mesmo dispositivo. Se estamos diante da “capacidade operacional”, entende-se, portanto, a capacidade de operação da organização empresarial, e não da competência técnica do indivíduo que a compõe.

Ainda, cabe ressaltar que a menção a atestados ou certidões “regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso” está evitada de erro material, pois quem realiza a emissão do atestado é o contratante do objeto contratual que o licitante pretende atestar; o conselho profissional competente, nos casos de obras e serviços de engenharia, apenas registra o referido atestado emitido pelo tomador do serviço, e não faz qualquer emissão de atestado (JUSTEN FILHO, 2021, p. 827).

Adicionalmente, o §3º, do art. 67, dispõe que:

Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do *caput* deste artigo, a critério da administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento (BRASIL, 2021).

Isso significa que é possível haver outras formas de comprovação de que o profissional ou a pessoa jurídica possua conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, conforme ficar definido em regulamento, como pode ser o caso de se exigir uma certificação específica. Assim, outras formas de qualificação técnico-profissional e qualificação técnico-operacional podem ser previstas em regulamentos, não se restringindo apenas à aferição de experiência pretérita bem-sucedida.

O inciso III, do art. 67, da Lei nº 14.133/2021, apresenta uma hipótese mista de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional, na medida em que permite exigir a indicação “do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos”. Para Marçal Justen Filho (2021, p. 851 *et seq.*), essa hipótese não seria tipicamente um requisito de habilitação técnica, mas uma verificação de cumprimento de condições contratuais para a execução do serviço.

Todavia, assumindo o pressuposto de que a qualificação técnica implica a verificação de uma “aptidão” para a execução do objeto do contrato, e considerando que tais requisitos de qualificação técnica devem permanecer durante toda a execução contratual, advoga-se que esse é um importante requisito de habilitação técnica a ser, não apenas indicado, como também objeto de avaliação e, conseqüentemente, de inabilitação, caso seja possível constatar a impossibilidade de atendimento da indicação de disponibilidade profissional e operacional exigidos.

Tanto é assim que o §8º, do referido art. 67, dispõe sobre a possibilidade de exigência “da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos incisos I e III do *caput* deste artigo”. Logo, a preocupação da disponibilidade é medida essencial para o resguardo da tutela da qualificação técnico-profissional e técnico-operacional.

O inciso IV, do art. 67, da Lei nº 14.133/2021, não elenca nenhuma hipótese específica de qualificação técnica, mas pode ter duas leituras. Primeiro, a indicação de “prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial” implica que a lei especial pode prever condições de execução, que podem ser utilizadas para fins de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional,

não se resumindo às hipóteses descritas nesse dispositivo. Essa disposição busca, desse modo, dar ênfase ao caráter taxativo das hipóteses legalmente previstas para fins de habilitação. Segundo, a previsão pode ampliar a parcela de liberdade para que a administração pública possa exigir requisitos que comprovem o cumprimento de normas regulatórias setoriais, previsto em leis especiais, quando consubstanciem em um “mínimo” necessário para o padrão técnico que se exige para a execução do contrato.

O inciso V, do art. 67, da Lei nº 14.133/2021, prevê a possibilidade de se exigir o “registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso”. Porém, é importante registrar que, se for o caso de o contrato envolver uma atividade regulamentada, será indispensável essa demonstração de registro na entidade competente; contudo, se a lei não demandar o registro da atividade em entidade profissional competente, entende-se que será proibida essa exigência, sob pena de violação ao princípio da livre iniciativa (JUSTEN FILHO, 2021, p. 854).

Ao lado de várias discussões sobre parâmetros para exigência da qualificação técnica nas licitações, importa frisar, novamente, que a prévia delimitação legal, acerca do rol de documentação passível de ser exigida, não implica em liberdade do gestor quando da definição desses requisitos.

Há limites que devem ser respeitados, considerando que, conforme expresso no art. 62, da Lei nº 14.133/2021, a “habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação”. Isso implica dizer que se deve exigir o minimamente necessário.

Se a exigência for maior do que esse patamar mínimo, certamente estar-se-ia diante de um ato restritivo²¹⁷ à competitividade, violando, por isso, os objetivos da licitação. Não é por menos que a Lei nº 14.133/2021 exige que haja “a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto [...]” (art. 18, IX, da Lei nº 14.133/2021).

217 Pontua-se que a Lei nº 14.133/2021 dispõe: “Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei: I – admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que: a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas” (BRASIL, 2021).

Nesse contexto, por mais que a Lei nº 14.133/2021 tenha demarcado algumas limitações à função do gestor público em definir os requisitos de habilitação – p. ex., a indicação do que se considera como parcela de maior relevância ou valor significativo do objeto, ou do limite de 50% para exigência de quantidades mínimas das parcelas de maior relevância –, não há uma delimitação de parâmetros legais para definir o que seja adequado ou necessário para a exigência da qualificação técnica, especialmente a técnico-operacional, deixando ao crivo de proporcionalidade do referido gestor quando da definição das condições de participação.

3 Histórico acerca da exigência de qualificação técnica no ordenamento jurídico

A preocupação legislativa para que os contratos celebrados pelo poder público sejam garantidamente firmados com licitantes capacitados para execução do objeto contratual é antiga, sendo possível constatar essa característica desde as primeiras regras definidoras de procedimentos de aquisição criados no Império.

O Decreto nº 2.926/1862, considerado o primeiro diploma legal sobre licitações no Brasil (LIMA, 2014), regulamenta o procedimento de “arrematação de serviços”, a serem conduzidos pelo Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Nesse procedimento, definiu-se que todos os concorrentes interessados às arrematações de obras públicas “deverão apresentar previamente atestados que abonem sua capacidade”, sendo estes dispensáveis para contratos de “fornecimento de materiais, trabalhos de extração de pedras ou terras e formação de aterros, cuja importância for menor de 10:000\$000 (dez contos de réis)” (art. 11).²¹⁸

Posteriormente, as licitações, antes chamadas apenas de “concorrência”, passaram a ser matéria de interesse do direito financeiro, caso em que o procedimento para a União passou a ser regulamentado pelo Código de Contabilidade Pública da União (Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922). Nesse diploma legal, após a fixação das condições estipuladas em editais publicados no diário

218 Decreto nº 2.926/1862: “Art. 11. Todos os concurrentes á arrematações de obras publicas deverão apresentar preliminarmente atestados que abonem sua capacidade, e offerecer fiança idonea ou caução, na conformidade do art. 3º. Os atestados de capacidade não serão exigidos para os fornecimentos de materiaes, trabalhos de extracção de pedras ou terras e formação de aterros, cuja importancia fôr menor de 10:000\$000” (BRASIL, 1862) [sic].

oficial, estabeleceu-se a obrigatoriedade de primeiro se verificar “a idoneidade dos concorrentes” antes da análise da proposta mais baixa (art. 50, §1º, do Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922).²¹⁹ Para o que se chamou de “fornecimentos ordinários”, estabeleceu-se um procedimento de “concorrências permanentes”, com a possibilidade de prévio cadastro dos proponentes nas “contabilidades dos ministérios”, acompanhado das informações necessárias ao julgamento da idoneidade do proponente (art. 52, do Decreto nº 4.536/1922).²²⁰

A expressão “idoneidade do proponente” é apresentada de maneira genérica pelo Código de Contabilidade da União, sem que tenha uma definição no mesmo diploma legal. Porém, evidenciou-se que, com a expressão, buscou-se o resguardo da capacidade de execução do objeto contratual, o que abrangeria sua capacidade técnica. A referência a essa expressão [capacidade técnica] somente é realizada nesse Código, quando se busca resguardar a admissão de pessoal para o “quadro do pessoal da Diretoria Central de Contabilidade da República” (art. 105).

O Decreto-lei nº 200/1967 trouxe um maior detalhamento e autonomização da fase de habilitação dos certames licitatórios, assumindo contornos mais semelhantes ao que se vislumbra na Lei nº 8.666/1993 e na Lei nº 14.133/2021, quanto ao rito para verificação de aptidão à execução dos contratos. Contudo, não estabeleceu qualquer separação quanto à verificação da experiência pretérita da pessoa jurídica (qualificação técnico-operacional) e do profissional que a compõe (qualificação técnico-profissional), conforme se verifica de seus artigos

219 Decreto nº 4.536/1922: “Art. 50. A concurrencia publica far-se-á por meio de publicação no Diario Official, ou nos jornaes officiaes dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e logar desta. § 1º Verificada, em primeiro logar, a idoneidade dos concurrentes, será escolhida, salvo outras razões de preferencia antecipadamente assinaladas no edital, a proposta mais barata, que não poderá exceder de 10% os preços correntes da praça. § 2º Aos concurrentes será licito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, mediante prova dos factos que allegarem” (BRASIL, 1922) [sic].

220 Decreto nº 4.536/1922: “Art. 52. Para os fornecimentos ordinarios ás repartições publicas, poderá o governo estabelecer o regimen de concurrencias permanentes, inscrevendo-se, nas contabilidades dos Ministerios e nas repartições interessadas nos fornecimentos, os nomes dos negociantes que se propuzerem a fornecer os artigos de consumo habitual, com a indicação dos preços offerecidos, qualidade e mais esclarecimentos reputados necesarios. §1º A inscripção far-se-á mediante requerimento ao chefe da repartição ou ao ministro, conforme determinação regulamentar, acompanhado das informações necessarias ao julgamento da idoneidade do proponente, indicação dos artigos e preços dos fornecimentos pretendidos. §2º Julgada dentro de 10 dias a idoneidade do proponente, será ordenada a sua immediata inscripção si este se subordinar ás condições exigidas para o fornecimento” (BRASIL, 1922) [sic].

127, §2º e 131.²²¹ A Lei Federal nº 6.946/1981 (que atualiza os valores para a definição da modalidade da licitação), por conseguinte, também mantém a menção mais abrangente realizada pelo Decreto-lei nº 200/1967, sobre a “capacidade técnica”.

Com a edição do Decreto-lei nº 2.300/1986 – lei geral sobre licitações e contratos no âmbito da administração pública direta e autárquica federal até a vigência da Lei nº 8.666/1993 –, delimitou-se, no art. 25, §2º, a documentação a ser exigida para fins de averiguação da capacidade técnica do licitante, a qual consistirá em (a) registro ou inscrição na entidade profissional competente; (b) comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível, em quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação; e (c) prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

Entretanto, em semelhança às disposições legais anteriores, o Decreto-lei nº 2.300/1986 não trouxe qualquer disposição quanto à possibilidade de exigência de experiência pretérita da pessoa jurídica (qualificação técnico-operacional) e do profissional (qualificação técnico-profissional), cuja diferenciação veio apenas a ser objeto do Projeto de Lei nº 1.491/1991, que resultou na Lei nº 8.666/1993.

Contudo, a disposição referente à definição da exigência da qualificação técnico-operacional foi vetada – conforme será mais explicitado no próximo tópico –, sendo que as normas legais gerais sobre licitações e contratos se mantiveram omissas quanto à definição e especificação desse requisito de experiência pretérita da pessoa jurídica até que essa diferenciação tenha sido retomada na Lei nº 14.133/2021, conforme regime jurídico descrito no item anterior.

De todo modo, é importante mencionar que, anteriormente à Lei nº 8.666/1993, já se identificava, na doutrina administrativista, diferenças sobre as dimensões possíveis de serem exigíveis a título de “capacidade técnica”.

221 Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967: “Art. 127 [...] § 2º Nas concorrências, haverá, obrigatoriamente uma fase inicial de habilitação preliminar destinada a comprovar a plena qualificação dos interessados para realização do fornecimento ou execução da obra ou serviço programados. [...] Art. 131. Na habilitação às licitações, exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa: I – À personalidade jurídica. II – À capacidade técnica. III – À idoneidade financeira” (BRASIL, 1967).

Nesse sentido, é paradigmática e esclarecedora a classificação trazida por Hely Lopes Meirelles (1977), o qual entendia ser possível e necessário exigir a capacidade técnica dos licitantes em três aspectos: genérico, específico e operativo real. A capacidade genérica seria atinente ao registro profissional; a capacidade específica seria pertinente à exigência de capacidade de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal adequados para execução do objeto; e a capacidade técnica operativa se referia pela demonstração da existência de pessoal e aparelhamento próprio para a execução da obra ou serviço no momento (MEIRELLES, 1997, p. 141). Para o autor, é possível perceber que a natureza da capacidade “operativa” remetia à capacidade organizacional – logo, da pessoa jurídica –, com o intuito de resguardar que a execução do contrato possa ser efetivada por profissionais adequados e disponíveis no momento, assim como que se verifique que a pessoa jurídica possua também “aparelhamento” e “equipamentos” adequados e disponíveis para a execução do contrato.²²²

Nesse ponto, a “capacidade operativa real” de Hely Lopes Meirelles (1997) se assemelha, em parte, ao que usualmente se entende como “qualificação técnico-profissional” e, em outro, como “qualificação técnico-operacional”.

Em primeiro lugar, usualmente se refere a “qualificação técnico-profissional da pessoa jurídica”, tal como menciona o art. 48, da Resolução CONFEA nº 1.025/2009, como um conjunto de acervo técnico dos profissionais integran-

222 Para melhor visualização da interpretação do autor, é conveniente transcrever sua digressão doutrinária neste ponto: “Capacidade técnica é o conjunto de requisitos profissionais que o licitante apresenta para executar o objeto da licitação. Essa capacidade pode ser *genérica*, *específica* e *operativa*, e sob todos esses aspectos pode ser examinada pela administração, na habilitação para licitar, desde que pedida no edital sua comprovação. Comprova-se a capacidade técnica *genérica*, pelo registro profissional; a capacidade técnica *específica*, por atestado de desempenho anterior e pela existência de aparelhamento e pessoal *adequados* para a execução do objeto da licitação; a capacidade técnica *operativa*, pela demonstração da existência de aparelhamento e pessoal disponíveis para a execução do objeto da licitação constante do edital. E assim é porque o licitante pode ser profissionalmente habilitado e não ter pessoal e aparelhamento próprios para a execução da obra, do serviço ou do fornecimento; pode ser habilitado e ter aparelhamento e pessoal adequados para a execução do objeto da licitação, em princípio, mas não ter esse equipamento e pessoal disponível no momento, para a execução da obra, do serviço ou do fornecimento solicitado, por esta exaurida a sua capacidade operativa real. Isso ocorre frequentemente, quando as empresas comprometem o seu pessoal e equipamento em obras, serviços ou compras acima de suas possibilidades efetivas de desempenho, já estando absorvidos por outros contratos. Diante dessa realidade, é lícito à administração não só verificar a capacidade técnica *teórica* do licitante, como a capacidade técnica *efetiva* de execução, capacidade essa que se convencionou chamar de *operativa real*. Advirta-se que grande parte dos insucessos dos contratantes, na execução do objeto contratado, decorre da falta de *capacidade operativa real*, não verificada pela administração na fase própria da licitação, que é a habilitação dos interessados. Pode e deve, portanto, a administração exigir comprovação da capacidade técnica do licitante, nos seus três aspectos: *genérico*, *específico* e *operativo real*” (MEIRELLES, 1977, p. 140 *et seq.*).

tes do quadro técnico de uma organização empresarial. Nesse ponto, verifica-se que a análise de capacidade técnica é operativa, pois busca-se verificar a existência de pessoal adequado para a execução da obra ou serviço.

Por outro lado, na definição da qualificação técnico-operacional inclui-se também a verificação da capacidade operativa pela existência de instalações e aparelhamento adequados (*ex vi* do art. 67, III, da Lei nº 14.133/2021), caso em que se busca resguardar a capacidade operativa real, consoante a classificação apresentada por Hely Lopes Meirelles (1977). A identificação dessa exigência como uma espécie de qualificação técnico-operacional é clara na Instrução Normativa MPOG nº 5/2017 (item 10.6, alínea “a”, do Anexo VII-A). Isso também é a orientação do Tribunal de Contas da União.²²³

O fato é que nunca foram muito estanques e claros os limites de definição e exigência de requisitos de qualificação técnico-operacional, especialmente quanto ao escopo de exigência da experiência pretérita da pessoa jurídica, o que tem despertado insegurança e dúvidas sobre a conveniência e adequação de determinadas exigências, especialmente levando em consideração o princípio da ampla concorrência.

4 Vetos presidenciais à exigência de qualificação técnico-operacional na Lei nº 8.666/1993 e fundamentos doutrinários e jurisprudenciais favoráveis à sua exigência

A Lei nº 8.666/1993 surgiu da aprovação parcial do Projeto de Lei nº 1.491/1991 (nº 59/1992 do Senado Federal), cujo escopo foi regulamentar o art. 37, XXI, da CF/1988. No projeto de lei submetido à votação, constava, em seu art. 30, § 1º, alínea b, e §7º, a seguinte redação:

223 Segundo o Tribunal de Contas da União, capacidade técnico-operacional será comprovada mediante “apresentação de atestado de aptidão para desempenho de atividade compatível com o objeto da licitação, em características, quantidades e prazos; indicação das instalações, do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação; qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que será responsável pela execução do objeto” (BRASIL, 2010, p. 383 *et seq.*).

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a: [...]
II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
[...]

§1º A comprovação de aptidão referida no inciso II deste artigo, no caso de licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências a: [...]

b) quanto à capacitação técnico-operacional: comprovação do licitante de ter executado, no somatório de até 3 (três) contratos mínimos não superiores a 50% (cinquenta por cento) daqueles previstos na mensuração e exclusivamente nas parcelas de maior relevância ou de valor significativo, do objeto da licitação, e a 50% (cinquenta por cento) das relações quantitativos/prazo global destas, admitida a soma de atestados quando referidos a um mesmo período, sem limites de contratos. [...]

§ 7º A comprovação de capacidade técnico-operacional será dispensada nas licitações cujo valor estimado for inferior a 50% (cinquenta por cento) do estabelecido na alínea b, do inciso I do art. 23 desta Lei (BRASIL, 1993).

A intenção inicial do projeto de lei que resultou na Lei nº 8.666/1993, como visto, foi de limitar as exigências da capacitação técnico-operacional da forma como prescrita na alínea b, do §1º, do art. 30, do diploma legal, a qual deve ser dispensada na situação prevista no §7º do mesmo artigo.

No entanto, o presidente da República à época (Itamar Franco), acolhendo o parecer da Advocacia-Geral da União, definiu por vetar tais dispositivos, com base nos seguintes argumentos:

Reconhecidamente, a competição entre possíveis interessados é princípio ínsito às licitações, pois somente ao viabilizá-la o poder público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços.

Ora, a exigência de “capacidade técnico-operacional”, nos termos definidos no primeiro dos dispositivos supra, praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico

de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada.

[...]

Impõe-se, assim, expungir do texto os dispositivos em foco, que, por possibilitarem possíveis direcionamentos em proveito de empresas de maior porte, se mostram flagrantemente contrários ao interesse público (BRASIL, 1993).

O intuito do legislador em permitir a exigência de requisitos de capacidade técnico-operacional foi reinserido no Projeto de Conversão nº 10, de 1994, da Medida Provisória nº 472/1994, com esta nova redação:

Art. 30. [...]

II – capacitação técnico-operacional: comprovação de o licitante ter executado obras ou serviços em quantitativos e grandezas das relações quantitativo/prazo global iguais ou superiores ao exigido no instrumento convocatório, podendo ser considerado para os quantitativos o somatório de até três contratos e para as grandezas das relações quantitativos/prazo global o somatório de quaisquer contratos, desde que referidos a um mesmo período, devendo essas exigências observar:

a) no caso de quantitativos, o limite máximo de cinquenta por cento das quantidades estimadas na planilha orçamentária da administração, restritas exclusivamente às parcelas de maior relevância técnica e valor significativo do objeto da licitação;

b) no caso das grandezas das relações quantitativas/prazo global das parcelas referidas na alínea anterior, o limite máximo de cinquenta por cento das relações estabelecidas em função do prazo máximo necessário para realização da respectiva parcela, compatível com o prazo total de execução do contrato.

Contudo, essa nova tentativa de reinserção da exigência da qualificação técnico-operacional, através das modificações realizadas pela Lei nº 8.883/1994, foi novamente vetada sob o argumento de que o “texto [vetado] reproduz aquele que foi objeto de veto, quando da sanção da Lei nº 8.666/1993, o que não permite que seja agora sancionado, tendo em vista o disposto no art. 66, §4º, da Constituição Federal”. (BRASIL 1994). Ou seja, o raciocínio jurídico que amparou esse veto presidencial foi que a exigência da qualificação técnico-operacional atentaria diretamente ao próprio processo legislativo da Constituição da República de 1988.

De acordo com o processo legislativo definido na Constituição, a lei votada no órgão do Poder Legislativo passa sob o crivo do chefe do Poder Executivo, que decidirá se veta parcial ou inteiramente as normas que estão sendo submetidas à sanção presidencial sob o fundamento de aferição do interesse público que representa ou razão de controle político de constitucionalidade. Havendo aprovação presidencial, as normas legais a ele submetidas serão sancionadas. Porém, poderá vetar, parcial ou totalmente, o diploma normativo apresentado para sanção, caso em que tal veto, devidamente fundamentado, será submetido à Casa Legislativa, representativa da soberania popular, a qual decidirá se aceita ou não as razões do veto presidencial.²²⁴

Por isso, uma norma somente ingressará no ordenamento jurídico após a aprovação no órgão legislativo e a promulgação pelo chefe do Poder Executivo, desde que este não o vete e que este veto não seja derrubado pela maioria absoluta dos membros da Casa legislativa. Por esse motivo, há quem defenda que uma norma vetada não só será impedida de ingressar no ordenamento jurídico, como também qualquer reprodução de conduta que seria objeto da norma vetada será inconstitucional, por atentar diretamente contra a sistemática de produção legislativa prevista no art. 66 da Constituição da República de 1988.

Nesse sentido, tal como pontuou Marçal Justen Filho (2014), em razão de tais vetos, criou-se uma corrente de interpretação no sentido de que não seria possível a exigência de qualificação técnico-operacional para obras e serviços, segundo o seguinte raciocínio:

A segunda corrente toma em vista que o §1º do art. 30 explicitamente determina a extensão dos requisitos de qualificação técnica previstos no inc. II,

224 Este sistema é consagrado pelo art. 66 da Constituição da República de 1988: “Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao presidente do Senado Federal os motivos do veto. § 2º O veto parcial somente abrangerá texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea. § 3º Decorrido o prazo de quinze dias, o silêncio do Presidente da República importará sanção. § 4º O veto será apreciado em sessão conjunta, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos deputados e senadores. § 5º Se o veto não for mantido, será o projeto enviado, para promulgação, ao Presidente da República. § 6º Esgotado sem deliberação o prazo estabelecido no § 4º, o veto será colocado na ordem do dia da sessão imediata, sobrestadas as demais proposições, até sua votação final. §7º Se a lei não for promulgada dentro de quarenta e oito horas pelo Presidente da República, nos casos dos § 3º e § 5º, o presidente do Senado a promulgará, e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao vice-presidente do Senado fazê-lo” (BRASIL, 1988).

quando se tratar de licitação para obras e serviços. Ou seja, as licitações que versem sobre obras ou serviços sujeitam-se ao §1º do art. 30, não sendo possível aplicar diretamente o inc. II do mesmo dispositivo. O disposto no §1º deve ser complementado com a regra do §5º. Neste dispositivo, proíbe-se a exigência de qualquer requisito de capacidade técnica não previsto no art. 30, o que excluiria a capacidade técnico-operacional (JUSTEN FILHO, 2014, p. 586 *et seq.*).

Apesar dessa posição típica de uma “normatização negativa”, decorrente de vetos não derrubados, é importante ressaltar o raciocínio que compôs a *ratio legis* da promulgação da Lei nº 8.666/1993, no sentido de se entender que a exigência de capacidade técnico-operacional, quanto à exigência de experiências anteriores em nome da pessoa jurídica praticamente inviabiliza a consecução do objeto de buscar ampliar a concorrência nos certames. Isso porque, consoante o veto presidencial, essa dimensão da qualificação técnico-operacional “segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada”, o que iria ensejar em reserva de mercado para empresas de grande porte. Ou seja, haveria, no entendimento do veto presidencial, uma incompatibilidade jurídica da exigência de qualificação técnico-operacional (no tocante à comprovação de experiência anterior da pessoa jurídica) em face do princípio da ampla concorrência e da regra de vedação de imposição de condições restritivas à competitividade.

Malgrado a motivação literal dos vetos presidenciais à possibilidade de exigência de qualificação técnico-operacional, requisitos de experiência anterior em nome da pessoa jurídica se consagrou como essencialmente necessário para resguardar o interesse público, quanto da consecução do objeto, sem, contudo, haver discussões claras sobre a delimitação de situações em que tal exigência seria necessária.

Marçal Justen Filho, em comentário ao art. 30, da Lei nº 8.666/1993, por mais que reconheça que o veto presidencial à qualificação técnico-operacional implique a proibição legal de sua exigência, acaba advogando a tese de que a lei não poderia prever qualquer disposição que proibisse a exigência de qualificação técnico-operacional, pois afrontaria o “Princípio da República”. Isto porque

essa proibição legal colocaria em risco a boa consecução do objeto contratual, pois a administração poderia “contratar sujeito sem a experiência necessária à execução de certo objeto contratual” (JUSTEN FILHO, 2014, p. 587).

Carlos Ari Sundfeld (1998, p. 28) argumenta que “a simples reunião caótica de profissionais, mesmo altamente especializados, não oferece garantia de que a empresa seja capaz de operar eficientemente, pois nada diz quanto a sua estrutura administrativa”. Nesse contexto, a qualificação técnico-operacional é medida necessária para garantir a existência de um conjunto de qualidade, tal como os métodos organizacionais, processos internos de controle de qualidade, entrosamento da equipe, etc., o que é verificável por desempenhos anteriores da empresa. Nesse sentido, este autor entende que a mera menção constitucional (art. 37, XXI, da CR/88) sobre a possibilidade de a lei prever exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, permitiria essa exigência, independentemente da inexistência de previsão expressa na Lei nº 8.666/1993.

A possibilidade de exigência de qualificação técnico-operacional, consubstanciada por atestados de experiência pretérita em nome da pessoa jurídica, inclusive para exigência de quantitativos mínimos e prazos máximos, também foi posição majoritária na Jurisprudência,²²⁵ tendo sido, sobretudo, sumulado pelo Tribunal de Contas da União, no enunciado nº 263, *in verbis*:

225 A possibilidade de exigência de qualificação técnico-operacional é pressuposto de diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça, como se verifica da seguinte ementa: “ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E CONSEQUENTE MANUTENÇÃO. EDITAL QUE PREVÊ A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS DE PRÉVIO QUE COMPROVEM QUE AS EMPRESAS LICITANTES JÁ FORNECERAM PELO MENOS CEM PRODUTOS SIMILARES AO LICITADOS EM OUTRAS OPORTUNIDADES (CLÁUSULA DE FORNECIMENTO MÍNIMO). POSSIBILIDADE. CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. ART. 30, INC. II, DA LEI Nº 8.666/93. RAZOABILIDADE. 1. A regra editalícia atacada possui a seguinte redação: “10.3. – Atestados de capacidade técnica: a) a licitante deverá apresentar 2 (dois) atestados de capacidade técnica, fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado de que a empresa forneceu equipamentos de mesma natureza e compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto desta licitação. Somente serão aceitos atestados em que a licitante forneceu, no mínimo, a quantidade abaixo definida de equipamentos do item a que está concorrendo. [...] b.1) para o subitem 1.1: 100 (cem) terminais de auto-atendimento”. 2. O recorrente insurge-se alegando violação ao art. 30, § 1º, inc. I, da Lei nº 8.666/93, na medida em que, para fins de comprovação de capacidade técnica, não pode o ente licitante exigir atestado de quantidade mínimas de fornecimento prévio de produtos para outras entidades públicas ou privadas. 3. A pretensão do recorrente não encontra guarida no dispositivo citado, que trata apenas das licitações de obras e serviços – enquanto, na espécie, tem-se caso de licitação para aquisição e manutenção de produtos (terminais de auto-atendimento para Tribunal de Justiça). 4. Assim sendo, há atração da aplicação do art. 30, inc. II, da Lei nº 8.666/93 que, reportando-se à necessidade de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em quantidades com o objeto licitado (capacidade técnico-operacional), implícita e logicamente permite que edi-

Para a comprovação da capacidade técnico-operacional das licitantes, e desde que limitada, simultaneamente, às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado, é legal a exigência de comprovação da execução de quantitativos mínimos em obras ou serviços com características semelhantes, devendo essa exigência guardar proporção com a dimensão e a complexidade do objeto a ser executado (BRASIL, 2011).

O entendimento jurisprudencial do Tribunal de Contas da União pode ser bem explanado no seguinte trecho do Acórdão nº 592/2001:

Com efeito, a doutrina majoritária e a jurisprudência dominante nesta Corte acenam no sentido de que a comprovação da qualificação técnica deve jungir-se tanto ao aspecto operacional quanto ao profissional, estando o primeiro relacionado à empresa que intenta executar a obra ou o serviço a ser licitado, ao passo que o segundo aspecto diz respeito às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante.

E não poderia ser diferente, eis que a ausência de expressa referência, no art. 30 da Lei nº 8.666/1993, a requisitos de capacitação técnico-operacional não se traduz em proibição à sua previsão. Ademais, o rol das exigências explicitamente vedadas pelo § 5º desse mesmo dispositivo legal, complementado por quaisquer outras que inibam a participação de licitantes no certame, não contempla a capacitação técnico-operacional.

[...]

Ainda que, a meu ver, esteja autorizada a fixação de parâmetros quantitativos quando se tratar de comprovação de capacitação técnico-operacional, a exigência da administração encontrará limites no princípio da razoabilidade, ex vi do disposto no art. 37, inciso XXI, da Lei Maior, que somente admite exigências de qualificação técnica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 2001).

tais de licitação tragam a exigência de fornecimento mínimo de equipamentos similares em outras oportunidades, desde que tal cláusula atenda aos princípios da razoabilidade (como é o caso, pois a licitação tinha como objetivo a aquisição de 200 terminais e exigiam-se dois atestados de fornecimento prévio de, no mínimo, 100 terminais). 5. Recurso ordinário não provido (RMS 24.665/RS, Rel. ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/8/2009, DJe 8/9/2009).

5 Contrapontos para a exigência da experiência pretérita da pessoa jurídica e a necessária ponderação da imprescindibilidade deste requisito de qualificação técnico-operacional

5.1 A relevância da parametrização das condições para se exigir a qualificação técnico-operacional, na dimensão da experiência técnica anterior da pessoa jurídica

Com a previsão expressa no *caput* do art. 67, da Lei nº 14.133/2021, sobre a possibilidade legal de exigência da qualificação técnico-operacional, a discussão doutrinária sobre o fundamento jurídico para essa exigência não vem se mostrando tão relevante.

Todavia, mesmo sendo expressamente prevista, entende-se muito relevante a discussão de parametrização jurídica para definição da necessidade e adequação da exigência da qualificação técnico-operacional, especialmente na dimensão da experiência técnica anterior, ao lado da experiência técnica do profissional. Em que pese a expressa previsão legal, os requisitos de qualificação técnico-operacional possuem grande propensão para impugnações editalícias e discussões judiciais, em vista de objeções sobre a imprescindibilidade de sua exigência em muitas situações concretas que se apresentam, possuindo como pilares argumentativos princípios condutores da licitação, tal como da ampla concorrência e da isonomia.

As evoluções normativas e doutrinária sobre a exigência da qualificação técnico-operacional trazem luzes para justificar a exigência da qualificação técnico-operacional em determinadas situações concretas. Ao lado delas, para melhor parametrização, entende-se conveniente trazer alguns contrapontos sobre a conveniência da exigência da experiência pretérita da pessoa jurídica, de modo a melhor contribuir para ponderações jurídicas sobre proporcionalidade ou razoabilidade da exigência para resguardar a execução de determinados objetos contratuais.

5.2 A pessoa jurídica como uma ficção jurídica

Sabe-se que a pessoa jurídica é equiparada à pessoa física por uma construção jurídica para que se possa facilitar o exercício da atividade para a qual se des-

tina, de maneira mais prática. São diversas as teorias que buscam caracterizar a natureza jurídica da personalidade jurídica.

Maria Helena Diniz (2012, p. 265), sistematizando as diversas teorias jurídicas sobre personalidade, menciona a teoria da ficção legal, de Savigny, o qual entende que só o homem é capaz de ser sujeito de direito, concluindo que a pessoa jurídica é uma ficção legal, ou seja, uma criação artificial da lei para exercer direitos patrimoniais e facilitar a função de certas entidades. Segundo a autora, há ainda a teoria da equiparação, defendida por Windscheid e Brinz, segundo a qual a pessoa jurídica é um patrimônio equiparado no seu tratamento jurídico às pessoas naturais. Há também a teoria da realidade objetiva ou orgânica, de Gierke e Zitelmann, segundo a qual há, junto às pessoas naturais, organismos sociais constituídos pelas pessoas jurídicas, que têm existência e vontade própria, distinta da de seus membros; contudo, essa teoria incide na ficção, pois o “fenômeno volitivo é peculiar ao ser humano” (DINIZ, 2012, p. 265). Ainda, pela teoria da realidade das instituições jurídicas, de Hauriou, busca-se defender que a pessoa jurídica é uma “realidade jurídica”, assim como a própria personalidade da pessoa física, posto que reconhecido pelo direito; por isso, se o direito concede personalidade a uma pessoa física, também pode entender que um agrupamento de pessoas ou de bens que realize interesses humanos possa ser merecedor desse título (DINIZ, 2012, p. 265).

Dentre as diversas teorias e discussões sobre a natureza jurídica da personalidade jurídica, todas circundam a ideia de que a pessoa jurídica é um agrupamento de pessoas com “vida própria” por mera convenção jurídica. Por isso, os atributos e experiências conferidos à pessoa jurídica são fruto de uma convenção jurídica para categorizar as experiências pessoais e atributos de bens que compõem essa universalidade a quem se conferiu uma personalidade jurídica. Nesse aspecto, o conhecimento técnico e o aparelhamento operacional de qualquer outra organização de pessoas que não possui uma personalidade jurídica (como um condomínio ou consórcio, por exemplo) em nada diferiria de uma pessoa jurídica.

Ainda, é possível identificar outras convenções jurídicas que buscam atribuir direitos e obrigações para universalidade de bens e direitos que não caracterizam, por si só, uma personalidade jurídica própria. É o caso do conceito de “estabelecimento”, disciplinado pelo art. 1.142 e seguintes, do Código Civil. Segundo o art. 1.142, do Código Civil, “considera-se estabelecimento todo complexo de

bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária”. Nesse caso, “pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza” (art. 1.143, do Código Civil).

Nesse sentido, assumindo o pressuposto de que a convecção jurídica da personalidade jurídica é medida para facilitar a atribuição de direitos e obrigações a uma universalidade de bens e pessoas, a avaliação da capacidade técnica de uma pessoa jurídica, ao lado da verificação da experiência técnica dos profissionais, deveria se restringir à análise da capacidade operacional consubstanciada pelo aparelhamento extra-humano, ou seja, pelo conjunto de bens, contrato de fornecimento, parcerias existentes, capacidade logística de uma organização empresarial, que seja necessário para atendimento de um objeto social. Se o atendimento do objeto contratual demandar apenas a avaliação da capacidade técnica de profissionais que compõem a empresa, a verificação da existência e disponibilidade de equipe de profissionais (capacidade técnico-profissional da pessoa jurídica) seria suficiente para essa avaliação de aptidão técnica, sendo contraproducente a avaliação da mesma experiência técnica da pessoa jurídica, considerando que esta nada mais é do que o reflexo da capacidade profissional, a qual foi envelopada na ficção jurídica da personalidade jurídica.

5.3 A dinamicidade dos expoentes técnicos da organização empresarial

Não se pode afirmar que a experiência ou conhecimento técnico “adquirido” por uma organização empresarial se mantenha perene em toda sua trajetória. Não se nega que experiências anteriores possam tornar a organização mais eficiente e fazer com que entregue serviços com mais excelência. Mas isso se deve, em grande parte, em razão do ganho intelectual adquirido pelas equipes de profissionais que atuaram preteritamente.

Neste aspecto, uma experiência técnica pretérita, adquirida por uma pessoa jurídica, será, em grande parte, inócua, se o próximo trabalho não for executado exatamente pela mesma equipe que tenha perpetrado o(s) trabalho(s) anterior(es). É comum ver, por exemplo, grandes escritórios e empresas de consultorias serem reconhecidos apenas em determinadas áreas, dentre outras áreas de atuação.

Contudo, os profissionais que compõem tais equipes, usualmente, desligam-se da empresa, buscando novas frentes empresariais, aceitando novas propostas, ou buscam se “emancipar” e criar a sua própria empresa. A saída de profissionais relevantes de uma empresa é um movimento comum e decorrência natural da garantia fundamental da livre associação (art. 5º, XVII, da CR/88) e da livre iniciativa (art. 170, *caput*, da CR/88).

Pode-se dizer que, na situação hipotética de toda uma equipe técnica se desligar de uma empresa, toda a experiência operacional adquirida em nome da organização, que tenha sido motivada pela atuação dessa equipe exclusivamente, será neutralizada. Não é à toa que muitas empresas perdem e suspendem inteiramente uma frente de atuação, que já tenha tido consideráveis experiências, em razão da perda dos expoentes técnicos.

Nesse sentido, a perda de equipes técnicas relevantes, apesar de inegavelmente comprometer a exequibilidade técnica da pessoa jurídica, não implica a perda de acervos técnicos da empresa, a qual, juridicamente, manterá o *status quo* da “qualificação técnico-operacional”.

Também nesse aspecto, caso a justificativa para averiguação da aptidão seja unicamente a experiência técnica de uma equipe, bastaria, para fins de qualificação técnica, a averiguação da permanência e engajamento de profissionais que tenham tido experiências anteriores satisfatórias para o atendimento do objeto.

É possível constatar que a Lei nº 14.133/2021 possui diversas disposições que buscam resguardar a necessidade de se manter os profissionais que justificaram uma contratação, dando ênfase à capacidade técnico-profissional como elemento do asseguramento da boa execução contratual. Por exemplo, citam-se os seguintes dispositivos:

Art. 38. No julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço, a obtenção de pontuação devido à capacitação técnico-profissional exigirá que a execução do respectivo contrato tenha participação direta e pessoal do profissional correspondente.

[...]

Art. 67 [...] § 6º Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do *caput* deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

[...]

Art. 74 [...] § 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do *caput* deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade (BRASIL, 2021).

5.4 A não perenidade da situação operacional de uma pessoa jurídica

Em sintonia com o patrimônio intelectual da pessoa jurídica, a sua situação operacional anterior, que foi essencial para a realização de um serviço ou obra, também não é estável no decorrer do tempo. Diversos motivos, inerentes ao próprio risco empresarial, podem resultar na redução da aparelhagem técnica, dos equipamentos disponíveis, da quantidade de profissionais alocados à administração central, das parcerias técnicas existentes, da capacidade logística de outrora, etc.

Situações comuns, como queda do faturamento, podem resultar em medidas de impacto de gestão, demissões, redução de gastos, alienação de bens, redução de treinamentos e outras medidas que possam impactar a capacidade operacional. Muitas vezes, essas medidas de “redução” da empresa são necessárias para pagamento de compromissos fiscais, trabalhistas e financeiros, de modo a gerar uma “estabilização contábil” que resulta no atendimento a outras condições de habilitação (fiscal, trabalhista e econômico-financeira).

Por isso, situações como essa podem demandar a averiguação de uma “situação operacional atual” da pessoa jurídica, tornando sem eficácia a mera exigência da experiência técnica anterior da pessoa jurídica. Isso já alertava Hely Lopes Meirelles (1977, p. 140), segundo o qual “grande parte dos insucessos dos contratantes, na execução do objeto contratado, decorre da falta de ‘capacidade operativa real’, não verificada pela administração na fase própria da licitação”.

5.5 Qualificação técnica da pessoa jurídica como acervo transferível em operações societárias

É bastante comum, em operações societárias, a transferência do *know-how* e acervo técnico de uma pessoa jurídica para outra, através de convenções societárias. Usualmente, seja em caso de cisão, incorporação ou em caso de criação de empresas de um mesmo grupo econômico (subsidiárias ou coligadas), ocorre a integralização de capital de uma empresa através de *know-how* ou, ainda,

acordos societários em que há a pactuação de transferência de acervo técnico, o que abrange atestados de capacidade técnico-operacional.

O Tribunal de Contas da União reconhece a regularidade e materialidade da cessão do acervo técnico, mediante a utilização de atestados técnicos emitidos pela *holding*, em benefícios de empresas subsidiárias ou de outras empresas das quais originou a transferência de acervo técnico, desde que possível identificar alguns elementos que sejam atinentes à (a) transferência de equipe técnica e (b) existência de aparelhagem operacional semelhante à empresa detentora do atestado.

No Acórdão nº 4936/2016, o Tribunal de Contas da União entendeu que seriam indícios de regularidade da transferência de acervo técnico os seguintes elementos:

Compatibilidade de instalações físicas entre empresa controladora e a subsidiária integral: No caso concreto analisado neste Acórdão, as instalações físicas da empresa subsidiária eram as mesmas utilizadas por extinta filial da empresa *holding*. Evidente, dessa maneira, que a compatibilidade de instalações físicas entre as empresas, ainda que não necessariamente compartilhem o mesmo endereço, configura fator importante para a materialidade da transferência, quando estabelecido que a instalação utilizada pela subsidiária seria, de alguma maneira, concernente a empresa *holding*.

Intercâmbio entre os dirigentes das empresas: a transferência de dirigentes pode implicar compartilhamento de práticas operacionais que contribuíram para a experiência da empresa *holding*, titular do atestado técnico.

Transferência de percentual significativo do corpo de funcionários de diversos cargos e escalões da empresa controladora para subsidiária: não bastaria apenas ter um profissional, mas uma representatividade de profissionais que foram responsáveis pela experiência técnica na *holding*. Na hipótese apreciada por esse Acórdão, apontou-se como elemento favorável o fato de que a maioria dos empregados admitidos pela empresa subsidiária serem egressos da empresa *holding* (BRASIL, 2016).

No Acórdão nº 2444/2012, o Tribunal de Contas da União identificou, ainda, outros elementos para demonstrar a regularidade da transferência do acervo técnico:

Transferência ter ocorrido entre empresas fortemente vinculadas em razão da relação *holding*/subsidiária: o Relator deste Acórdão entendeu que, nestes

casos, há a presunção de existência de uma identidade entre as linhas de gestão das empresas controladora e controlada, esperando-se que estas compartilhem dos mesmos valores, estilos de administração, formas de liderança, padrões de controle e níveis de comprometimento.

Identidade entre os responsáveis técnicos de ambas as empresas: no caso, foi apontado o fato de que os mesmos responsáveis técnicos, que executaram os serviços que constam no acervo técnico transferido pela controladora, foram instituídos como responsáveis técnicos da subsidiária integral.

Transferência do patrimônio tangível (máquinas, equipamentos, etc.) entre as empresas: trata-se, aqui, da aparelhagem técnica, que é um dos aspectos da capacidade operacional da empresa.

Transferência da parcela significativa do conjunto subjetivo de variáveis responsáveis pela formação da cultura organizacional da empresa *holding*: não seriam, portanto, meros profissionais, mas profissionais representativos para caracterizar os principais aspectos da cultura organizacional.

Existência de tratamento expresso, no negócio jurídico que tenha formatado a operação reestruturante (criação da subsidiária), sobre a divisão do acervo técnico da empresa: para o relator deste Acórdão, o tratamento expresso no negócio jurídico viabilizaria a verificação da extensão e do aproveitamento dos atestados técnicos até então expedidos em favor das empresas envolvidas. Escritura Pública de constituição da empresa subsidiária integral consignar expressamente a transferência pela *holding* da posse, domínio e direitos que exerce sobre o patrimônio discriminado em seus anexos (BRASIL, 2016).

Conveniente mencionar, ainda, o seguinte elemento, apontado pelo Tribunal de Contas da União, na ocasião do Acórdão nº 1233/2013:

Apresentação de balanço atualizado, relação de ativos fixos, notas fiscais e relatórios que comprovaram a efetiva transferência de tecnologia, e a alienação do maquinário (materiais e equipamentos): no caso, a relação de ativos fixos adquiridos pela empresa explicitava todos os itens que seriam transferidos entre as empresas (BRASIL, 2013).

A transferência do *know-how* e acervo técnico de uma pessoa jurídica para outra pode revelar, primeiramente, quão frágil pode ser a verificação de experiência pretérita de uma pessoa jurídica. Em dado momento, uma pessoa jurídica detinha uma experiência operacional pretérita, porém, por mera convenção contratual, deixou de detê-la.

Por outro lado, em análise a esse panorama do Tribunal de Contas da União, sobre elementos apontados como caracterizadores da regularidade da transferência de acervo, é possível constatar que os pontos centrais de verificação tangenciam o intercâmbio de profissionais representativos – não sendo toda a equipe operacional – e a identidade ou transferência de um patrimônio tangível, como maquinários, equipamentos, etc., o que representa uma situação operativa atual da empresa, e não pretérita.

6 Balanço conclusivo: exigências de experiência pretérita da pessoa jurídica como requisitos excepcionais e subsidiários às demais condições de habilitação técnica

O histórico acerca da exigência da capacidade técnico-operacional, bem como os contrapontos acima apresentados, faz-nos entender que qualquer requisito de habilitação técnica que envolva a comprovação de experiência pretérita da pessoa jurídica deve ser juridicamente possível apenas de maneira excepcional e sucessiva, ou seja, quando a exigência de qualificação técnico-profissional e outras exigências de qualificação técnico-operacional que envolvam análise de uma situação operacional presente (verificação de equipe e equipamento, por exemplo) não forem motivadamente suficientes para garantir a aptidão mínima para execução do objeto contratual.

Em que pese a Lei nº 14.133/2021 ter previsto, dentro da moldura normativa, a possibilidade de exigência de experiência pretérita da pessoa jurídica, não se pode olvidar também das normas legais, amparadas em princípios licitatórios de cunho constitucional – que exigem que os requisitos de habilitação devem se restringir ao mínimo possível, de modo a não restringir, desnecessariamente, o direito fundamental à contratação com o poder público.

Pode-se constatar que a qualificação técnico-operacional envolve um conjunto de qualidades não apenas extra-humanas, como também estritamente humanas. Toda análise da condição operacional atual, quanto à existência de bens tangíveis necessários à execução do objeto, são questões extra-humanas que é necessário verificar no presente, diante da inexistência de garantia de perenidade de manutenção dessa condição no tempo. Também podem-se definir, como qualidades extra-humanas, bens intangíveis adquiridos pela pessoa jurídica, que contribuem

para a eficiência operacional da atividade empresarial, tais como, por exemplo, parcerias firmadas para execução de atividades logísticas e operacionais que evidenciam uma maior capacidade atual de ação por parte da empresa.

Por outro lado, todo conhecimento técnico “adquirido” pela pessoa jurídica, mesmo que materializadas em trabalhos disponíveis em *dataroom* da empresa, são inoperáveis sem a existência de uma equipe de profissionais capacitada. Por isso, qualidades “operacionais” tais como o engajamento da equipe, experiência pretérita de execução técnica, cultura organizacional, são, em grande medida, qualidades “humanas” atribuídas a uma universalidade de bens e direitos ao que, por convenção jurídica, se atribuiu o atributo da personalidade. Mas, essa ficção jurídica não esconde o fato de que todo o aspecto volitivo não é da empresa, mas das pessoas que a compõem, que podem sair e criar outras novas empresas que não tenham enveredado qualquer atividade técnica anteriormente.

Ademais, a possibilidade de transferência de acervo técnico pela pessoa jurídica, por ajustes contratuais, faz revelar que a “experiência pretérita” de uma pessoa jurídica seria mais um direito disponível do que uma situação natural, tal como ocorre com a experiência de um profissional – que concretiza, em sua personalidade natural, a experiência e o conhecimento. A experiência pretérita de um profissional dimensiona-se em ato e fato jurídico, pois resulta de uma vontade e gera atribuições naturais (conhecimento incorporado no intelecto humano), ao qual o direito confere consequências jurídicas. A experiência pretérita de uma pessoa jurídica nada mais é do que um título jurídico conferido por convenções humanas.

Logo, pode-se dizer que são atributos humanos que geram uma situação operacional de “capacidade técnica”, que se diluiu na organização empresarial. E, por serem tais atributos humanos passíveis de avaliação, em determinados casos, à luz do princípio da competitividade, este requisito de habilitação deve ser preferencial frente à exigência de experiência pretérita da empresa.

Assim, entendemos que é possível parametrizar juridicamente a exigência de requisitos de qualificação técnico-operacional, no tocante à presença de requisitos de atestados de experiência anterior da pessoa jurídica. Esta somente pode ser válida se a avaliação da aptidão técnica para a realização de um serviço não puder ser aferida pelo gestor, com segurança, apenas com requisitos da qualificação técnico-profissional da empresa e requisitos da condição operativa atual.

1º) Deve-se avaliar se o serviço é eminentemente intelectual, sendo importante a capacidade técnica da equipe, sem necessidade de atribuições extra-humanas para a entrega do serviço com qualidade. Nesse caso, qualquer exigência de qualificação técnico-operacional seria totalmente restritiva, diante da evidente suficiência da qualificação técnico-profissional.

2º) Se o objeto contratual demandar uma capacidade operativa específica, que envolva atributos extra-humanos, devem-se impor exigências operacionais atuais (qualificação técnico-operacional quanto à existência de bens, equipamentos, etc.), bem como a presença de equipe técnica que já tenha atuado com o objeto anteriormente (qualificação técnico-profissional da pessoa jurídica). Assim, se for o caso, por exemplo, de um fornecimento e comissionamento de equipamentos, podem-se demandar estruturas logística (própria ou com contratos firmados com empresas logísticas e de apoio aduaneiro, se for o caso), de armazenamento, etc. Essa hipótese também poderia aplicar a serviços intelectuais, mas que demandassem uma situação operacional de tecnologia, tais como *softwares* específicos, computadores e maquinário especial, etc.

Por outro lado, sendo a comprovação de equipe técnica que já tenha trabalho satisfatoriamente em comissionamentos semelhantes anteriormente (para o setor público ou privado), não haveria razão jurídica para exigência de experiência pretérita da pessoa jurídica. Também, mesmo objetos que envolvam a produção industrial em massa ou customizada de um equipamento, a garantia da satisfação do objeto poderia, em regra, não demandar a experiência pretérita da pessoa jurídica, pois o equipamento novo a ser fornecido (mesmo se se tratar de empresa recém-constituída) pode ser avaliado por amostragem ou prova de conceito, o que remete essa situação para avaliação da validade da proposta e não da aptidão mínima para participação do certame.

3º) Em situações de objetos mais complexos, que envolvem um rigoroso conhecimento técnico, mas também uma atuação mais robusta de um todo organizacional, pode ser que a aferição dos aspectos de capacidade técnica apenas de profissionais seja inviabilizada, por não ser passível de ser objetivamente perpetrada pelo Edital (princípio do julgamento objetivo). Seria, portanto, contraproducente, para fins de asseguramento da aptidão mínima para execução do contrato, a exigência apenas de requisitos de qualificação técnico-profissional e outros requisitos para aferição da condição operativa atual, sob risco de a contratação de pessoa jurídica não ser capacitada minimamente.

Isso ocorre, normalmente, em licitações para serviços de obras de engenharia mais complexos, para construção de infraestrutura pública, em licitações para concessões e outras delegações de construção e operação de serviços e equipamentos públicos, etc. Pode-se justificar, excepcionalmente, que serviços intelectuais possam demandar atuações pretéritas da pessoa jurídica quando se verifica, por exemplo, o caso de atividades interdisciplinares cujo corpo de profissionais envolve diferentes áreas de diferentes empresas, ou que demandem subcontratações relevantes. Nesse caso, a mera exigência de atestados técnicos de profissionais de cada área pode ser contraproducente quando o objeto demandar, por exemplo, viagens, visitas técnicas, engajamento entre diferentes equipes, etc.

Por outro lado, pode-se defender, em regra, ser restritiva a exigência de atestados de capacidade técnica anterior em aquisição de bens e serviços comuns, inclusive em obras e serviços comuns de engenharia. Se os serviços comuns de engenharia são “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”, não faria sentido, *a priori*, outra exigência de habilitação técnica senão a qualificação técnico-operacional pertinente à estrutura empresarial atual e a experiência anterior bem-sucedida de um corpo de profissionais.

Assim, pode-se defender claramente o caráter subsidiário da exigência da experiência pretérita da pessoa jurídica: (a) avalia-se a suficiência da qualificação técnico-profissional; (b) sendo necessário também avaliar da condição operacional atual da empresa, deve-se verificar a suficiência de requisitos de qualificação técnico-operacional pertinentes à estrutura empresarial atual, acompanhados de requisitos de qualificação técnico-profissional da pessoa jurídica; e (c) se for o caso de serviços, obras e fornecimentos de maior complexidade, que envolvem um rigoroso conhecimento técnico, mas também uma atuação mais robusta de um todo organizacional, em que, justificadamente, se demonstre ser insuficiente a exigência dos requisitos anteriores para fins de asseguração do mínimo técnico exigido, pode-se justificar a exigência pretérita da experiência bem sucedida da pessoa jurídica.

7 Conclusão

Em que pese ser evidente que a definição dos requisitos de habilitação técnica não é um atributo discricionário do gestor público, a ausência de uma delimitação jurídica para exigência de requisitos de qualificação técnica torna a aferição da proporcionalidade uma prerrogativa bem subjetiva e difícil questionamento. Mas, se a norma é cogente, no sentido de que deve ser exigido o mínimo possível, esforços doutrinários e jurisprudenciais devem buscar meios para parametrizar essa exigência, especialmente dos requisitos de experiência pretérita da pessoa jurídica. Essa parametrização mostra-se ainda mais importante, considerando a prática comum, de difícil controle, de “apoio externo informal” de interessados na participação do certame.

A análise sistemática das normas licitatórias, sobretudo da Lei nº 14.133/2021, demanda essa parametrização, pois não se podem entender livremente utilizáveis as condições de qualificação delimitadas legalmente, sem atentar para a vedação de imposição de condições restritivas à competitividade.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que o detalhamento da parametrização acima possui certo cunho opinativo. Todavia, a constatação da subsidiariedade da exigência de experiência pretérita da pessoa jurídica, não. Todos os elementos jurídicos acima evidenciam o caráter vinculativo à necessidade de a definição dos requisitos de qualificação técnica se ater apenas aos aspectos da qualificação técnico-profissional e da análise operacional da situação atual da pessoa jurídica, se for o caso.

Por fim, ressalta-se a importância que existe no reconhecimento desse caráter subsidiário e excepcional (da experiência pretérita da pessoa jurídica) para o resguardo do desenvolvimento econômico-empresarial, na medida em que se retira um considerável desincentivo para a formação de novas organizações empresariais. Certamente, não se pode ignorar que a exigência da experiência pretérita da pessoa jurídica significa um favorecimento do *status quo* de grandes empresas e um percalço adicional – dentre vários outros inerentes ao “risco Brasil” – às pequenas empresas em formação.

Referências

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos:** orientações e jurisprudência do TCU/Tribunal de Contas da União. 4. Ed. ver. atual e ampl. Brasília: TCU, Secretaria-Geral da Presidência: Senado Federal, Secretaria Especial da Editoração e Publicações, 2010.

BRASIL. **Mensagem nº 335**. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep335-L8666-93.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. **Mensagem nº 436**. 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/Mensagem_Veto/anterior_98/Vep436-L8883-94.pdf>. Acesso em: 14 out. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 1: Teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 6. ed. Belo Horizonte: Editoria Fórum, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 19. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2021.

LIMA, Djalba. **Primeira norma de licitações foi editada no Império**. 2014. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/07/10/primeira-norma-de-licitacoes-foi-editada-no-imperio>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 3. ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SUNDFELD, Carlos Ari. A habilitação nas licitações e os atestados de capacidade técnico-operacional. *In: Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*. 1998. p. 27-44. Disponível em: <<https://revistas.direitosbc.br/index.php/fdsbc/article/view/649/493>>. Acesso em: 20 mar. 2022.

O papel da advocacia pública na Nova Lei de Licitações e Contratos

Nilton Carlos de Almeida Coutinho²²⁶

1 Introdução

Como sabemos, segundo expressa disposição constitucional, a Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo e tem por chefe o advogado-geral da União (COUTINHO, 2018).

Em nível federal, o ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição far-se-á mediante concurso público de provas e títulos. Já em nível estadual e distrital tem-se que seus procuradores se organizarão em carreira, sendo certo que o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, cabendo-lhes exercer a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.²²⁷

Do texto constitucional, extrai-se que incumbe às procuradorias a consultoria e o assessoramento jurídico do Poder Executivo, sendo certo que a atuação dos advogados públicos em procedimentos relacionados a contratações públicas constitui-se como requisito essencial para que tenhamos a proteção do interesse público.

Neste capítulo, discorreremos acerca da nova lei de licitações e seus impactos na atuação da advocacia pública em tais procedimentos, com ênfase nos pareceres jurídicos.

226 Doutor em direito político e econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie; mestre em direito pelo CESUMAR; procurador do estado de São Paulo; professor na Escola Superior da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo (PGE/SP); palestrante na área do direito público. E-mail: niltonpge@gmail.com.

227 Art. 132 da CRFB/1988.

2 Da Nova Lei de Licitações

A Lei nº 14.133/2021 estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, abrangendo os órgãos dos poderes Legislativo e Judiciário da União, dos estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos municípios, quando no desempenho de função administrativa, e os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela administração pública.²²⁸

A importância da advocacia pública no tocante aos procedimentos licitatórios é mencionada pela Lei nº 14.133/2021 em diversos momentos.

2.1 Licitações envolvendo recurso de agências de cooperação estrangeira ou organismos financeiros

No tocante às licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, a lei estabeleceu que podem ser admitidas condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo presidente da República, bem como condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos.

Contudo, nesta última hipótese, é necessário que:

- a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação;
- b) não conflitem com os princípios constitucionais em vigor;
- c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação; e
- d) tenham sido objeto de parecer favorável do órgão jurídico do contratante do financiamento previamente à celebração do referido contrato.

Desse modo, observa-se que a advocacia pública (enquanto órgão de assessoramento jurídico da administração pública) teve de analisar previamente as

²²⁸ Destaque-se que não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303/2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta lei, conforme estabelece o art. 1º, § 2º, da Lei nº 14.133/2021.

condições e peculiaridades em relação à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou organismos acima mencionados.

Tem-se, assim, um primeiro filtro jurídico, de modo a evitar prejuízos para a administração pública.

2.2 Da designação de agentes públicos em procedimentos licitatórios

Segundo estabelece o art. 7º da lei, caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta lei.

Visando à proteção dos princípios que regem as licitações, a lei determinou que a designação de tais agentes públicos deverá obedecer a determinadas regras, de tal modo que:

(a) deverão ser designados, preferencialmente, servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública;

(b) tais servidores devem ter atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuírem formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

(c) tais servidores não podem ter proximidade com pessoas interessadas na licitação. Neste aspecto, a lei exige que o servidor a ser designado não pode ser cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

Observe-se que a referida vedação se encontra em sintonia com a súmula vinculante nº 13, a qual estabelece que:

a nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal

e dos municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal (BRASIL, 2008).

Tais exigências têm como objetivo proteger os princípios que regem a administração pública e trazer maior eficiência ao procedimento, na medida que a autoridade máxima do órgão ou da entidade deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.²²⁹

Por fim, registre-se que tais regras, requisitos e diretrizes serão aplicados também aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da administração, tendo em vista a importância de tais órgãos para garantir a legalidade e a regularidade do procedimento licitatório.

2.2.1 Do agente de contratação

Conforme consta da referida lei (art. 8º), a licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

Nessa linha, tem-se que o agente de contratação é a pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da administração pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.²³⁰

Desse modo, a escolha do agente de contratação deverá ser pautada por critérios técnicos, de modo a garantir que a pessoa escolhida possua as condições necessárias para o bom desempenho da função.

229 Vide art. 7º, § 1º, da Lei nº 14.1333/2021.

230 Vide art. 6º, LX, da Lei nº 14.133/2021.

No tocante à responsabilização do agente de contratação, a lei estabeleceu que o mesmo será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

2.2.2 Da comissão de contratação

Conforme mencionamos, a licitação será conduzida, em regra, pelo agente de contratação. Contudo, quando a licitação envolver bens ou serviços especiais, e, desde que sejam observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta lei, será possível a substituição do agente de contratação por uma comissão de contratação.

Segundo expressa conceituação legal, a comissão de contratação corresponde ao conjunto de agentes públicos indicados pela administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares.²³¹

Tal comissão será formada por, no mínimo, três membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

Assim, é importante que todos os atos praticados pela comissão sejam devidamente motivados e registrados em ata, a fim de permitir-se a aferição de eventual responsabilidade de cada um dos seus membros.

Para garantir que o procedimento licitatório observe as regras previstas em lei e ocorra sem maiores contratempos é possível a aprovação de um regulamento contendo regras específicas relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, bem como em relação ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta lei.

Do mesmo modo, a lei foi expressa ao estabelecer que deverá ser prevista a possibilidade de o agente de contratação e da comissão de contratação contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta lei.

231 Vide art. 6º, L, da Lei nº 14.133/2021.

Por fim, registre-se que, segundo estabelece o art. 117, § 3º, o fiscal do contrato será auxiliado pelos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da administração, que deverão dirimir dúvidas e subsidiá-lo com informações relevantes para prevenir riscos na execução contratual.

Trata-se de medida salutar para garantir a legalidade e a eficiência do procedimento, observando-se todas as disposições legais e regulamentares relacionadas ao tema.

2.3 Da contratação direta

Conforme mencionado, tem-se, com regra, a realização do procedimento licitatório para contratação de obras e serviços pela administração pública. Contudo, em situações específicas, será possível a contratação direta, a qual compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação. Contudo, tratando-se de medida excepcional, a contratação direta estará sujeita a uma série de requisitos e exigências legais.

Dessa forma, o procedimento de contratação direta exige o enquadramento da situação apresentada em uma das duas hipóteses de contratação direta, a saber:

2.3.1 Licitação inexigível

A licitação é considerada inexigível quando a competição for inviável. Nessas hipóteses, a realização de um procedimento licitatório apenas retardaria a contratação, uma vez que já se sabe, antecipadamente, que o produto ou serviço a ser contratado só pode ser fornecido por determinada pessoa.

Para facilitar ao administrador público identificar as hipóteses de inexigibilidade de licitação, a Lei nº 14.133/2021 trouxe um rol exemplificativo de situações que se enquadram na hipótese em apreço. São elas:

- I – Aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;
- II – contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

- III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
 - b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
 - c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
 - d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
 - e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
 - f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
 - g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
 - h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;
- IV – objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;
- V – aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha (BRASIL, 2021).

Na hipótese de aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, a administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição. Tal demonstração pode ser realizada mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

Na hipótese de contratação de profissional do setor artístico, a inexigibilidade decorre da natureza *sui generis* do serviço a ser prestado, o qual decorre das características pessoais do profissional a ser contratado (músico, cantor, ator, etc.).

Caso o referido profissional possua empresário exclusivo, a contratação direta também será possível. Sobre o tema, a lei considera empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no país ou em estado específico, do profissional do setor artístico. Entretanto, caso o direito de representação do artista pelo empresário seja restrito a evento ou local específico, a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário estará afastada.

No caso da contratação de serviços técnicos especializados, a lei esclarece que se considera de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

É importante frisar que nas contratações com fundamento na natureza do serviço (serviço técnico especializado) é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

Por fim, registre-se que a aquisição ou locação de imóvel por inexigibilidade de licitação só se justifica quando o referido bem possuir determinadas características de instalações e de localização que fazem com que seja necessária sua escolha.

Para que não parem dúvidas interpretativas, a lei estabelece que, nessa hipótese, devem ser observados os seguintes requisitos:

- I – avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;
- II – certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;
- III – justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela administração e que evidenciem vantagem para ela (BRASIL, 2021).

Tais requisitos são exigidos a fim de garantir que estejamos, de fato, em uma situação na qual a realização de procedimento licitatório é inviável, tendo em vista a singularidade do bem a ser adquirido ou locado e os benefícios advindos para a administração pública em razão de tal contratação direta.

2.3.2 Licitação dispensável

A segunda modalidade de contratação direta prevista na lei refere-se à licitação dispensável. Conforme preconiza a doutrina, uma licitação será dispensável quando a administração pública tiver discricionariedade para tal, isto é, quando tiver a opção de escolher se fará ou não o procedimento licitatório.

Segundo estabelece o art. 75 da Lei nº 14.133/2021, a licitação poderá ser dispensada nas seguintes hipóteses:

[...]

III – para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação:

- a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;
- b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

IV – para contratação que tenha por objeto:

- a) bens, componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;
- b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a administração;
- c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);²³²
- d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a administração;
- e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;
- f) bens ou serviços produzidos ou prestados no país que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;
- g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;

232 Neste caso, a dispensa, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica.

- h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;
- i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;
- j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;
- k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;
- l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do *caput* do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;
- m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde;
- V – para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;
- VI – para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;
- VII – nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;
- VIII – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos

contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;²³³

IX – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a administração pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

X – quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

XI – para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua administração pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

XII – para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;

XIII – para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;

XIV – para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da administração pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;

XV – para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;

XVI – para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou

233 Considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da administração pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do *caput* deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (BRASIL, 2021).

Registre-se que a lei trouxe algumas normas complementares para dispensa de licitação em razão do valor do bem ou serviço mencionados nos incisos I e II do *caput* do art. 75.

Assim, nessas hipóteses, deverão ser observados: I – o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora; e II – o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Do mesmo modo, tem-se que, nos casos de compras, obras e serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas, os valores referidos nos incisos I e II do art. 75 serão duplicados.

A lei ainda estabelece que as contratações de que tratam os incisos I e II do *caput* deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de três dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

Do mesmo modo, no tocante às contratações de que tratam os incisos I e II do *caput* do art. 75, as mesmas serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Registre-se, finalmente, que não será observada a regra do somatório das despesas (art. 75, §1º) no caso de contratações de até 8 mil reais de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante (incluído o fornecimento de peças).

2.3.3 Outras exigências para contratação direta

Observe-se, entretanto, que a lei exige a juntada de uma série de documentos para que a contratação direta possa ser realizada. São eles:

- I – documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
- II – estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;
- III – parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
- IV – demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
- V – comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
- VI – razão da escolha do contratado;
- VII – justificativa de preço;
- VIII – autorização da autoridade competente (BRASIL, 2021).

Desse modo, a contratação direta demanda uma série de documentos, incluindo-se, entre eles, a elaboração de parecer jurídico e pareceres técnicos que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos em lei.

Sobre o tema, observe-se que a lei fala na juntada de parecer jurídico e pareceres técnicos. Logo, tais pareceres não se confundem.

No tópico a seguir, abordaremos o ponto central do presente capítulo, qual seja: o parecer jurídico.

3 Da atuação da advocacia pública

3.1 Dos pareceres jurídicos

Conforme ensina Barreto (2009), para a doutrina clássica, o parecer é mero ato opinativo e não vinculativo, salvo se encampado pela autoridade superior, ou seja, se aprovado pela autoridade com atribuições decisórias para tal. São opiniões dadas por agente especializado na matéria, ou seja, o advogado público.

Segundo estabelece a lei (art. 53) ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

Registre-se que, apesar da sua importância, o parecer jurídico não é o único ato praticado pela advocacia pública no âmbito dos procedimentos licitatórios. Assim, o órgão de assessoramento jurídico da administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da administração deverá apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade, bem como e redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica.

Segundo assevera Chaves (2022), compete ao parecerista a análise de juridicidade de todo o processo de contratação. Deverá manifestar-se, obrigatoriamente, sobre todos artefatos de planejamento, além da minuta do edital, tais como termos de referência, projetos básicos, pesquisa de preços, estudos preliminares, etc.

Como se vê, o parecer jurídico constitui-se como um ato jurídico praticado por advogado público no exercício de suas funções. Dada sua relevância para o procedimento licitatório, exige-se que o mesmo analise todas as questões jurídicas pertinentes ao caso, explicitando as razões que fizeram com que o parecerista se manifestasse favoravelmente ou contrariamente à contratação direta do objeto.

Com a emissão do parecer jurídico e, eventualmente, de pareceres técnicos necessários, tem-se encerrada a instrução do processo, passando, então, à autoridade competente para decidir acerca da conclusão daquele procedimento.

Aliás, em caso de discordância do parecer jurídico, cumpre ao agente público ou autoridade expor as razões de fato e de direito que a fundamentam, consoante preceitua o art. 50 da Lei nº 9.784/1999, *verbis*:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

[...]

VII – deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais (BRASIL, 1999).

Observe-se, por oportuno, que o parecer jurídico, como o próprio nome indica, é um parecer pautado nos aspectos legais e jurídicos relacionados ao tema.

Assim, cabe ao procurador, com base na legislação de regência opinar em relação à dispensa de licitação ou outra questão jurídica relevante, sendo certo, entretanto, que a decisão final cabe ao agente público com atribuição para tanto.

Por fim, observe-se que é dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

Conforme ensina Chaves (2022), muitos órgãos e entidades têm deixado de elaborar parecer jurídico nas dispensas de licitações em razão do valor (Lei nº 8.666/1993, art. 24, I e II; Lei nº 14.133/2021, art. 75, I e II).

3.2 Medidas de economicidade: minutas de editais

O art. 19 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que os órgãos da administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão adotar uma série de medidas. São elas:

I – instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;

II – criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

III – instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

IV – instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

V – promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia (BRASIL, 2021).

Veja-se que tal dispositivo permite a padronização de pareceres jurídicos, adotando-se minutas ou pareceres-padrão para determinadas hipóteses.

Tal regra tem, como objetivo, otimizar a atuação da advocacia pública em situações nas quais já há consenso jurídico sobre o tema e é aceita de forma pacífica pelos tribunais. Nesse sentido, veja-se o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

a utilização de minutas-padrão, guardadas as necessárias cautelas, em que, como assevera o recorrente, limita-se ao preenchimento das quantidades de bens e serviços, unidades favorecidas, local de entrega dos bens ou prestação dos serviços, sem alterar quaisquer das cláusulas desses instrumentos previamente examinados pela assessoria jurídica, atende aos princípios da legalidade e também da eficiência e da proporcionalidade (BRASIL, 2005).

Registre-se que, nestas situações, a não utilização dos modelos de minutas de que trata o inciso IV do *caput* do art. 19 deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo licitatório.

3.3 Da responsabilização dos agentes públicos

Como sabemos, a regra geral sobre responsabilidade civil no âmbito da administração pública encontra-se prevista no art. 37, §6º da CRFB, o qual estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tem-se, assim, que o agente público só poderá ser responsabilizado nos casos em que tenha agido com dolo ou culpa.

Tratando-se de dano causado dentro de procedimento licitatório, prevê a lei que, 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 (art. 73 da Lei nº 14.133/2021).

Sobre o tema, o STF entendeu ser fundamental analisar se o ato decisório dependeu ou não do parecer jurídico, pois, se assim o for, pode-se responsabilizar o advogado subscritor.²³⁴ Isso porque a assessoria jurídica assume responsabilidade pessoal e solidária pelo ato praticado com fundamento no seu parecer. Ademais, caso o parecer esteja devidamente embasado, não há que se falar em ilegalidade, cabendo, inclusive, à advocacia pública defender agentes que venham a ser processados com base em decisões decorrentes de um parecer jurídico por ela elaborado.

Registre-se, ainda, que é possível a punição por ato de improbidade administrativa doloso, nos termos da Lei nº 8.429/1992 (COUTINHO, 2014).

Para nós, é fundamental aferir se há, de fato, erro no parecer e se tal erro é justificável ou não. Observe-se que a lei não fala em culpa, mas em erro grosseiro, o que leva a entender que somente em situações excepcionais, o parecerista poderá ser responsabilizado. Nessa linha, erro grosseiro é o que decorre de uma grave inobservância de um dever objetivo de cuidado, ou seja: o agente age com culpa grave, na medida que o erro por ele cometido era facilmente identificável.

3.3.1 Da defesa de agentes públicos pela advocacia pública ou privada

Segundo estabelece o art. 10, se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta lei precisarem defender-se nas esferas administrativa ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

Desse modo, é possível dizer que é direito dos agentes públicos (autoridades competentes e servidores públicos) que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos serem defendidos pelos(as) advogados(as) públicos.

Observe-se que tal defesa poderá abranger as esferas administrativa e judicial, podendo alcançar, inclusive, a defesa do agente público que não mais ocupa o cargo, emprego ou função na qual foi praticado o ato questionado.

234 MS nº 25.584.

Sobre o tema, Sousa (2021) explica que tal defesa dependerá de escolha discricionária por parte das autoridades competentes e dos servidores”. Registre-se, no entanto, que a atuação da advocacia pública está condicionada ao seguimento, pelos agentes públicos, da “estrita observância de orientação constante em parecer jurídico” e depende da vontade do agente público em ser defendido pelos(as) advogados(as) públicos.

Aqui, observa-se um pequeno descompasso entre a Lei nº 8.429/1992 e a Lei nº 14.133/2021, uma vez que, de acordo com a LIA, o agente público que emitiu o parecer jurídico está obrigado a atuar no processo judicial de improbidade administrativa; ao passo que, nos termos da Lei nº 14.133/2021, o advogado público poderá ou não atuar na defesa do agente público, cabendo a este a escolha.

Questão bastante polêmica refere-se à possibilidade de contratação (pela administração pública) de um escritório de advocacia particular para realizar a defesa de um agente público.

Para Dotti (2022), existindo o cargo de procurador ou advogado público, aprovado em concurso público, a este competirá a consultoria e o assessoramento ao agente público nos processos administrativos de licitação e contratação, sendo ilícita, por isso, a terceirização de atividades advocatícias previstas em plano de cargos de órgão ou entidade pública.

Nessa linha, caso o agente público queira ser defendido por um advogado particular, deverá contratar diretamente com ele o valor dos honorários.

Registre-se que a jurisprudência permite que, em situações excepcionais e devidamente justificadas, haja a contratação de advogados privados para a prática de atos que, em princípio, caberiam à advocacia pública.

É esta, aliás, uma das hipóteses de inexigibilidade de licitação para a contratação de advogados, prevista no art. 3º-A do Estatuto da OAB (Lei nº 8.906/1994) o qual preconiza que: “Os serviços profissionais de advogado são, por sua natureza, técnicos e singulares, quando comprovada sua notória especialização, nos termos da lei”.

E o mesmo artigo, em seu parágrafo único, estabelece: considera-se notória especialização o profissional ou a sociedade de advogados 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.

Como se vê, trata-se de questão complexa cuja decisão por parte do administrador público deverá levar em conta uma série de circunstâncias, tais como:

- 1 – se o ato foi praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico;
- 2 – se o ato questionado decorreu do exercício das atribuições constitucionais, legais ou regulamentares do agente público;
- 3 – se existe interesse público do ente a ser defendido e que possa ser afetado pela decisão;
- 4 – se a defesa da autoridade visa a proteção do ato administrativa legalmente praticado;
- 5 – se inexistem indícios da prática de atos ilícitos dolosos praticados pelo agente público.

Observe-se que, nessas situações, o que se está procurando proteger, em última análise, não é o agente público, mas o ato que o mesmo praticou seguindo as regras legais e os pareceres jurídicos que embasaram a prática daquele ato.

4 Conclusão

Ante o exposto, observa-se que a advocacia pública, enquanto instituição essencial à justiça, possui um papel importante na proteção do patrimônio público com relação à aquisição de bens e serviços.

A Lei nº 14.133/2021 elencou uma série de situações nas quais o advogado público (enquanto órgão de assessoramento jurídico) deverá manifestar-se ao longo do procedimento licitatório.

Do mesmo modo, procurando dar maior agilidade, aquele órgão permitiu a utilização de minutas e de outros instrumentos para racionalizar a atuação da advocacia pública em procedimentos licitatórios cotidianos.

Por outro lado, o parecer ganhou maior relevância, devendo sua confecção ser realizada em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, mas apreciando todos os elementos indispensáveis para que a autoridade competente possa decidir com segurança e respaldo jurídico.

Dessa forma, a responsabilidade dos advogados públicos também foi ampliada, pois decisões questionadas judicialmente, mas amparadas em pareceres jurídicos, trarão para a advocacia pública o dever de defender aquela autoridade pública em todas as instâncias e esferas, salvo se a autoridade optar por contratar um advogado particular.

Igualmente, a necessidade de elaboração de um parecer devidamente embasado e fundamentado traz maior segurança jurídica para o parecerista e para o administrador, além de possibilitar a responsabilização do advogado público por eventuais falhas cometidas na elaboração de tal parecer.

Referências

BARRETO, Marco Tulio. A responsabilidade do advogado público na emissão de seus pareceres. *In: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*. 2009. Disponível em: <https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/tuliobarreto.pdf>. Acesso em: 9 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o Processo Administrativo Federal. Pública no Diário Oficial da União de 1º fev 1999.

BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos. Publicada no Diário Oficial da União de 1º abr. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**. Aprovada na Sessão de 21 ago. 2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 1.504/2005**, Plenário, Processo nº 001.936/2003-1, Relator Min. Walton Alencar Rodrigues, 2005.

CHAVES, Luiz Cláudio de Azevedo. **A nova lei de licitações e contratos e o exame prévio de legalidade dos processos de contratação.** 2022. Disponível em: <<https://inovetcapitacao.com.br/a-nova-lei-de-licitacoes-e-contratos-e-o-exame-previo-de-legalidade-dos-processos-de-contratacao/>>. Acesso em: 9 jul. 2022.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **Advocacia pública e o novo CPC: A Fazenda Pública em juízo (lei 13.105, de 16 de março de 2015) – 2. ed.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **Responsabilidade do advogado público parecerista: limites e perspectivas.** Boletim – Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, v. 38, p. 29, 2014.

DOTTI, Marinês Restelatto. **A defesa de agentes públicos por atos praticados em procedimentos relacionados às licitações e contratos.** 2022. Disponível em: <<https://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/04/a-defesa-de-agentes-publicos-por-atos-praticados-em-procedimentos-relacionados-as-licitacoes-e-contratos/>>. Acesso em: 9 jul. 2022

SOUSA, Guilherme Carvalho e. **Parecer jurídico na nova lei de licitações – Parte 3.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/licitacoes-contratos-parecer-juridico-lei-licitacoes-parte>>. Acesso em: 9 jul. 2022.

Os tipos penais previstos na Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021

Renato Borelli²³⁵

1 Introdução

O ano de 2021 foi marcado por alterações legislativas que impactaram diversas áreas do mundo jurídico, vide, por exemplo, a Lei nº 14.181, de 1º de julho (a chamada Lei do Superendividamento), com importantes inovações para o Código de Defesa do Consumidor, e a Lei nº 14.195, de 26 de agosto, com reflexos substanciais tanto no Código Civil quanto no Código de Processo Civil.

No que se refere ao direito administrativo, as mudanças mais impactantes na legislação ficaram a cargo da Lei nº 14.230, de 25 de outubro, que modificou a grande maioria das disposições legais e da própria sistemática até então existente quanto ao tema da improbidade administrativa, e, principalmente, da Lei nº 14.133, de 1º de abril – objeto do presente capítulo –, denominada Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC).

Especificamente quanto à Lei nº 14.133/2021, o tema possui especial relevância, na medida em que, não obstante a previsão de um regime jurídico provisório que permite a sua coexistência harmônica com a tradicional e difundida Lei nº 8.666/1993, tem-se que, superado o prazo de 2 anos da publicação oficial da Lei nº 14.133/2021, previsto no inciso II do seu art. 193,²³⁶ esse novo diploma normativo passará a regular, de forma autônoma, as licitações e os contratos celebrados pelas administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

235 Juiz federal do TRF 1; foi juiz federal do TRF 5; exerceu a advocacia privada e pública; foi servidor público e assessorou desembargador federal (TRF1) e ministro (STJ); atuou no CARF/Ministério da Fazenda como conselheiro (antigo Conselho de Contribuintes); é formado em direito e economia, com especialização em direito público, direito tributário e sociologia jurídica.

236 “Art. 193. Revogam-se: I – os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666/1993, na data de publicação desta Lei; II – a Lei nº 8.666/1993, a Lei nº 10.520/2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011, após decorridos 2 anos da publicação oficial desta Lei” (BRASIL, 2021).

Realizada essa breve introdução, o presente capítulo tem, por objetivo, analisar estritamente os tipos penais pela Lei nº 14.133/2021, os quais, inclusive, já substituíram de imediato os antigos crimes, previstos na lei anterior.

2 Crimes em licitações e contratos previstos no Código Penal

Inicialmente, cumpre observar que, quanto ao aspecto topográfico, os crimes inaugurados pela Lei nº 14.133/2021 encontram-se descritos nos artigos 337-E a 337-O do Capítulo II-B do Código Penal, e não no seu próprio texto, como se via na Lei nº 8.666/1993. Acreditamos que tal opção legislativa foi adotada com a finalidade de conferir unidade à disciplina penal do tema licitações e contratos, bem como de aproximar os novos tipos penais dos demais delitos que, *lato sensu*, também atentam contra a administração pública.

No que tange ao quantitativo de condutas delituosas tipificadas pela Lei nº 14.133/2021, há de se notar que houve acréscimo de apenas um novo tipo penal quando em comparação à Lei nº 8.666/1993, de modo que agora são previstos onze crimes, e não mais apenas dez.

Outrossim, como veremos a seguir, houve pequenas alterações nos elementos típicos caracterizadores de cada crime, cuja identificação e compreensão são essenciais à adequada aplicação dessa nova sistemática normativa.

Nesse diapasão, o primeiro dos crimes em licitações e contratos previstos no Código Penal que devemos mencionar não poderia ser outro senão aquele que corresponde à única inovação legislativa que de fato experimentamos a partir da Lei nº 14.133/2021. Isso porque o art. 337-O, que traz o crime de omissão grave de dado ou de informação por projetista, não possui tipo penal correspondente na Lei nº 8.666/1993.

A redação contida no mencionado dispositivo penal criminaliza as condutas de:

omitir, a **modificar** ou a **entregar** à administração pública **levantamento cadastral** ou **condição de contorno** em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto,

em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Por sua vez, o parágrafo primeiro desse mesmo artigo traz a definição de condição de contorno, entendida como:

as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos (BRASIL, 1940).

Ademais, cabe destacar que ao crime de omissão grave de dado ou de informação por projetista é cominada a pena de reclusão de 6 meses a 3 anos, e multa, sendo que, nos moldes do parágrafo segundo do art. 337-O, a pena é aplicada em dobro se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem.

Vencida a abordagem quanto ao novo crime de fato inaugurado pela Lei nº 14.133/2021, analisaremos os demais na ordem em que descritos no Código Penal.

O primeiro dos dispositivos que constam do Capítulo II-B é, pois, o art. 337-E, que trata do crime de contratação direta ilegal. Tal delito se configura a partir da conduta de “**admitir, possibilitar ou dar causa** à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Nesse sentido, é de se lembrar que a contratação direta diz respeito às situações nas quais a lei inexistente ou dispensa (vinculada ou discricionariamente) a realização de procedimento licitatório para compras e serviços, desde que preenchidos determinados requisitos autorizativos. De modo que incorrerá em tal delito o agente público que não promover o devido processo licitatório em hipótese na qual este era exigido, causando lesão ao erário público ou atentando contra princípios básicos da administração pública, tais como a legalidade, a impessoalidade, a moralidade e a eficiência.

Sob outro aspecto, cumpre mencionar que a nova Lei nº 14.133/2021 não mais prevê a possibilidade de se punir o terceiro ou o particular que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, se beneficiava da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o poder público.

Tal hipótese constava do parágrafo único do art. 89 da Lei nº 8.666/1993, correspondente ao atual 337-E, não tendo sido, contudo, diretamente transportado para a nova lei.

Ainda sobre este primeiro crime, destaca-se que, anteriormente, a pena a ele cominada era a de detenção, de 3 a 5 anos, e multa. Agora, porém, houve um recrudescimento quanto à sanção penal prevista, visto que a pena respectiva passou a ser a de reclusão, de 4 a 8 anos (além da multa).

Nesse ponto, caso você, nobre leitor(a), não esteja familiarizado com a diferença conceitual entre as penas privativas de liberdade, detenção e reclusão, cumpre esclarecer que esta, em linhas gerais, reside no fato de que enquanto a primeira é aplicada para tipos penais tidos por mais leves, não admite que o início do cumprimento seja no regime fechado e é cumprida em estabelecimentos menos rigorosos, como colônias agrícolas, industriais ou similares, ou nas casas de albergado ou outros estabelecimento adequados. A segunda é prevista para crimes mais graves, sendo que o regime de pena pode ser o fechado, o semiaberto ou o aberto, com o cumprimento em estabelecimentos de segurança máxima ou média.

Retomando o objeto central do nosso estudo, tem-se que a segunda conduta criminosa que devemos mencionar diz respeito ao delito de frustração do caráter competitivo de licitação, previsto no art. 337-F do Código Penal, caracterizado pelo ato de “**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” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Aqui, não houve mudanças significativas quanto à redação do tipo penal anterior correspondente. Nada obstante, novamente se verifica um endurecimento da pena prevista, que também deixou de ser a de detenção (de 2 a 4 anos) e multa e passou a ser a de reclusão (de 4 a 8 anos) e multa.

Em seguida, há o crime de patrocínio de contratação indevida (art. 337-G), que também não sofreu modificações estruturais em relação ao tipo penal antecessor, à exceção da pena cominada (reclusão, de 6 meses a 3 anos, e não mais detenção), tal como vimos nos arts. anteriores. A conduta que o configura consiste em “**patrocinar**, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebra-

ção de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Avançando, temos o crime de modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo, previsto no art. 337-H do Código Penal. Aqui, a conduta criminalizada é a de:

admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade (BRASIL, 1940).

A pena prevista é a de reclusão (em detrimento da detenção prevista anteriormente, mais uma vez), de 4 anos a 8 anos, e multa, sendo que nela também incorre “o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais” (nos termos do parágrafo único do mesmo artigo).

Na sequência, devemos dar especial enfoque aos dois únicos tipos penais para os quais a Lei nº 14.133/2021 previu pena mais branda, qual seja a de detenção. São, pois, os crimes de perturbação de processo licitatório e de violação de sigilo em licitação, previstos, respectivamente, nos arts. 337-I e 337-J do Código Penal.

O crime do art. 337-I se configura com a conduta de “**impedir, perturbar ou fraudar** a realização de qualquer ato de processo licitatório” (BRASIL, 1940, grifo nosso). Por seu turno, o do art. 337-J, com a ação de “**devassar** o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou **proporcionar** a terceiro o ensejo de devassá-lo” (BRASIL, 1940, grifo nosso). Ao primeiro, é prevista a pena de detenção, de 6 meses a 3 anos, e multa; ao segundo, a de detenção, de 2 anos a 3 anos, e multa.

Prosseguindo, temos o crime de afastamento de licitante, contido no art. 337-K, único delito do capítulo em que se observam a violência ou a grave ameaça como elementos típicos.

O tipo penal do art. 337-K se consubstancia com as ações de “**afastar** ou **tentar afastar** licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento

de vantagem de qualquer tipo” (BRASIL, 1940, grifo nosso) ou, alternativamente, com as de se abster ou desistir de “licitar em razão de vantagem oferecida” (parágrafo único) (BRASIL, 1940).

A pena aqui é a de reclusão, de 3 anos a 5 anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Após, vemos talvez o mais amplo e comum dos crimes em licitações em contratos, qual seja o de fraude em licitação ou contrato, previsto no atual art. 337-L do Código Penal.

Esse tipo penal, consistente basicamente em “**fraudar**, em prejuízo da administração pública, licitação ou contrato dela decorrente” (BRASIL, 1940, grifo nosso), apresenta um rol exemplificativo de condutas e comportamentos a partir dos quais pode restar configurado, a saber:

- I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;
- II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;
- III – entrega de uma mercadoria por outra;
- IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;
- V – **qualquer meio fraudulento** que torne injustamente mais onerosa para a administração pública a proposta ou a execução do contrato (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Avançando um pouco mais, temos o crime de contratação inidônea, que possui uma forma simples, prevista no *caput* do art. 337-M, e uma forma qualificada, prevista no parágrafo segundo do mesmo artigo (BRASIL, 1940).

Com efeito, incorre na forma simples do referido delito aquele que meramente “**admitir** à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo” (BRASIL, 1940, grifo nosso), o que nos leva a crer tratar-se de crime formal (isto é, que não exige resultado naturalístico). Lado outro, incorre na forma qualificada aquele que efetivamente “**celebrar** contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo” (BRASIL, 1940, grifo nosso), sugerindo, aqui, tratar-se de crime material. Ambas as formas são punidas com pena de reclusão, sendo a primeira de 1 a 3 anos e multa; e a segunda, de 3 a 6 anos e multa.

Além disso, o parágrafo segundo, também do art. 337-M, prevê uma forma especial do delito cujo sujeito ativo é o próprio particular, e não a autoridade competente para a contratação. Prevê o dispositivo mencionado que “incide na mesma pena do *caput* deste artigo **aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação** e, na mesma pena do § 1º deste artigo, **aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a administração pública**” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Por fim, mas não com menor importância, está o tipo penal referente à conduta de “**obstar, impedir ou dificultar** injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito” (BRASIL, 1940, grifo nosso).

Trata-se, pois, do crime de impedimento indevido, previsto no art. 337-N do Código Penal e punido com reclusão, de 6 meses a 2 anos, e multa.

Antes de encerrarmos, não podemos deixar de fazer menção ao art. 337-P, também inaugurado pela Lei nº 14.133/2021, que, acerca da pena de multa cominada aos crimes em licitações e contratos administrativos que acima estudamos, estabelece que tal sanção pecuniária seguirá a metodologia de cálculo prevista no próprio Código Penal, não podendo ser inferior a 2% do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.

É isso o que havíamos para relatar sobre o tema, cujos contornos doutrinários e jurisprudenciais certamente serão melhor desenvolvidos nos próximos anos.

3 Conclusão

A Lei nº 14.133/2021, a Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), estipulou novas regras para as licitações e contratos firmados junto à administração pública. Dentre essas regras, encontram-se os tipos penais, que são estritamente o objeto de estudo do presente capítulo.

São incontáveis os casos que envolvem fraudes, com benefícios impróprios e duvidosos entre os agentes públicos e particulares. À vista disso, para além das perspectivas cíveis e administrativas, a Lei nº 8.666/1993 já havia estabelecido tipos penais referentes às licitações e contratos públicos. Todavia, a Lei nº 14.133/2021 inaugurou crimes – que substituíram de imediato os

crimes previstos na lei anterior – que estão descritos do art. 337-E ao 337-O, do Capítulo II-B, do Código Penal, e não no seu próprio texto, como na Lei nº 8.666/1993.

Podemos dizer que houve um robustecimento na tratativa de crimes licitatórios na NLLC, primordialmente no que se refere às suas penas. Se comparados os tipos penais estabelecidos pela lei anterior – Lei nº 8.666/1993 – e pela atual – Lei nº 14.133/2021 – é possível compreender que o seguimento normativo veio assistido, quase em sua totalidade, por maior rigor na punição.

Portanto, sem a intenção de esgotar o tema das inovações penais trazidas, pode-se dizer que as alterações introduzidas pela NLLC foram positivas, porque os desvios de dinheiro público ocorrem majoritariamente na seara de licitações. Entendemos que essas mudanças significativas surgiram no intuito de desestimular e punir com maior rigor as possíveis violações em licitações e contratos públicos em que a lei, há muito, deveria ter sido endurecida.

Referências

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 17 jul. 2022.



edições câmara
ESTUDOS E DEBATES

