

[E-book]

# **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**

**Joel de Menezes Niebuhr (Coordenador)**

Salomão Antonio Ribas Junior  
Pedro de Menezes Niebuhr  
Cauê Vecchia Luzia  
Eduardo de Carvalho Rêgo  
Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz  
Luiz Eduardo Altenburg de Assis  
Renan Fontana Ferraz  
Isaac Kofi Medeiros  
Gustavo Ramos da Silva Quint  
Murillo Preve Cardoso de Oliveira  
Fernanda Santos Schramm

# **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**

## **Autores**

Joel de Menezes Niebuhr (Coordenador)

Salomão Antonio Ribas Junior

Pedro de Menezes Niebuhr

Cauê Vecchia Luzia

Eduardo de Carvalho Rêgo

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz

Luiz Eduardo Altenburg de Assis

Renan Fontana Ferraz

Isaac Kofi Medeiros

Gustavo Ramos da Silva Quint

Murillo Preve Cardoso de Oliveira

Fernanda Santos Schramm

1<sup>a</sup> Edição

# Sumário

## Apresentação

Joel de Menezes Niebuhr.....	5
------------------------------	---

## Capítulo 1 - Vigência e Regime de Transição

Joel de Menezes Niebuhr.....	07
------------------------------	----

## Capítulo 2 - Princípios Jurídicos Previstos no Projeto da Nova Lei de Licitações

Eduardo de Carvalho Rêgo.....	17
-------------------------------	----

## Capítulo 3 - Fase Preparatória das Licitações

Joel de Menezes Niebuhr.....	30
------------------------------	----

## Capítulo 4 - Licitações Sustentáveis

Pedro Niebuhr.....	45
--------------------	----

## Capítulo 5 - Regime de Execução

Gustavo Ramos da Silva Quint.....	58
-----------------------------------	----

## Capítulo 6 - Modalidades de Licitação e Procedimentos Auxiliares

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz.....	68
------------------------------------	----

<b>Capítulo 7 - Critérios de Julgamento das Propostas</b>	
Isaac Kofi Medeiros.....	80
<b>Capítulo 8 - Alteração dos Contratos Administrativos</b>	
Luiz Eduardo Altenburg de Assis.....	91
<b>Capítulo 9 - Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas</b>	
Cauê Vecchia Luzia.....	101
<b>Capítulo 10 - Reabilitação das Empresas Sancionadas</b>	
Fernanda Santos Schramm.....	112
<b>Capítulo 11 - Do Controle das Contratações</b>	
Salomão Ribas Junior.....	119
<b>Capítulo 12 - Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias</b>	
Murillo Preve Cardoso de Oliveira.....	126
<b>Capítulo 13 - Alteração no Código de Processo Civil: Tramitação Prioritária dos Procedimentos Judiciais em que se Discute a Aplicação da Lei de Licitações</b>	
Renan Fontana Ferraz.....	140

# Apresentação

O projeto da nova lei de licitações e contratos (PL n. 4253/2020) está sendo discutido há anos, passou pela Câmara dos Deputados em 17/09/2019 e só começou a tramitar no Senado em 02/12/2020. Em pouco mais de uma semana, de modo totalmente inesperado, foi levado ao Plenário do Senado e aprovado em 10/12/2020, sem modificações significativas em relação ao que veio da Câmara dos Deputados.

O texto do projeto ainda precisa ser consolidado pelo Senado e remetido à Presidência da República para a sanção, sendo possível o veto total ou parcial. Logo, o processo legislativo não se encerrou, embora esteja em fase adiantadíssima. O fato é que hoje ainda não se tem a nova lei de licitações e contratos, porém se está muito perto de tê-la.

Licitações e contratos administrativos são assuntos de extrema relevância, porque é por meio deles que a Administração Pública dispõe de insumos, materiais, serviços e obras para a realização de suas atividades. O projeto da nova lei é impactante na medida em que promove mudanças substanciais no cotidiano de milhares de órgãos e entidades administrativas e nas milhares de empresas que contratam com a Administração Pública. A aprovação a toque de caixa pelo Senado pegou todos de surpresa e, como é natural, quer-se conhecer logo as nuances do texto aprovado.

A intenção deste livro é a de compartilhar as primeiras reflexões dos autores sobre o projeto da nova lei, abordando-o de forma sistematizada, mesmo antes da conclusão do processo legislativo, sobretudo diante da perspectiva da iminente sanção presidencial. Não se trata de obra definitiva, se é que existem obras sobre licitações e contratos administrativos definitivas.

Os autores são advogados que compõem o Núcleo de Licitações e Contratos do escritório Menezes Niebuhr Sociedade de Advogados, à exceção de Fernanda Santos Schramm, que fez parte da mesma equipe e hoje exerce a função de Diretora de Integridade e Governança da Secretaria de Integridade e Governança do Estado de Santa Catarina. Todos trabalham cotidianamente com licitações e contratos e já vinham por anos, inclusive academicamente, acompanhado as discussões sobre o projeto da nova lei.

Aliás, é bom frisar que o projeto aprovado prevê que a nova lei entra em vigência na data da sua publicação, sem período de vacância. O tempo urge, embora o projeto

tenha estabelecido um inusitado período de dois anos de convivência da nova lei com a Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002 e a Lei n. 12.462/2001 (RDC) – tema enfrentado no primeiro capítulo deste livro.

O projeto aprovado está muito longe do ideal, a Administração Pública merecia algo melhor, especialmente depois de décadas sofrendo nas mãos da Lei n. 8.666/1993. Há avanços pontuais, entretanto o projeto reproduz a mesma gênese excessivamente burocrática, excessivamente formalista e excessivamente desconfiada da Lei n. 8.666/1993. Esse é o maior pecado de um projeto que caiu na armadilha burocrática de tratar tudo em pormenor, de engessar e amarrar, de exigir punhados de justificativas para qualquer coisa, documentos e mais documentos, até para compras simples e usuais.

E o pior é que a nova lei é considerada norma geral e se aplica na mesma medida para todos os entes federativos, salvo para as estatais, sujeitas à Lei n. 13.303/2016. O projeto aprovado até se poderia ter como exequível e fazer sentido para a Esplanada dos Ministérios, contudo é distante da realidade da Administração Pública nacional, notadamente dos milhares de pequenos e médios municípios brasileiros, que não contam com receita, estrutura adequada e braços qualificados.

Vida que segue, não adianta ficar reclamando, o projeto foi aprovado pela Câmara e pelo Senado e é quase certo que seja sancionado. Agora é estudar, abraçar-se ao que ele tem de bom e construir uma interpretação positiva que mire o futuro.

Florianópolis, 15/12/2020.

**Joel de Menezes Niebuhr**

# Capítulo 1

## Vigência e Regime de Transição

Joel de Menezes Niebuhr

Advogado. Doutor em Direito pela PUC/SP. Autor de diversas obras, dentre as quais “Pregão Presencial e Eletrônico” (8<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019) e “Licitação Pública e Contrato Administrativo” (4<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015).

### 1.1 Vigência

O artigo 191 do projeto da nova lei de licitações prescreve que ela entra em vigor logo que sancionada e publicada. Portanto, não haverá a chamada *vacatio legis* (vacância da lei), cuja regra geral, conforme o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é de 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação. Esse prazo de vacância costuma ser dado para que as pessoas tenham tempo de compreender a lei nova e adequarem os seus comportamentos a ela. No caso da nova lei de licitações, a vigência será imediata, o que significa que com a publicação ela já estará apta a produzir efeitos, ou seja, ela poderá ser aplicada pela Administração imediatamente.

### 1.2 Período de convivência entre a nova lei e o regime anterior

Sem embargo, o legislador previu que a nova lei, uma vez sancionada e publicada, conviverá por dois anos com as leis que compõem o regime antigo. A Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002, que trata da modalidade pregão, e os dispositivos da Lei n. 12.462/2001 que versam sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, somente serão revogados depois de 2 (dois) anos da publicação da nova lei. Ou seja, haverá dois anos de convívio entre os regimes antigo e novo de licitação e contratação.

Quer dizer que durante esses dois anos a nova lei será vigente ao mesmo tempo da Lei n. 8.666/1993, da Lei n. 10.520/2002 e dos dispositivos da Lei n. 12.462/2012 sobre licitações e contratos. Nesse intervalo de tempo, a Administração poderá aplicar qualquer dos regimes, o antigo ou o novo, conforme sua preferência. Isso fica muito claro no § 2º do artigo 191 do projeto da nova lei de licitações, cuja redação é a seguinte:

Art. 191 [...] § 2º Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do *caput* do art. 190, a Administração poderá optar por licitar de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção

escolhida deverá ser indicada expressamente no edital, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Portanto, durante os dois anos que seguem à publicação da nova lei a Administração dispõe de três opções: (i) aplicar o regime novo, (ii) aplicar o regime antigo ou (iii) alternar os regimes, ora promovendo licitações sob o regime antigo e ora promovendo licitações sob o regime novo.

Na prática, é permitido à Administração permanecer com o regime antigo de licitações e contratos por até dois anos, tempo bem alargado. Supõe-se que neste intervalo a Administração faça os estudos necessários sobre a nova lei, adapte os seus processos internos, qualifique os seus servidores e passe a aplicar o novo regime.

No entanto, repita-se que a nova lei já entra em vigência com a sua publicação, o que significa que desde então é permitido à Administração adotá-la. Logo, as entidades e órgãos que se sentirem preparados estão autorizados a passar a adotar o novo regime a partir de quando entenderem conveniente. Não precisam esperar os dois anos.

Essa solução é muito parecida com a oferecida pelo Legislador na Lei n. 13.303/2016, que disciplina as estatais, inclusive suas licitações e contratos, como preceitua o seu artigo 91<sup>1</sup>. No caso das estatais, a maioria resolveu mexer-se em cima do laço, quando os 2 (dois) anos já estavam prestes a vencer. Nada impede que aconteça o mesmo com a nova lei de licitações.

Há, no entanto, uma diferença importante no projeto da nova lei de licitações em comparação com a Lei n. 13.303/2016: as estatais tinham o prazo para passarem a adotar a nova lei. Num dado momento, passavam a adotar a Lei n. 13.303/2016 e deixavam o regime antigo, mesmo que o fizessem antes dos 2 (dois) anos. Não lhes foi permitido usar os dois regimes ao mesmo tempo.

O projeto da nova lei de licitações inovou nesse sentido, porque permitiu que a Administração vá adotando o regime novo paulatinamente, sem se obrigar a abandonar de vez o antigo, pelo menos dentro desse prazo de 2 (dois) anos. Noutras palavras, é permitido lançar licitação pela Lei n. 8.666/1993 e outra pelo regime novo, ir alternando os regimes, como melhor aprovável, desde que o edital deixe claro qual o regime é utilizado. O proibido é lançar licitação com uma espécie de simbiose dos dois regimes, um pouco de cada.

Portanto, o fato de órgão ou entidade lançar licitação pelo regime novo não significa que abandonou totalmente o antigo. É como se fosse uma fase alongada de 2 (dois) anos de test drive, até que a Administração pegue confiança e decida de uma vez ou seja forçada a abandonar o regime antigo - o que só ocorre no final do prazo.

<sup>1</sup> Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

Projeta-se um belo salseiro nesse biênio. Uns órgãos e entidades no velho, outros no novo, outros intercalando o velho e o novo. Isso deve gerar muita insegurança jurídica para os agentes administrativos, para os licitantes e para os contratados. Períodos de transição são por si só difíceis. Este vai-e-vem inusitado do projeto da nova lei de licitações deve dificultar bem mais as coisas, embora permita à Administração certa experimentação e uma transição mais suave.

### 1.3 O regime de transição dos contratos

O § 1º do artigo 191 do projeto da nova lei de licitações preceitua que o contrato assinado antes da entrada em vigor da lei nova continua seguindo o regime antigo, até porque se configura como ato jurídico perfeito, não podendo ser alterado pela lei nova, como reconhece o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Daí que tudo que foi contratado até a publicação da lei nova segue o regime antigo, baseado na Lei n. 8.666/1993.

Em adição, o § 3º do mesmo artigo 191 esclarece que, mesmo depois da entrada em vigência da nova lei, nas situações em que a Administração preferir licitar com o regime antigo, dentro dos 2 (dois) anos autorizados pelo § 2º do mesmo artigo 191, os contratos que lhe sejam decorrentes seguem o regime antigo.

A regra é relativamente simples: o regime do contrato segue o regime da licitação, porque o contrato é vinculado à licitação. Se a licitação é pelo regime antigo, o contrato, da mesma forma, é pelo regime antigo. Licitado pelo regime novo, o contrato segue o regime novo.

Sendo assim, pode vir a ocorrer de a licitação ser concluída antes do marco final de 2 (dois) anos e demorar-se para assinar o contrato, por qualquer razão, de modo que passe o prazo sem que ele tenha sido adequadamente formalizado. O contrato, nesse caso, deve seguir o mesmo regime antigo, que foi o adotado na licitação, em vista do § 3º do artigo 191 do projeto da nova lei de licitações. Não há impedimento de que seja assinado sob o regime antigo depois que decorridos os 2 (dois) anos.

O mesmo raciocínio se aplica para os registros de preços. Suponha-se licitação para registro de preços iniciada e concluída dentro do prazo de 2 (dois) anos. A ata de registro de preços pode perfeitamente ser assinada depois do biênio e os contratos dela decorrentes da mesma forma. O fundamental é o regime da licitação, que se aplica sobre tudo o que decorre e está vinculado a ela, tanto ata de registro de preços, quanto os respectivos contratos.

A redação do § 3º do artigo 191 do projeto da nova lei de licitações causa controvérsia, porque prescreve que, se a licitação segue o regime antigo, “o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência”. Ou seja, previu-se que o contrato segue enquanto for vigente. A dúvida é se a vigência, por sua vez, pode ser estendida.

A resposta é positiva, porque a Lei n. 8.666/1993 prevê situações em que o prazo

de vigência pode ser prorrogado. Além disso, a prorrogação do prazo de vigência pressupõe que ele não tenha se exaurido. Ou seja, o contrato não perde a vigência e depois é prorrogado. Ele é prorrogado dentro da sua vigência, por efeito do que a prorrogação não representa solução de continuidade de vigência, o contrato prorrogado, para que pudesse ser prorrogado, jamais deixou de ser vigente.

O resultado prático é que contratos podem ser firmados em acordo com o regime antigo dentro do prazo de 2 (dois) anos da publicação da nova lei ou mesmo depois, se as licitações respectivas forem iniciadas dentro desse biênio, sendo que, uma vez firmados, podem ser prorrogados segundo as disposições da Lei n. 8.666/1993.

Isso significa, prosseguindo com projeções práticas, mesmo que a lei nova entre em vigor na data da sua publicação, que contratos sejam firmados em meados de 2023 sob o regime antigo e sem seguir a lei nova. E que esses contratos, firmados sob o regime antigo, seguem assim até o seu final e que inclusive, nas hipóteses permitidas pelo regime antigo, sejam prorrogados. Por exemplo, no caso de serviços contínuos, cujo inciso II do artigo 57 da Lei n. 8.666/1993 permite prorrogações sucessivas até 60 (sessenta) meses, é bem possível que seja prorrogado em 2024, 2025, 2026, 2027, encerrando-se apenas em 2028. Também é permitido, se configurada alguma excepcionalidade, que seja prorrogado ainda por outros 12 (doze) meses, como autoriza o § 4º do artigo 57, chegando, então, a 2029.

A transição será longa. O regime antigo, baseado na Lei n. 8.666/1993, ainda permanecerá produzindo efeitos por muitos anos.

#### **1.4 Licitações sob o regime antigo iniciadas e não concluídas no biênio**

Haverá um sem número de licitações em curso antes da entrada em vigor da lei nova. Essas licitações prosseguem em acordo com os seus regimes, não mudam no meio do caminho, até porque o inciso II do artigo 190 do projeto da nova lei de licitações prescreve que o regime antigo só é revogado depois de 2 (dois) anos. Significa que licitações em curso não precisam ser desfeitas no meio do caminho. Elas seguem, são concluídas, os contratos assinados e executados normalmente, tudo pelo regime antigo.

A dúvida surge quando da revogação do regime antigo, no prazo de 2 (dois) anos. O ponto é que, nesse momento, é de projetar que muitas licitações realizadas sob o regime antigo ainda estejam em curso, não tenham sido concluídas.

O projeto da nova lei de licitações não é claro sobre o assunto, mas o § 2º do seu artigo 191 prescreve que, dentro dos 2 (dois) anos, é permitido licitar pelo regime antigo. Na sequência, o § 3º do mesmo artigo prescreve que, nessas situações, “o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência”.

Ora, como o § 2º do artigo 191 do projeto da nova lei de licitações autoriza licitar sob o regime antigo dentro do biênio, é razoável entender que as licitações que

tenham sido iniciadas possam ser concluídas e os respectivos contratos assinados, ainda que vencido o biênio e o regime antigo revogado. O argumento-chave é que a autorização para licitar pelo regime antigo dentro do biênio dada pelo § 2º do artigo 191 traz implícita a autorização para concluir a licitação e assinar o contrato que lhe seja decorrente.

Essa interpretação é a que melhor se harmoniza à segurança jurídica. Na hipótese contrária, as licitações sob o regime antigo em curso e não concluídas no biênio ficariam pelo meio do caminho, teriam de ser desfeitas e a Administração perderia todo o trabalho realizado. Teria de começar tudo de novo, sob o novo regime.

O importante, sob essa premissa, é que as licitações tenham sido iniciadas dentro do prazo de 2 (dois) anos a contar da publicação da nova lei. Se iniciadas sob o regime antigo, como autoriza o § 2º do artigo 191 do projeto da nova lei de licitações, seguem o regime antigo até o seu final, pouco importa que o prazo de 2 (dois) anos venha a ser exaurir no meio do caminho.

Sendo assim, a dúvida que surge é sobre o momento em que se inicia uma licitação. Há, pelos menos, duas possibilidades de interpretação. Pode-se compreender que a licitação se inicia com a abertura do processo administrativo referente à sua etapa preparatória ou que a licitação se inicia apenas com a publicação do edital.

A questão é relevante, tem repercussão prática, porque pode ser que a etapa preparatória seja aberta e avance sob o regime antigo dentro do biênio e o edital não seja publicado a tempo. É preciso saber se esse edital, que foi preparado durante o biênio sob o regime antigo, pode ser publicado pelo regime antigo mesmo depois que ele tenha sido revogado, findo o biênio. Em caso negativo, a fase preparatória teria de ser refeita ou, na melhor hipótese, revisada e adequada ao regime novo.

Repita-se que a questão é saber quando que se considera que se inicia uma licitação. De acordo com o artigo 17 do projeto da nova lei, o processo licitatório inicia-se na etapa preparatória, referida no seu inciso I, seguido pela divulgação do edital, conforme inciso II. Noutros termos, quando aberto o processo administrativo para a preparação da licitação considera-se que esta foi iniciada. A publicação do edital dá início à fase externa da licitação, não à licitação no seu todo.

Sendo assim, a conclusão é que as licitações cujas etapas preparatórias tenham sido iniciadas no biênio sob o regime antigo, ainda que os editais não tenham sido publicados, podem prosseguir sob o seu regime inicial mesmo depois do encerramento do biênio.

Essa conclusão, entretanto, leva ao inusitado de editais serem publicados sob o regime antigo mesmo depois da sua revogação, encerrado o biênio. Isso pode vir a acontecer porque as licitações referentes aos sobreditos editais foram iniciadas antes da revogação do regime antigo.

Mais inusitado ainda, em tese isso pode vir a ocorrer meses ou anos depois da revogação do regime antigo. Poder-se-ia abrir a etapa preparatória sob o regime antigo, iniciar a confecção de projeto básico, que consome meses para ser finalizado. Só depois é que a etapa preparatória avança e suas demais providências são ultimadas. Talvez tudo isso, a depender do caso, se estenda por mais de um ano. Pelo critério pouco importa: se a licitação iniciou pelo regime antigo, ela segue o regime antigo.

Registre-se, contudo, que o Tribunal de Contas da União externou entendimento contrário em situação muito parecida, relativa à transição para a aplicação pelas estatais da Lei n. 13.303/2016, que também concedeu o prazo de 2 (dois) anos e também permitiu que licitações iniciadas neste prazo sob o regime antigo prosseguissem com o mesmo regime. Transcreve-se as razões da Corte de Contas:

15. O mencionado decreto, no § 2º do art. 71, deixou assente a permissão da “utilização da legislação anterior para os procedimentos licitatórios e contratos iniciados ou celebrados até a edição do regulamento interno referido no § 1º ou até o dia 30 de junho de 2018, o que ocorrer primeiro”, ou seja, enquanto as adaptações não fossem promovidas, dentro do prazo limite de 24 meses, poderia ser aplicada a lei antiga.

16. Apesar dessa controvérsia ter perdido importância, uma vez decorrido neste momento o prazo máximo de transição previsto em lei, a equipe técnica deste Tribunal identificou que os procedimentos licitatórios do “Edital de Concorrência 02/2018 do Metrô-DF”, tiveram como base a Lei n. 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública), em detrimento da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais).

17. A essência da discussão está no fato de o legislador não ter explicitado se esse início do procedimento licitatório se refere à sua efetiva publicação ou ao começo do planejamento da licitação, em sua fase interna/preparatória. No presente caso, os estudos para as obras se iniciaram em 2014 (Evidência 4).

18. Entendo não haver dúvida em relação ao momento a ser considerado como de início do procedimento, isso porque não se pode ampliar a interpretação de concessão dada pelo legislador para uma transição de normativos. Com isso, a melhor interpretação é a de que a transição vale para licitações que tiveram seu edital “publicado” entre a edição do regulamento interno referido no § 1º ou até o dia 30 de junho de 2018, o que ocorrer primeiro.

19. E os motivos para essa interpretação são simples. Em primeiro lugar, não seria razoável supor que o legislador fornecesse tempo indeterminado para a utilização da lei antiga, pois, caso prevalecesse a tese encampada pela equipe técnica do Metrô, qualquer objeto que tivesse seus estudos iniciados anteriormente à data de publicação da Lei 13.303, 1º/7/2016, poderia ser licitado por uma empresa estatal com

base na Lei 8.666/1993, mesmo que decorrido um prazo elevado. Seria ampliar em demasia uma flexibilidade pensada pelo legislador para harmonizar a transição dos comandos de uma lei nova.

20. Em segundo, o prazo de dois anos definido para a mencionada transição foi suficiente para que todos os procedimentos de adaptação tivessem sido incorporados pelas estatais, seja em relação à definição de seus regulamentos internos, seja no tocante aos ajustes dos estudos desenvolvidos na fase interna. Não seria razoável a alegação de que houve surpresa para a equipe técnica por comandos exigidos em uma nova lei ou de que haveria custos de ajustes para um suposto “inédito” normativo, decorridos 24 meses de sua publicação.

21. Em terceiro, é da data de publicação do edital que as empresas concorrentes têm ciência do objeto a ser licitado e, automaticamente, começam a investir recursos na preparação de suas propostas. A preservação dos comandos contidos em lei anterior visou manter o equilíbrio econômico nos contratos firmados pela Administração com particulares no interregno transitório. Passado esse período, natural que as empresas submetidas à nova lei já tivessem adaptado todos os seus procedimentos.<sup>2</sup>

Insista-se que a situação é muito parecida com a do projeto da nova lei de licitações e o Tribunal de Contas da União deixou claro o seu entendimento de que apenas as licitações com editais publicados podem prosseguir ao final do prazo de 2 (dois) anos. Quer dizer que, na visão do Tribunal de Contas da União, diferente da aqui defendida, as licitações cujas etapas preparatórias tenham sido iniciadas no biênio, porém não concluídas e os editais não publicados, não poderão mais sê-lo com o encerramento do biênio. As etapas preparatórias terão de ser revistas e adaptadas, porque os editais terão de seguir e serem publicados sob o regime novo depois de encerrados os 2 (dois) anos.

A interpretação do Tribunal de Contas da União é equivocada, porque os seus argumentos são de conveniência e não jurídicos. Pode-se até concordar com o juízo de conveniência do Tribunal de Contas da União, porém, concordando-se ou não, ele continua sendo um juízo de conveniência e não jurídico. E o fato é que esses juízos de conveniência cabem ao Legislador, que gozou de liberdade para definir os critérios e os parâmetros que lhe parecessem mais adequados. O Tribunal de Contas da União e qualquer outro órgão de controle deveria se contentar em exigir a aplicação dos critérios e parâmetros definidos pelo legislador e não em revisá-los sob a sua própria perspectiva, pouco importando se o Legislador andou bem ou mal. Órgão de controle, por mais prestigiado que seja, não é instância de revisão legislativa.

Como transscrito, o Tribunal de Contas da União sinaliza três argumentos para a sua interpretação. O primeiro é que “não seria razoável supor que o legislador

2 TCU, Acórdão nº 2279/2019, Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Julg. 25/09/2019.

fornecesse tempo indeterminado para a utilização da lei antiga [...]” Ora, por que não seria razoável? É totalmente legítimo e, a depender da perspectiva, sim razoável dar tempo mais alargado para a transição entre os regimes. O segundo argumento é que o prazo de 2 (dois) anos seria suficiente. Mais uma vez está diante de juízo de mera conveniência, sobre qual o período que seria suficiente para a transição. O terceiro argumento é que só com a publicação do edital as empresas começam a preparar-se e a investir para participar da licitação e a intenção do legislador teria sido manter o equilíbrio econômico-financeiro de contratos. Esse terceiro argumento não faz sentido nenhum, porque o prazo de transição não mira empresas e sim a Administração, na hipótese do Acórdão as estatais, e porque esse prazo não tem nada a ver com equilíbrio econômico-financeiro de contratos.

Todos os três argumentos do Tribunal de Contas da União tangenciaram o fato de que o § 2º do artigo 71 a Lei n. 13.303/2016 autoriza o emprego do regime antigo às licitações iniciadas no prazo de dois anos da publicação da Lei n. 13.303/2016 – opção muito semelhante à externada no § 2º do artigo 191 do projeto da nova lei de licitações, ainda que com redação diferente. Todos os três argumentos tangenciam o fato de que a licitação não se inicia com a publicação do edital, porém com a abertura do respectivo processo administrativo, já na sua fase preparatória. Apesar da divergência, que o leitor tenha claro o entendimento do Tribunal de Contas da União.

## 1.5 Contratação direta

Os casos de contratação direta não tiveram a mesma atenção do legislador em relação ao regime de transição.

De plano, assinala-se que contratos firmados por dispensa ou inexigibilidade antes da vigência da lei nova seguem até os seus termos finais, de acordo com as suas disposições e com o regime em razão dos quais foram firmados, tudo em alinho ao § 1º do artigo 191 do projeto da nova lei de licitações.

Coisa diferente ocorre com os processos de contratação direta em curso quando da entrada em vigência da nova lei. Salienta-se que, conforme o § 2º do artigo 191 do projeto da nova lei de licitações, dentro do prazo de 2 (dois) anos, “[...] a Administração poderá optar por licitar [...]” pelo regime antigo. O legislador, nesse prazo de 2 (dois) anos, não abriu a possibilidade de contratar diretamente pelo regime antigo. Autorizou apenas a realização de licitações e não de processos de contratação direta.

Diante dos termos usados pelo legislador, como não se admite que a lei contenha palavras inúteis, não é permitido realizar procedimento para a contratação direta em acordo com o regime anterior depois que a lei nova for publicada. Significa dizer que as disposições sobre contratação direta da lei nova aplicam-se imediatamente, desde sua entrada em vigência, não sendo permitido aplicar o regime de contratação direta da Lei n. 8.666/1993 para novas contratações. Aqui, no tocante às contratações diretas, as normas da Lei n. 8.666/1993 são revogadas

imediatamente com a publicação da lei nova, o que deve agradar a maioria da Administração, porque as hipóteses de contratação direta foram, no geral, ampliadas, inclusive as dispensas pelo valor dos futuros contratos, cujos valores foram fixados em R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para o que não envolve engenharia.

### **1.6 A revogação imediata dos crimes da Lei n. 8.666/1993**

Em tom diferente, sem qualquer período de transição, o inciso I do artigo 190 do projeto da nova lei de licitações prescreve que os artigos 89 a 108 da Lei n. 8.666/1993 serão revogados na data da publicação da nova lei. Quer dizer que a seção dedicada aos crimes e às penas da Lei n. 8.666/1993, que corresponde aos artigos 89 a 99, e a seção que trata do processo e do procedimento judicial, que corresponde aos artigos 100 a 108, saem de cena imediatamente. É que o projeto da nova lei de licitações promove no seu artigo 178 uma série de alterações no Código Penal, instituindo o Capítulo II-B, intitulado “Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos”, com aumento substancial das penas. Então, os crimes em licitações e contratos deixam de ser tratados na lei de licitações e contratos e são inseridos no Código Penal.

### **1.7 Regras especiais para municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes**

O projeto da nova lei de licitações estabelece uma série de obrigações e procedimentos novos para a Administração Pública Nacional, para todos os órgãos e entidades, de todas as esferas federativas, salvo para as estatais, disciplinadas pela Lei n. 13.303/2016.

Muitas dessas obrigações e procedimentos novos são especialmente difíceis de serem cumpridos pelos órgãos e entidades menos estruturados, como ocorre com a maioria dos municípios de médio e pequeno porte. Por essa razão, o artigo 175 do projeto da nova lei de licitações concede prazo adicional de 6 (seis) anos para o que os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes cumpram os requisitos dos artigos 7º e 8º do projeto da nova lei de licitações, relacionados aos agentes responsáveis pela condução das licitações e à segregação de funções, à obrigatoriedade de licitações eletrônicas e às regras sobre divulgação em sítio eletrônico.

Esse prazo é muito extenso, parece exagerado 6 (seis) anos, sobretudo para licitar de modo eletrônico e usar diário oficial eletrônico, o que não é nada demais e já vem sendo empregado por quase todos, como, inclusive é exigido pelo § 3º do artigo 1º do Decreto Federal n. 10.024/2019 em relação às transferências voluntárias, que devem ser licitadas por meio de pregão eletrônico.

No mesmo passo, para a aplicar a nova lei, todos os entes terão de se estruturar e contar com gente qualificada. Não faz sentido dispensar os municípios menores da obrigação de contar com gente qualificada e, ao mesmo tempo, exigir deles o cumprimento de todas as obrigações e procedimentos novos. Sem gente qualificada, não conseguirão cumprí-los.

Talvez a maior utilidade do artigo 175 seja adiar por 6 (seis) anos a obrigação dos municípios de tomar as medidas para a segregação de funções, em conformidade com o § 1º do artigo 7º, cujo texto veda “[...] a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos [...]”. É que, para cumprir essa ordem, os municípios precisariam ampliar os seus quadros, difícil de se fazer em curto ou médio espaço de tempo, por todas as restrições financeiras enfrentadas.

O parágrafo único do mesmo artigo 175 prescreve aos Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes que, enquanto não se inserirem no Portal Nacional de Contratações Públicas, devem publicar em diário oficial as informações exigidas pelo projeto da nova lei de licitações e disponibilizar as versões físicas dos documentos em suas repartições. A propósito, o Portal é previsto no artigo 174 do projeto da nova lei de licitações e deve servir para centralizar a divulgação eletrônica de todos os atos tocantes às licitações e contratos em âmbito nacional, o que representa medida audaciosa e muito positiva na direção de maior transparência.

# Capítulo 2

## Princípios Jurídicos Previstos no Projeto da Nova Lei de Licitações

Eduardo de Carvalho Rêgo

Advogado. Doutor e Mestre em Direito pela UFSC. Professor de cursos de pós-graduação. Autor de artigos publicados em revistas especializadas e do livro *A não-recepção das normas pré-constitucionais pela constituição superveniente* (Empório do Direito, 2015).

### 2.1 Breves considerações sobre os princípios jurídicos

Costuma-se dizer que os princípios são os fundamentos gerais, ou os cânones estruturantes, de uma determinada disciplina jurídica. Sem eles, não é possível compreender a lógica operacional por trás de grandes e pequenos regulamentos, sendo plausível afirmar que a sua ausência ou ignorância pode acabar conduzindo a aplicação das normas jurídicas ao mero arbítrio.

No Direito Administrativo, ramo que engloba as licitações públicas, são cânones básicos a legalidade, a imparcialidade, a supremacia do interesse público, a razoabilidade, entre muitos outros. Tais princípios orientam a atividade administrativa e seus respectivos controladores, alertando-os de que a interpretação de uma norma jurídica da lei de licitações não pode ser empreendida contrariamente à imparcialidade ou ao interesse público, por exemplo.

Entretanto, é importante realçar que os princípios não são apenas ferramentas hermenêuticas ou, dito de forma mais simples, critérios interpretativos colocados à disposição do exegeta em sua atuação quotidiana. Desde há muito, os princípios são considerados, eles mesmos, normas jurídicas dotadas de força coativa. Em obra seminal sobre o conceito de princípios constitucionais, Ruy Samuel Espíndola recorda que “O primeiro a afirmar a normatividade dos princípios foi Cri-safulli, que, em sólida conceituação, datada de 1952, acentuou o caráter de norma jurídica dos princípios”.<sup>1</sup>

Atualmente, pelo menos desde a publicação das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, para citar apenas dois dos principais especialistas no tema, parece haver consenso no sentido de que os princípios jurídicos, ao lado das regras, preenchem o conceito mais abrangente de “normas jurídicas”. Assim, é plenamente

<sup>1</sup> ESPÍNDOLA, R. S. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

possível, e até comum, que princípios resolvam diretamente os casos concretos, sem a necessidade da invocação de uma regra de Direito específica. Inclusive, a própria jurisprudência tem entendido que, no conflito entre regra e princípio, utilizando-se a técnica da “ponderação”, o princípio pode muito bem prevalecer, justamente por ser dotado de uma maior densidade valorativa a ser explorada no caso concreto.

Do exposto, fica desde já evidenciado que o objetivo aqui não foi aprofundar uma teoria dos princípios. Pelo contrário, o pequeno introito tem a pretensão apenas de chamar a atenção para a necessidade de não subestimar a força normativa dos princípios regentes da lei de licitações, até mesmo porque, com base neles, certamente muitas decisões judiciais serão tomadas nos casos concretos, formando a já aguardada jurisprudência aplicável à nova lei de licitações.

## 2.2 O rol do artigo 5º do projeto da nova lei de licitações

O Capítulo II do Título I do projeto da nova lei de licitações é composto exclusivamente pelo artigo 5º, que elenca um extenso rol de princípios jurídicos a estruturar as licitações públicas no Brasil. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável. Ainda, o Legislador fez questão de indicar que as disposições constantes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro integram, para todos os fins, a principalística da novel lei de licitações.

Uma vez que alguns dos princípios acima elencados possuem íntima relação entre si, procurar-se-á abordá-los, na medida do possível, de forma aglutinada, em pequenos conjuntos, na tentativa de facilitar uma melhor compreensão sobre a sua abrangência. O critério utilizado é notadamente temático e será esclarecido ao longo da exposição.

## 2.3 Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência

Como visto, a lista constante no artigo 5º do projeto da nova lei de licitações tem início com a reprodução, em ordem fidedigna, dos princípios constitucionais previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência<sup>2</sup>

Tais princípios constitucionais, que condensam os valores básicos da Administração Pública brasileira, não precisariam ter sido expressamente contemplados também no ordenamento infraconstitucional pátrio para gozarem de imperatividade perante as licitações públicas. É que, considerando a força normativa da

<sup>2</sup> “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte [...].”

Constituição Federal<sup>3</sup> , tais valores impõem-se automaticamente a todos os âmbitos regidos pelo Direito Administrativo, obviamente aí incluído o contexto das licitações e, consequentemente, das contratações públicas.

Não obstante, a presença de tais princípios no rol do artigo 5º do projeto da nova lei de licitações recentemente aprovado pelo Senado Federal reforça a sua normatividade e desperta o olhar para aspectos específicos aplicáveis às licitações, conforme será abordado nos parágrafos seguintes.

Destaca-se, inicialmente, que o *princípio da legalidade* aplicado às licitações públicas deve ser compreendido em sua acepção clássica, no sentido de que à Administração Pública só é lícito fazer aquilo que a lei determina ou, no mínimo, autoriza.

Nesse sentido, pode-se destacar dois espectros de aplicação do aludido princípio no tema das licitações públicas: o primeiro, referente ao próprio bem ou serviço licitado, que precisa ser lícito e, portanto, não ofensivo à legislação aplicável ao ente federativo licitante; o segundo, relacionado aos próprios procedimentos, ritos, modalidades etc., a serem adotados nas licitações empreendidas pelos entes públicos subordinados à lei de regência.

Assim sendo, uma licitação regida por procedimento licitatório não previsto em lei, tendente à contratação de objeto ilícito, seria duplamente afrontosa ao princípio da legalidade.

Por sua vez, o basilar *princípio da impessoalidade*, quando incide nos procedimentos licitatórios, tem em vista a necessidade premente de empreender tratamento impessoal e desinteressado em relação a todos os licitantes envolvidos no certame. É que, sendo o objetivo primordial das licitações a contratação mais vantajosa para a Administração Pública, não faria sentido uma atuação discriminatória ou tendente a favoritismos.

Com efeito, o ente licitante que, por qualquer motivo, beneficia particulares específicos vulnera o princípio da impessoalidade, pois se afasta da busca por um resultado final que seja o melhor para a Administração Pública.

O *princípio da moralidade* exige daqueles que laboram com licitações públicas uma atuação escorada na boa-fé e na honestidade, sem levar em consideração interesses que conflitem com uma noção básica de moralidade administrativa. Desvios de finalidade, trocas de favores, pagamentos de propinas, entre outros atos de corrupção, conflitam com o princípio em análise.

---

<sup>3</sup> Segundo Luís Roberto Barroso, "Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas proposas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição" (BARROSO, L. R. O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 298).

Na lição de Joel de Menezes Niebuhr:

A moralidade posta no meio administrativo quer agregar força ao princípio da legalidade, evitando que agentes administrativos deturpem as competências que lhes foram atribuídas por lei para a prática de atos incompatíveis com os valores que a sociedade considera acertados. Sobremaneira, para o Direito Administrativo, a moralidade significa harmonia com o interesse público, vetor máximo de todos os princípios e regras que o informam, revelando-se intimamente ligada à legitimidade.<sup>4</sup>

Importante mencionar que, quando se fala em moralidade administrativa, está-se a pressupor uma moralidade que se relaciona com os valores albergados pelo ordenamento jurídico (legalidade). Valores relacionados a outros âmbitos, como o social ou o religioso, por exemplo, não encontram guarida no aludido princípio.

O princípio da publicidade garante que todos os interessados na licitação pública, direta (licitantes, terceiros) ou indiretamente (cidadãos, órgãos de controle), tenham conhecimento sobre os atos nela praticados. Assim sendo, atos secretos, que não aqueles pertinentes à fase interna da licitação, são repudiados pelo aludido princípio.

Em observância ao aludido princípio, consta na Lei de Acesso à Informação que todos devem ter acesso às informações pertinentes às licitações (inciso VI do artigo 7º da Lei n. 12.527/2011).

Atualmente, na era digital, a publicidade quase sempre se dá por meio de portais eletrônicos oficiais (“portais da transparência”) e não mais por meio de jornais de circulação física ou murais de repartições públicas.

Finalmente, o princípio da eficiência exige do administrador público que atue sempre na busca de um resultado satisfatório, sem maiores apegos a formalidades vazias. Bem entendido: não se trata de abdicar da forma, que é muito importante na organização burocrática brasileira, mas, sim, trata-se de não convertê-la num fim em si mesma.

Como bem adverte Joel de Menezes Niebuhr, “A eficiência em licitação pública gira em torno de três aspectos fundamentais: preço, qualidade e celeridade”<sup>5</sup>. Assim sendo, de nada adiantaria a realização de um procedimento licitatório compatível com o princípio da legalidade, formalmente escorreito, mas que consagrou como vencedora uma proposta com preço incompatível com o mercado e com baixa qualidade na prestação de serviços.

---

4 NIEBUHR, J. de M. Licitação pública e contrato administrativo. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 57.

5 Idem, p. 55.

## 2.4 Interesse público e probidade administrativa

Os princípios do interesse público e da probidade administrativa também possuem estatura constitucional. Embora não estejam previstos num rol específico constante na Constituição Federal, são valores constitucionais inequívocos, que permeiam a atuação de todos os agentes administrativos, mormente daqueles que lidam com licitações públicas.

*Interesse público* deve ser compreendido como o interesse coletivo, da comunidade, do povo. Tem a ver com a consecução do bem comum, daquilo que está acima de individualidades. Por isso mesmo, o interesse público não se confunde com os interesses de um dado governo ou de um governante específico.

O princípio em questão pode ser analisado em contraposição ao interesse privado, na medida em que este último, por sua própria natureza, visa à prevalência de uma vontade individualizada, por vezes egoísta, e que não leva em consideração o todo. Salientando esse aspecto, Celso Antônio Bandeira de Mello chega a falar em *princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado*.<sup>6</sup>

É natural e imperativo que, nas licitações, prevaleça o interesse público em detrimento do interesse privado. Valendo-se de tal princípio, pode a Administração Pública, por exemplo, revogar uma licitação cujo resultado não tenha sido satisfatório, ou então empreender contratação emergencial dispensando a realização do certame. Tudo dependerá das circunstâncias e da demonstração da prevalência do interesse público em jogo.

A *probidade administrativa*, por sua vez, dialoga intensamente com as ideias gerais prescritas pela moralidade administrativa, obrigando o gestor público a atuar com honestidade e boa-fé. Na verdade, a probidade é o mínimo que se espera do gestor público na condução da coisa pública. Assim, aquele que não atua em observância do aludido princípio, comete ato de improbidade administrativa, coibido pela Lei n. 8.429/1992.

A título de exemplo, pode-se citar os direcionamentos e as dispensas imotivadas como situações de afronta à probidade administrativa no âmbito das licitações públicas.

## 2.5 Segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade

Para muitos, segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade seriam “princípios constitucionais implícitos”, por não estarem expressamente contemplados no texto da Constituição Federal de 1988.

Sem pretender adentrar nessa espinhosa discussão, isto é, se tratar-se-iam de princípios com envergadura constitucional ou não, cumpre reconhecer a elevada relevância

6 Cf. BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 96.

de tais princípios para o Direito Administrativo brasileiro, até pelo fato de estarem expressamente previstos no projeto da nova lei de licitações.

*Segurança jurídica* relaciona-se com a ideia de estabilidade das relações humanas e, não por acaso, veda retrocessos atinentes ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada.

Aplicando-se o princípio às licitações públicas, pode-se exemplificar ilustrando que um certame impugnado judicialmente e declarado regular por sentença transitada em julgado não pode ser posteriormente questionado por conta de simples mudança de jurisprudência.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui interessante precedente sobre licitação e segurança jurídica:

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. METODOLOGIA DE CÁLCULO DAS TARIFAS. REVISÃO TARIFÁRIA DE 2002 ATÉ 2009. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSSIBILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA. - A superveniente alteração da metodologia dos cálculos das tarifas de energia elétrica, após a constatação pelo TCU de equívocos da fórmula, não autoriza a revisão retroativa da sistemática então vigente, com a repetição dos valores pagos, em razão do ato jurídico perfeito, garantia constitucional, expressa no art. 5º, XXXVI, da CF - Ademais, o acolhimento da pretensão repetitória geraria afronta não apenas ao princípio da legalidade, mas especialmente ao da segurança jurídica, pois as fórmulas de cálculo e de reajuste das tarifas discutidas estavam previstas em lei, no edital e nos contratos firmados pelas concessionárias de energia - Precedentes do STJ e TJRS. APELO DESPROVIDO.<sup>7</sup>

De outra banda, o princípio da razoabilidade, de origem norte-americana, tem a ver com a produção de atos públicos conforme a razão, equilibrado moderado e harmoniosos<sup>8</sup>. Trata-se de uma averiguação mais rústica, que leva em consideração o senso comum, sem maiores sofisticações jurídicas.

Na licitação pública, a exigência de apresentação de documento em duplicidade é considerada desarrazoada<sup>9</sup>. De igual modo, colide com o princípio em análise a exigência de comprovação da exequibilidade da proposta exclusivamente por meio de contratos similares<sup>10</sup>.

7 TJRS, Apelação Cível 70073464539. Relator: Des. Marilene Bonzanini. Data: 25/05/2017.

8 CUNHA JÚNIOR, D. da. Curso de Direito Constitucional. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 221.

9 Cf. TRF4, Remessa Necessária 5059763-19.2015.404.7000/PR. Relator: Des. Fed. Ricardo Teixeira do Valle Pereira. Data: 11/10/2016.

10 Cf. TJSC, Apelação Cível 0107642-26.2019.8.06.0001. Relator: Des. Antônio Abelardo Benevides Moraes. Data: 16/12/2019.

Já o princípio da proporcionalidade, de origem alemã, é mais refinado. Exige do intérprete mais do que a aferição sobre a mera razoabilidade de um determinado ato jurídico. Para averiguar se um ato é ou não proporcional, doutrina e jurisprudência desenvolveram três critérios básicos: a análise sobre a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito do ato jurídico analisado.

É adequado o ato que atinge os objetivos pretendidos. É necessário o ato que utiliza os meios menos gravosos para a obtenção dos fins visados. É proporcional em sentido estrito o ato proveniente de uma ponderação racional entre o ônus imposto e o benefício final atingido.

Na lógica da licitação pública, será proporcional o ato que se apresentar adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, conforme, aliás, já assentado pela jurisprudência<sup>11</sup>.

## 2.6 Igualdade, competitividade, celeridade, economicidade, transparência e eficácia

Neste tópico, procurou-se aglutinar um conjunto de princípios que possui nítida pertinência temática entre si. Muitas vezes, significam a reafirmação de valores já abraçados pelo ordenamento jurídico e, inclusive, pelo próprio projeto da nova lei de licitações. Assim é que, sem implicar necessariamente em redundância ou excesso, igualdade, competitividade, celeridade, economicidade, transparência e eficácia podem ser lidos como facetas e desdobramentos de valores tais como impessoalidade, supremacia do interesse público, publicidade, eficiência, entre outros.

Na sequência, um breve comentário sobre cada um deles.

O princípio da igualdade está consagrado expressamente no caput do artigo 5º da Constituição Federal, que reza: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza*”.

Nas licitações públicas, a igualdade significa tratar todos os licitantes da mesma forma, concedendo-lhes oportunidades exatamente iguais. Por exemplo: se a um licitante for concedida a dilação de prazo para apresentação de uma proposta de trabalho, ou para recorrer de uma decisão administrativa, o mesmo tratamento

11 “RECURSO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO NA MODALIDADE PREGÃO ELETRÔNICO. MORA DA EMPRESA CLASSIFICADA NA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS NECESSÁRIOS À HABILITAÇÃO. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. PROIBIÇÃO DE LICITAR POR 2 (DOIS) ANOS. SANÇÃO LEGALMENTE PREVISTA NO ART. 7º DA LEI Nº 10.520/2002. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA E DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. PROPORCIONALIDADE DA GRADAÇÃO DA LIMITAÇÃO IMPOSTA. ADEQUAÇÃO E NECESSIDADE DEMONSTRADAS. RECURSO NÃO PROVIDO [...]. Sobre a referida graduação, a limitação de 2 (dois) anos aplicada à sociedade empresarial recorrente não parece desproporcional, pois é necessária e adequada à finalidade punitiva importante a resguardar a supremacia do interesse público que vige nas contratações administrativas. Dessa forma, tendo em vista o descumprimento das obrigações previstas tanto, no edital do certame, quanto na normativa aplicável, e, em prol do interesse público, entendo ser plenamente razoável a aplicação da sanção de impedimento de licitar com a administração pública estadual pelo prazo de 2 (dois) anos - Precedentes do Órgão Especial do TJCE” (TJCE, Recurso Administrativo 8507110-58.2013.8.06.0000. Relator: Des. Haroldo Correia de Oliveira Maximo. Data: 16/07/2020).

precisa necessariamente ser dispensado a todos os outros licitantes, sob pena de afronta à igualdade.

Note-se como a igualdade, embora relacionada à impessoalidade, com esta não se confunde, uma vez que o tratamento impessoal visa impedir favoritismos e benefícios aos apaniguados, enquanto a igualdade visa garantir um tratamento isonômico aos envolvidos no certame público, mesmo que não fique configurada qualquer intenção de beneficiar um ou outro licitante em específico.

O *princípio da competitividade* tem a ver com a própria natureza das licitações públicas, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Quanto mais propostas houver, maior a competitividade instalada e, por consequência, maior a chance de seleção de uma proposta satisfatória. Significa, em síntese, que os procedimentos licitatórios devem ser estruturados e conduzidos visando à atração do maior número possível de interessados, de modo a garantir a competitividade.

O *princípio da celeridade*, contemplado no projeto da nova lei de licitações, visa dinamizar o trâmite dos certames licitatórios. É assente que, sob a égide da legislação anterior (Lei n. 8.666/1993), as licitações caracterizavam-se como procedimentos demorados e complexos. É bastante improvável que a nova legislação modifique, de plano, esse cenário. Entretanto, com a consagração do princípio da celeridade, é possível exigir dos responsáveis pelas licitações que sejam mais dinâmicos em suas providências e decisões, a exemplo do que ocorreu no âmbito do Poder Judiciário com o advento do princípio da duração razoável do processo, inserido na Constituição Federal por meio de emenda.

O *princípio da economicidade* prescreve que a Administração Pública deve sempre atuar visando o resguardo do erário público, seja por meio da supressão de etapas inúteis nos procedimentos licitatórios, seja na busca por um preço menor nos contratos por ela assinados. Nesse sentido, é interessante mencionar decisão judicial que afastou alegação de fracionamento indevido da licitação, em consagração ao princípio da economicidade.<sup>12</sup>

Embora com ele possua relação, o princípio da transparência não se confunde com o princípio da publicidade. É que o princípio da transparência visa não apenas garantir a publicidade dos atos oficiais, mas também coibir os arranjos secretos que se entabulam nos bastidores da Administração Pública, fora dos autos. Bem entendido: não significa que todo e quaisquer contatos entre licitantes e Administração

12 "APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO POPULAR. LICITAÇÃO NA MODALIDADE TOMADA DE PREÇO. ALEGADO FRACIONAMENTO. EXCEÇÃO PREVISTA NA PARTE FINAL DO § 5º, DO ART. 23 DA LEI N. 8.666/93. INOCORRÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO. REVERÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DA COMPETITIVIDADE E DA ECONOMICIDADE. PRECEDENTES DA CORTE. IMPROCEDÊNCIA DA POSTULAÇÃO INICIAL. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. É vedado, como regra geral, o fracionamento da licitação, quando este servir de pretexto para modificar o regime jurídico da licitação, admitindo-se-o, no entanto, quando não impuser onerosidade à Administração, sendo-lhe vantajoso, nem houver impedimento de ordem técnica, ou seja, quando 'parcelas de natureza específica possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço (§ 5º, do art. 23, da Lei n. 8.666/93)" (TJSC, Apelação Cível 0063123-79.2008.8.24.0023. Relator: Des. João Henrique Blasi. Data: 08/10/2019).

Pública sejam ilícitos. Porém, o princípio da transparência recomenda que tais contatos sejam feitos abertamente, às claras, até para que os demais licitantes possam ter a oportunidade de fazer contatos semelhantes, caso assim desejem.

O *princípio da eficácia* tem por escopo a garantia de um resultado satisfatório, do cumprimento de uma meta. Enquanto a eficiência tem mais a ver com a realização do melhor resultado possível, a eficácia tem em vista o cumprimento das obrigações encetadas. Aplicando-se à lógica das licitações públicas, um certame eficaz seria aquele que atingiu o objetivo final pretendido, que é a contratação pública.

## **2.7 Planejamento, segregação de funções, vinculação ao edital, julgamento objetivo e motivação**

Aglutinou-se neste tópico um conjunto de princípios que tem mais a ver com a processualística das licitações públicas. Embora possuam conteúdo substantivo, trata-se aqui de princípios primordialmente processuais ou procedimentais.

Planejamento, segregação de funções, vinculação ao edital, julgamento objetivo e motivação são princípios que organizam e estabelecem critérios para a tramitação dos procedimentos licitatórios no Brasil.

Partindo da premissa fática de que a licitação pública possui duas fases, a interna e a externa, é seguro dizer que o princípio do planejamento incide, sobretudo, na chamada fase interna, em que são efetuados os procedimentos preparatórios para a licitação visando uma contratação específica.

O aludido princípio vem a lume para garantir que não sejam empreendidas licitações aventureiras, sem o devido planejamento. Nessa fase de planejamento, entre outras providências, a Administração Pública identificará e justificará a necessidade do objeto a ser licitado e formalizará a autorização para abertura do certame.

O *princípio da segregação de funções* indica que as licitações não são conduzidas de forma centralizada, por apenas uma autoridade que identifica a necessidade de licitação, elabora o edital e julga as propostas apresentadas selecionando a mais vantajosa. Pelo contrário, as licitações são procedimentos complexos, compostos por diversos agentes espalhados por diversas repartições. É a segregação de funções que garante, por exemplo, que um mesmo servidor não será o responsável pela fiscalização de um ato por ele mesmo produzido, o que revelaria nítido conflito de interesses.

O *princípio da vinculação ao edital* garante que os licitantes não sejam pegos de surpresa ao longo das mais diversas fases do certame. Como o próprio nome sugere, a Administração Pública está vinculada ao edital, não podendo dele se afastar em qualquer circunstância. Conforme já decidido pelo Poder Judiciário, “O procedimento licitatório é regido pelo princípio do formalismo e pela vinculação ao instrumento convocatório, devendo todas as fases do certame obedecer

rigorosamente o edital, sob pena de nulidade".<sup>13</sup>

O princípio do julgamento objetivo possui íntima relação com os princípios da igualdade e da imparcialidade e impede que a Administração Pública se desvie de critérios uniformes no julgamento das licitações públicas por ela lançadas.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui interessante precedente sobre o tema:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. ENVIO DE DOCUMENTOS. INTEMPORALIDADE. PREVISÃO DO EDITAL. PRINCÍPIOS DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO, DO JULGAMENTO OBJETIVO E DA ISONOMIA. A controvérsia cinge-se à análise da desclassificação de participante de certame licitatório, na fase de entrega de documentação, em razão de ter sido efetuada fora do prazo previsto no Edital. Considerando a ausência de previsão editalícia sobre a alegada suspensão do horário comercial, a existência de norma municipal passível de incidir, supletivamente, no caso, que a diferença entre o valor das propostas da impetrante e da licitante vencedora não representa montante hábil a recomendar, sob o pretexto de atender ao interesse público, o afastamento do critério objetivo de atendimento ao prazo, bem como os princípios da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e da isonomia, impõe-se o entendimento de que a lei municipal configura veículo normativo idôneo a colmatar a referida lacuna. Diante disso, face o descumprimento da norma editalícia, mantém-se a desclassificação da impetrante. Desprovimento das apelações.<sup>14</sup>

Finalmente, o princípio da motivação prescreve que todos os atos proferidos pela Administração Pública no contexto das licitações públicas devem ser motivados, fundamentados. Não basta que as decisões sejam tornadas públicas, é preciso que elas externem os seus motivos determinantes, até para viabilizar possíveis impugnações e questionamentos por parte dos interessados.

Por exemplo: sem motivação, não é possível aferir se uma contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação foi escorreita, isto é, se seguiu todos os requisitos previstos em lei.

## 2.8 Desenvolvimento nacional sustentável

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável aplicado às licitações públicas decorre da ideia de que é preciso observar critérios sociais, ambientais e econômicos nas contratações públicas. Ou seja, a consideração de tais valores pode

13 TJGO, Mandado de Segurança 00680655020188090051. Relator: Des. José Carlos de Oliveira. Data: 22/08/2019.

14 TRF4, Apelação Cível 5040296-54.2015.4.04.7000. Relator: Des. Fed. Sérgio Renato Tejada Garcia. Data: 25/09/2019.

acabar redundando na flexibilização de outros princípios igualmente constantes no ordenamento jurídico, tais como o princípio da economicidade.

Em âmbito federal, as chamadas licitações sustentáveis foram regulamentadas pelo Decreto n. 7.746/2012, com as relevantes alterações promovidas pelo Decreto n. 9.178/2017, estando atualmente definido como critérios e práticas sustentáveis, no âmbito das licitações públicas, o seguinte:

Art. 4º [...].

I - baixo impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;

II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;

III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;

IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;

V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;

VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais;

VII – origem sustentável dos recursos naturais utilizados nos bens, nos serviços e nas obras; e

VIII – utilização de produtos florestais madeireiros e não madeireiros originários de manejo florestal sustentável ou de reflorestamento.

Em suma, os critérios acima elencados deverão ser levados em consideração nos procedimentos licitatórios lançados e conduzidos pela Administração Pública brasileira. Inclusive, o Poder Judiciário já decidiu que a sustentabilidade pode servir de critério para desclassificação de licitantes.<sup>15</sup>

No mais, considerando que o tema “licitações sustentáveis” será abordado em

15 “AGRADO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. SENAC. ENTIDADE DO SISTEMA \S\ APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI N° 8.666/93. EXIGÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE SUSTENTABILIDADE. POSSIBILIDADE. NÃO APRESENTAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO DA LICITANTE. O Serviço Nacional de Aprendizagem - SENAC é entidade integrante do Sistema \S\, com caráter privado, apesar de parcial custeio por receita pública e realização de atividades de relevância social, não se submetendo diretamente aos procedimentos previstos na Lei n. 8.666/1993. É regido o agravado por normas de direito privado, com as adaptações expressas nas leis administrativas de sua instituição e organização, inclusive para fins de licitação. Não sendo aplicável o disposto no art. 27 da Lei de Licitações, não há óbice à exigência de declaração de sustentabilidade por licitantes. O escritório restou desclassificado do certame por não ter apresentado o documento exigido pelo edital. Decisão indeferitória de antecipação de tutela mantida. AGRADO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO” (TJRS, Agravo de Instrumento 70064488950. Relator: Des. Almir Porto da Rocha Filho. Data: 10/06/2015).

capítulo específico desta obra, a ele remetemos o leitor.

## 2.9 Disposições constantes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro

A rigor, seria despicienda a previsão de que as disposições constantes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) se aplicam às licitações públicas, uma vez que elas seriam aplicáveis mesmo no silêncio da nova lei de licitações. Entretanto, tal previsão é bem recebida, sobretudo sob o ponto de vista pedagógico.

Sabe-se que, por meio da Lei n. 13.655/2018, foram implementadas substanciais modificações na LINDB, com o intuito de minorar os impactos do chamado “Direito Administrativo do Medo” – figura de linguagem utilizada por alguns autores para caracterizar a situação de medo vivenciada por boa parte dos gestores públicos em sua relação quotidiana com os órgãos de controle.<sup>16</sup>

O contexto das licitações públicas sempre foi um “prato cheio” para os órgãos de controle, que muitas vezes não se contentam em identificar eventuais erros e corrigi-los, mas fazem questão de puni-los implacavelmente, mesmo quando configurada inaptidão e não má-fé ou improbidade administrativa.

A determinação de aplicação das disposições constantes na LINDB ao contexto das licitações públicas pode contribuir para uma atuação mais arrojada dos órgãos licitantes, notoriamente engessados na égide das Leis n. 8.666/1993 (Licitações e Contratos), n. 10.520/2002 (Pregão) e n. 12.462/2011 (RDC). Eis algumas disposições constantes na LINDB aplicáveis às licitações:

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.

[...]

Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.

---

16 Fernando Vernalha Guimarães resume: “O administrador público vem, aos poucos, desistindo de decidir. Ele não quer mais correr riscos. Desde a edição da Constituição de 88, que inspirou um modelo de controle fortemente inibidor da liberdade e da autonomia do gestor público, assistimos a uma crescente ampliação e sofisticação do controle sobre as suas ações. Decidir sobre o dia a dia da Administração passou a atrair riscos jurídicos de toda a ordem, que podem chegar ao ponto da criminalização da conduta. Sob as garras de todo esse controle, o administrador desistiu de decidir. Viu seus riscos ampliados e, por um instinto de auto-proteção, demarcou suas ações à sua ‘zona de conforto’. Com isso, instalou-se o que se poderia denominar de crise da ineficiência pelo controle: acuados, os gestores não mais atuam apenas na busca da melhor solução ao interesse administrativo, mas também para se proteger” (GUIMARÃES, F. V. O Direito Administrativo do Medo: a crise da ineficiência pelo controle. 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/columnistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle>. Acesso em: 13 dez. 2020).

Com a incorporação dos valores introduzidos recentemente na LINDB ao contexto das licitações públicas, o que se espera é que os órgãos de controle foquem em aprimorar o sistema das licitações no Brasil, imprimindo à novel lei interpretações que proporcionem o avanço da disciplina e não que se contentem em punir aqueles que atuam quotidianamente no complexo contexto das repartições públicas.

# Capítulo 3

## Fase Preparatória das Licitações

Joel de Menezes Niebuhr

Advogado. Doutor em Direito pela PUC/SP. Autor de diversas obras, dentre as quais “Pregão Presencial e Eletrônico” (8<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019) e “Licitação Pública e Contrato Administrativo” (4<sup>a</sup> ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015).

### 3.1 Princípio do planejamento das licitações e dos contratos e a fase preparatória das licitações

O planejamento foi elevado a princípio das licitações e dos contratos, em conformidade com o *caput* do artigo 5º do projeto da nova lei de licitações, e o Legislador houve por bem dedicar à fase preparatória, em que ocorre o planejamento, um capítulo inteiro da nova lei, o Capítulo II do Título II. Ficou mais do que claro que o planejamento das licitações e dos contratos foi bastante realçado no projeto da nova lei de licitações, constituindo-se num dos seus pilares fundamentais, o que é de todo apropriado porque ele é determinante para o sucesso ou insucesso das contratações.

Como preceitua o inciso I do artigo 17 do projeto da nova lei, a licitação inicia-se numa fase preparatória ou interna, em que a Administração Pública justamente trata de planejá-la, definindo o seu objeto e todas as suas condições, o que deve, ao final, ser retratado no edital.

Um dos princípios mais basilares da licitação é o da vinculação ao edital, previsto no *caput* do artigo 5º do projeto da nova lei de licitações, em virtude do qual a Administração Pública e os licitantes estão adstritos às disposições contidas no edital, sem que possam exigir mais ou menos do que nele está prescrito. Em síntese, o edital rege a licitação.

Nesse sentido, a Administração Pública deve consignar no edital o que pretende contratar, ou seja, qual o objeto do contrato e, por dedução, da licitação pública, com todas as suas especificidades. Os licitantes, ao analisarem o edital, devem ter condições de identificar tudo o que serão obrigados a fazer, caso saiam vencedores do certame. E, por outro lado, a Administração Pública só pode exigir aquilo que efetivamente estiver no edital, salvo se posteriormente alterar o contrato, dentro das balizas legais, restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro. Demais disso, o edital deve indicar os documentos a serem apresentados pelos licitantes

para que eles sejam habilitados no certame. E, ainda, em linha geral, deve enunciar os critérios objetivos a serem levados em conta para comparar as propostas.

Tendo-se produzido e aprovado o edital, ele é levado à publicação, desta feita com base no inciso II do mesmo artigo 17, iniciando-se, então, a fase seguinte da licitação, conhecida como fase externa, em que a licitação se abre para terceiros estranhos à Administração Pública, que tenham interesse em contratar com ela. A etapa preparatória, como é natural, baliza e determina todas as demais etapas da licitação e da contratação.

### **3.2 A inspiração nas instruções normativas federais**

O Governo Federal, já de algum tempo, vem editando instruções normativas para disciplinar o planejamento das suas licitações e contratos. Pode-se destacar, dentre outras:

- 1.** Instrução Normativa n. 01/2019, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, que exige da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional a elaboração de Plano Anual de Contratações;
- 2.** Instrução Normativa n. 05/2017, da antiga Secretaria de Gestão do antigo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre a contratação de serviços no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional e exige delas planejamento minudente, com destaque para a necessidade de documento de formalização de demanda, estudo técnico preliminar, termo de referência e análise de risco.
- 3.** Instrução Normativa n. 01/2019, da então Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia, que regulamenta o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação do Poder Executivo Federal e também exige planejamento muito detalhado, destacando-se, da mesma forma, a necessidade de documento de formalização de demanda, estudo técnico preliminar, termo de referência e análise de risco.
- 4.** Instrução Normativa n. 40/2020, da agora Secretaria de Desburocratização e Governo Digital do Ministério da Economia, que regulamenta a elaboração de estudo técnico preliminar no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.
- 5.** Instrução Normativa n. 73/2020, também da Secretaria de Desburocratização e Governo Digital do Ministério da Economia, que regulamenta o procedimento administrativo para a pesquisa de preços no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

O viés dessas instruções normativas é essencialmente burocrático: estabelecer normas, detalhar os procedimentos ao máximo e segregar funções para o planejamento das licitações e dos contratos. A ironia é que a maioria das sobreditas instruções normativas são produzidas pela Secretaria de Desburocratização.

A burocracia, com destaque para normas, procedimentos e especialização de funções, não é algo por si ruim. Ao contrário, é importante para que a Administração Pública se organize, siga procedimentos padronizados, tenha controle e, por conseguinte, evite desvios.

O problema é o excesso de burocracia, o que se constata com cores bem intensas na Instrução Normativa n. 05/2017, que trata da terceirização de serviços, e na Instrução Normativa n. 01/2019, que trata da contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC).

Pois bem, o conjunto dessas instruções normativas, com seus recortes específicos, estrutura o planejamento das licitações e contratos em alguns pilares, desenhando uma espécie de fluxo: plano anual de contratação, estudo técnico preliminar, termo de referência ou projeto básico, orçamentação, análise de risco e aprovação jurídica. Em resumo, o planejamento, no âmbito federal, de acordo com as sobreditas instruções normativas, foi armado para seguir esse fluxo.

O fato é que o projeto da nova lei de licitações encampou em linhas gerais o fluxo procedural para o planejamento contido nessas instruções normativas federais, pelo que a origem é bem identificada: plano anual de contratações (inciso VII do artigo 12), estudo técnico preliminar (inciso I do artigo 18), termo de referência ou projetos (inciso II do artigo 18), orçamentação (inciso III do artigo 18), análise de riscos (inciso X do artigo 18) e aprovação jurídica (artigo 52).

A crítica que desde logo se faz ao projeto da nova lei de licitações é pertinente ao excesso de burocracia, porque cada uma dessas providências demanda, pela redação do projeto, diversos levantamentos, investigações, definições e sucessivas e repetidas justificativas para tudo, algo muito complicado de ser cumprido, especialmente por órgãos e entidades menos estruturados. Também chama a atenção que tais exigências burocráticas, de modo geral, são impostas para a preparação de todas as licitações e contratos, até mesmo para aqueles cujos objetos são simples e usuais ou que não envolvam valores muito elevados.

Falando-se diretamente: as regras sobre a etapa preparatória prescritas no projeto da nova lei de licitações condenam as licitações e os contratos administrativos brasileiros à burocracia exagerada e disfuncional, exigindo procedimentos repetitivos, muito pesados e amarrados para tudo, difíceis de serem realmente cumpridos pela maioria dos órgãos e entidades da Administração Pública nacional, porque muito distantes de suas realidades e das suas efetivas disponibilidades, inclusive de pessoal qualificado.

O erro do Legislador foi o de acatar a ideia de impor à Administração Pública nacional o planejamento a fórcipes sob a premissa de que regras complexas

precisariam ser prescritas em pormenor para todos e para todas as licitações, num modelo bastante pesado e amarrado. O planejamento das licitações e contratos seria mais eficaz se fosse mais simples.

### 3.3 Plano de contratação anual

O inciso VII do artigo 12 do projeto da nova lei de licitações autoriza que cada ente federativo elabore um plano de contratação anual, “com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.” O § 1º do mesmo artigo prescreve que o plano “deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.”

O artigo 18 do projeto da nova lei de licitações estabelece que a fase preparatória das licitações “deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual” e o estudo técnico preliminar, que é um dos seus documentos, deve conter “demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração”.

O planejamento das licitações inicia e parte do plano de contratações anual. A ideia do plano é ótima e já vem sendo implementada com sucesso por muitos órgãos e entidades, especialmente federais, dado que já vinha disciplinado e exigido pela Instrução Normativa n. 01/2019, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia.

Na essência, com o plano de contratações anuais projetam-se todas as licitações e contratações para o ano, divide-se por tipos ou categorias, verifica-se a compatibilidade com o orçamento, definem-se prioridades e estabelece-se uma espécie de calendário. Faz sentido, é natural e necessário. O estranho seria não fazer coisa do tipo, ir licitando e contratando ao acaso.

De toda sorte, é importante ressaltar que o plano de contratações anual do inciso VII do artigo 12 do projeto da nova lei de licitações é bastante diferente do plano que vem sendo realizado pela Administração Pública Federal, notadamente daquele disciplinado pela Instrução Normativa n. 01/2019, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia.

Nessa linha, ressalta que, nos termos da referida Instrução Normativa, o plano é obrigatório e cada entidade deve fazer o seu. No projeto da nova lei de licitações, o plano não é obrigatório, é meramente facultativo, e é feito pelo ente federativo, não por cada órgão ou entidade. De toda sorte, não está proibido que órgãos e entidades façam os seus próprios planos. Aliás, trata-se de medida altamente recomendada, apesar de não exigida pelo projeto da nova lei de licitações.

### 3.4 Estudo técnico preliminar

Conforme o fluxo procedural definido no artigo 18 do projeto da nova lei de licitações, a etapa preparatória da licitação inicia-se propriamente com o estudo técnico preliminar, que, na redação do seu inciso I, presta-se a caracterizar “o interesse público envolvido”.

O inciso XX do artigo 6º do projeto da nova lei de licitações esclarece que o estudo técnico preliminar é o “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação.”

O § 1º do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações dedica-se de forma específica ao estudo técnico preliminar, que deve “evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação [...]”. Na sequência, o dispositivo divide-se em 13 (treze) incisos, bem detalhados e burocráticos, prestantes a indicar o que deve estar contido no estudo técnico preliminar:

Art. 18 [...] § 1º [...]

I - necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

- VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução;
- IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;
- X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;
- XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;
- XII - possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;
- XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

O § 2º do mesmo artigo 18, em redação que no seu todo é bem confusa, determina que o estudo técnico preliminar deve conter obrigatoriamente apenas o exigido nos incisos I (necessidade da contratação), IV (estimativa de quantidades), VI (estimativa de valor), VIII (justificativas para o parcelamento ou não do objeto) e XIII (posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina) do § 1º do mesmo artigo.

As exigências contidas nos demais incisos são, portanto, facultativas. No entanto, de acordo com o § 2º, acaso dispensadas, precisam ser justificadas, deve-se demonstrar que são impertinentes, desnecessárias ou inviáveis. Logo, por regra, os estudos técnicos preliminares devem contemplar todas as exigências externadas nos incisos do § 1º do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações.

O ponto é que o cumprimento de todas as exigências ou quiçá parte das exigências do § 1º do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações é tarefa bastante complexa, como a realização de algum tipo de orçamento, pesquisa de mercado, previsão de quantidade, descrição da solução como um todo e levantamento de impactos ambientais e medidas mitigadoras.

No final de tudo, contraditoriamente, requer-se da Administração, já no estudo supostamente *preliminar*, um posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. A contradição, explica-se, ocorre porque o resultado de um estudo preliminar deveria ser também preliminar. O projeto da nova lei de licitações exige posicionamento conclusivo, o que denota que o estudo técnico preliminar, de verdade, de preliminar só tem o nome.

Aliás, como se verá adiante, quase todas as informações que devem ser contidas no estudo técnico preliminar devem também, em sua essência, ser contidas no

termo de referência ou projeto básico, ainda que os respectivos dispositivos não apresentem redação idêntica. Percebe-se que os documentos são redundantes, um deles apenas seria o suficiente, ou, de um lado, o estudo técnico preliminar, ou, de outro lado, o termo de referência ou projeto básico. Preferiu-se a redundância, tudo em homenagem ao modelo burocrático, formalista e desconfiado que prevaleceu com sobras no projeto da nova lei de licitações.

### 3.5 Termo de referência e projetos

Como definido no inciso XX do artigo 6º do projeto da nova lei de licitações, o estudo técnico preliminar “[...] dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados [...]”. Daí que, depois de concluído o estudo técnico preliminar, passa-se à elaboração do termo de referência ou projetos, conforme o caso, em acordo com o inciso II do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações, cujos propósitos são de descrever em detalhe o objeto das futuras licitações e contratos, com todas as suas especificações.

Segundo o artigo 6º do projeto da nova lei de licitações, o conteúdo do termo de referência é indicado no seu inciso XXIII, o do anteprojeto no seu inciso XXIV, o do projeto básico no inciso XXV e o do projeto executivo no inciso XXVI. Todos esses documentos, repita-se, guardadas suas particularidades, prestam-se a descrever detalhadamente o objeto da licitação e do futuro contrato. Em resumo, o termo de referência é utilizado para a contratação de bens e serviços e o projeto básico para obras e serviços. O anteprojeto é uma espécie de documento preliminar com subsídios para o projeto básico, utilizado no regime de contratação integrada (§ 2º do artigo 45 do projeto da nova lei de licitações). O projeto executivo versa sobre os elementos para a execução completa da obra, detalhando ainda mais as soluções contidas no projeto básico.

Registra-se que, consoante o § 3º do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações, o estudo técnico preliminar que tenha por objeto obras e serviços comuns de engenharia pode indicar que a Administração deve elaborar termo de referência e não projetos, desde que “[...] demonstrada a inexistência de prejuízos para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados [...]”. Ou seja, facultar-se à Administração, conforme sua análise discricionária, descrever o objeto das licitações e contratos que envolvem engenharia em termos de referência ou em projetos básicos.

#### 3.5.1 Proibição de aquisição de artigos de luxo

É de salientar, ainda sobre a especificação do objeto, o artigo 20 do projeto da nova lei de licitações, cujo texto exige que os itens de consumo adquiridos pela Administração sejam de “qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo”.

A redação do dispositivo não é das melhores, porque associa objetos que não sejam de qualidade comum com artigos de luxo. A associação é indevida e a Administração pode, obviamente, contratar objetos com qualidade superior àquela

considerada comum. O dispositivo não pode ser interpretado como uma espécie de proibição à contratação de objetos de qualidade ótima, de ótimo desempenho e performance. O que se veda é a contratação de artigos de luxo, supérfluos e, nessa medida, desnecessários e desproporcionais.

O § 1º do mesmo artigo 20 prevê que “os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.” Na sequência, o § 2º determina que, “a partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.” Os supostos limites são de valores, econômicos, como fica esclarecido no § 3º, cujo texto prescreve que os limites dos três poderes nas esferas federal, estadual, distrital e municipal não podem ser superiores aos limites do Executivo federal.

Embora a intenção seja legítima, as prescrições contidas no artigo 20 do projeto da nova lei de licitações são bem atrapalhadas, para dizer o mínimo. De plano, artigo de luxo não depende obrigatoriamente do valor. É possível que haja artigo de luxo de baixa repercussão econômica. Agregue-se que é muito difícil fazer-se uma lista com todos os artigos possíveis de serem adquiridos pela Administração e estabelecer-se valores máximos para todos eles. Mais difícil ainda é manter os tais valores atualizados, o que demanda, por certo, criar-se uma equipe ou setor para levantar constantemente esses dados. Para complementar, é fragorosamente inconstitucional submeter os poderes judiciário e legislativo, bem como os demais entes federativos, ao Poder Executivo federal, por ofensa à separação de poderes, princípio consagrado no artigo 2º da Constituição Federal, e à autonomia dos entes federativos, hospedada no *caput* do artigo 18, também da Constituição Federal.

### 3.6 Orçamento

Depois da definição e especificação do objeto da licitação e do futuro contrato é necessário orçá-lo, na letra do inciso IV do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações, dispor de “orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação”.

Pela redação dos dispositivos do projeto da nova lei de licitações é um tanto quanto confuso precisar o momento em que se deve proceder ao orçamento. De acordo com a ordem dos incisos do artigo 18, o processo inicia com o estudo técnico preliminar, depois termo de referência/projetos e, na sequência, o orçamento estimado. A lógica confirmaria essa sequência: primeiro define-se exatamente o que se quer e depois vai-se apurar o preço desse objeto no mercado. Sem definir o objeto é difícil apurar preços, porque, por óbvio, os preços variam conforme as variações dos objetos.

No entanto, o inciso VI do § 1º do artigo 18 exige que o estudo técnico preliminar já apresente “estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo”. Quer dizer que o documento que dá a largada na etapa preparatória já pressupõe o orçamento, porque estimativa do valor

da contratação decorre de algum tipo de orçamentação, ainda que mais simples. É digno de nota que o dispositivo, contudo, não se contenta com algo mais simples, porque exige a indicação de preços referenciais e memórias de cálculo.

Para complicar ainda mais, a alínea “i” do inciso XXIII do artigo 6º do projeto da nova lei de licitações exige que o termo de referência também “aponte as estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;”.

Para não perder o passo, a alínea “f” do inciso XXV do artigo 6º do projeto da nova lei de licitações exige que o projeto básico, por sua vez, apresente “o orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”.

Trocando-se em miúdos, o orçamento deve estar no estudo técnico preliminar e também deve estar no termo de referência ou projeto básico. Dois orçamentos sequenciais.

Diante de toda essa confusão, propõe-se a seguinte interpretação: faz-se um orçamento preliminar quando do estudo técnico preliminar, mais simples, sem pesquisa aprofundada de mercado, podendo-se valer de comparativo com contratos antigos do próprio órgão ou entidade ou, no caso de engenharia, utilizando-se de metodologia expedita ou paramétrica. Depois, como uma das atividades necessárias para a elaboração do termo de referência ou do projeto básico, definida a especificação do objeto a ser licitado e contratado, faz-se o orçamento definitivo e mais rigoroso, de acordo com os critérios definidos no projeto da nova lei de licitações.

Então, dois orçamentos, um preliminar e outro definitivo. O melhor é que fosse só um, seria mais racional e simples, porém essa não foi a opção do Legislador, apegado que foi ao modelo burocrático disfuncional.

O artigo 23 do projeto da nova lei de licitações prescreve as regras sobre como fazer o orçamento. O *caput* anuncia que o preço estimado deve ser “compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.”

O § 1º do mesmo artigo 23 trata do orçamento das licitações para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, estabelecendo que ele deve ser definido com base nos valores iguais ou à mediana constante em painel para consulta de preços ou no Banco de Preços em Saúde, que devem ser disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) (inciso I); em contratações similares da Administração Pública em execução ou concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano (inciso II); referências havidas em mídias especializadas, tabelas ou sites (inciso III); pesquisa com, no mínimo, 3 (três) fornecedores (inciso IV); e pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, o que ainda deve ser regulamentado (inciso V).

Perceba-se que não há no projeto da nova lei de licitações qualquer ordem de preferência entre os parâmetros listados nos incisos do § 1º do artigo 23 para a orçamentação, tanto que se autoriza, expressamente, que eles sejam “adotados de forma combinada ou não”. Daí que a Administração goza de discricionariedade para eleger os parâmetros que lhe parecem mais adequados para cada caso, inclusive a pesquisa direta com fornecedores, já de muito desestimulada pelo Tribunal de Contas da União:

1.6. Determinar à [...] que:

[...]

1.6.2. ao estimar o custo de contratação, adote como base, preferencialmente, os preços praticados em contratações similares, bem como aqueles parametrizados em indicadores setoriais, tabelas de fabricantes, valores oficiais de referência, tarifas públicas ou outros equivalentes, se for o caso, nos termos do art. 15, inciso XII, b, da IN SLTI 2/2008, valendo-se de consultas de preços diretamente junto a potenciais fornecedores somente quando não for possível utilizar-se dos citados expedientes<sup>1</sup>

O § 1º do artigo 23 do projeto da nova lei de licitações determina que o preço estimado será o melhor preço obtido num dos parâmetros referidos acima. A intenção é balizar para baixo o preço estimado, o que gera o risco de induzir condições inexequíveis para a licitação. Advirta-se que se deve ter muito cuidado em adotar como referência o menor valor coletado, porque ele pode refletir alguma peculiaridade da empresa ou pessoa que lhe ofereceu e não corresponder às práticas de mercado. Nesse cenário, se adotado o menor valor coletado, pode ser que empresas interessadas sejam afastadas da licitação, em prejuízo à competitividade. Seria mais prudente que o preço de referência fosse resultante de média ou mesmo da mediana, mas essa não foi a opção do Legislador.

O § 2º do artigo 23 do projeto da nova lei de licitações aborda a orçamentação de obras e serviços de engenharia, que deve seguir a composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia (inciso I); referências havidas em mídias especializadas, tabelas ou sites (inciso II); em contratações similares da Administração Públicas em execução ou concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano (inciso III); e pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, o que ainda deve ser regulamentado (inciso IV).

Para obras e serviços de engenharia, os parâmetros devem ser utilizados na ordem definida nos supracitados incisos, como determina o § 2º do artigo 22 do projeto da nova lei de licitações. Logo, esses parâmetros devem ser entendidos

1 TCU, Acórdão nº 3.395/2013. Segunda Câmara. Rel. Min. Aroldo Cedraz. Julg. 18/06/2013

como subsidiários e não adicionais ou alternativas. Ou seja, só se utiliza o parâmetro do inciso II se o do inciso I não for adequado. Aqui, então, não há a mesma discricionariedade outorgada pelo § 1º do mesmo artigo para as licitações que não envolvem engenharia.

O § 3º do artigo 23 do projeto da nova lei de licitações reconhece que Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que em contratações que não envolvam recursos da União, podem utilizar sistemas próprios.

### 3.7. Orçamento sigiloso

O artigo 24 do projeto da nova lei de licitações prescreve que, “desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso [...].” Entretanto, não pode haver sigilo para os órgãos de controle, como adverte o inciso I do mesmo artigo 24. Nas situações em que o orçamento for sigiloso, consoante o inciso II do mesmo artigo, o orçamento “será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas”.

Dessa maneira, o Legislador atribuiu competência discricionária à Administração para decidir se divulga com o termo de referência ou projeto básico ou com o próprio edital os seus orçamentos. Não se trata, a rigor, de orçamento absolutamente sigiloso. A uma porque os órgãos de controle têm acesso a ele. A duas porque, num dado momento, será divulgado para o público em geral, sobretudo para os licitantes. Então, a questão é a respeito de quando divulgar o orçamento: junto com o termo de referência ou projeto ou com o próprio edital ou apenas após a fase de julgamento das propostas?

Anote-se que essa competência discricionária sobre o momento da divulgação do orçamento precisa ser motivada. O *caput* do artigo 24 condiciona o orçamento sigiloso à motivação. Repita-se a redação: “desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso [...].” Nesses termos, é de concluir que o orçamento sigiloso não é a regra. A regra é que ele seja público e divulgado. Se houver justificativa para o sigilo, logo uma boa razão para o sigilo, então se pode decidir pelo orçamento sigiloso. Falando de outra maneira, se não houver justificativa para o sigilo, o orçamento deve vir junto com termo de referência ou projetos ou com o próprio edital. Na mesma linha, o inciso X do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações também exige “motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação [...].”

Pode-se esperar controvérsias sobre o sigilo ou não do orçamento, na verdade sobre o que serve e o que não serve de justificativa para a adoção do sigilo, especialmente no âmbito do Tribunal de Contas da União, que tem muitas decisões divergentes sobre o assunto, notadamente diante da modalidade pregão.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Confira-se: (i) TCU, Acórdão n. 2.989/2018. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Julg. 12/12/2018.; (ii) TCU, Acórdão n. 903/2019. Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Julg. 16/04/2019.

### 3.8 Edital, minuta de contrato e motivação sobre as condições do edital

Depois do estudo técnico preliminar, termo de referência ou projetos, conforme o caso, e definição de preço estimado, a Administração passa a cuidar da elaboração do edital (inciso V do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações), com o estabelecimento das regras sobre a licitação pública, desde a modalidade, condições para participação de interessados, requisitos de habilitação e critérios para julgamento das propostas. Na mesma oportunidade, a Administração deve produzir a minuta do contrato (inciso VI do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações), que é documento que segue anexo ao edital, como o termo de referência ou projetos (§ 3º do artigo 25).

O artigo 25 do projeto da nova lei de licitações estabelece que o edital contenha “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.” O § 1º do mesmo artigo 25 prescreve, como medida para quebrar um pouco a orientação burocrática, que, “sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.”

Voltando ao seu padrão burocrático e desconfiado, o inciso IX do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações demanda:

Art. 18 [...] inc. IX: 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.

O dispositivo supracitado deve ser interpretado com cautela, sob pena de transformar o processo de licitação pública num caderno sem fim de justificativas. Imagine-se se os requisitos de habilitação devessem ser justificados, um por um; as especificidades do objeto, uma por uma; e, o que é mais absurdo, as cláusulas da minuta do contrato, uma por uma. Suponha-se um contrato com cinquenta cláusulas. A Administração já não faria outra coisa senão justificativas. Cada edital demoraria meses para ser lançado, aguardando tão só as justificativas.

O intento em exigir tais justificativas consiste em evitar o direcionamento de editais, o que costuma ocorrer em razão da disposição de cláusulas arbitrárias, especialmente no que tange ao objeto do certame e às exigências de habilitação. A necessidade de justificar as definições requeridas no IX do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações é um modo para controlá-las, na medida em que se deverá apontar quais os pressupostos de fato ou quais as circunstâncias que levaram a Administração a tomar tal ou qual postura. Então, partindo-se desse pressuposto, devem ser justificadas somente as cláusulas que estabeleçam limites à

competição, que excluem a participação de pessoas virtualmente interessadas na licitação.

Ocorre que muitas definições contidas no edital são eminentemente discricionárias, isto é, a autoridade competente é quem decide se vai realizá-las ou não e em qual medida. E, além disso, elas são fundamentais para determinar a participação dos interessados. Essas exigências, sim, precisam ser justificadas, sendo que o Legislador enfatizou algumas que considera mais sensíveis: de qualificação técnica, especialmente as partes de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, de qualificação econômico-financeira, critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio.

Sob essa perspectiva, de todo modo, ainda há muitas coisas a serem justificadas, exigindo trabalho vultoso que consumiria laudas e laudas. Em vista disso, defende-se a tese de que tais justificativas possam ser formuladas de maneira geral, em único documento, que relacionasse o objeto licitado e as necessidades da Administração com tais exigências.

Outrossim, registra-se que a falta de justificativa desenha vício relativo à formalidade, que pode ser convalidado. Nessa linha, é de se admitir, ainda que isso não deva ser a regra, que a autoridade competente, havendo efetivamente justificativas para as exigências referidas, as indique posteriormente, em ato de convalidação.

### **3.9 Análise de riscos e matriz de riscos**

Seguindo a mesma batida burocrática e desconfiada, o inciso X do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações exige que a Administração, ao final da fase preparatória, produza análise de riscos para todas as suas licitações, inclusive para aquelas com objetos simples e usuais, bem como para aquelas cujos valores não sejam expressivos. A crítica é que uma análise de riscos minimamente seria demanda muito tempo e a mobilização de muitos recursos, especialmente de pessoal. Logo, a análise de riscos deveria ser exigida apenas para as licitações mais vulneráveis, não para todas as licitações, o que representa entrave burocrático muito pesado.

A exigência do projeto da nova lei de licitações sobre análise de riscos é herança clara das orientações normativas federais. Veja-se, por exemplo, que a Instrução Normativa n. 05/2017, que trata da terceirização e serviços, prevê como uma das etapas fundamentais do planejamento das contratações o “gerenciamento de riscos”.

De toda sorte, chama a atenção que o inciso X do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações exige a análise de riscos, porém o Legislador não se prestou a prescrever regras ou diretrizes mínimas de como ela deve ser realizada. De maneira bem resumida, a análise de riscos pressupõe a identificação, a avaliação, a qualificação e o tratamento dos riscos e costuma se materializar em algum tipo de documento, mapa de riscos ou documento equivalente.

Ligada à gestão dos riscos, o artigo 22 do projeto da nova lei de licitações prescreve que o edital pode contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e contratado. Trata-se, pela redação do dispositivo, de uma faculdade para a Administração e não de uma obrigação. O § 3º do mesmo artigo 22, no entanto, obriga a matriz de riscos nas situações em que a contratação envolver “[...] obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada [...]”.

A matriz de riscos, ressalva-se, não se confunde com a análise de riscos exigida no inciso X do artigo 18 do projeto da nova lei de licitações. A análise, que é obrigatória, serve para que a Administração identifique e trate os riscos da licitação e da contratação. A matriz de riscos é documento contratual, que distribui os riscos da contratação entre contratante e contratado. A análise de riscos é essencialmente uma atividade de planejamento. A matriz de riscos é documento essencialmente contratual, ainda que sua minuta seja produzida na etapa preparatória da licitação.

### 3.10 Medidas de racionalização dos procedimentos

O artigo 19 do projeto da nova lei de licitações obriga os órgãos da Administração com competências regulamentares a instituir uma série de medidas para a racionalização das licitações, de certa forma atenuando a opção legislativa pelo modelo da burocracia disfuncional. As medidas são: centralização de procedimentos (inciso I); criação de catálogo eletrônico (inciso II); sistema informatizado de acompanhamento de obras, com recursos de imagem e vídeo (inciso III); minutas padronizadas de editais, contratos, termos de referência e de outros documentos (inciso IV); e adoção de modelos digitais para obras e serviços de engenharia (inciso VI). Tratam-se de medidas que podem ser bastante benéficas para a Administração Pública, de modo a aproveitar a economia de escala, conferir agilidade e maior transparência.

### 3.11 Aprovação jurídica

O *caput* do artigo 52 do projeto da nova lei de licitações prescreve que, “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.” Também se sujeitam à análise da assessoria jurídica, como estabelece o § 4º do artigo 52, os processos de “contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.” Permite-se, no entanto, em alinho ao § 5º do artigo 52, que a autoridade jurídica máxima competente dispense a análise jurídica em razão de baixo valor, baixa complexidade da contratação, entrega imediata do bem ou utilização de minutas padronizadas.

O Legislador não se contentou com meros vistos ou pareceres genéricos por parte da assessoria jurídica. O § 1º do artigo 52 do projeto da nova lei de licitações formula condicionantes para a manifestação da assessoria jurídica, que deve ser externada em parecer jurídico, com a obrigação de “apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade” (inciso I); “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” (inciso II); e “dar especial atenção à conclusão, que deverá ser apartada da fundamentação, ter uniformidade com os seus entendimentos prévios, ser apresentada em tópicos, com orientações específicas para cada recomendação, a fim de permitir à autoridade consulente sua fácil compreensão e atendimento, e, se constatada ilegalidade, apresentar posicionamento conclusivo quanto à impossibilidade de continuidade da contratação nos termos analisados, com sugestão de medidas que possam ser adotadas para adequá-la à legislação aplicável”.

É importante salientar que o projeto da nova lei de licitações, conforme o seu artigo 52, não exige apenas a apreciação do edital e dos documentos que lhe são anexos. Passa-se a exigir, expressamente, a avaliação de todo o processo licitatório, logo a revisão jurídica de todos os atos praticados na etapa preparatória. Na prática, essa nova percepção aproxima a assessoria jurídica de um órgão de controle interno ou de auditoria, porque os advogados terão de analisar a correção dos procedimentos dos agentes administrativos que atuaram no curso de todo o processo. Por exemplo, terão de analisar se os documentos como estudo técnico preliminar e termo de referência contêm as informações exigidas pela nova lei, se o orçamento foi elaborado em acordo com os critérios estabelecidos, se o objeto da licitação não se qualifica como artigo de luxo etc.

O § 2º do artigo 52 do projeto da nova lei de licitações esclarece que o parecer jurídico não é vinculante, porque ele pode “ser motivadamente rejeitado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, hipótese em que esta passará a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem eventualmente imputadas.”

Por fim, o § 6º do artigo 52 do projeto da nova lei de licitações traz novidade relevantíssima, porque qualifica a culpabilidade dos advogados públicos, que somente podem ser responsabilizados pela emissão de pareceres em casos de dolo ou fraude, na direção do que já consta do artigo 184 do Código de Processo Civil. Nessa perspectiva, a responsabilização dos advogados públicos se distancia dos quesitos para a responsabilização dos demais agentes públicos, previstos no artigo 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dependente de dolo ou culpa grave. A diferença é que, frisa-se, com a nova lei, os advogados não poderão ser responsabilizados por culpa grave, apenas por dolo ou fraude, aplicando-se a eles a mesma baliza de culpabilidade que vale para os magistrados, disposta no inciso I do artigo 143 do Código de Processo Civil.

Lamenta-se, aqui a crítica, que o mesmo critério não tenha sido estendido para os demais agentes públicos que atuam nas licitações e contratos, também merecedores da mesma deferência, o que teria o condão de romper com a nota punitivista que graceja cruelmente sobre a Administração Pública nacional.

# Capítulo 4

## Licitações Sustentáveis

Pedro Niebuhr

Advogado. Professor na graduação e pós-graduação em Direito na UFSC. Doutor em Direito pela PUC/RS, com doutorado sanduíche na Universidade de Lisboa. Autor de “O Princípio da Competitividade na Licitação Pública” (Obra Jurídica, 2004), “Parcerias Público-Privadas: contexto constitucional brasileiro” (Fórum, 2008) e “Licitações e Contratos nas Estatais” (Fórum, 2018), entre outros, além de artigos publicados em revistas especializadas.

### 4.1. A evolução normativa em matéria de licitações sustentáveis

Por “licitações sustentáveis” entende-se a utilização de critérios ou parâmetros que tomem em consideração aspectos ambientalmente amigáveis na definição do objeto a ser contratado, na seleção do particular fornecedor ou prestador de serviços e/ou na metodologia de execução das obrigações contratadas. Pretende-se, com isso, usar do poder econômico da Administração Pública como contratante (a rigor, a maior contratante no mercado interno) para induzir o comportamento de seus fornecedores e prestadores de serviços em direção à adoção e/ou preferência por processos produtivos/comerciais e produtos/serviços menos poluentes e degradantes, bem como reduzir a pegada ecológica da própria Administração Pública.<sup>1</sup>

A possibilidade de a Administração Pública incorporar variáveis ambientais na definição do objeto, no julgamento das propostas ou nas cláusulas contratuais não é prevista de forma expressa na concepção original da Lei n. 8.666/1993. Quando a Administração Pública se propõe, portanto, a usar de seu poder discricionário para orientar suas contratações por algum critério ecológico, na sistemática da Lei n. 8.666/1993 corre o risco de a iniciativa ser reputada ilegal pelas instâncias de controle, mormente nos casos em que a opção adotada possa repercutir na competitividade (reduzindo o universo de potenciais competidores) ou no incremento do custo do produto/serviço a ser pago pela Administração.

Ainda sob a égide da Lei n. 8.666/1993 deflagrou-se um movimento normativo para emprestar fundamento suficiente (e, por consequência, segurança jurídica) para a incorporação de uma inteligência ambiental nas contratações públicas. Em

1 NIEBUHR, P. de M. Por que as licitações sustentáveis ainda não decolaram? Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 19, n. 104, p. 25-48, jul./ago. 2017.

1999, o Governo Federal editou a Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), um conjunto de iniciativas cuja compilação foi coordenada pelo Ministério do Meio Ambiente, com o objetivo de estimular os agentes públicos a incorporar critérios de gestão ambiental em suas atividades rotineiras. Nove anos depois da A3P, o Ministério do Meio Ambiente editou a Portaria Ministerial n. 61/2008, com a finalidade de introduzir as licitações sustentáveis naquela pasta.

O marco legal pioneiro quando se trata de licitações sustentáveis foi a Lei Federal n. 12.187/2009 - Política Nacional sobre Mudança do Clima<sup>2</sup> – que passou a prever, no inciso XII do seu artigo 6º, o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações para as propostas que proporcionassem maior economia de recursos naturais, redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.<sup>3</sup>

Em 2010, a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Instrução Normativa nº 01/2010, que estabelecia critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras na Administração Pública Federal.

Todo esse movimento culminou, no final de 2010, com a alteração, pela Lei n. 12.349, do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993 para passar a veicular a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como uma das finalidades da licitação pública, ao lado da garantia da isonomia e seleção da proposta mais vantajosa.

Perceba-se, no entanto, que a previsão da sustentabilidade da Lei n. 8.666/1993 é ainda bastante genérica e abstrata. Não há outra regra dentro da Lei n. 8.666/1993, específica, que preceitue o modo como a variável ambiental deva ser considerada em licitações.

O assunto foi tratado de modo um pouco mais detalhado na Lei n. 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações (RDC). O §1º do artigo 4º exige que as contratações realizadas com base no Regime Diferenciado de Contratações devam respeitar normas relativas à disposição final adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras, a mitigação por condicionantes e compensação ambiental definidas nas licenças ambientais, a utilização de produtos, equipamentos e serviços ecologicamente eficientes, a avaliação do impacto de vizinhança, a proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e a acessibilidade.

---

2 Dispositivos similares são encontrados em legislação estadual. Em Santa Catarina, a Lei da Política Estadual sobre Mudanças Climáticas e Desenvolvimento Sustentável (Lei n. 14.829/2009) estabelece o seguinte: "Art. 25. As licitações para aquisição de produtos e serviços pelos órgãos e entidades da administração pública direta e indireta do Estado devem, no que couber, incluir critérios ambientais que atendam às diretrizes e objetivos desta Política".

3 "Art. 6º São instrumentos da Política Nacional sobre Mudança do Clima:

XII - as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos."

A mesma Lei prevê ainda que, na fase de habilitação das licitações disciplinadas pelo Regime Diferenciado de Contratações, podem ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental. São também estipuladas previsões sobre remuneração variável ao desempenho e contratos de eficiência.

Ocorre que o Regime Diferenciado de Contratações foi concebido para objetos relacionados com os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, Copa das Confederações e Copa do Mundo da FIFA e com as obras de infraestrutura e de contratações de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados distantes até 350 km das cidades-sede da Copa. Posteriormente, sua utilização foi estendida, por lei, às ações do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) e às obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, no âmbito dos sistemas públicos de ensino, de estabelecimentos penais, unidades de atendimento socioeducativo para outros objetos particularizados.

As disposições do Regime Diferenciado de Contratações, que são um pouco mais específicas do que a previsão amplamente genérica e abstrata do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993, tinham (e têm) alcance restrito às áreas contempladas pelo regime diferenciado. Para todas as demais contratações, prevalecia apenas a previsão genérica do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993.

Visando regulamentar o artigo 3º da Lei n. 8.666/1993 (na forma veiculada pela redação proposta pela Lei n. 12.349/2010), a Presidente da República editou o Decreto Federal n. 7.746/2012.<sup>4</sup> O artigo 4º enumera as diretrizes de sustentabilidade que poderiam ser consideradas nas licitações, como menor impacto sobre recursos naturais, preferência por fornecedores locais, maior eficiência ecológica, maior geração de empregos, maior vida útil, preferência por inovações que reduzissem pressão sobre meio ambiente e origem regular dos recursos naturais usados na produção dos bens e na execução de serviços e obras.

Os artigos 3º, 5º, 6º, 7º e 8º do Decreto Federal n. 7.746/2012 também enumeram as possibilidades decorrentes da utilização de critérios de sustentabilidade no procedimento licitatório. Estatui que critérios e práticas de sustentabilidade podem ser veiculados como especificação técnica do objeto ou obrigação da contratada. Autoriza a Administração Pública federal a exigir que os produtos adquiridos fossem produzidos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, dentre outros elementos. Exige que as especificações de obras e serviços de engenharia devem proporcionar economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água. Autoriza a exigência, ao contratado, de práticas de sustentabilidade na execução dos serviços contratados e critérios de sustentabilidade no fornecimento dos bens, bem como que as condicionantes veiculadas no edital sejam comprovadas por meio de certificação emitida por instituição pública oficial, instituição credenciada ou formas alternativas contempladas no edital.

<sup>4</sup> Regulamenta o art. 3º da Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP.

Registra-se que ao mesmo tempo em que o Decreto Federal n. 7.746/2012 avançou ao detalhar o conteúdo e exemplificar as possibilidades das licitações sustentáveis, ele também é um dos responsáveis pela sua contida aplicação prática. O artigo 2º do Decreto Federal n. 7.746/2012 prevê a *possibilidade da* consideração da variável ambiental na aquisição de bens e contratação de serviços, que deve ser justificada<sup>5</sup>. O regulamento, nesse aspecto, acaba atentando contra uma das finalidades declaradas da Lei n. 8.666/1993, já que “se a *ratio* da licitação é promover o desenvolvimento sustentável, o uso de critérios de sustentabilidade deve[ria] ser regra, não faculdade”.<sup>6</sup> Nessa linha de raciocínio, o regulamento deveria exigir justificativa para a negativa da adoção de critérios de sustentabilidade nas licitações, não o inverso.

Por fim, a exemplo das previsões havidas no Regime Diferenciado de Contratações, a Lei n. 13.303/2016, Lei das Estatais, também incorporou o desenvolvimento nacional sustentável como princípio das licitações realizadas em seu âmbito. A Lei n. 13.303/2016 igualmente reproduz as previsões do Regime Diferenciado de Contratações sobre a disposição final adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras, a mitigação por condicionantes e compensação ambiental definidas nas licenças ambientais, a utilização de produtos, equipamentos e serviços ecologicamente eficientes, a avaliação do impacto de vizinhança, a proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e a acessibilidade. Dentre outros dispositivos disciplinou também a possibilidade de se solicitar certificação da qualidade do produto e processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental e a possibilidade de estabelecimento de remuneração variável do contratado vinculada ao seu desempenho com base também em critérios de sustentabilidade ambiental.

De modo geral, no âmbito da Lei n. 8.666/1993 as licitações sustentáveis não parecem ser, de forma alguma, estimuladas. Não há espaço, na Lei n. 8.666/1993, para exigência de certificações ambientais, tampouco previsão de preferência por produtos/serviços mais sustentáveis. Os estritos termos da economicidade, que norteiam a lógica da Lei n. 8.666/1993, desencorajam uma avaliação de longo prazo, especialmente em alusão à eficiência, durabilidade e externalidades negativas provocadas pelas soluções cogitadas. A tudo, agrega-se que a regra de preferência para propostas que gerem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e a redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos, prevista na Lei n. 12.187/2009 – Política Nacional sobre Mudança do Clima – tampouco chegou a ser regulamentada.

O projeto da nova lei de licitações, para além de manter o desenvolvimento nacional

5 “Art. 2º A administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes poderão adquirir bens e contratar serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório, conforme o disposto neste Decreto.

Parágrafo Único. A adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame.

6 NIEBUHR, P. de M. Por que as licitações sustentáveis ainda não decolaram? Revista Interesse Público, Belo Horizonte, ano 19, n. 104, p. 25-48, jul./ago. 2017.

sustentável como um dos princípios da licitação, endereça soluções para alguns dos entraves havidos na Lei n. 8.666/1993 nessa seara. O projeto da nova lei de licitações tem o mérito de ser bem mais detalhado sobre o assunto que a Lei n. 8.666/1993, adotando um modelo parecido, pontualmente, ao Regime Diferenciado de Contratações e à Lei das Estatais. Muitas das disposições do projeto da nova lei de licitações são, todavia, bastante desafiadoras.

#### 4.2 Ciclo de vida do objeto da licitação/contrato

O ciclo de vida, na forma institucionalizada pela Lei n. 12.305/2010 – que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos – é a “série de etapas que envolvem o desenvolvimento do produto, [desde] a obtenção de matérias-primas e insu-  
mos, o processo produtivo, o consumo e a disposição final”. Trata-se da trajetória, do *berço ao túmulo*, de um produto, serviço, processo ou material.

Na Lei n. 8.666/1993 não há previsão expressa orientando a necessidade de se considerar o ciclo de vida inteiro do produto ou serviço no processo de contratação. Considerando essa lacuna e orientada por uma noção restrita de econo-  
micidade, a Administração Pública poderia inclusive sujeitar-se a maiores riscos quando se propusesse a pagar nominalmente mais caro por um produto/serviço lançando como justificativa a economia gerada ao longo do tempo, até seu des-  
carte final.

O projeto da nova lei de licitações incorpora, de forma definitiva, o ciclo de vida do objeto da licitação/contrato como importante variável de sustentabilidade das licitações. O ciclo de vida aparece como (i) um componente da vantajosidade da licitação, outro dos objetivos da licitação previstos no inciso I do artigo 11 e no inciso VIII do artigo 18<sup>7</sup>; além de (ii) variável que compõe os custos indiretos da proposta a serem considerados, a critério da autoridade administrativa, no julga-  
mento pelo critério menor preço ou maior desconto, no §1º do artigo 34<sup>8</sup>. O artigo 6º exige, em complemento, que todo o ciclo de vida do objeto seja considerado na

---

7 Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I – assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto [...].

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos: [...] VIII – a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto.

8 Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

descrição da solução, no termo de referência.<sup>9</sup>

Parece inegável que a avaliação do ciclo de vida do produto tem aptidão, pelo menos em tese, para repercutir na vantajosidade de dada solução. Produtos e serviços mais baratos, quando analisados ao longo de todo seu percurso na cadeia, podem se revelar ao final mais dispendiosos por serem menos eficientes e duráveis. Isso é possível se deduzir de forma direta, quase que aritmética.

Noutros casos, a vantajosidade não necessariamente se expressa em termos de economicidade, pelo menos diretamente. Sob dada perspectiva pode ser reputada mais vantajosa uma solução economicamente mais cara que, em contrapartida, demande menos matéria-prima em seu processo produtivo e/ou gere menor volume de resíduos não aproveitáveis e, por consequência, menor passivo ambiental. As externalidades negativas de dado processo/produto são, decisivamente, elementos de vantajosidade, ainda que auferidos de forma mais complexa ou indireta.

As inserções no projeto da nova lei de licitações a propósito do ciclo de vida de produtos/serviços exigirão, é certo, grande esforço por parte da Administração Pública e seus agentes. O desafio é menor quando já estiverem disponibilizadas, previamente, informações suficientes sobre o ciclo de vida de determinadas soluções para auxiliar os agentes na definição dos termos de referência e auferir a vantajosidade das propostas. Situação distinta é nos casos em que essa informação não é previamente disponível, hipótese em que, numa interpretação possível dos dispositivos citados, haveria de ser cogitada a necessidade de se providenciar uma avaliação específica do ciclo de vida do produto. Adianta-se que essa avaliação é uma tarefa de acentuada complexidade técnica, que dificilmente os agentes encarregados de licitações e contratos administrativos teriam condições de conduzir.

A opção encartada no projeto da nova lei de licitações é de autorizar a consideração do ciclo de vida dos produtos como critério de aferição do menor dispêndio, “sempre que objetivamente mensuráveis”. A forma como isso será feito ainda deve ser definida em regulamento. Ainda assim, objetivamente mensurável ou não, o ciclo de vida deve ser considerado na elaboração do termo de referência. A dúvida é saber como se comportará o controle diante desses casos, em que a Administração Pública tem dificuldade de considerá-lo na descrição do bem e serviço a ser licitado.

#### **4.3. Margem de preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis e para empresas locais sediadas em pequenos municípios e preferência nos casos de empate para empresas que desenvolvam ações de mitigação**

No artigo 26 do projeto da nova lei de licitações são instituídas duas novas modalidades de margem de preferência, em acréscimo à previsão ainda vigente (mas

<sup>9</sup> Art. 6º [...] XXIII – termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos: [...] c) descrição da solução como um todo, considerado todo o ciclo de vida do objeto

pendente de regulamentação) contida na Lei n. 12.187/2009 (Política Nacional sobre Mudança do Clima) - de preferência para propostas que gerassem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e a redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

A primeira é a preferência prevista no inciso II do artigo 26 do projeto da nova lei de licitações para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis<sup>10</sup>.

Frise-se que a previsão do inciso II do artigo 26 do projeto da nova lei de licitações é diferente da hipótese de dispensa prevista na alínea "j" do inciso IV do artigo 74 da mesma Lei - de dispensa de licitação para contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis<sup>11</sup>.

De acordo com o inciso II do artigo 26 do projeto da nova lei de licitações, os licitantes que ofertarem produtos reciclados, recicláveis ou biodegradáveis terão preferência na contratação em relação a licitantes ofertantes de bens comuns, caso as propostas daqueles sejam até 10% superior à destes.

A segunda nova preferência em matéria de sustentabilidade prevista no projeto da nova lei de licitações relaciona-se à contratação de fornecedores e prestadores de serviços locais. Em estudos e ensaios sobre sustentabilidade tem-se propagado a ideia de que a contratação de bens e serviços locais estimula a economia da comunidade e diminui externalidades negativas da transação, como o custo, o tempo e o impacto de deslocamentos, dentre outros fatores.<sup>12</sup>

No âmbito da Lei n. 8.666/1993 é vedada sem qualquer ressalva a preferência ou

---

10 "Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: [...] II – bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento".

11 "Art. 74. É dispensável a licitação: [...] IV – para contratação que tenha por objeto: [...] 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".

12 Não que a preferência por fornecedores ou prestadores de serviços locais seja ideia unânime. Uma objeção relevante é de que dificilmente o contratado utilizaria o resultado econômico da transação igualmente no âmbito local, já que muitos insumos e equipamentos necessários à produção não são produzidos localmente (desde fertilizantes e caixas para armazenar a produção agrícola, até utensílios e eletrônicos necessários na atividade econômica normalmente são produzidos noutras localidades). Além disso, pressupor que a autosuficiência econômica de uma comunidade é melhor que sua abertura a outros mercados (mesmo locais ou regionais) significaria recomendar que outras comunidades também se fechassem em sua economia local. Muitas atividades econômicas dependem, todavia, do intercâmbio com outros mercados (pensa-se no mercado de tecnologia, por exemplo, onde o desenvolvimento de produtos e soluções é útil praticamente em todo mundo); além disso, funções altamente especializadas perderiam a demanda, portanto. Por isso, a segmentação dos mercados em comunidades locais, além de criar ilhas isoladas de atividade econômica - o que faria perder a escala e levaria, possivelmente, a preços maiores - poderia resultar em diminuição da especialização de atividades econômicas.

o estabelecimento de critérios de discriminação em função do domicílio do licitante.<sup>13</sup> Agora, apesar da alínea “b” do inciso I do artigo 9º do projeto da nova lei de licitações repetir a vedação de preferências em função da sede dos licitantes, o §4º do artigo 26 abre uma exceção para preferência de empresas sediadas em Municípios com até 50.000 (cinquenta mil habitantes).<sup>14</sup> O limite da margem de preferência é o mesmo, 10%, em relação aos licitantes sediados em outros Municípios.

Em ambos os casos, o artigo 27 do projeto da nova lei de licitações dispõe que a relação de empresas favorecidas em decorrência das aludidas preferências deve ser divulgada anualmente em sítio eletrônico oficial.

Para além da margem de preferência, o inciso IV do §1º do artigo 59 do projeto da nova lei de licitações estabelece como um critério de desempate entre duas ou mais propostas (dos últimos critérios, registre-se), a preferência por “empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009”. A Lei n. 12.187/2009 é a já aludida Política Nacional sobre Mudança do Clima. Mitigação, nos termos definidos no inciso VII do artigo 2º da Lei n. 12.187/2009, são:

Mudanças e substituições tecnológicas que reduzam o uso de recursos e as emissões por unidade de produção, bem como a implementação de medidas que reduzam as emissões de gases de efeito estufa e aumentem os sumidouros.

O projeto da nova lei de licitações não antecipa a forma de comprovação da adoção de medidas de mitigação, o que deve ser objeto de superveniente regulamentação.

A diferença entre o direito de preferência em caso de empate previsto no artigo 59 em relação à margem de preferência estatuída no artigo 26, todos do projeto da nova lei de licitações, é que no primeiro o empate deve ser real. Havendo duas ou mais propostas com o mesmo valor, o desempate é resolvido da seguinte forma (artigo 59): disputa final (inciso II); avaliação do desempenho contratual prévio (inciso II); desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade de gênero no ambiente de trabalho (inciso III); existência de programa de integridade pelo licitante (inciso IV). Se ainda assim o empate persistir, na forma do §1º, aí será assegurada preferência: às empresas estabelecidas no território do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou no Estado em que se localiza o órgão ou entidade municipal licitante (inciso I); às empresas brasileiras (inciso II); às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (inciso III) e, só

13 “Art. 3º [...] § 1º É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei n. 8.248, de 23 de outubro de 1991.” (Grifo acrescido).

14 “Art. 26 [...]§ 4º Os Municípios com até 50.000 (cinquenta mil) habitantes poderão estabelecer margem de preferência de até 10% (dez por cento) para empresas neles sediadas.”

então, às empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei n. 12.187/2009.

É possível antever um cenário de extrema dificuldade para os agentes encarregados da licitação em aplicar as sucessivas regras de desempate e preferência nos termos definidos no artigo 59 do projeto da nova lei de licitações.

#### 4.4 Certificações ambientais

A Lei n. 8.666/1993 não permite, textualmente, a possibilidade de se exigir certificações de qualidade ou conformidade do produto ou do processo de fabricação. Como a certificação privada não é, via de regra, obrigatória para o exercício de atividades econômicas, ninguém deveria ser impedido de participar de licitação em virtude de não dispô-la<sup>15</sup>. Agregando-se a isso o entendimento de que o rol de documentos exigíveis em habilitação na Lei n. 8.666/1993 é taxativo<sup>16</sup>, a conclusão que se consolidou foi no sentido de ser vedada a exigência de certificação privada (inclusive ambiental) em sede de habilitação. Esse foi, por exemplo, o entendimento sumulado (Súmula nº 17) do Tribunal de Contas de São Paulo: *“Em procedimento licitatório, não é permitido exigir-se, para fins de habilitação, certificações de qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei”*<sup>17</sup>.

---

15 Ao contrário da pessoa de direito privado, que, como regra, tem a liberdade de fazer aquilo que a lei não proíbe, o administrador público somente pode fazer aquilo que a lei autoriza expressa ou implicitamente” (TÁCITO, C. O princípio da legalidade: ponto e contraponto. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 206, 1996, p. 2).

16 “A Administração Pública, para fins de habilitação, deve se ater ao rol dos documentos constantes dos arts. 28 a 31, não sendo lícito exigir outros documentos ali não elencados.” (TCU, Decisão nº 523/97, publicada no Informativo de Licitações e Contratos nº 45, Editora Zênite, de novembro de 1997, p. 897).

17 Em comentários à referida Súmula, Ivan Barbosa Rigolin assinala: “Essa súmula seguramente vem a propósito, sem o dizer de modo expresso, dos comuns e usuais certificados ISO, de numeração variada conforme a codificação da atividade atestada.

Já nos manifestamos nesse exato sentido em consultas e artigos, pois que, tanto quanto o e. TCE/SP, pensamos que tais certificações de qualidade – seja ISO ou quaisquer outras expedidas por institutos particulares – podem ocasionalmente significar um efetivo e palpável diferencial qualitativo em favor de quem as detém, como igualmente podem pouquíssimo significar sob qualquer ponto de vista. É certo que frequentemente se inverte o papel desses certificados, que de uma mera consequência de bom trabalho realizado pela empresa passam muitas vezes a constituir ou a serem vistos como objetivo ou meta da empresa. Nessa hipótese, esta empresa, a partir de dado momento, passa a preocupar-se apenas, antes que em trabalhar bem, em única e exclusivamente obter a certificação – como se ela só em si lhe assegurasse um salto de qualidade ou uma conquista inesperada e extraordinária.

Sabe-se que na realidade a só obtenção da maioria daqueles certificados em muito pouco altera, quando altera, a qualidade dos serviços prestados ou dos produtos oferecidos pela empresa que se certificou, daí a justa objeção do e. TCE quanto à sua exigibilidade em editais de licitação.

Mas algo reste bastante claro: não se confundem atestados de qualidade criados e oferecidos por entidades particulares, em geral onerosos e que representam negócio comercial para os certificadores, com atestados oficiais de aprovação ou de suficiência, emitidos por entidades governamentais ou órgãos estatais, em geral sociedades de economia mista ou empresas públicas de caráter técnico ou científico, as quais sempre podem – ou mesmo devem quando for o caso – ser exigidos. Atestações públicas nada têm, nesse sentido, com particulares” (Cláusulas restritivas em licitações – As Súmulas 14 a 30 do TCE/SP. Informativo de Licitações e Contratos – ILC. 231/181/Março. Curitiba: Zênite, 2009).

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União vinha, entretanto, revisitando referida orientação, reputando válida, em dadas hipóteses, a exigência de certificação de natureza ambiental. Cite-se, por exemplo, o Acórdão n. 2995/2013, o Acórdão n. 1305/2013 e a Decisão Monocrática do Ministro Benjamin Zymler no TC-003.405/2010-9.

À semelhança do que passou a ser expressamente admitido no inciso III do artigo 7º da Lei do Regime Diferenciado de Contratações e no inciso III do artigo 47 da Lei das Estatais, o projeto da nova lei de licitações contemplou as certificações ambientais por meio do inciso III do artigo 41<sup>18</sup>, ao disciplinar os requisitos e procedimentos da prova de qualidade dos produtos ofertados pelos licitantes. A previsão resolve pelo menos o problema do fundamento de legalidade para esse tipo de exigência.

Um aspecto merece atenção. Tanto a Lei do Regime Diferenciado de Contratações quanto a Lei das Estatais fazem referência exclusiva à certificação como documento comprobatório da conformidade de dado produto/processo a aspectos ambientais, a ser expedida por qualquer instituição oficial competente (Regime Diferenciado de Contratações) ou entidade credenciada (Regime Diferenciado de Contratações e Estatais).

O projeto da nova lei de licitações atribuiu tratamento distinto. Admite, além da certificação, que a qualidade ou conformidade seja atestada por “certificado, laudo laboratorial ou documento similar”. O dispositivo parece ter duas conotações. A primeira interpretação, mais restrita, prestar-se-ia a resolver um problema semântico, dado que nem sempre, pelo menos não em todos os casos, a qualidade ou conformidade do produto ou processo de fabricação é atestada por uma certificação. A possibilidade de apresentação de um laudo laboratorial ou documento similar teria espaço, portanto, nos casos em que a qualidade/conformidade do produto ou processo não é atestada por processos de certificação ou certificados.

A segunda interpretação possível do dispositivo é no sentido de se admitir a comprovação de qualidade ou conformidade por documento equivalente, similar à certificação, mesmo nos casos de existir(em) certificação(ões) privada(s).

O objetivo de que a prova da qualidade ou conformidade possa ser feita por “certificado, laudo laboratorial ou documento similar”, contida no inciso III do artigo 41 do projeto da nova lei de licitações, parece ser no sentido de viabilizar a exigência mesmo nos casos em que o produto/serviço não seja objeto de uma certificação própria, na acepção restrita da palavra. No entanto e ainda assim, a Administração Pública deve ter o cuidado para não instituir preferências injustificadas por um tipo ou entidade certificadora específica em detrimento de outras possíveis, o que pode restringir indevidamente a competição.

---

18 “Art. 41. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios: [...] III – certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.”

## 4.5 Tratamento dos impactos ambientais e urbanísticos em contratos de obras e serviços de engenharia

Na Lei n. 8.666/1993 não existe previsão específica que determine à Administração Pública a necessidade de se considerar a eficiência energética, normas de acessibilidade, proteção do patrimônio cultural, tampouco de se estipular em face do contratado exigências e obrigações relacionadas ao adequado endereçamento dos impactos ambientais e urbanísticos (leia-se mapeamento, mitigação e compensação) e ao apropriado e eficiente manejo de recursos ambientais, muito embora não haja empecilho para que a Administração Pública o faça.

O artigo 44 do projeto da nova lei de licitações basicamente incorpora as previsões havidas no Regime Diferenciado de Contratações e da Lei das Estatais, em referência às obras e serviços de engenharia, acerca da (i) disposição final adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras, (ii) mitigação por condicionantes e compensação ambiental definidas nas licenças ambientais, (iii) utilização de produtos, equipamentos e serviços ecologicamente eficientes, (iv) avaliação do impacto de vizinhança, (v) proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e (vi) acessibilidade<sup>19</sup>.

A finalidade do dispositivo é induzir uma atividade administrativa menos poluente e degradante e reforçar o cumprimento de obrigações havidas em normas correlatas, de natureza coletiva ou difusa. Ainda, a norma acaba fornecendo embasamento jurídico suficiente para que a Administração Pública exija do contratado prova do adequado tratamento de impactos ambientais e urbanísticos na obra. Isso se justifica, em última análise, porque a Administração Pública, como titular da obra, pode ser responsabilizada por danos ambientais/urbanísticos, ou pelo menos sofrer reflexos sobre sua esfera de interesses nesses casos.

O comando, no projeto da nova lei de licitações, é no sentido de que as *licitações respeitem* referidas variáveis. Para se atribuir algum significado útil ao dispositivo há que se ler “o dever de respeito” como obrigação de sua previsão na estruturação do instrumento convocatório (notadamente na definição do objeto) e/ou na estipulação de obrigações contratuais relacionadas.

---

19 “Art. 44. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:

- I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;
- II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;
- III – utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais;
- IV – avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;
- V – proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;
- VI – acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.”

Algumas dessas variáveis - como a utilização de produtos, equipamentos e serviços ecologicamente eficientes que comprovadamente reduzem o consumo de energia e de recursos naturais, a avaliação do impacto de vizinhança, a proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e/ou a previsão de soluções de acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida - são incumbências a cargo da própria Administração Pública enquanto contratante, ainda na definição do escopo e das características da obra. Isso não quer dizer que a Administração Pública só está vinculada a essas diretrizes quando ela própria é encarregada de elaborar o projeto básico da obra, mas também nos casos em que essa incumbência é transferida ao particular (vide contratação integrada), porque ainda nessas hipóteses cabe à Administração Pública a estipulação pelo menos do anteprojeto.

Já a certificação do cumprimento das condicionantes e de mitigação/compen-sação ambiental definidas nas licenças ambientais e de impacto de vizinhança, via de regra, dar-se-iam em momento posterior, quando da execução das obrigações contratadas.

É importante dotar a Administração Pública de instrumentos que viabilizem o ade-quado acompanhamento das intervenções no meio ambiente natural e construído nos casos em que o contratado obtém e é titular da licença ambiental, até porque, como dito, a Administração Pública pode vir a responder, como titular da obra, so-lidariamente por eventual dano ambiental e urbanístico praticado pelo contratado. A Administração Pública pode se valer, para aferir o respeito a essas regras, de relatórios de controle ambiental e urbanístico ou de declarações firmadas pelos órgãos competentes, sempre com o cuidado de não burocratizar demasiadamen-te o procedimento de gestão do contrato e sempre respeitando e preservando as competências institucionais dos demais órgãos/entidades no controle das inter-vições sobre o meio ambiente natural e construído.

As referidas previsões mostram-se bastante oportunas também nas situações em que a Administração Pública é a titular da licença ambiental ou urbanística. Nesses casos, as previsões em edital e a vinculação, em contrato, das obrigações do con-tratante eventualmente relacionadas aos pormenores definidos no bojo de licencia-mentos ambientais e urbanísticos realizam a segurança jurídica e previnem a dilui-ção de responsabilidades. Também nessas situações a apresentação de relatórios de controle ambiental pelo contratado pode subsidiar a própria prestação de contas da Administração Pública ao órgão ambiental/urbanístico competente.

#### **4.6 Contrato de eficiência e remuneração variável por desempenho**

Um último conjunto de novidades relacionadas ao tema das licitações susten-táveis diz com a figura do “contrato de eficiência” e a possibilidade, genérica, do estabelecimento de remuneração variável vinculada ao desempenho do contra-tado, inclusive com base em critérios de sustentabilidade ambiental. Em ambas as situações tem-se uma sofisticação em relação ao modelo estático de remu-neração, que agora pode ser vinculada e proporcional aos resultados apresenta-dos pelo contratado.

A primeira possibilidade é o contrato de eficiência, por meio do qual “o contratado assume a obrigação de reduzir as despesas da Administração, sendo que sua remuneração corresponderá a um percentual da economia gerada”.<sup>20</sup> No âmbito privado é relativamente comum a pactuação de contratos de eficiência energética no qual o contratado concebe, custeia e implementa as alterações estruturais e logísticas necessárias, sendo remunerado (para amortização do investimento e retorno financeiro) pela economia em água ou luz, por exemplo, gerada.

O artigo 39 do projeto da nova lei de licitações estabelece que, no julgamento por maior retorno econômico, celebrado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerar-se-á “a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato”. Trata-se de importante previsão comparativamente em relação aos critérios até então vigentes na Lei n. 8.666/1993, em que a remuneração pela maior economia gerada decorria de um exercício de interpretação do critério de menor preço.

Já o artigo 143 do projeto da nova lei de licitações prevê a possibilidade, em abstrato, de remuneração variável vinculada ao desempenho (inclusive ambiental) nos seguintes termos:

Art. 143. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

§1º. O pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.

Diferentemente do que ocorre nos contratos de eficiência, em que o particular é remunerado por um percentual sobre a economia gerada, na remuneração variável ele faz jus a um acréscimo, um “bônus” pelo atingimento de metas e padrões previamente estabelecidos. O exemplo mais claro para ilustrar a possibilidade é o da antecipação do prazo de entrega da obra. A mesma lógica, todavia, pode ser usada para induzir à implantação de níveis escalonados de sustentabilidade ambiental. A não progressão ou não atendimento de índices mais elevados não ensejam o sancionamento do contratado; apenas, não aumentarão sua remuneração.

20 SCHWIND, R. W. Remuneração Variável e contratos de eficiência no Regime Diferenciado de Contratações Públicas (LEI nº 12.462/2011). Disponível em: [https://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael\\_rdc.pdf](https://www.justen.com.br/pdfs/IE56/IE56-rafael_rdc.pdf). Acesso em: 14 dez. 2020.

# Capítulo 5

## Regime de Execução

Gustavo Ramos da Silva Quint

Advogado. Mestre em Direito pela UFSC. Graduado em Direito pela UFSC. Membro-fundador do Grupo de Estudos em Direito Público – GEDIP/UFSC. Coordenador da Assessoria Jurídica do Instituto Geral de Perícias de Santa Catarina.

### 5.1. Conceitos gerais

O regime de execução significa, de forma bastante objetiva e como o próprio nome já sugere, a forma pela qual determinado contrato será executado. A Lei n. 8.666/1993 separava o regime de execução em duas categorias: (i) execução direta e (ii) execução indireta.

A execução direta tem espaço quando a própria Administração Pública se vale de seus próprios meios – leia-se bens, materiais e pessoal – para a execução de determinada tarefa. Nesse caso, é evidente, não há a contratação de terceiros para a execução. Esse tipo de regime tem especial destaque no âmbito de convênios, parcerias e demais ajustes onde a Administração Pública executa o objeto diretamente.

A execução indireta, por sua vez, tem relação direta com a lógica das licitações. Nela, um terceiro é contratado para, sob sua responsabilidade, alocar bens, serviços e pessoal – não necessariamente os três juntos, a depender da natureza do contrato.

O projeto da nova lei de licitações trata da execução direta uma única vez, de forma bastante isolada e específica. Na verdade, diferentemente da Lei n. 8.666/1993, o projeto sequer conceitua o regime de execução direta, o que, em certa medida, até faz sentido diante da natureza da lei de licitações. A execução direta é mencionada nas hipóteses de rescisão do contrato administrativo por culpa do particular, na forma do parágrafo 1º do artigo 138:

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do *caput* deste artigo ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

Os incisos I e II do artigo 138 tratam, respectivamente, da prerrogativa da Administração Pública de: “I – assunção imediata do objeto do

contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração” e “II – ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade”.

Ou seja, pela lógica do projeto da nova lei de licitações, a execução direta pressupõe falha no regime de execução indireta que tenha ocasionado a rescisão do contrato e a necessidade de que a Administração Pública assuma a execução do contrato ela mesma, facultando-lhe, naturalmente, a escolha por nova execução indireta na forma da parte final do parágrafo 1º do artigo 138.

A execução indireta pressupõe, por outro lado, a atuação do particular. No que se refere a esse regime, a lei estabeleceu sete formas distintas, previstas em sequência no rol do artigo 45: (i) empreitada por preço unitário; (ii) empreitada por preço global; (iii) empreitada integral; (iv) contratação por tarefa; (v) contratação integrada; (vi) contratação semi-integrada e (vii) fornecimento e prestação de serviço associado.

A maioria das modalidades não é novidade no mundo jurídico, já estava prevista na Lei n. 8.666/1993, na Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). O que o projeto da nova lei de licitações parece ter feito é consolidar todas essas modalidades em um único rol, reunindo os regimes de execução – com algumas diferenciações e limitações.

Há, no entanto, uma especial diferenciação na nova lei em relação a que tipo de contratação em que tais regimes são aplicados. Veja-se que a Lei n. 8.666/1993 dispõe, na forma do artigo 10, que “[a]s obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas [...]. O projeto da nova lei, contudo, relegou tais regimes de execução apenas às “obras e serviços de engenharia”. Ou seja, enquanto na Lei n. 8.666/1993 o regime de execução era amplo e contemplava serviços em geral e obras, na nova lei limitou-se às obras e serviços de engenharia.

## 5.2. Regime de empreitada

Não houve inovação no regime de empreitada. Trata-se, em essência, dos mesmos institutos já previstos anteriormente na Lei n. 8.666/1993, sem nenhuma alteração significativa. O projeto da nova lei previu: (i) empreitada por preço unitário; (ii) empreitada por preço global e (iii) empreitada integral.

Em ambos os casos, como ressalta Marçal Justen Filho, há “em comum a contratação da execução de uma obra ou serviço, incumbindo ao particular fornecer o trabalho ou o trabalho e materiais, mediante uma remuneração. A distinção entre as figuras envolve, de um modo direto, o critério para a determinação da remuneração do particular”.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> JUSTEN FILHO, M. Comentários à lei de licitações e contratos. 18. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RL-1.3.

### 5.2.1. Empreitada por preço unitário

A empreitada por preço unitário é definida, na forma do inciso XXVIII do artigo 6º do projeto, como a “*contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas*”. Diferentemente do que fez a Lei n. 8.666/1993, o projeto da nova lei de licitações não estabelece as hipóteses em que o regime de empreitada por preço unitário deve ser utilizado.

Nesse tipo de empreitada, a Administração Pública remunera o particular por unidades de medida e não pelo preço cheio (valor global) do objeto. Ou seja, à medida em que o particular executa o estimativo para a obra ou serviço, ele recebe por aquela etapa. Pode-se citar, como exemplo, o trecho asfaltado, a quantidade de terra movimentada, o nível de concreto aplicado, unidades residenciais individuais e assim por diante.

A empreitada por preço unitário tem lugar quando a Administração Pública não dispõe de elementos suficientes para determinar, de antemão, os quantitativos do objeto. O exemplo clássico, trazido por Joel de Menezes Niebuhr<sup>2</sup>, é o da contratação de obra para perfuração de poço artesiano. Em determinados casos, não é possível definir previamente qual a profundidade adequada de perfuração até que se alcance a água. Isso justifica a contratação por unidades de medida, no caso, por metro perfurado ou equivalente.

A segunda hipótese é cabível quando o objeto admite a sua individualização e fracionamento (contratações moduláveis). Na construção de um centro de eventos ou de um hospital, por exemplo, não faria sentido a adoção do regime por preço unitário dado que o único resultado possível é a entrega do centro de eventos ou do hospital como um todo. Não é possível fracionar em partes. No entanto, seria perfeitamente possível a adoção do regime de empreitada por preço unitário na construção de unidades residências autônomas.

### 5.2.2. Empreitada por preço global

A doutrina e jurisprudência já consolidou o entendimento de que, se a Administração Pública já sabe de antemão os quantitativos e o projeto, deve ser usado o regime de empreitada por preço global. Ainda que o projeto da nova lei de licitações não preveja as hipóteses em que deva ser utilizado, não há sentido em não adotar a mesma lógica. Do contrário, haveria apenas um regime de empreitada.

É o que se extrai, a propósito, do entendimento exarado pelo Tribunal de Contas no Acórdão n. 2432/2016:

A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto a empreitada por

---

<sup>2</sup> NIEBUHR, J. de M. Licitações e contratos das estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 124-125.

preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários.<sup>3</sup>

No caso da empreitada por preço global, já se sabe de antemão os quantitativos e a definição do projeto. O particular é contratado para executar uma obra ou serviço por um preço global predeterminado, à sua conta e risco (há ressalvas). A diferença entre o regime por preço unitário consiste, na essência, na forma de remuneração.

De toda forma, vale a ressalva de Marçal Justen Filho de que, em todos os casos, o particular compromete-se à execução do todo. Isso porque a Administração não contrata serviços isolados, mas uma obra ou um serviço como um todo. A diferença não está no resultado, mas apenas na forma como se mede e se remunera o particular:

Na empreitada por preços unitários, o licitante não se obriga a executar cada item isoladamente. A contratação versa sobre o objeto integral (obra ou serviço). Então, a proposta de cada preço unitário não é dissociável do conjunto global da obra ou do serviço.

Mesmo numa licitação por preço unitário, o julgamento se faz em vista do montante total a ser desembolsado pelo Estado. Nesse caso, a oferta apresentada pelo licitante é o resultado da soma dos preços unitários previstos. Seria antijurídico pretender realizar uma contratação selecionando o vencedor em vista do menor preço apresentado nas diferentes propostas para cada item. Há um pressuposto jurídico inafastável, consistente em que o licitante não está obrigado a honrar o preço unitário ofertado se não houver a sua contratação para o conjunto global da obra ou serviço licitados.<sup>4</sup>

### 5.2.3. Empreitada integral

O regime de empreitada integral, previsto no inciso III do artigo 45, diferencia-se dos demais porque, além da entrega da obra, o particular compromete-se a entregar o objeto absolutamente pronto para uso.

Nada impede que a Administração Pública contrate determinado empreendimento e que, ao fim da obra, decida deflagrar procedimentos próprios para mobiliar, promover as instalações necessárias e deixar a estrutura plenamente operacional. No entanto, no caso da empreitada integral, cabe ao particular executar todos os serviços de modo a entregar o empreendimento totalmente funcional à Administração Pública.

---

<sup>3</sup> TCU. Acórdão n. 2423/2016, Órgão Julgador: Plenário, Relator: Benjamin Zymler, Julgado em 21/09/2016.

<sup>4</sup> JUSTEN FILHO, M. Comentários à lei de licitações e contratos. 18. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RL-1.3.

O objeto, portanto, não se limita à edificação do empreendimento, mas demanda que o particular execute todos os serviços e promova a instalação de todos maquinários e execução dos serviços necessários à sua operação, bem como eventuais treinamentos de pessoal, identificação e resolução de problemas na infraestrutura. Daí que, nesse contexto, o regime de empreitada integral costuma ser chamado de "turn key". Ou seja, ao final, caberá à Administração Pública apenas virar a chave e começar a usufruir.

O regime de empreitada integral tem lugar em empreendimentos vultosos e complexos e, por consequência, atrai riscos ainda maiores para o particular. Naturalmente, o contratado irá dimensionar tais custos em sua proposta o que, por vezes, pode onerar esse tipo de regime. Por essa razão é que a empreitada integral regime deve ser utilizada com cautela e em obras de grande porte e complexidade. A propósito, é do Tribunal de Contas da União:

Em contratação sob o regime de empreitada integral, a celebração de aditivo contratual somente é admitida sob condições especiais, decorrentes de fatos imprevisíveis. Eventuais imprecisões no projeto básico não são motivo para correção por meio de aditivo, porquanto constituem riscos que se inserem na álea contratual ordinária, os quais são assumidos pelo contratado.

[...] em que pese o regime de execução expresso no Contrato 90580124 ser o de empreitada integral, o que se verificou, na prática, foi uma execução equivalente ao regime de preços unitários, em razão dos aditivos contratuais firmados, alterando os quantitativos e valores contratuais.<sup>5</sup>

Não à toa, o próprio inciso XXX do artigo 6º do projeto da nova lei atribui os riscos integralmente ao particular:

Contratação de empreendimento em sua integralidade, compreendida a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional.

Face à sua complexidade operacional e técnica, o regime de empreitada integral costuma ser utilizado em obras de grande porte, como usinas hidrelétricas, grandes complexos esportivos e hospitalares de campanha.

### 5.3. Contratação por tarefa

A contratação por tarefa, como sugere o inciso XXXI do artigo 6º do projeto da

<sup>5</sup> TCU. Acórdão 1194/2018, Órgão Julgador: Plenário, Relator: Ministro Augusto Sherman Calvacanti, Julgado em 23/05/2018.

nova lei de licitações, guarda relação com serviços de pouca ou nenhuma complexidade, definidos como “pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais”. A redação, e isso não é novidade ao longo do projeto da nova lei, é idêntica à da Lei n. 8.666/1993.

É o caso de serviços simples, geralmente executados por uma única empresa, sem utilização de equipamentos ou técnicas complexas, em contratações tipicamente de valores reduzidos.

A contratação por tarefa aparece duas vezes no projeto da nova lei: em sua definição no artigo 6º e na sua classificação como regime de execução no artigo 45. Esse tipo de regime nunca teve especial destaque na doutrina e jurisprudência, principalmente por sua pouca relevância e pouca aplicação prática.

A lei, na verdade, limitou-se a dizer que se trata de um serviço de baixa complexidade, sem indicar, contudo, parâmetros mais objetivos que pudessem atrair a atenção para a utilização desse regime. Entende-se, nesse contexto, que a contratação por tarefa foi apenas mais um elemento copiado da antiga lei que poderia ter sido perfeitamente extirpado sem qualquer reflexo prático na praxe das contratações públicas.

#### 5.4. Contratação integrada

A contratação integrada, novidade no projeto da nova lei de licitações, estava prevista anteriormente na Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e, mais recentemente, foi introduzida na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). Ela é definida da seguinte forma:

Art. 6º [...] XXXII – contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

O regime é bastante parecido com o da empreitada integral<sup>6</sup>, diferenciando-se, na essência, porque na contratação integrada o particular assume, além da execução da obra, a responsabilidade por elaborar o projeto básico e executivo com base em um anteprojeto feito pela Administração Pública na forma do parágrafo 2º do

<sup>6</sup> Conforme alerta Marçal Justen Filho, tais regimes, contudo, não se confundem: A empreitada integral pressupõe a existência de projetos básico e, em princípio, executivo, com o particular assumindo a obrigação de executar as concepções predeterminadas e impostas pela Administração. Já a contratação integrada compreende a atribuição ao particular da elaboração inclusive do projeto básico. Nesse caso, a Administração delineará uma ideia geral do objeto a ser executado, fixando metas e estabelecendo limites. A autonomia do particular é muito mais ampla no tocante à contratação integrada do que se passa na empreitada integral. Isso se traduz em responsabilidade muito mais elevada – o que significa, em última análise, preço correspondente maior. (JUSTEN FILHO, M. Comentários à lei de licitações e contratos. 18. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RL-1.3).

artigo 45 do projeto da nova lei<sup>7</sup>.

Os requisitos do anteprojeto estão contemplados nas alíneas do inciso XXIV do artigo 6º do projeto da nova lei e devem conter, entre outros aspectos, as condições de solidez, segurança e durabilidade, prazo de entrega, estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico, parâmetros de adequação ao interesse público, impacto ambiental e de acessibilidade e memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de modo a estabelecer os padrões mínimos para a contratação.

Conforme apontado por Joel de Menezes Niebuhr, esse tipo de regime de execução é sintomático da dificuldade e até mesmo incapacidade da Administração Pública, de um modo geral, de realizar projetos básicos. Como anota o autor, a

Administração Pública, na medida do possível, quer livrar-se deste encargo. Aliás, é sabido que os projetos brasileiros são, muitas vezes, feitos de afogadilho e causam toda sorte de problemas que ganham feição durante a execução das obras e serviços. Não é raro que as obras e os serviços sejam estimados em valor e prazo que não se realizam em virtude de defeitos dos projetos básicos. Daí, conforme a experiência prática indica, a quantidade excessiva de termos aditivos no Brasil, celebrados para corrigir os defeitos dos projetos básicos.<sup>8</sup>

De toda sorte, o regime é bem-vindo dado que presta deferência à expertise dos particulares que, por vezes, são obrigados a apresentar propostas com base em projetos básicos defeituosos e que comprometem a boa execução da obra.

O parágrafo 3º do artigo 45, por sua vez, dispõe que, uma vez elaborado pelo contratado, o projeto básico, em conjunto com os desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro devem ser submetidos à aprovação da Administração Pública, “que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas”.

A parte final do dispositivo também faz a ressalva de que são “vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico”. A menção à manutenção da responsabilidade integral do contratado é importante porque esclarece qualquer eventual dúvida se a aprovação da Administração Pública significaria o compartilhamento dos riscos entre ela e o particular. A projeto da nova lei é expresso no sentido de que o particular, apesar do aval da Administração, responde sozinho pelos riscos do projeto básico.

Fica, no entanto, a seguinte dúvida: imagine-se que, em determinada situação, a

7 § 2º A Administração é dispensada da elaboração de projeto básico nos casos de contratação integrada, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de acordo com metodologia definida em ato do órgão competente, observados os requisitos estabelecidos no inciso XXIV do art. 6º desta Lei.

8 NIEBUHR, J. de M. *Licitações e contratos das estatais*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 129.

Administração Pública entenda por condicionar a aprovação do projeto a alterações. Nessa situação, caso o particular promova as alterações e o trecho alterado a pedido da Administração cause problemas à execução do contrato e demande a formulação de termo aditivo para ajustar o quantitativo, caberia, ainda assim, a responsabilidade integral do contratado? A despeito da dicção do texto legal, não parece plausível imputar ao particular erro em alteração no projeto que tenha sido exigida pela própria Administração Pública.

Por fim, outra novidade diz respeito à necessidade de se prever em edital e contrato, nos casos da contratação integrada e semi-integrada, as atribuições da contratante e do contratado a respeito de eventuais desapropriações necessárias à execução da obra, na forma prevista nos incisos do parágrafo 4º do artigo 45.

A Lei n. 13.303/2016 estabeleceu que a contratação integrada somente poderia ser utilizada em obra ou serviços de engenharia de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica, bem como nas hipóteses em que o objeto “puder ser executado com diferentes metodologias de domínio restrito no mercado” (artigo 43, inciso VI). O projeto da nova lei de licitações, por outro lado, impôs um limitador financeiro, que se aplica também à contratação semi-integrada.

O parágrafo 7º do artigo 45 do projeto estabelece que os regimes de contratação integrada e semi-integrada somente podem ser utilizados em contratações acima dos limites previstos para os contratos de parceria público-privada, ou seja, contratações acima de R\$ 10.000.000,00. Não se aplica, contudo, o valor base nos casos de “projetos de ciência, tecnologia e inovação e de ensino técnico ou superior.”

Condicionar a utilização desse regime de empreitada a um critério de valor não parece fazer muito sentido, dado que a maior dificuldade na elaboração dos projetos básicos está justamente nas obras de menor vulto, nos municípios menores e nos órgãos menos estruturados. De toda sorte, acredita-se que, talvez pelo uso distorcido do instrumento e de acordo com o entendimento do Tribunal de Contas da União de que a contratação integrada é exceção, dificultar o uso do regime acabou sendo a opção legislativa<sup>9</sup>.

## 5.5. Contratação semi-integrada

A contratação semi-integrada, importada diretamente da Lei das Estatais, foi festejada na doutrina e, felizmente, foi estendida à toda a Administração Pública. Trata-se de regime que privilegia e premia a adoção de soluções mais inteligentes, tecnológicas, competitivas e ao menor custo.

À luz da definição do inciso XXXIII do artigo 6º do projeto da nova lei, trata-se de *“regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar*

<sup>9</sup> Sobre o tema, ver: NIEBUHR, J. de M. Licitações e contratos das estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 130-131.

*montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.*

A diferença nodal da contratação integrada para a semi-integrada é que, nessa, cabe à Administração Pública inicialmente a elaboração do projeto básico. Uma vez elaborado, ele é submetido ao escrutínio dos licitantes que poderão (deverão) oferecer soluções tecnológicas superiores no que se refere a custos, técnicas, prazos, qualidade, manutenção e operação, e sugerir alterações ao modelo inicial.

O regime faz todo sentido porque, por vezes, os particulares podem dispor de expertise superior à Administração Pública e podem contribuir de modo a imprimir uma solução mais inteligente para a contratação pública, tudo isso, claro, desde que haja reflexo direto no preço da proposta. O pressuposto é que as sugestões do particular permitam uma solução melhor a um preço mais baixo. Ganha o particular, por poder imprimir sua própria técnica e expertise no projeto e ganha o interesse público com a adoção de uma solução melhor.

É possível que exista uma parte imutável do projeto básico, definido de acordo com os critérios que a Administração Pública entenda mais adequados à satisfação do interesse público; e outra parte em que franqueie aos particulares apresentar soluções alternativas às inicialmente previstas, seja em matéria de custos, de qualidade, de prazos ou de técnicas.

Apesar de salutar o regime, o projeto da nova lei fez um desserviço à Administração Pública de todo o país ao limitar sua utilização aos contratos cujos valores sejam superiores a R\$ 10.000.000,00, tal como indicado no tópico anterior. Adoga-se a tese de que esse deveria o regime previsto como regra para todas as contratações, tal como é para a lei das estatais, e não apenas para obras e serviços de grande vulto e complexidade.

Isso porque, conforme já dito, a contratação semi-integrada é consentânea com a lógica de uma Administração Pública consensual, que dialoga com os particulares e admite soluções diversas, menos onerosas, tecnicamente mais adequadas e que melhor realizam o interesse público. Relegar esse tipo de regime apenas a contratações de alto escalão significa desperdiçar alternativas que poderiam representar obras e serviços muito melhores à realização dos fins a que se propõem as licitações. Controles são importantes e necessários, mas, da forma como definido, a possibilidade é excluída de plano.

## **5.6. Fornecimento e prestação de serviço associado**

Ponto que deveria ter sido mais bem esmiuçado pelo projeto da nova lei, o regime de fornecimento e prestação de serviço associado ganhou poucas palavras e definições. Pelo que consta do inciso XXXIV do artigo 6º, trata-se de regime em que, além da execução da obra, o contratado também fica responsável pela operação e/ou manutenção, por tempo determinado.

O objetivo por trás desse regime, ao que tudo indica, é garantir a otimização de custos e eficiência no que se refere a contratações de objetos que naturalmente exigem manutenções constantes, como salas de refrigeração, de alta segurança, ou da operação como centros comerciais e complexos esportivos e eventos. Há, aqui, uma grande semelhança com a lógica das concessões.

Esse tipo de regime, cuja aplicação deve ser sopesada levando-se em conta as regras quanto ao fracionamento do objeto, atribui ao contratado a responsabilidade pelo todo e por determinado prazo, em espécie de contrato híbrido de execução de obra e prestação de serviços. De acordo com o artigo 112 do projeto, esse tipo de contrato “terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação na forma do art. 106 desta Lei”.

# Capítulo 6

## Modalidades de Licitação e Procedimentos Auxiliares

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz

Advogado. Doutorando em Direito pela UFSC. Mestre em Direito pela PUCPR. Autor do livro “Serviços Públicos de Saneamento Básico e Saúde Pública no Brasil” (São Paulo: Almedina, 2016).

### 6.1 Modalidades de licitação

O artigo 28 do projeto da nova lei de licitações apresenta as modalidades de licitação: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. A tomada de preços e o convite, modalidades previstas na Lei n. 8.666/1993, foram excluídas do projeto. Por outro lado, foi criada a modalidade denominada diálogo competitivo. Além disso, o pregão, previsto na Lei n. 10.520/2002, passou a ser disciplinado pelo projeto da nova lei de licitações junto das demais modalidades.

O projeto da nova lei de licitações veda a criação de outras modalidades ou a combinação entre as modalidades citadas (§ 2º do artigo 28). Esse dispositivo explicita que as modalidades são normas gerais de licitação que devem ser respeitadas pelos demais entes federativos. Somente a União pode legislar sobre as modalidades de licitação, pois é sua competência privativa legislar sobre normas gerais de licitação, nos termos do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal.<sup>1</sup>

A definição da modalidade de licitação deverá ser feita em razão de seu objeto, não havendo mais restrições de valores como prevê o artigo 23 da Lei n. 8.666/1993.

### 6.2 Pregão

Como afirmado, o pregão passa a ser disciplinado pelo projeto da nova lei de licitações, junto das demais modalidades de licitação. A Lei n. 10.520/2002 será revogada após dois anos de vigência da nova lei (inciso II do artigo 190).

<sup>1</sup> Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: [...] XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

O pregão é definido 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” (inciso XLI do artigo 6º). Ele passa a ser expressamente obrigatório para a contratação de todo e qualquer bem e serviço comum e os critérios de julgamento poderão ser o de menor preço ou o de maior desconto.

Por bens e serviços comuns considera-se “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado” (inciso XIII do artigo 6º), repetindo-se a definição apresentada pela Lei n. 10.520/2002. Em contraponto, o pregão não será utilizado para contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, com exceção dos serviços comuns de engenharia, segundo o parágrafo único do artigo 29 do projeto da nova lei de licitações.

O projeto da nova lei de licitações aprimorou o conceito de serviços comuns de engenharia que podem ser contratados via pregão. O inciso XXI do artigo 6º afirma que os serviços comuns de engenharia “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”. Deverão ser serviços padronizáveis no que diz respeito a critérios de desempenho e qualidade nas ações de manutenção, adequação e adaptação de bens móveis e imóveis para preservar suas características originais.

A nova definição representa um avanço ao conceito muito aberto e vago apresentado no inciso VIII do artigo 3º do Decreto n. 10.024/2019 que, basicamente, acrescentava à definição usual de bens e serviços comuns a necessidade de eles serem acompanhados por um engenheiro<sup>2</sup>.

### 6.2.1 Rito procedural do pregão

O *caput* do artigo 29 do projeto da nova lei de licitações afirma que o pregão seguirá o rito procedural previsto no artigo 17. O referido dispositivo apresenta em seus incisos as fases da licitação, com a seguinte ordem:

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;

<sup>2</sup> Art. 3º. Para fins do disposto neste Decreto, considera-se: [...] VIII - serviço comum de engenharia - atividade ou conjunto de atividades que necessitam da participação e do acompanhamento de profissional engenheiro habilitado, nos termos do disposto na Lei n. 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pela administração pública, mediante especificações usuais de mercado;

IV – de julgamento;

V – de habilitação;

VI – recursal;

VII – de homologação.

Trata-se de rito semelhante ao previsto na Lei n. 10.520/2002.

O que há de novidade para o pregão está previsto nos parágrafos do artigo 17. Como o artigo 29 do projeto da nova lei de licitações menciona o artigo 17 sem qualquer ressalva quanto aos seus parágrafos, entende-se que eles também são aplicáveis ao pregão.

O § 1º do artigo 17 autoriza a inversão entre as fases de apresentação das propostas e lances e a fase de habilitação, realizando-se primeiro a análise da habilitação dos licitantes e depois a fase de propostas de preços e lances, desde que mediante ato motivado com a explicitação dos benefícios dessa inversão. Não parece ser uma medida adequada para o pregão, mas a previsão existe e pode ser adotada pela Administração Pública.

O § 2º do artigo 17 consolida o entendimento jurisprudencial de que os pregões devem ser realizados sob a forma eletrônica<sup>3</sup>. Não torna obrigatória, mas preferencial, em que pese a necessidade de motivação expressa para adotar a forma presencial (que deverá ser motivada e a sessão registrada em ata e com gravação de áudio e vídeo). O § 5º do artigo 17, por sua vez, é redundante ao tratar da necessidade de gravação da sessão presencial, acrescentando tão somente que ela será juntada aos atos do processo licitatório após o seu encerramento.

Ainda no que tange ao procedimento eletrônico, o § 4º afirma que: “Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico”. O dispositivo foi provavelmente pensado para as situações em que os licitantes são obrigados a enviar a documentação de habilitação tanto via sistema eletrônico quanto por via física para a sede da Administração Pública. O projeto da nova lei de licitações dispensa a exigência de envio por via física, admitindo-se somente o envio pelo sistema do pregão. Ainda assim, a redação do § 4º do artigo 17 não é clara e pode ser aprimorada.

O § 3º do artigo 17 prevê que na fase de julgamento poderá ser realizada análise de conformidade da proposta do licitante provisoriamente vencedor, tais como homologação de amostras, exame de conformidade, prova de conceito e outros testes, com o objetivo de comprovar a aderência da proposta às especificações técnicas apresentadas no edital. Ficou explicitado que a análise de conformidade

<sup>3</sup> TCU, Acórdão n. 2.034/2017, Plenário. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julg. 13/09/2017.

deve ser feita na fase de julgamento, e não como condição de habilitação do licitante mais bem colocado, em alinho à jurisprudência.<sup>4</sup>

O § 6º do artigo 17, por fim, autoriza a Administração Pública a exigir certificação por organização independente credenciada pelo INMETRO para aceitação de estudos, anteprojetos, projetos básicos e executivos (inciso I); conclusão de fases ou objetos de contratos (inciso II); e adequação do material e do corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação (inciso III). Não fica claro em que medida incide a certificação de organização credenciada pelo INMETRO para aceitar estudos, anteprojetos e projetos de engenharia e o que seria essa certificação para a conclusão de fases do pregão. Por outro lado, o inciso III autoriza exigir certificação do INMETRO para fins de habilitação do licitante, o que é vedado pela jurisprudência até então<sup>5</sup>.

### 6.3 Concorrência

A segunda modalidade de licitação prevista é a concorrência, definida pelo inciso XXXVIII do artigo 6º do projeto da nova lei de licitações como a “modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia” e cujos critérios de julgamento podem ser: menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico ou maior desconto.

A contratação de obras e serviços comuns de engenharia também poderá ser feita mediante concorrência. Como não existem critérios objetivos para diferenciar hipóteses em que as obras e serviços comuns de engenharia serão contratados ou por pregão ou por concorrência, ou até mesmo uma relação de predominância entre as modalidades, caberá ao agente público responsável escolher a modalidade mais adequada, respaldado por critérios técnicos. No entanto, a decisão poderá ser objeto de questionamento pelos órgãos de controle, que poderão ter entendimento diverso sobre a eficiência da modalidade escolhida no caso concreto.

A concorrência é modalidade de licitação que pode ser adotada para a licitação para as concessões de serviços públicos previstas na Lei n. 8.987/1995 e para as parcerias público-privadas descritas na Lei n. 11.079/2004, ao lado da nova modalidade denominada diálogo competitivo, que será vista adiante.

#### 6.3.1 Rito procedural da concorrência

A concorrência também deve seguir o rito previsto no artigo 17 do projeto da nova lei de licitações. A grande novidade é a consolidação da inversão de fases. Se pela Lei n. 8.666/1993 a fase habilitação antecede a fase de julgamento das propostas, agora poderá ser feito primeiro o julgamento das propostas e depois a análise de documentação do licitante vencedor.

4 TCU, Acórdão n. 2.763/2013, Plenário. Rel. Min. Sub. Weder de Oliveira, Julg. 09/10/2013.

5 TCU, Acórdão n. 1.677/2014, Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman, Julg. 25/06/2014.

Quando a fase de habilitação ocorrer antes das fases da apresentação da proposta de preços e de julgamento (§ 1º do artigo 17), será analisada a documentação de todos os licitantes, como ocorre no rito previsto na Lei n. 8.666/1993, consonante ao previsto no inciso II do artigo 62 do projeto da nova lei de licitações<sup>6</sup>.

Outra mudança relevante referente ao rito procedural da concorrência diz respeito à fase recursal. Pela Lei n. 8.666/1993, é cabível a interposição de um recurso após a fase de habilitação e outro após a fase de julgamento das propostas. Segundo o § 1º do artigo 164 do projeto do projeto da nova lei de licitações<sup>7</sup>, haverá somente uma fase recursal, seja seguindo a ordem prevista no *caput* do artigo 17 ou quando houver a inversão de fases permitida no § 1º do artigo 17.

A concorrência também poderá ocorrer de forma eletrônica ou presencial, conforme comentários feitos sobre os §§ 2º, 4º e 5º do artigo 17 para o pregão. Também se admite a realização de análise de conformidade da amostra como fase de julgamento (§ 3º do artigo 17) e a exigência de certificação por organização credenciada pelo INMETRO (§ 6º do artigo 17), com as ressalvas já apresentadas anteriormente.

#### 6.4 Concurso

O concurso é a “modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor” (inciso XXXIX do artigo 6º), conceito similar ao previsto na Lei n. 8.666/1993.

O artigo 30 do projeto da nova lei de licitações dispõe que o concurso respeitará as regras previstas no edital, que deverá indicar a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e formas de apresentação do trabalho técnico, científico ou artístico, as condições de realização e o prêmio ou remuneração do vencedor.

Quando se tratar de concurso para a elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública os direitos patrimoniais relativos a ele e autorizar que ele seja executado conforme juízo de oportunidade e conveniência dos agentes públicos responsáveis (parágrafo único do artigo 30).

#### 6.5 Leilão

---

6 Art. 62. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições: [...] II – será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

7 Art. 164. [...] § 1º Quanto ao recurso apresentado em virtude do disposto nas alíneas b e c do inciso I do *caput* deste artigo, serão observadas as seguintes disposições:

I – a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e o prazo para apresentação das razões recursais previsto no inciso I do *caput* deste artigo será iniciado na data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção de inversão de fases prevista no § 1º do art. 17 desta Lei, da ata de julgamento;  
II – a apreciação dar-se-á em fase única.

A modalidade leilão é empregada para a “alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance” (inciso XL do artigo 6º). É a modalidade adotada quando a Administração Pública pretende alienar um bem que não lhe serve ou que foi objeto de apreensão.

Os procedimentos operacionais do leilão serão objeto de regulamento (caput do artigo 31 do projeto da nova lei de licitações”).

O leilão poderá ser realizado por leiloeiro oficial ou por servidor designado pelo agente público competente. Se o leilão for realizado por leiloeiro oficial, deverá ser feita a seleção do leiloeiro mediante credenciamento ou licitação. A licitação deverá ser realizada na modalidade pregão e com critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, tomando como base os percentuais da lei de regência da profissão (Decreto n. 21.981/1932) e os valores dos bens a serem leiloados (§ 1º do artigo 31).

O edital do leilão deverá conter os seguintes requisitos previstos no § 2º do artigo 31 do projeto da nova lei de licitações:

Art. 32. [...] § 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterá:

I – a descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;

II – o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;

III – a indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes;

IV – o sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;

V – a especificação de eventuais ônus, gravames ou pendências existentes sobre os bens a serem leiloados.

O edital do leilão será publicado em site oficial e afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração Pública, podendo ser utilizados outros meios que propiciem a ampliação da publicidade e competitividade (§ 3º do artigo 31).

Os interessados em participar do leilão não precisarão se cadastrar previamente e não haverá fase de habilitação. O leilão terá o seguinte rito: fase de lances, fase

recursal, pagamento pelo vencedor e homologação, conforme será estipulado em edital (§ 4º do artigo 31).

## 6.6 Diálogo competitivo

O diálogo competitivo é a inédita modalidade de licitação apresentada pelo projeto da nova lei de licitações. Segundo o inciso XLII do artigo 6º, o diálogo competitivo pode ser definido como a “modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos”. A modalidade é inspirada na Diretiva 2014/24 da União Europeia, que é muito mais minuciosa e específica.

A nova modalidade legitima e concede transparência e segurança jurídica para um fato que já ocorre na relação entre a Administração Pública e o particular: o contato prévio entre as partes para a apresentação de soluções fornecidas pela iniciativa privada e que podem interessar à Administração Pública.

### 6.6.1 Hipóteses de contratação pela modalidade diálogo competitivo

Segundo o artigo 32 do projeto da nova lei de licitações, a modalidade diálogo competitivo poderá ser adotada quando:

1. Tratar-se de inovação tecnológica ou técnica, em que não for possível à Administração Pública ter a sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e ela não tiver condições de definir com precisão as especificações técnicas do objeto (inciso I);
2. A Administração Pública verificar a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer a sua demanda, especialmente no que diz respeito à solução técnica mais adequada, aos requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida e à estruturação jurídica ou financeira do contrato (inciso II);
3. Os modos de disputa aberto e fechado não permitirem a apreciação adequada das variações entre propostas (inciso III).

A modalidade diálogo competitivo também poderá ser adotada para as licitações de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, conforme previsto nos artigos 179 e 180 do projeto da nova lei de licitações que alteraram a Lei n. 8.987/1995 e a Lei n. 11.079/2004.

É natural que a Administração Pública não tenha conhecimento das principais inovações tecnológicas, de soluções complexas ou de todos os meios aptos a atender a sua demanda. Ela tem conhecimento de sua necessidade, mas não sabe como supri-la. Nesse sentido, as hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 32

do projeto da nova lei de licitações são interessantes na medida em que propiciam ao particular apresentar à Administração Pública soluções que ela normalmente não teria conhecimento ou teria dificuldade em definir o objeto e as especificidades contratuais, tudo de modo transparente e legítimo.

Essas considerações também se aplicam às concessões de serviços públicos e às parcerias público-privadas. A Administração Pública nem sempre tem a exata noção de como instrumentalizar uma contratação desse porte, voltado para a infraestrutura, com elevado valor, investimentos pesados, contrapartidas do Poder Público (no caso das parcerias público-privadas) e as técnicas possíveis de serem empregadas.

O inciso III do artigo 32 trata da inadequação dos modos de disputa aberto e fechado. Segundo os incisos I e II do artigo 55 do projeto da nova lei de licitações, no modo de disputa aberto “os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes”, ao passo que no modo de disputa fechado “as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação”. A questão fundamental é que o agente público deverá identificar de antemão a incompatibilidade dos modos de disputa aberto e fechado e fundamentar essa inadequação no ato em que justificar a adoção do diálogo competitivo. A necessidade de customização do objeto a ser licitado poderá ser invocada para justificar a escolha da modalidade diálogo competitivo neste caso<sup>8</sup>, o que dependerá de robusta motivação para afastar eventuais alegações de subjetividade por parte de órgãos de controle.

### 6.6.2 Rito procedural

O § 1º do artigo 32 do projeto da nova lei de licitações apresenta o rito procedural da modalidade diálogo competitivo, que pode ser dividido em duas etapas: o diálogo entre Administração Pública e os particulares e a fase competitiva.

Primeiramente, deve-se instaurar uma comissão que conduzirá a contratação, composta por pelo menos três servidores efetivos ou empregados públicos. Poderão ser contratados profissionais técnicos especializados para assessorar tecnicamente a comissão (inciso XI), e esses profissionais assinarão termo de confidencialidade e não poderão participar de atividades que configurem conflito de interesses (§ 2º do artigo 32 do projeto da nova lei de licitações).

A fase do diálogo inicia-se com a publicação do edital, apresentando as necessidades e exigências da Administração Pública e estabelecendo um prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para a manifestação dos interessados em participar da licitação. O edital apresentará os critérios para pré-seleção dos interessados (inciso I e II). No curso do diálogo, é vedada a divulgação de informações que impliquem vantagem para alguns licitantes e das soluções propostas pelos licitantes (incisos III e IV).

<sup>8</sup> NOHARA, I. Diálogo competitivo. 2018. Disponível em: [https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/#\\_ftn1](https://direitoadm.com.br/dialogo-competitivo/#_ftn1). Acesso em: 13 dez. 2020.

Durante a fase de diálogo, a Administração Pública interage com cada particular interessado para que este apresente a(s) solução(ões) de interesse do ente público. Todas as reuniões deverão ser registradas em ata e gravadas em áudio e vídeo e juntadas ao processo administrativo da licitação. O edital poderá prever inclusive etapas sucessivas, restringindo as soluções ou propostas que serão discutidas a cada fase. Ao final, a Administração Pública indicará a(s) solução(ões) que atenda(m) à(s) sua(s) necessidade(s) (incisos V, VI e VII). A solução desejada poderá partir de um ou mais licitantes, inclusive mediante a combinação das propostas apresentadas.

Encerrada a fase do diálogo propriamente dito, passa-se para a fase de competição, prevista nos incisos VIII, IX e X do § 1º do artigo 32 do projeto da nova lei de licitações. A Administração Pública deverá deflagrar um novo edital para contratar a solução desejada apresentada na fase de diálogo. O edital conterá as especificações da solução a ser contratada e os critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que diz respeito aos tipos de licitação, como se fosse uma licitação na modalidade concorrência.

Todos os particulares que participaram da fase de diálogo poderão apresentar propostas para a realização do projeto objeto do edital e selecionado na fase de diálogo. O licitante que teve a sua solução escolhida não possui qualquer espécie de vantagem ou benefício na fase competitiva, competindo em iguais condições com os demais interessados.

Por fim, registre-se que os órgãos de controle externo poderão acompanhar os diálogos competitivos, opinando sobre a legalidade, legitimidade e economicidade de licitação, em até 40 (quarenta) dias úteis antes da celebração do contrato (inciso XII).

## 6.7 Procedimentos auxiliares

O § 1º do artigo 28 do projeto da nova lei de licitações dispõe que a Administração Pública poderá se utilizar de procedimentos auxiliares para as licitações.

Segundo o artigo 77 do projeto da nova lei de licitações, existem cinco procedimentos auxiliares: 1) credenciamento; 2) pré-qualificação; 3) Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI); 4) Sistema de Registro de Preços; e 5) registro cadastral.

Os procedimentos auxiliares podem ser divididos em dois grupos, os que resultam na contratação de um licitante e os que antecedem à licitação e possuem um caráter preparatório. No primeiro grupo estão o credenciamento e o Sistema de Registro de Preços; no segundo grupo enquadram-se a pré-qualificação, o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) e o registro cadastral.

### 6.7.1 Credenciamento

O credenciamento está previsto no artigo 78 do projeto da nova lei de licitações

e tem como objetivo a contratação de licitantes previamente credenciados pela Administração Pública após chamamento público prevendo as condições padronizadas de contratação. Existem três hipóteses em que será possível realizar a contratação por credenciamento, conforme o *caput* do artigo 78:

- I – paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;
- II – com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;
- III – em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Os licitantes interessados serão credenciados de modo permanente pela Administração Pública e poderão ser demandados conforme interesse dos entes públicos. Caso não seja possível a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos para que essa demanda seja distribuída entre todos os credenciados (inciso II do parágrafo único do artigo 78).

### 6.7.2 Sistema de Registro de Preços

O Sistema de Registro de Preços está previsto entre os artigos 81 e 85 do projeto da nova lei de licitações – em âmbito federal, ele é disciplinado pelo Decreto n. 7.892/2013 e suas alterações posteriores. Por esse procedimento, os licitantes que apresentarem a melhor proposta para cada item firmam uma Ata de Registro de Preços junto à Administração Pública para o fornecimento sob demanda, conforme valores e quantidades registrados. Segundo os §§ 3º e 4º do artigo 81, não será necessário indicar o total a ser adquirido quando for a primeira licitação para o objeto, se tratar de alimento perecível ou o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens.

Esse procedimento é muito associado à modalidade pregão, que é realizado justamente para registrar os preços dos licitantes. Em âmbito federal, o artigo 7º do Decreto n. 7.892/2013 também admite a realização de licitação para registro de preços na modalidade concorrência<sup>9</sup>.

O projeto da nova lei de licitações permite a realização de registro de preços para situações de dispensa e inexigibilidade de licitação (§ 6º do artigo 81) e alça ao status de lei a controvertida possibilidade de adesão à Ata de Registro de Preços por entes que não participaram do certame (§ 2º e seguintes do

<sup>9</sup> Art. 7º. A licitação para registro de preços será realizada na modalidade de concorrência, do tipo menor preço, nos termos da Lei nº 8.666, de 1993, ou na modalidade de pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 2002, e será precedida de ampla pesquisa de mercado.

artigo 85) – anteriormente, a adesão estava disciplinada somente no Decreto n. 7.892/2013 e suas alterações<sup>10</sup>.

Os §§ 1º e 2º do artigo 81 do projeto da nova lei de licitações consolidaram o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca do critério de julgamento de menor preço por lote e a aquisição de itens específicos do lote<sup>11</sup>, situações em que diversos itens são agrupados em um lote e o licitante vencedor é o que apresenta o menor valor para o lote.

Primeiramente, afirmou-se a excepcionalidade desse critério de julgamento, devendo “ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá ser indicado no edital”. A contratação de item específico, por sua vez, demandará prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade. Não se resolveu, no entanto, a possibilidade de se adquirir um item específico do lote para o qual o licitante vencedor não apresentou o menor preço, o que atualmente é vedado pela jurisprudência<sup>12</sup>.

### 6.7.3 Pré-qualificação

A pré-qualificação está prevista no artigo 79 do projeto da nova lei de licitações e é o procedimento pelo qual a Administração Pública pré-seleciona licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futuras licitações (que poderá ser restrita aos licitantes pré-qualificados). Também podem ser pré-qualificados bens que atendam às exigências técnicas/qualitativas da Administração Pública, que integrarão catálogo de bens e serviços do Poder Público.

O procedimento de pré-qualificação deverá prever as informações mínimas do objeto e a modalidade e os critérios de julgamento da futura licitação (§ 3º do artigo 79). Os interessados deverão apresentar a documentação solicitada para análise e aprovação perante órgão ou comissão da Administração Pública (§ 4º do artigo 79). A pré-qualificação poderá ser realizada em grupos ou segmentos econômicos, observando as especialidades dos fornecedores (§ 6º do artigo 79).

### 6.7.4 Procedimento de manifestação de interesse (PMI)

O projeto da nova lei de licitações passou a permitir a utilização do Procedimento

10 Para uma crítica à adesão à Ata de Registro de Preços em termos semelhantes aos do projeto da nova lei, confira-se: NIEBUHR, J. de M. A morte lenta da adesão à ata de registro de preços – reflexões sobre o novo Decreto federal nº 9.488/2018. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/a-morte-lenta-da-adesao-a-ata-de-registro-de-precos-reflexoes-sobre-o-novo-decreto-federal-no-9-4882018>. Acesso em: 13 dez. 2020.

11 TCU, Acórdão n. 1.347/2018, Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas, Julg. 13/06/2018.

12 TCU, Acórdão n. 11/2016, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro, Julg. 20/01/2016.

de Manifestação de Interesse (PMI) para a contratação de bens e serviços pela Administração Pública – ele era comumente utilizado para os projetos de desestatização, concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas (vide Decreto n. 8.428/2015).

Segundo o *caput* do artigo 80 do projeto da nova lei de licitações, a Administração Pública poderá deflagrar esse procedimento para que particulares a subsídinem com “estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública”.

Trata-se de procedimento que antecede à realização de licitação – que não necessariamente será realizada, conforme discricionariedade da Administração Pública. O particular que tiver o seu projeto aprovado só será remunerado se a licitação for realizada e o pagamento será feito pelo licitante vencedor da futura licitação (§ 2º do artigo 80). O aceite da solução proposta deverá ser feito em parecer fundamentado.

A novidade é a possibilidade de se restringir a participação no procedimento a startups (microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte), de natureza emergente e com grande potencial e que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de soluções tecnológicas inovadoras. No entanto, os critérios de “natureza emergente” e de “grande potencial” não são claros e a própria característica do PMI pode esvaziar a participação dessas empresas, na medida em que elas não possuem grandes recursos e investirão seu tempo e esforços em projetos sem a garantia de remuneração, pois a futura licitação pode não ser realizada.

O PMI diferencia-se da modalidade de licitação diálogo competitivo na medida em que a relação entre a Administração Pública e particular ocorre antes da licitação e sem a garantia de que ela será realizada, ao passo que no diálogo competitivo a apresentação de estudos e soluções para a Administração Pública já ocorre no âmbito da licitação, é a primeira etapa do certame antes da etapa competitiva. Além disso, no diálogo competitivo as interações entre particulares e Administração Pública são constantes até a definição do objeto que será contratado; no PMI, o particular apresenta um projeto completo e definitivo.

#### **6.7.5 Registro cadastral**

O registro cadastral é disciplinado pelos artigos 86 e 87 do projeto da nova lei de licitações e tem como objetivo unificar as informações sobre todos os licitantes, que serão classificados por categorias (conforme área de atuação) subdivididas em grupos, de acordo com qualificação técnica e econômico-financeira, sendo fornecido um certificado ao licitante para poder participar de licitações (inclusive restritas a licitantes cadastrados). Também será possível que a Administração Pública faça anotações no registro do licitante atestando o cumprimento de obrigações dos contratos firmados (§§ 3º e 4º do artigo 87).

# Capítulo 7

## Critérios de Julgamento das Propostas

Isaac Kofi Medeiros

Advogado. Mestre em Direito do Estado pela UFSC. Autor do livro "Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública" (Lumen Juris, 2020), além de artigos e ensaios publicados em revistas e portais especializados.

### 7.1 Panorama geral dos critérios de julgamento

Em termos de critérios de julgamento, o projeto da nova lei de licitações aprovado pelo Congresso Nacional não traz exatamente grandes inovações. A bem da verdade, traduz-se mais em um esforço para consolidar práticas estabelecidas pela Administração Pública por meio de licitações correlatas e aceitas pelos órgãos de controle, com o acréscimo de uma coisa ou outra que possa ser considerada novidade. Segundo a máxima de Tomasi de Lampedusa, algo deve mudar para que tudo continue como está. Esse parece ser o caso das alterações feitas no projeto da nova lei de licitação, ao menos no tocante aos critérios de julgamento das propostas.

Pois bem. O termo “tipo de licitação” designa os critérios de julgamento na Lei n. 8.666/1993. Registra-se que a expressão “tipo” foi abandonada pelo projeto de lei atual, então aqui será usado o nome tecnicamente correto: critérios de julgamento.<sup>1</sup>

A Lei n. 8.666/1993 institui quatro critérios de julgamento, a saber, menor preço, melhor técnica, técnica e preço, e maior lance ou oferta para os casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. Além disso, o § 5º do artigo 45 da Lei n. 8.666/1993, dispõe que “É vedada a utilização de outros tipos de licitação não previstos neste artigo”.

Já o projeto da nova lei de licitações traz a seguinte redação para essa matéria:

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

<sup>1</sup> Conforme menciona Celso Antônio Bandeira de Mello, “Esclareça-se que a lei denomina ‘tipos de licitação’ ao que, na verdade, são os distintos critérios fundamentais de julgamento por ela estabelecidos para obras, serviços e compras (não para concurso e leilão), vedada a criação de outros (art. 45, § 5º)”. BANDEIRA DE MELLO, C. A. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 619.

- I – menor preço;
- II – maior desconto;
- III – melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV – técnica e preço;
- V – maior lance, no caso de leilão;
- VI – maior retorno econômico.

De antemão, identificam-se similitudes, pequenas diferenças e breves novidades em relação à Lei n. 8.666/1993. Mantiveram-se os critérios de menor preço, técnica e preço, maior lance e melhor técnica, esta última acrescida do vocábulo “ou conteúdo artístico”. Os demais aparentam ser novos. Apenas aparentam, porque na verdade consolidam práticas consagradas em legislações correlatas.

## 7.2 Menor preço

O critério de menor preço permaneceu tal como na Lei n. 8.666/1993, porém com a adição de uma exigência interessante de levar em conta também o menor dispêndio. Como se sabe, a contratação pelo menor preço não deve se ater cegamente apenas às propostas mais baratas. É necessário que os agentes públicos, antes, façam a averiguação da compatibilidade da oferta com as especificações do edital, não bastando que o proponente seja o mais econômico em termos financeiros. Conforme destaca Jessé Torres Pereira Junior, nessas circunstâncias o barato pode sair caro, uma vez que o custo com manutenção, troca e adaptação pode não ser compensatório em face do pretenso menor preço de contratação.<sup>2</sup>

Daí porque chama atenção a exigência do projeto da nova lei de licitações de que o julgamento por menor preço levará em conta o “menor dispêndio para a Administração”, mediante a observação de parâmetros mínimos de qualidade fixados no instrumento convocatório. O mesmo se aplica aos julgamentos por maior desconto e, quando couber, por técnica e preço.

O § 1º do artigo 34 do projeto de lei define quais preceitos podem ser usados como medidas de menor dispêndio:

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

<sup>2</sup> PEREIRA JUNIOR, J. T. Critérios de julgamento. Observatório da nova lei de licitações. 2020. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/20/criterios-de-julgamento/>. Acesso em: 14 dez. 2020.

Em linhas gerais, a Administração Pública deve estar atenta a outras características da proposta que possam configurar materialmente um melhor preço de contratação. Isso para evitar a adjudicação de ofertas de qualidade ruim, que necessitem de constante manutenção ou que estejam na contramão de medidas que garantam sustentabilidade ambiental, todas circunstâncias que eventualmente acarretarão mais custos aos cofres públicos. Em síntese, o menor preço não poderá ser considerado critério absoluto, devendo ser equacionado com parâmetros objetivos de menor dispêndio.

### 7.3 Maior desconto

O critério de maior desconto já está previsto na Lei n. 12.462/2011, que institui o regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e na Lei n. 13.303/2016, também conhecida como Lei das Estatais. Por último e ainda mais importante, é também contemplado pelo recente Decreto n. 10.024/2019, que regula o pregão eletrônico.

Sem grandes novidades, esse critério funciona de modo que se sagra vencedor o licitante que oferecer o maior desconto percentual a um valor previamente fixado pela Administração Pública. A disputa entre os interessados, portanto, se resume a quem ofertar o percentual mais vantajoso à Administração Pública. Essa fórmula é conhecida também por ser uma espécie do gênero *pregão negativo*, assim chamado por trocar a lógica da licitação pública e incentivar maiores lances entre os particulares.

De toda maneira, o maior desconto não deixa de ser uma maneira diferente da convencional de se apurar o menor preço<sup>3</sup>. Mas quis o Legislador agora dar mais segurança a essa prática e positivá-la, na linha dos dispositivos anteriormente mencionados.

O projeto da nova da lei de licitações, sem muito detalhamento, determina que o julgamento por maior desconto será realizado na modalidade pregão e terá como referência o preço global fixado no edital de licitação. Ou seja, em se tratando de fornecimento de bens, o licitante não poderá indicar desconto sobre itens individualmente considerados, mas sobre o todo da licitação. Ainda, o projeto da nova lei de licitações determina que o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos, de modo que o aditamento contratual deve seguir a mesma racionalidade econômica que norteou a contratação do particular.

### 7.4 Melhor técnica ou conteúdo artístico

O julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico será cabível para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística. Nesse caso, o julgamento irá considerar somente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes. Isto é, não haverá atribuição de nota relativamente

<sup>3</sup> NIEBUHR, J. de M. Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 496.

aos preços formulados pelos interessados, devendo o edital fazer definição clara do prêmio ou remuneração devida aos vencedores do certame.

No julgamento de melhor técnica, os agentes públicos encarregados do certame devem averiguar uma série de características das propostas para atestar a real capacidade do licitante. Nomeadamente, o novo projeto de lei determina que devem verificar a capacitação e experiência, mediante apresentação de atestados técnicos. Cabe lembrar, nesse particular, que dispositivo semelhante foi vetado quando da aprovação da Lei n. 8.666/1993, apesar de ser recorrente a exigência de atestados técnicos para comprovação de experiência pretérita sob a sua égide<sup>4</sup>. A conferir se o mesmo ocorrerá agora, em eventual mensagem de veto da Presidência da República.

Ainda, deve-se constituir uma banca para atribuição de notas à proposta, levando em conta a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues. Cabe ressaltar que a pontuação referente à qualificação técnico-profissional exigirá que a execução contratual contemple a participação direta e pessoal dos profissionais indicados no certame licitatório.

A banca em questão será integrada por 3 membros e poderá contar com servidores efetivos ou empregados públicos, além de profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos técnicos do edital.

Finalmente, a atribuição de notas também deve examinar o histórico de desempenho do particular em contratos administrativos pretéritos. Como se verá mais a frente, o desempenho pretérito tem um peso diferenciado no projeto da nova lei de licitações, sendo também elemento para atribuir pontuação em julgamento por técnica e preço e critério geral de desempate entre licitantes.

## 7.5 Técnica e preço

A Administração Pública deve fixar fatores objetivos de pontuação para o julgamento por técnica e preço, conforme orienta o princípio do julgamento objetivo, também consagrado pelo projeto da nova lei de licitações. A pontuação será obtida

<sup>4</sup> O inciso II do § 1º do artigo 30 que previa a exigência de experiência operacional foi vetado justamente para evitar a restrição da competitividade dos certames licitatórios. É o que se extrai da Mensagem de Veto da Lei Federal n. 8.666/1993: A Advocacia-Geral da União assim argumenta:

“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. [...]”.

da ponderação das notas atribuídas a cada um dos dois critérios, sendo primeiro avaliada a proposta técnica, que poderá representar até 70% da pontuação. Afora isso, a comprovação de bom desempenho em contratações anteriores com a Administração Pública também deverá ser considerada na proposta técnica.

O julgamento por técnica e preço deve ser precedido de estudo preliminar, que demonstre de maneira consistente que a qualidade técnica das propostas seja destacadamente relevante ao objeto buscado pela Administração Pública. Segundo o projeto da nova lei de licitações, essa regra se aplica para serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, bens e serviços especiais de tecnologia de informação e de comunicação, obras e serviços especiais de engenharia. Por último, aos objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

A redação final do cabimento do julgamento por técnica e preço ficou um pouco truncada e gera margem para uma série de dúvidas. Como observa Jessé Torres Pereira Junior, o uso de termos abertos como “predominantemente”, “preferencialmente”, “majoritariamente”, “sofisticadas”, “repercussões significativas e concretamente mensuráveis”, põem a objetividade que deve guiar o julgamento por técnica e preço numa potencial zona de incertezas e casuís mos elevados<sup>5</sup>. Caberá à doutrina esmiuçar com certa minudência o alcance dessas expressões e aos órgãos de controle fazer a devida fiscalização de eventuais usos abusivos dos conceitos abertos pelo novo projeto de lei de licitações.

Assim como no julgamento por melhor técnica, a atribuição de nota avaliará capacitação e experiência comprovada por meio de atestados, atendimento a quesitos de natureza qualitativa a ser julgado por banca de servidores e experts especialmente designada para esse fim e desempenho pretéritos do licitante em contratos firmado com a Administração Pública. Por fim, cabe ressaltar que a pontuação referente à qualificação técnico-profissional, tal como no caso de contratações por melhor técnica, exigirá que a execução contratual contemple a participação direta e pessoal dos profissionais indicados no certame licitatório.

## 7.6 Maior lance, no caso de leilão

O critério de maior lance é contemplado pela Lei n. 8.666/1993, com a diferença que na redação atual essa fórmula está ao alcance dos “casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso”. Trata-se de critério que deve ser utilizado quando a Administração oferecer algo em troca de um pagamento, ou seja, “ele deve ser utilizado nas situações em que a Administração não paga; quando

5 PEREIRA JUNIOR, J. T. Critérios de julgamento. Observatório da nova lei de licitações. 2020. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/01/20/criterios-de-julgamento/>. Acesso em: 14 dez. 2020.

quem paga é o contratado<sup>6</sup>".

No projeto da nova lei de licitações o critério de maior lance teve seu alcance redimensionado. Quis o Legislador que a maior proposta financeira terá lugar somente no caso do leilão, que, segundo o mesmo projeto, restringe-se à alienação de bens móveis ou imóveis inservíveis ou legalmente apreendidos. Por exclusão, é válido indagar se as concessões de direito real de uso estão de fora do radar do critério de maior lance.

Uma curiosidade notável é o projeto de lei não contemplar outra hipótese de maior lance, aquela utilizada em pregões negativos<sup>7</sup>. Com efeito, usa-se desse modelo em editais para contratação de empresa especializada em gestão de crédito consignado em folha de pagamento para servidor público. Pela natureza do serviço, essas empresas podem ser remuneradas pelas instituições financeiras (consignatárias) para cada linha de crédito processada. Então, os particulares interessados no certame são selecionados de acordo com a sua capacidade de repartir essa remuneração com a Administração Pública. Quanto maior o valor pago à Administração por linha processada, maior a vantagem da sua proposta.

No entanto, o novo projeto de lei adotou sistemática similar à da Lei n. 8.666/1993 e restringiu o alcance do critério de maior lance apenas para os leilões. Apesar de a validade jurídica do critério já ter sido ratificada pelo Tribunal de Contas da União em algumas ocasiões<sup>8</sup>, essa fórmula parece ter passado despercebida pelo Legislador. Se a intenção do Congresso Nacional com o novo projeto foi consolidar práticas estabelecidas, talvez o silêncio da nova legislação possa ser interpretado como uma opção política de rejeitar o uso desse critério em pregões, o que pode suscitar dúvidas na hora da sua aplicação.

## 7.7 Maior retorno econômico

O critério de maior retorno econômico também já constava em legislações correlatas, apesar de não estar contemplado na Lei n. 8.666/1993 e figurar como novidade no projeto da nova lei de licitações aprovado. Nomeadamente, ele aparece na Lei 12.462/2011, que institui o regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). A novidade fica por conta do fato de agora, segundo o projeto, se consagrar como uma norma geral de licitação.

Em síntese, trata-se de critério para celebração de contrato de eficiência, onde o contratado se compromete a gerar alguma sorte de economia de despesa à Administração Pública, condicionando a sua remuneração ao desempenho eficiente

6 NIEBUHR, J. de M. Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 497.

7 Neste sentido, segundo Joel de Menezes Niebuhr, "o maior lance ou oferta é o menor preço às avessas: em vez de a Administração pretender o menor preço, ela busca o maior preço". NIEBUHR, J. de M. Licitação pública e contrato administrativo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 497, sem grifos no original.

8 Cf. TCU, Acórdão n. 2.844/2010, Plenário. Rel. Min. Alencar Rodrigues. Julg. 01/11/2010; TCU, Acórdão n. 3042/2008. Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Julg. 10/12/2008.

dessa atividade. Para uma conceituação precisa, tem-se o § 1º do artigo 23 Lei n. 12.462/2011:

§ 1º O contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

Como o nome sugere, trata-se de modelo contratual condizente com o princípio constitucional da eficiência da Administração Pública, que, nunca é demais lembrar, orienta a “adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social”.<sup>9</sup>

Segundo o projeto da nova lei de licitações, o julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato. Nesse caso, os licitantes deverão apresentar proposta de trabalho com prazos para realização de obras, prestação de serviço ou fornecimento de bens, de forma a indicar a economia que o particular pretende gerar à Administração Pública.

Por sua vez, a proposta de preço do particular será feita com base na estimativa de economia. Então, se determinada empresa projetar uma economia aos cofres públicos de uma cifra, por exemplo, de R\$ 300.000,00, deve necessariamente fixar a sua proposta de preço com base num percentual dessa projeção. Ao julgar as propostas, os agentes públicos encarregados deverão aferir o maior retorno econômico a partir da dedução entre a proposta de preço e a economia que o licitante estima gerar.

Naturalmente, a medição do sucesso do contratado na execução contratual não pode ser feita de qualquer jeito, ao sabor da espontaneidade. Ou seja, a execução de fato da economia contratada deve ser medida com base em critérios previamente estabelecidos. Nesse sentido, o edital deve fornecer medidas objetivas para a sua mensuração durante a execução do contrato, de modo que servirão de base de cálculo para a remuneração do particular contratado.

Dessa maneira, a remuneração do contratado será descontada caso o seu desempenho fique abaixo da expectativa firmada na formalização da proposta. Trata-se de um sistema de incentivos econômicos bem articulado, onde um particular recebe um “empurrão” (*nudge*<sup>10</sup>) para operar em favor do interesse público consubstancial ao pela economia de recursos. Quanto menor for a economia para a Administração

9 MORAES, A. de. Princípio da eficiência e controle jurisdicional dos atos discricionários. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 243, jan. 2006, p. 22.

10 THALER, R. H.; SUNSTEIN, C. R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. New York: Penguin Books, 2009.

Pública, menor é a remuneração do contratado, que em face disso buscará otimizar o seu trabalho ao máximo para garantir a lucratividade do negócio.

No entanto, o contratado deve estar atento. As consequências sofridas diante de eventual descumprimento da meta de economia estimada não se limitam à redução da lucratividade do contrato administrativo. O contratado estará sujeito a aplicação de sanções, na forma do projeto de lei, se o descumprimento for tão grande que supere o limite máximo a ser estabelecido no contrato.

## 7.8 Desclassificação

O artigo 58 do projeto da nova lei de licitações determina cinco hipóteses de desclassificação das propostas. Apesar de ter algumas diferenças em relação ao artigo 48 da Lei n. 8.666/1993, a redação é praticamente idêntica ao artigo 24 da Lei n. 12.462/2011. Confira-se:

Art. 58. Serão desclassificadas as propostas que:

- I - contiverem vícios insanáveis;
- II - não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;
- III – apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;
- IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigida pela Administração;
- V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanáveis.

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

- I - contenham vícios insanáveis;
- II - não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório;
- III - apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação, inclusive nas hipóteses previstas no art. 6º desta Lei;
- IV - não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela administração pública; ou
- V - apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

A primeira hipótese é simples e bastante intuitiva. Propostas que possuam algum vício grave, que não possa ser reparado sob o risco de comprometer a isonomia do certame, devem ser imediatamente desclassificadas. A ênfase fica por conta do uso do termo “insanáveis”, uma vez que doutrina e jurisprudência há muito caminham para refutar formalismos exacerbados que possam desclassificar proposta vantajosas por meros erros formais (princípio do formalismo moderado).

A segunda também não representa nenhuma inovação, sendo o dever de obediência às especificações técnicas pormenorizadas no edital um sucedâneo lógico das próprias condições de participação no certame licitatório. Nesse particular, eventuais especificações técnicas que os licitantes considerem desnecessárias e/ou que possam restringir a competitividade do certame devem ser impugnadas no tempo assinalado no edital, sob o risco de configurar preclusão.

No caso da terceira hipótese e da quarta hipótese, o projeto da nova lei de licitações traz alguns detalhamentos que merecem destaque. A começar pela verificação da conformidade, que poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada, o que se traduz em economia de tempo e celeridade do procedimento licitatório. Se a proposta não parecer exequível, a comissão poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, sob pena de desclassificação.

Nesse ponto, poderá surgir a dúvida se a realização de diligência referida no dispositivo se trata de uma prerrogativa ou de um poder-dever da Administração Pública, como sucede com o artigo 43 da Lei n. 8.666/1993, que, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União, se trata de um poder-dever<sup>11</sup>. Defende-se aqui que a diligência do artigo 58 se trata de um verdadeiro dever da Administração Pública, não havendo espaço para arbitrariedades e juízo subjetivos. Assim entendido, a Administração Pública em regra deve dar o benefício da dúvida ao particular e diligenciar para verificar a exequibilidade da sua proposta.

Afora isso, o mesmo artigo 58 ainda determina que, nas obras e serviços de engenharia, para efeitos de avaliação da exequibilidade e sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente. Ainda, que no caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela Administração, o que representa acréscimo percentual de 5% em relação ao parâmetro fornecido pela Lei n. 8.666/1993.

Por fim, a quinta hipótese de desclassificação representa nada mais do que uma observância fiel ao princípio da vinculação ao instrumento. Como sabido, o edital faz lei entre as partes, de forma que os licitantes devem cumprir com suas exigências na hora em que submetem propostas perante a Administração Pública. Caso

11 TCU, Acórdão n. 3418/2014, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer Costa, Jul. 03/12/2014.

as propostas estejam em desconformidade com o edital, devem ser desclassificadas. Tudo isso, claro, sempre tendo em perspectiva o princípio do formalismo moderado, para que propostas vantajosas ao interesse público não acabem sendo desclassificadas por força de tecnicidades pouco relevantes.

### 7.9 Novos critérios de desempate

O § 2º do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993 apresenta cinco critérios de desempate para os licitantes que estejam em igualdade de condições. Nesta ordem de preferência, terão prioridades os bens e serviços (i) produzidos no País, (ii) produzidos ou prestados por empresas brasileiras, (iii) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e (iv) produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoas com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Em geral, na legislação atual os critérios de desempate veiculam um forte conteúdo de proteção ao desenvolvimento da indústria nacional, característico de um “uso indireto” da legislação para a concretização de políticas públicas numa chave que valoriza a questão nacional em detrimento de interesses de atores econômicos estrangeiros. Tudo em acordo com o artigo 3º do diploma legal, que institui a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável* como um dos objetivos da licitação pública.

O projeto da nova lei de licitações mantém essa diretriz, mas coloca acima delas outras e novas prioridades. Em primeiro lugar, o desempate será resolvido pela fórmula da “disputa final”, onde os licitantes apresentarão nova proposta em ato contínuo à classificação. Em segundo lugar, será levado em consideração o desempenho pós-licitação dos licitantes em contratos firmados com a Administração Pública, devendo o agente responsável consultar preferencialmente o registro cadastral introduzido pelo mesmo projeto de lei. Uma vez mais, a valorização do desempenho contratual prévio ganha destaque no texto novo, sendo também fator de pontuação extra em licitações de tipo melhor técnica e melhor técnica e preço.

O terceiro critério de desempate é novo e alinhado à necessidade de promoção da igualdade de gênero no mercado de trabalho. Merece destaque e elogios. Segundo o projeto, a terceira preferência estabelecida será dada à empresa que promover “ações de equidade entre homens em mulheres no ambiente de trabalho”. O quarto critério, igualmente elogiável, é o fato de a empresa contar com programa de integridade, em alinhamento com as novas tendências de implementação de compliance no setor privado do Brasil pós-Lava Jato.

Depois disso, os critérios de desempate seguintes são parcialmente herdados da Lei n. 8.666/1993, com algumas novidades. São eles, sucessivamente: (i) empresas locais, estabelecidas no território da Administração Pública estadual licitante ou no Estado em que se localiza a Administração Pública municipal licitante, (ii) empresas brasileiras, (iii) empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, (iv) empresas que comprovem a prática

de mitigação, nos termos da Política Nacional sobre Mudança do Clima (Lei n. 12.187/2009).

Conforme se pode perceber, a tendência pela priorização da empresa nacional continua, mas desempenha um papel menor no projeto da nova lei de licitações. O diploma introduz uma nova e interessante preferência pelos setores produtivos locais. Afora isso, chama atenção que as práticas de mitigação ambiental tenham ficado em baixa estima pelo Legislador, na última posição de prioridade, se é que pode ser assim chamada.

# Capítulo 8

## Alteração dos Contratos Administrativos

Luiz Eduardo Altenburg de Assis

Advogado. Doutorando em Direito do Estado na UFPR. Mestre em Direito Administrativo pela PUC/SP. Autor do livro “Oportunidades de Negócio na Lei das Estatais: as parcerias e outras formas associativas entre empresas estatais e empresas privadas” (Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2019).

### 8.1 A mutabilidade objetiva do contrato administrativo

O projeto da nova lei de licitações não se distanciou do regramento estabelecido na Lei nº 8.666/1993 no tocante à alteração dos contratos administrativos. A semelhança com o regramento expresso no artigo 65 do diploma revogado é manifesta. Existem, de fato, algumas inovações pontuais que, a bem da verdade, apenas contemplam posicionamentos que já prevaleciam na jurisprudência dos tribunais e, em especial, do Tribunal de Contas da União. Inobstante, o regime persiste substancialmente o mesmo da Lei n. 8666/1993. A despeito da ausência de disposições verdadeiramente pioneiras, a disciplina da alteração dos contratos sob a égide da nova lei merece algumas digressões.

A modificação do contrato administrativo a ser formalizada mediante termo aditivo pode ocorrer tanto por meio alteração unilateral levada a efeito pela Administração Pública sem prévia anuênciam do contratado, quanto de forma bilateral, mediante conteúdo a ser definido por acordo entre as partes.

A possibilidade de alteração unilateral por parte da Administração Pública costuma ser apontada como a principal característica dos contratos administrativos, que nesse aspecto distanciam-se dos princípios da teoria geral dos contratos. A mutabilidade enquanto prerrogativa exorbitante do direito comum tem sua legitimidade assentada no interesse público a ser tutelado pela Administração, que não raro reclama a alteração das características do objeto contratado. Em todos os casos, essa prerrogativa deve respeitar a identidade do objeto do contrato e os direitos do particular contratado.

### 8.2 Alteração unilateral

A prerrogativa da Administração de alterar unilateralmente seus contratos está contemplada no inciso I do artigo 103 do projeto da nova lei de licitações, que repete o inciso I do artigo 58 da Lei n. 8.666/1993 ao assegurar

à Administração a prerrogativa de “modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”, desde que resguardadas “As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos” (§ 1º) que “deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual”.

O inciso I do artigo 123 do projeto da nova lei de licitações prevê duas hipóteses em que a Administração poderá promover alterações unilaterais sem anuênciā do particular contratado, a saber: a) adequação técnica no projeto ou em suas especificações; e b) modificação do valor do contato em decorrência do acréscimo ou diminuição quantitativa do seu objeto. Como anota Marçal Justen Filho, “As cláusulas mutáveis unilateralmente são aquelas pertinentes à adequação do objeto à satisfação da finalidade buscada por meio da contratação”.<sup>1</sup>

A alínea a desse dispositivo contempla hipótese de alteração qualitativa do objeto contratado, que tem por finalidade alterar as suas características propriamente ditas, sem alterar necessariamente o vulto dos bens ou serviços contratados. Já a alínea b se refere à alteração quantitativa, através do acréscimo ou supressão do volume de bens os serviços originariamente contratados. A distinção é bem delineada por Joel de Menezes Niebuhr:

Para precisar se a alteração é quantitativa ou qualitativa, deve-se investigar a sua causa em vista da natureza do seu objeto. Trocando-se em miúdos, se o que se pretende é aumentar ou diminuir a quantidade, o tamanho ou a dimensão do objeto, está-se diante de alteração quantitativa e tudo que for mudado na planilha para tal propósito deve ser computado como parte e resultado desta alteração quantitativa. Se o que se pretende é alterar o projeto ou especificações, a qualidade do objeto, sem afetar a sua quantidade, tamanho ou dimensão, está-se diante de alteração qualitativa e tudo que for mudado na planilha para tal propósito deve ser computado como parte e resultado desta alteração qualitativa.<sup>2</sup>

O artigo 124 do projeto da nova lei de licitações, repisando o § 1º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993, estabelece como limite de acréscimos ou supressões decorrentes das alterações unilaterais promovidas pela Administração o percentual de 25% sobre o valor inicial atualizado do contrato para contratos de obras, serviços ou compras e de 50% para acréscimo em reforma de edifício ou equipamento. Os limites incidem sobre o valor do contrato atualizado, aí inclusos eventuais reajustes, e devem ser computados separadamente para os acréscimos e supressões, que não podem ser compensados um pelo outro.<sup>3</sup>

1 JUSTEN FILHO, M. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1004.

2 NIEBUHR, J. de M. Licitação pública e contrato administrativo. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 962.

3 Cf. TCU, Acórdão nº 479/2010, Relator: Ministro Augusto Nardes, Plenário, Julgado em 14/04/2010.

Aqui, o projeto da nova lei de licitações perdeu a oportunidade de dar cabo à controvérsia sobre a aplicabilidade dos limites antes expressos no §1º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993 às alterações qualitativas. A omissão agora reiterada induz à conclusão de que o preceito normativo visa restringir esse limite apenas às alterações quantitativas, admitindo-se alterações qualitativas superiores a 25% do valor inicial atualizado do contrato. Esse, porém, não é o posicionamento dominante no Tribunal de Contas da União, que há tempo tem se posicionado pela aplicação, em regra, do limite de 25% às alterações qualitativas do objeto do contrato.<sup>4</sup>

Sem embargo, tanto as alterações quantitativas, quanto as qualitativas determinadas unilateralmente pela Administração devem preservar a identidade do objeto contratado. É o que agora está explicitado no artigo 125 do projeto da nova lei de licitações, segundo o qual a alteração unilateral não poderá transfigurar o objeto da contratação. O preceito normativo só se refere às alterações unilaterais, dando a entender que as alterações bilaterais não estariam compreendidas sob sua alçada. Essa não parece ser a melhor interpretação, eis que as alterações bilaterais tampouco podem servir de burla à licitação pública.<sup>5</sup>

Ainda dentre as limitações pertinentes às alterações unilaterais, cabe mencionar o artigo 126 do projeto da nova lei de licitações, que, encampando uma regra do artigo 14 do Decreto Federal n. 7.983/2010, estabelece que “Se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços cujo aditamento se fizer necessário, esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no art. 124 desta Lei”.

O dispositivo visa os casos de alteração do objeto contratado que contemplem a prestação de novos serviços, que não estavam previstos nas planilhas e projetos que acompanharam o edital da licitação e nem tampouco no respectivo contrato. A alteração do valor global do contrato para fazer frente a esses novos serviços perpassa, necessariamente, pela sua valoração. A questão é mais relevante na empreitada por preço unitário, onde o particular é remunerado pelo preço atribuído individualmente a cada serviço medido pela Administração. Daí a necessidade do regramento específico prevendo um parâmetro para a precificação dos novos serviços, que não foram licitados nem contratados originariamente.

Assim, para preservar a relação original de equivalência entre vantagens e encargos do contratado e evitar que a margem de lucro do particular seja incrementada com a inclusão de novos serviços, o artigo 126 determina que se verifique a diferença percentual da proposta apresentada pelo contratado em relação ao

4 Cf. TCU, Acórdão nº 215/1999, Relator: Ministro Adhemar Ghisi, Plenário, Julgado em 17/11/1999.

5 De acordo com Marçal Justen Filho, “Como regra geral, não se admite que a modificação do contrato, ainda que por mútuo acordo entre as partes, importe alteração radical ou acarrete frustração aos princípios da obrigatoriedade da licitação e da isonomia” (JUSTEN FILHO, M. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1004).

orçamento base da Administração e que se aplique esse mesmo desconto sobre os preços unitários adotados a partir de parâmetros referenciais de mercado para esses serviços incluídos posteriormente à contratação. Aplica-se, assim, para novos serviços, a mesma relação de equivalência entre encargos e vantagens assumidas pelo contratado ao final da licitação.

Ainda no plano das limitações às alterações unilaterais, o artigo 127 do projeto da nova lei de licitações consagra uma lógica semelhante ao artigo 126, ao adotar o “desconto” global contemplado na proposta do particular em relação ao preço de referência do edital da licitação como um parâmetro limitador da qualquer alteração do valor do contrato, impedindo que as alterações unilaterais incrementem a lucratividade do particular.

Com efeito, a finalidade específica desse dispositivo é evitar o chamado jogo de planilha, que ocorre quando o particular, ao identificar que a Administração subestimou determinada quantidade de serviço, propositalmente formula proposta com preços unitários mais elevados para esses serviços, já antevendo o superveniente acréscimo quantitativo desses serviços e o consequente aumento da sua lucratividade. A regra do artigo 127 dificulta o jogo de planilha, pois proíbe que o desconto original entre o valor global da proposta e do orçamento estimado seja reduzido em razão do aumento da quantidade de um serviço específico, ao qual foi atribuído preço unitário mais elevado.

O artigo 128 do projeto da nova lei de licitações, também pertinente às alterações unilaterais, reproduz uma regra prevista no § 4º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993, segundo o qual *“Nas alterações contratuais para supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os colocado no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados”*.

O dispositivo homenageia o princípio da reparação integral, ao resguardar a indenização pelo dano emergente suportado pelo particular em decorrência da abrupta supressão unilateral pela Administração de bens ou serviços originariamente contratados após incorrer nos custos necessários para o seu fornecimento ou execução. Ainda assim, há uma clara opção legislativa por privilegiar a Administração, que não haverá de arcar com o prejuízo decorrente dos lucros cessantes amargados pelo particular em razão da supressão unilateral de serviços originalmente contratados e sobre os quais, naturalmente, incidiria parcela da margem de lucro projetada ao tempo da formalização do contrato.

O artigo 129 do projeto da nova lei de licitações explicita que a alteração unilateral dos encargos do particular enseja o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato mediante a formalização de termo aditivo. A importância desse dispositivo, que reproduz o § 6º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993, está em assegurar o reequilíbrio do contrato administrativo de forma concomitante à alteração implementada pela Administração, impedindo que o ajuste da remuneração do

particular em patamar consentâneo com o acréscimo de seus encargos seja diferida para um segundo momento.

O artigo 131 do projeto da nova lei de licitações condiciona a execução das prestações determinadas pela Administração à prévia formalização de termo aditivo, à exceção dos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, cuja formalização deverá ocorrer no prazo de um ano. Tem-se aqui verdadeira inovação, que regulamentou a situação bastante usual em que o contratado é compelido a realizar serviços não previstos originariamente no contrato sem qualquer garantia, a não ser a promessa de que o termo aditivo necessário ao pagamento dessa prestação encontra-se em vias de ser formalizado.

Antes de sua previsão legislativa, Joel de Menezes Niebuhr já qualificava essa hipótese-situação como “antecipação dos efeitos da alteração contratual”, definindo-a como “ato administrativo que determina a execução da alteração contratual antes de ultimado o procedimento para a formalização do termo aditivo”.<sup>6</sup> A chamada antecipação dos efeitos do termo aditivo passa então a ser admitida, porém condicionada à prévia edição de ato com motivação consistente, que demonstre a imprescindibilidade da execução desses serviços antes da formalização do respectivo termo aditivo.

### 8.3 Alteração bilateral

O inciso II do artigo 123 do projeto da nova lei de licitações, em redação semelhante ao inciso II do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993, trata das hipóteses de alteração bilateral, em que a modificação do contrato exige acordo entre as partes, a saber: a) substituição da garantia de execução; b) modificação do regime de execução ou modo de fornecimento; c) alteração da forma de pagamento; d) recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

Sobre a alteração bilateral, mostra-se pertinente o alerta de Marçal Justen Filho, para quem “A alteração por acordo das partes envolve tanto hipóteses de modificação facultativa como de modificação obrigatória. Há casos em que qualquer das partes tem a faculdade de recusar a modificação. Há outros em que a modificação se impõe mesmo que uma das partes não a reputa desejável. As hipóteses contidas nas diversas alíneas são heterogêneas”.<sup>7</sup> Assim, haverá situações em que a alteração bilateral será imperativa, que seu conteúdo deva ser definido em comum acordo entre as partes.

A primeira hipótese refere-se à substituição da garantia, que normalmente será

<sup>6</sup> Ainda nas palavras do administrativista, “A antecipação dos efeitos da alteração contratual é medida legítima e encontra amparo na legalidade, desde que fundamentada nos princípios *jus administrativos*, especialmente no princípio da proporcionalidade, evidenciando-se a necessidade da imediata execução da alteração contratual sob pena de perecimento dos interesses públicos e a impossibilidade de cumprir ao tempo as formalidades legais pertinentes ao termo aditivo” (NIEBUHR, J. de M. *Licitação pública e contrato administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 998).

<sup>7</sup> JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1009.

motivada por circunstâncias supervenientes que tornem a manutenção da garantia prestada anteriormente inadequada para a finalidade a que se propõe, hipótese em que sua substituição será provocada pela Administração, ou excessivamente onerosa para particular, impelindo-o a pleitear a sua substituição. Em ambos os casos, a questão haverá de ser dirimida por acordo entre as partes, não podendo a Administração impor ao particular a prestação de garantia diversa daquela a que se comprometeu a ofertar contratualmente num primeiro momento.

A segunda hipótese refere-se à modificação do regime de execução, devendo-se ter em mente as formas de execução previstas no artigo 45 do projeto da nova lei de licitações. A alteração do regime de execução produz repercussões substanciais nas condições contratadas, inclusive no tocante à forma de remuneração do particular. O mesmo se diga em relação à terceira hipótese, alusiva à modificação da forma de pagamento, que se encontra protegida pela intangibilidade das cláusulas econômicas e financeiras do contrato (§ 1º do artigo 103 do projeto da nova lei de licitações). Daí porque, nessas duas hipóteses, o contratado não pode ser compelido a persistir na execução de contrato em condições econômico-financeiras diversas, podendo optar por não formalizar o aditamento.

A quarta hipótese alude à alteração bilateral para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que será tratada com mais detença logo adiante.

#### 8.4 Equilíbrio econômico-financeiro

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato pode ser definido como a relação de equivalência entre as vantagens e os encargos assumidos pelo particular para executar o contrato. Não se trata de uma garantia de lucratividade em favor do particular, mas de um preceito que visa resguardar a manutenção das condições efetivas da sua proposta em face de circunstâncias supervenientes que alterem as condições originariamente pactuadas. Como é assente na jurisprudência pátria, “*Às prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual*”.<sup>8</sup>

A hipótese de alteração bilateral expressa na alínea *d* do inciso II do artigo 123 do projeto da nova lei de licitações estabelece uma espécie de cláusula geral do reequilíbrio econômico-financeiro, que abarca diversas situações suscetíveis de alterar a relação originária entre os encargos e as vantagens do particular contratado, “*em caso de força maior, caso fortuito ou fato do princípio ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato*”.

Destarte, para que possa exigir a formalização de termo aditivo para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o particular deverá demonstrar

<sup>8</sup> STJ, REsp 216.018/DF, Relator: Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, Julgado em 05/06/2001.

a ocorrência de uma situação superveniente imprevisível (ou previsível, porém de consequências incalculáveis), que inviabilize o cumprimento das condições originalmente contratadas. Essa situação poderá ser oriunda de força maior, caso fortuito, fato do princípio ou outra circunstância alheia à sua esfera de responsabilidade que caracterize a chamada álea econômica extraordinária e extracontratual.

Para além da cláusula geral da alínea d do inciso II do artigo 123, o projeto da nova lei de licitações explicitou algumas situações específicas já contempladas na Lei n. 8.666/1993, como a hipótese de reequilíbrio prevista no artigo 133 em razão da criação ou extinção de tributos ou outros encargos legais de comprovada repercussão sobre a execução do contrato após a data da apresentação da proposta, o que, a rigor, configura fato do princípio.

Já o artigo 134 do projeto da nova lei de licitações trata da repactuação em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra. A repactuação é instrumento que visa à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mediante a alteração da remuneração do contratado para fazer frente a eventos periódicos que impactem diretamente nos custos da execução desses contratos, como o advento de acordo, convenção coletiva ou dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada. A repactuação deve observar a periodicidade mínima de um ano e depende de requerimento do particular.

Por fim, o artigo 130 do projeto da nova lei de licitações, de caráter inovador, garante que a extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro e do pagamento da respectiva indenização, a ser concedida por meio de termo indenizatório. O parágrafo único desse dispositivo condiciona o reconhecimento desse direito à formulação do requerimento ainda na vigência do contrato e antes da sua prorrogação, no caso dos contratos de trato continuado.

A condição contemplada no parágrafo único desse dispositivo é desrazoada, uma vez que não há nenhum motivo juridicamente idôneo para restringir o direito à indenização pelo desequilíbrio econômico-financeiro à formulação de requerimento da vigência do contrato. Assim, por retratar restrição desproporcional à garantia da preservação do equilíbrio econômico-financeiro, o dispositivo deve ser tido como incompatível com o disposto no inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

## 8.5 Equilíbrio econômico-financeiro e matriz de riscos

O artigo 102 do projeto da nova lei de licitações inova em relação à Lei n. 8.666/1993 ao prever a possibilidade do contrato estipular matriz de riscos para identificar e distribuir os riscos contratuais de acordo com a compatibilidade das obrigações das partes, a natureza dos riscos, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade para gerenciamento, atribuindo-se preferencialmente ao contratado os riscos com cobertura securitária.

O projeto da nova lei de licitações define matriz de riscos no inciso XXVII do artigo

6º, como sendo a “*cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação*”. Reiterado o disposto no inciso X do artigo 42 da Lei n. 13.303/2016, a definição trazida pelo artigo 6º ainda refere que a matriz de riscos deve contemplar, necessariamente, as seguintes informações:

1. listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
2. no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
3. no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

A rigor, quando estipulada contratualmente, a matriz de riscos já deverá estar prevista no edital da licitação e ser considerada no cálculo do valor estimado da contratação, consoante preceitua o artigo 22 do projeto da nova lei de licitações. Esse dispositivo também regulamenta amiúde a matriz de riscos, dispondo que está deve promover “*a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso ocorra durante a execução contratual*”.

Voltando-se ao artigo 102, dispõe o seu § 5º que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser considerado mantido sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de risco “*renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos*”. A exceção também explicitada no dispositivo diz respeito às alterações unilaterais promovidas pela Administração e ao aumento ou redução superveniente de tributos diretos, cuja responsabilidade, naturalmente, permanece atribuída à Administração Pública.

Novamente recorrendo-se à obra de Joel de Menezes Niebuhr, extrai-se o pertinente excerto sobre a relação entre matriz de riscos e equilíbrio econômico-financeiro do contrato:

Distribuindo os riscos entre as partes, a matriz de risco estabelece as regras que definem o equilíbrio econômico-financeiro. Em termos práticos, se um dado potencial evento foi qualificado como risco e atribuído

ao contratado, ocorrendo tal evento, o contratado não faz jus a aditivo contratual para reequilibrar o contrato. Não faz jus porque tal evento, na balança do contrato, foi atribuído a ele. Então, ocorrendo o evento, o termo aditivo não tem lugar, porque, se feito, o ônus passaria à Estatal, à outra parte, desfazendo o equilíbrio econômico-financeiro formado pela matriz de risco. Noutra hipótese, se o risco de dado evento é atribuído à Estatal, na hipótese do evento ocorrer e onerar o contratado, este faz jus ao aditivo contratual para compensá-lo de tais ônus, haja vista que, no desenho do equilíbrio econômico-financeiro configurado pela matriz de risco, tal risco e, por conseguinte, o ônus financeiro respectivo competiriam à Estatal.<sup>9</sup>

Assim, pela sistemática contemplada no artigo 102 e dos demais dispositivos do projeto da nova lei de licitações, a matriz de riscos emerge como verdadeiro preceito definidor do equilíbrio econômico-financeiro e regulamentador de sua recomposição. A disciplina por certo não conflita com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, já que a alocação dos riscos estipulada de antemão no edital da licitação está contemplada dentre as constituições efetivas da proposta, tuteladas pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

Todavia, nem por isso a Administração Pública goza de competência amplamente discricionária para distribuir os riscos como bem lhe aprouver. A distribuição equivocada dos riscos pode se revelar extremamente problemática para a Administração, desaguando na obtenção de propostas mais onerosas e em contratações malsucedidas. A Nova Lei de Licitações definiu as balizas que devem nortear a repartição dos riscos contratuais, impondo a alocação a quem tem melhor condição de gerenciá-los. É dever da Administração planejar a contratação em atenção aos princípios da eficiência e da motivação, o que importa no dever de fundamentação adequada e racional na definição da matriz de riscos.

## **8.6 Alteração dos contratos nos regimes de contratação integrada e semi-integrada**

Por último, calha anotar que o artigo 132 do projeto da nova lei de licitações estabelece uma disciplina específica para a contratação integrada ou semi-integrada, proibindo como regra qualquer alteração no objeto desses contratos que se caracterizam por transferir ao contratado a responsabilidade pela elaboração do projeto básico e do projeto executivo, no caso da contratação integrada, e do projeto executivo, no caso da contratação semi-integrada.

Excepcionalmente, o artigo 132 admite a alteração em caso fortuito ou força maior; adequações técnicas no projeto ou em suas especificações; alterações determinadas pela Administração não imputáveis a erros do contratado; alteração do projeto para acatar inovações propostas pelo contratado de comprovada superioridade nas contratações semi-integradas; ou em face de evento

<sup>9</sup> NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. Licitações e contratos das estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

superveniente alocado na matriz de riscos à Administração.

O artigo 22 do projeto da nova lei de licitações ainda estipula que a matriz de riscos é obrigatória nas contratações integradas e semi-integradas e deve necessariamente alocar ao contratado os riscos decorrentes de fatos supervenientes associados à escolha da solução do projeto básico sob sua responsabilidade.

Resguardada a excepcionalidade da alteração desses contratos, também lhe são aplicáveis as considerações pertinentes às alterações unilaterais e bilaterais previstas no artigo 123 do projeto da nova lei de licitações para os demais tipos de contratações, inclusive no tocante à preservação do seu equilíbrio econômico-financeiro.

# Capítulo 9

## Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas

Cauê Vecchia Luzia

Advogado. Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre e Graduado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

### 9.1 Nota introdutória

O Título IV do projeto da nova lei de licitações estabelece um regime das irregularidades que ameaçam a legitimidade das licitações e contratos administrativos. Abrange três capítulos. O primeiro dedicado às infrações imputadas aos particulares e suas correspondentes sanções. O segundo relacionado aos meios de questionamento dos atos administrativos por meio de impugnações, pedidos de esclarecimentos e recursos. E o terceiro pertinente aos mecanismos de gestão de riscos e controle interno e externo das contratações públicas.

A disciplina relativa às infrações e sanções administrativas é o ponto focal no presente capítulo deste livro.

Pois bem, o ambiente das contratações públicas é, conceitualmente, espaço de disputa entre interesses contrapostos. Grosso modo, de um lado a Administração tem em perspectiva a concretização do objeto contratado nas melhores e mais eficientes condições possíveis; noutro extremo, o particular contratado busca obter proveitos da relação firmada, via de regra, de ordem econômica, o que lhe é legítimo. Daí que a cooperação entre as partes repousa sobre um delicado equilíbrio de todos os interesses, forças e pressões incidentes sobre a relação contratual.

Ocorre que, por vezes, os impulsos em sentido à maximização de seus interesses pode desencadear práticas irregulares pelos particulares, seja, por exemplo, em razão de pressões da Administração na obtenção de resultados, seja em medidas destinadas à ampliação de lucros ou mesmo a contaminação por interesses impuros. Mas o fato é que o cometimento de uma infração administrativa é conduta significativamente indesejável, constitui uma severa arritmia no pulso normal da relação contratual, reivindicando resposta pela Administração.

E é por isso que o tema sanções em contratações públicas representa ponto de acentuada tensão nos espaços de interação público-privado. Se por um lado o monopólio do poder sancionatório é confiado ao Estado desde a remota formação da sociedade, por seu turno os direitos e garantias individuais devem ser sacramento

protegidos como forma de assegurar um ambiente indisponível de civilidade. Infrações devem ser punidas, mas liberdades também necessitam ser asseguradas. Tudo, em justa medida, pois a prevalência de um aspecto sobre outro revela injustiça. O uso de força descomedida expõe arbitrariedades, assim como o emprego de privilégios excessivos descortina impunidades.

A atividade sancionatória em contratações públicas mantém-se sobre os pilares de poderes exorbitantes, atribuídos à Administração como instrumento da noção de supremacia do interesse público. Em relação à sua amplitude, o regime de infrações e sanções refere-se a, conforme lembra Juliana Bonacorsi de Palma,<sup>1</sup> “*todo o ciclo regulatório sancionador*”, abrangendo desde os regramentos das infrações e sanções administrativas, a condução das licitações, a fiscalização dos contratos, a apuração da conduta infracional e o sancionamento em espécie.

O projeto da nova lei de licitações traz um regime de infrações e sanções seguindo o mesmo trilho das normas que sucede, no entanto o novo texto é permeado por diversas inserções com o propósito de clarificar alguns dos problemas historicamente enfrentados.

## 9.2 Condutas definidas como infrações

O artigo 154 do projeto da nova lei de licitações<sup>2</sup> dedica-se a definir as condutas reputadas irregulares no âmbito das licitações públicas e dos contratos administrativos. Em termos mais específicos, o dispositivo veicula rol de doze práticas que podem gerar responsabilização do licitante ou contratado, sendo quatro hipóteses de irregularidades durante a licitação, quatro condutas relacionadas à execução do contrato, três condutas que abrangem tanto a licitação quanto o contrato e uma hipótese remissiva ao regime de combate à corrupção.

Os tipos infracionais são essencialmente os mesmos previstos pela Lei n. 12.462/2011, que trata do Regime Diferenciado de Contratação, com duas pontuais diferenças: a primeira é a cisão da hipótese de inexecução parcial do contrato em duas condutas, uma genérica e outra quando houver grave dano à Administração, serviço ou interesse público; e, a segunda consiste na remissão às condutas do artigo 5º da Lei n. 12.846/2013.

1 PALMA, J. B. de. Sanção e Acordo na Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 55.

2 Art. 154. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: I – dar causa à inexecução parcial do contrato; II – dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III – dar causa à inexecução total do contrato; IV – deixar de entregar a documentação exigida para o certame; V – não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; VI – não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; VII – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; VIII – apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX – fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI – praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII – praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Aspecto relevante da norma é a ampliação do número de situações apenáveis, quando comparado a regimes passados, que vão desde a tipificação de condutas praticadas por licitantes que revelem descaso à seriedade do procedimento licitatório até a obstrução às atividades de fiscalização. Com isso, o projeto da nova lei de licitações estabelece um regime mais rigoroso de sancionamento, na medida em que a ampliação do rol de práticas puníveis sinaliza uma vontade de punir mais. Esse enrijecimento seria justificável, em teoria, como medida compensatória em razão da desburocratização do acesso aos processos de contratação pública. Ou seja, na medida em que a Administração se expõe a maiores riscos de oportunismos, ela fortalece o seu poder punitivo como pretensão de que a maior ameaça de sanção seria meio adequado de afastar particulares descompromissados ou despreparados.

A norma recorre, então, à lógica de maior rigor do sistema punitivo como meio de preservação da integridade das contratações. Com isso, adota um raciocínio ultrapassado e pouco eficiente. Ora, há muito tempo os estudos em matéria de sanções jurídicas já demonstraram que a maximização das regras sancionatórias não implica prevenção. Até mesmo Cesare Beccaria, para quem haveria criminalidade nata, já advertia que *“o rigor do suplicio não é o que previne os delitos com maior segurança”*<sup>3</sup>. De qualquer forma, bem ou mal, a intenção de recrudescimento parece ser o norte que presidiu a discricionariedade legislativa ao tipificar as infrações em contratações públicas.

Em relação às condutas especificadas pelo dispositivo, há um certo grau de objetividade na maioria dos tipos infracionais, como se vê das hipótese de deixar de apresentar ou entregar documentação falsa, dar causa à inexecução do contrato, e, recusar a convocação para celebração do contrato. No entanto, ao lado daquelas, a norma descreve condutas que demandam esforço para compreender sua amplitude, porque designadas por conceitos pouco determinados, como é o caso de ensejar o retardamento da execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, e, cometer fraude de qualquer natureza.

A disciplina das infrações administrativas não contempla grau de precisão adequado, mas, ao contrário, ela transborda indeterminações e indefinições. A bem da verdade, diversas e abrangentes são as hipóteses remetidas aos rigores das penalidades contratuais, pois o tratamento dispensado pela norma é lacunoso, traz mais dúvidas do que certezas. E as incertezas são extremamente prejudiciais, sobretudo em razão da tendência de um critério conceitual-formal da natureza das infrações administrativas.

O ponto é que, pela conjugação do inciso XXXIX do artigo 5º e do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, exige-se o prévio conhecimento da ilicitude e suas consequências como requisito da penalização. Todavia, fato é que a indicação de hipóteses abertas, imprecisas e extremamente abrangentes não permite que se deduza com clareza as condutas proibidas no âmbito das licitações e dos

<sup>3</sup> BECCARIA, C. Dos Delitos e Das Penas (Tradução de Torrieri Guimarães). São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 64.

contratos administrativos. Esse tema é antigo na doutrina, onde, em linhas gerais, é possível distinguir três correntes sobre a noção de tipicidade das infrações administrativas.

A primeira, externada nas lições de Hely Lopes Meirelles<sup>4</sup>, advoga a prevalência de um princípio da atipicidade a reger o direito administrativo em matéria sancionatória, e, com isso, defende que caberia à discricionariedade administrativa a tarefa do enquadramento do ato ilícito. A segunda, expressada pelas palavras de Carlos Ari Sundfeld<sup>5</sup>, propõe um abrandamento da noção de tipicidade, sugerindo a necessidade de regulação própria para o tema, ou seja, a lei formal pode limitar-se ao conteúdo embrionário e principiológico, cabendo a regulamento detalhar a abrangência, profundidade e consistência das infrações. A terceira, conforme Celso Antônio Bandeira de Mello,<sup>6</sup> defende a inflexão do princípio da legalidade, concluindo ser inviável o enquadramento de infrações sem prévia descrição da hipótese em lei em sentido formal, concluindo, então, que a aplicação de sanções em contratações públicas teria lugar apenas em comportamento tipificado como crime.

Nessa perspectiva, o problema sempre esteve atrelado à noção de consciência da infração, traduzida no conhecimento prévio da antijuridicidade da conduta. Apesar das diferentes perspectivas apresentadas, o núcleo das críticas e debates refere-se à segurança jurídica. É constante a afirmação, com maior ou menor ênfase, sobre a ideia de que a Administração e o contratado devem perceber claramente e com antecedência quais comportamentos podem ensejar a punição e as consequências específicas. No entanto, as diferentes opiniões destoam sobre a forma pela qual o conteúdo da infração e suas implicações devem ser comunicados, se por lei, regulamento ou ato/processo administrativo.

Com o projeto da nova lei de licitações, mantendo em boa parte a técnica de tipificação abstrata, o desafio que se enxerga é o de compreender em qual medida

4 MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 33<sup>a</sup> ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délio Balesteri Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007, pp.124-125. O mesmo entendimento é, também, externado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (*Direito Administrativo*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 633), JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 858-859). Além disso, EDUARDO ROCHA DIAS (*Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados*. São Paulo: Dialética, 1997, pp. 59-73), LUCAS ROCHA FURTADO (*Curso de Licitações e Contratos Administrativos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 450) e FRANCISCO ZARDO (*Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89) fazem coro a esse entendimento, porém, ressaltando que a discricionariedade deve esgotar-se na formulação do edital da licitação.

5 SUNDFELD, C. A. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25. Com o mesmo timbre, MARÇAL JUSTEN JUSTEN FILHO (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.140-1.141) aponta como solução a formulação de ato regulamentar, mas também admite a hipótese do tema ser esgotado pelo edital da licitação. HERALDO GARCIA VITTA (*A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 91) apresenta uma divisão do conceito de supremacia do interesse público, que se desdobraria em geral e especial, daí admite que as regras sancionatórias seriam definidas em âmbito regulamentar no caso de interesses especiais.

6 BANDEIRA DE MELLO, C. A. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 868-869. No mesmo sentido e a propósito do regime de infrações da Lei n. 8.666/1993, JOEL DE MENEZES NIEBUHR (*Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 1.110-1.115) advoga que a ausência de especificação dos pressupostos de fato (tipos) revela aberta incompatibilidade da sistemática de infrações com o princípio da tipicidade.

as incertezas a respeito das condutas infracionais podem impactar no ambiente contratual e na eventual imposição de sanções. Não se trata, aqui, de mensurar o novo com os hábitos do passado, mas, sim, de perceber que os esforços traduzidos no novo regramento não trouxeram uma solução integral para os problemas que já vinham sendo, de longa data, apontados na doutrina pátria.

Uma última anotação é que a lógica de tipificação abstrata implica consequências na aferição do elemento subjetivo da conduta infracional. Ora, se não há definição expressa e precisa da conduta reprovável, por dedução lógica não se pode afirmar uma vontade consciente de realizar a prática reprovável, a caracterizar conduta dolosa. Não se consegue cogitar a vontade qualificada de agir erroneamente quando não se conhece a qualificação do erro. Então, na mais extrema hipótese, admite-se cogitar uma mera percepção de reprovação por parte do particular, o que desenha o conceito de culpa grave na conduta. Tal circunstância não é bastante para afastar o dever apuração da conduta infracional, ou seja, não imuniza o particular da possibilidade de sancionamento. Até porque, ainda que decorrente de culpa, há espaço para se avaliar a pertinência de sanções. Mas o ponto é que tais aspectos devem ser considerados na qualificação da gravidade da conduta e na dosimetria da sanção.

### 9.3 As sanções administrativas

O *caput* do artigo 155 do projeto da nova lei de licitações<sup>7</sup> comina quatro espécies de sanção aplicáveis em face do cometimento das infrações definidas no antigo antecedente, a saber:

1. Advertência: consistente em comunicação formal com teor de censura e conteúdo punitivo brando. A rigor, a advertência pode revelar dois propósitos: caracterizar a prática faltosa como forma de cessar sua ocorrência; ou, alertar sobre um possível dano futuro decorrente da dinâmica empregada pelo contratado, desta feito com o objetivo de realinhar a execução contratual
2. Multa compensatória: relaciona-se ao descumprimento de obrigações contratuais, sendo estabelecida em razão do grau de importância da obrigação desatendida.
3. Impedimento de licitar e contratar: penalidade que impõe, ao particular faltoso, a restrição parcial ao direito à livre iniciativa no âmbito do mercado de contratações públicas, impedindo que participe de licitações e celebre novos contratos durante a vigência da sanção. O § 4º do artigo 155 estabelece limitações temporais e espaciais para a eficácia da penalidade. O limite temporal fixado é de até 3 anos de vigência. Quanto ao aspecto espacial, as sanções têm eficácia apenas na esfera política na qual foram aplicadas (Federal, Distrital, Estadual ou Municipal).

<sup>7</sup> Art. 155. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II – multa; III – impedimento de licitar e contratar; IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

**4. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar:** constitui a penalidade mais severa dentre as sanções previstas, afastando completamente o particular de qualquer oportunidade de interação comercial com a Administração direta ou indireta. É punição de natureza gravíssima, incidente apenas diante de infrações que resultem o comprometimento da utilidade da contratação ou da própria essência da relação contratual. A sanção refere-se àqueles casos limítrofes, senão coincidentes, com a responsabilização criminal, casos em que sanções mais brandas seriam insuficientes para preservar as finalidades públicas da contratação. O § 5º do artigo 155 prescreve que a sanção será vigente pelo prazo de 3 a 6 anos.

De plano, atrai a atenção que a declaração de inidoneidade pode implicar restrições ao direito de licitar ou ao direito de contratar. A rigor do texto legal, a sanção não pode abranger ambas, mas apenas uma das prerrogativas do particular, o que tem implicações práticas significativas.

O direito de licitar não se confunde com o direito de contratar, principalmente em seus aspectos teóricos. E mesmo na prática, ainda que possa haver uma conexão lógica entre eles – pois, afinal, o contrato deriva da licitação –, há circunstâncias em que sua distinção tem utilidade. Vejam-se, por exemplo, as hipóteses de contratação direta (dispensa, inexigibilidade de licitação e licitação dispensada), nas quais o particular não precisa engajar-se em processo licitatório para a celebração do contrato. Nessas hipóteses, uma eventual restrição ao direito de licitar não impediria a celebração do contrato administrativo, que apenas estaria obstada se houver sanção limitando o direito de contratar.

Igualmente, o direito de contratar tem sua essência específica e pressupõe a celebração de contrato administrativo. Ocorre que o artigo 94 do projeto da nova lei de licitações define situações em que o negócio com a Administração é concretizado sem a formalização de contrato administrativo, nos casos de dispensa de baixo valor e de compras para entrega imediata e integral e sem obrigações futuras. Sem embargo, o particular sancionado com declaração de inidoneidade para contratar com a Administração ainda poderá participar em licitação e concretizar o fornecimento de bens com entrega imediata e integral e sem obrigações futuras.

No mais, as sanções em espécie não veiculam maiores novidades.

Seguindo-se, o § 1º do artigo 155 estabelece que a Administração deve levar em conta as condições particulares e do entorno da infração, exigindo que a aplicação de sanções seja precedida de aferições sobre a natureza e gravidade da conduta, peculiaridades do caso concreto, circunstâncias atenuantes e agravantes, danos derivados da conduta infracional e a existência de programa de aperfeiçoamento e integridade pelo infrator. O dispositivo conforma-se à regra estabelecida pelo § 2º do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Nessa linha, a disciplina do projeto da nova lei de licitações consagra a incidência do dever de proporcionalidade e do princípio da razoabilidade nos casos de sancionamento. A norma irradia orientação para que a lógica de autoridade ceda

espaço à ponderação como técnica a ser empregada no sancionamento administrativo. O § 1º do artigo 155 traça importantes diretrizes de orientação à Administração, além de conferir um maior grau de previsibilidade na perspectiva do particular. Com isso, inaugura um importante capítulo na disciplina sancionatória em contratações públicas, uma nova página que pressupõe critérios objetivos e métodos ponderados para a imputação de sanções.

Mas a dúvida que surge é saber se a Administração está capacitada a orientar suas medidas com base em valores de proporcionalidade e razoabilidade, sobretudo se considerar os diversos níveis e composições heterogêneas da realidade das instituições públicas do País.

O texto legal não exaure a temática. Ainda há muito da atividade sancionatória que repousa em insegurança e imprevisibilidade. A Administração ainda mantém ampla discricionariedade para desencadear os processos punitivos. A ela são atribuídas diversas prerrogativas, em grande parte exercíveis à revelia do interesse do particular, que lhe asseguram uma posição de absoluto conforto na relação. Alterar esse cenário revela-se uma tarefa bastante sensível, sobremodo para que se defina a relevância das atividades sancionatórias sem, entretanto, colocar a perder os valores atribuídos pelos direitos e garantias que assistem ao contratado. E, de fato, ainda parece distante a possibilidade de incorporar os valores dos direitos fundamentais ao campo sancionatório dos contratos administrativos. Ainda que se reconheçam determinadas garantias declaradas sobre a relação contratual, não há esforço de conteúdo técnico tendente a garantir e funcionalizar seus valores. É que o ambiente contratual precisa ser irrigado com instrumentos jurídicos capazes de assegurar a valorização das garantias fundamentais, pois um direito sem adequados meios de proteção não passa de mera ilusão. Esse contexto revela uma indesejável sensação de desprestígio à aplicação de garantias fundamentais no âmbito dos contratos administrativos.

Por sua vez, os parágrafos 2º a 5º do artigo 155 do projeto da nova lei de licitações detalham uma especificação, ainda muito simples e talvez inócuas, de correlação entre os tipos infracionais e as sanções cabíveis. Diz-se inócuas porque as correlações são constantemente excepcionadas, como ocorre no § 2º quando estabelece a pena de advertência para a inexecução parcial a menos que outra pena mais severa seja pertinente, e também sobrepostas, como é o caso do impedimento e da declaração de inidoneidade que podem ser impostos para as condutas previstas nos incisos II a VII do artigo 154 do projeto da nova lei de licitações.

A certeza que se tem é que a declaração de inidoneidade é a única sanção cabível para as infrações especificadas pelos incisos VIII a XII do artigo 154 do projeto da nova lei de licitações. Mas, mesmo nesse caso, não se pode antecipar em quais casos a sanção incidirá sobre a prerrogativa de licitar e, igualmente, em quais casos afetará o direito de contratar.

Sem embargo, apesar do reconhecido esforço legislativo, a norma não supre de forma satisfatória a necessária especificação entre as condutas infracionais e as sanções pertinentes. Essa imprecisão remete a problema antigo, relativo à

flexibilização do princípio da especificidade das sanções, conforme explica Marçal Justen Filho:<sup>8</sup>

A grande dificuldade está na definição legal da ilicitude. Um exemplo permite compreender a discussão. Suponha-se uma lei penal que cominasse a pena de reclusão de seis a vinte anos para que praticasse “ato criminoso”. Imagine-se que, ademais disso, existisse outra lei fixando uma pena de multa pecuniária para o sujeito que desenvolvesse “ato criminoso”. Mais ainda, cogite-se que outra lei determinasse pena de interdição de direitos para os autores de “ato criminoso”. Existiriam três sanções distintas para repressão a condutas descritas de modo idêntico. Poderia sustentar-se que cada espécie de sanção seria reservada a distintas hipóteses de atos criminosos, gênero que comportaria gradação segundo a gravidade e lesividade das condutas. Ora, isso possibilitaria dois grandes problemas. Por um lado seria necessário descobrir o que poderia entender-se por “ato criminoso”. Por outro lado, haveria a remessa à avaliação subjetiva do julgador, a quem incumbiria determinar a gravidade da sanção no caso concreto, sem qualquer parâmetro legislativo.

É usual compreender, a exemplo do Direito Penal, que a sanção faz parte do próprio tipo infracional, por efeito que a identificação da pena aplicável acompanha a descrição da conduta. Todavia, o projeto da nova lei de licitações furtou-se a essa lógica, deixando de indicar qual dentre as espécies de sanções deve corresponder a uma ou outra conduta infracional, ou, mesmo, de explicitar algum critério capaz de orientar a distinção. Na disciplina legal, sem maiores critérios de especificação, a qualquer conduta pode corresponder qualquer sanção. A norma relega à pura discricionariedade do julgador a especificação da pena em face do enquadramento da conduta, o que também lhe é atribuído. Essa crítica está relacionada diretamente com a ausência de objetividade da norma quanto à tipificação das condutas infracionais.

Outra dificuldade pertinente à disciplina refere-se à ausência de critérios de dosimetria para a aplicação de sanções administrativas. As normas gerais prescrevem sanções com amplíssimas extensões, por exemplo a multa compensatória que pode variar entre 0,5% a 30,0% do valor da contratação, o impedimento ao direito de licitar e contratar que pode ter duração de até três anos e a declaração de inidoneidade com vigência entre três a seis anos. A rigor, para essas penalidades, não existe critério preestabelecido para orientar a dosagem da sanção no momento de sua aplicação. A norma remete o tema à pura discricionariedade da Administração, onerando-a com a incumbência de determinar as gravidades das condutas de acordo com sua própria experiência, sem qualquer parâmetro normativo prévio.

O problema do excesso de discricionariedade é que, mais do que em qualquer outra atividade estatal, o poder sancionador não deve ser desempenhado na base

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, M. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.141.

do improviso ou do acaso. Mas, ao contrário, tal atividade demanda criteriosas reflexões e ponderações acerca da extensão de seus efeitos, porque intimamente relacionada à intervenção em esferas jurídicas distintas. Sem diretrizes fortes, o exercício das prerrogativas do poder sancionatório tenderá a escolhas díspares e pautadas em critérios muito diferentes. Tudo isso revela indiscutíveis fragilidades no regime sancionatório de contratações públicas. Essas circunstâncias desaguam um desafio, ou mesmo déficit, de legitimação na dimensão sancionatória dos contratos administrativos. Compreender com maior profundidade essas fraquezas e institucionalizar mecanismos que as supram parece ser o esforço necessário para assegurar um ganho qualitativo ao tema.

#### 9.4 Processo administrativo de apuração de responsabilidade

O projeto da nova lei de licitações deixa muito a desejar em relação às regras processuais e procedimentais de apuração e aplicação de sanções. O texto prevê condições de defesa distintas, ou, até mesmo, nenhuma defesa, a depender de cada espécie de penalidade.

Nesse sentido, haveria direito de defesa prévia apenas nos casos das sanções restritivas de direito, conforme dicção do artigo 157 do projeto da nova lei de licitações.<sup>9</sup>

No caso de multa compensatória, o artigo 156 do projeto da nova lei de licitações<sup>10</sup> sugere uma regra de defesa posterior, pois diz que a defesa será assegurada após a intimação da aplicação da sanção administrativa. Na forma em que está literalmente redigida, a regra não se conforma com as diretrizes de devido processo legal e contraditório inscritas nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, porque sabidamente a defesa deve ser prévia e anterior à decisão que imponha gravames patrimoniais ou restrições a direitos.

Ademais, o projeto silencia sobre qualquer direito de defesa em relação à sanção de advertência. Com isso, dá a entender que a aplicação de advertência poderia ser unilateral, o que lhe dá contornos inquisitórios. Ainda que a advertência seja considerada leve, ela não deixa de ser uma sanção administrativa, além de poder indicar condições de reincidência, por efeito que não deveria ser afastada da noção de contraditório e ampla defesa, pena de incidir em flagrante inconstitucionalidade.

Além disso, o texto prevê que, apenas nos casos de penas restritivas de direito, o processo punitivo será conduzido por comissão especial e permitirá a produção de provas, conforme regra do artigo 157. Disso se deduz que essas garantias não

<sup>9</sup> Art. 157. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 155 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

<sup>10</sup> Art. 156. Na aplicação da sanção prevista no inciso II do caput do art. 155 desta Lei, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação.

se aplicam em relação aos processos que impliquem sanções de advertência ou multa, o que acaba afastando tais casos da noção de devido processo legal.

A criação de processos distintos traz mais problemas do que se pode ver, sobretudo quando relacionada com a forma fluida e imprecisa das especificações entre conduta e penalidade. Veja-se que diversas condutas reputadas infracionais, a maioria delas na verdade, podem implicar qualquer uma das sanções agressivas (multa ou restrições de direitos). De forma mais precisa, a multa pode ser aplicada em face de qualquer tipo infracional, já o impedimento pode ser imposto em relação às condutas descritas pelos incisos II a VII do artigo 154 e, por fim, a declaração de inidoneidade é cabível em relação às condutas indicadas nos inciso II a XII do artigo 154. Ou seja, ainda que se antevêja a conduta a ser apurada, seria impossível definir qual a penalidade eventualmente será considerada adequada em decisão final. Logo, parece impossível condicionar o modelo processual em razão da sanção aplicável.

Para ilustrar, imagine processo instaurado para sancionar adjudicatório que tenha se recusado a celebrar o contrato após convocação, conforme hipótese do inciso VI do artigo 154. Para tal conduta, a penalidade poderá ser de multa, impedimento para licitar e contratar ou declaração de inidoneidade. Assim, não sabendo de antemão a penalidade, surgem diversas dúvidas: qual rito a ser adotado, o do artigo 156 ou do artigo 157? Para preservar o processo, poderá a administração pública adotar o rito mais complexo mesmo que o processo resulte em uma sanção mais leve? E se assim fizer, adotando o rito mais complexo, isso não poderia incutir uma predisposição para uma penalidade mais grave e possivelmente excessiva?

Ainda não se enxerga resposta para tais questionamentos, porque o projeto da nova lei de licitações ainda não externou situações práticas. No entanto, aquelas reflexões devem servir de alerta, de indicação de fragilidades capazes de comprometer totalmente uma eventual penalidade.

Outra regra do projeto da nova lei de licitações, a qual se vê com bons olhos, é a do artigo 162<sup>11</sup>, que prescreve, ainda que de forma muito simples e incipiente, mecanismo de reabilitação do sancionado nas penas restritivas de direito. Para tanto, estabelece um conjunto de requisitos que vão desde a reparação integral até a implantação de um programa de integridade.

Um último aspecto positivo refere-se à regra de interlocução entre a disciplina punitiva nas contratações e o regime de combate à corrupção estabelecido pela Lei nº 12.846/2013. Assim porque o artigo 158 do projeto da nova lei de

11 Art. 162. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigindo-se, cumulativamente: I – a reparação integral do dano causado à Administração Pública; II – o pagamento da multa; III – o transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; IV – o cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; V – análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

licitações<sup>12</sup> prescreve que eventuais condutas corruptivas serão processadas e apreciadas no âmbito das instituições de combate à corrupção, revelando-se regra condizente com a disposição do § 3º do artigo 22 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Em conclusão, vê-se avanços, que, todavia, ainda não podem ser mensurados sob o ponto de vista prático. É necessário algum período de maturação, após o qual se espera bons frutos. Contudo, vê-se, também, muitas vicissitudes e pontos de atenção no regime estabelecido, o que indica que não se deve depositar na nova disciplina legislativa todas as esperanças de solução do complexo problema das sanções administrativas. O futuro dependerá de enormes esforços teóricos, práticos e correcionais, da academia, da Administração e dos órgãos de controle, para que em sua aplicação a nova lei de licitações supere os desgastes vivenciados nos regimes que sucede.

---

12 Art. 158. 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 n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, aplicando-se o rito procedimental e observada a autoridade competente definida na Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Parágrafo único. Na hipótese caput, se for celebrado acordo de leniência nos termos da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Administração também poderá isentar a pessoa jurídica das sanções previstas no art. 154 e, se houver manifestação favorável do tribunal de contas competente, das sanções previstas na sua respectiva lei orgânica.

# Capítulo 10

## Reabilitação das Empresas Sancionadas

Fernanda Santos Schramm

Advogada e Professora. Diretora da Secretaria Executiva de Integridade e Governança do Estado de Santa Catarina. Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Educação Executiva em *Compliance* e Gestão de *Compliance* pelo INSPER/SP. Autora da obra “*Compliance nas contratações públicas*” (Belo Horizonte: Fórum, 2019).

### 10.1 Inexistência de critérios de reabilitação na Lei n. 8.666/1993

A predileção pelo viés sancionador marca a natureza do ordenamento jurídico brasileiro. Não há como negar o destaque das normas voltadas à punição de ilegalidades se comparadas àquelas destinadas a prevenir a concretização de atos ilícitos ou a estabelecer mecanismos de interrupção e remediação de condutas indevidas. No Direito Administrativo não é diferente. Há muito se percebe uma proliferação de normas vocacionadas a punir irregularidades – ainda que traduzidas em descuidos desprovidos de dolo. Por outro lado, pouco se discute sobre as condições necessárias para permitir que eventuais infratores possam recuperar o direito de relacionar-se com a Administração Pública.

O regime jurídico das contratações públicas é marcado por uma verdadeira lacuna normativa – e também doutrinária – acerca das medidas de proteção dos particulares e meios para a reabilitação de empresas penalizadas. O inciso IV do artigo 87 da Lei n. 8.666/1993 apenas menciona a possibilidade de reabilitação, sem especificar o rito e os requisitos necessários ao processamento do pedido. O artigo 162 do projeto da nova lei de licitações traz avanços em relação ao tema, pormenorizando as condições de reabilitação das empresas que tenham sido apenadas com as sanções de (i) impedimento de licitar e contratar e (ii) declaração de inidoneidade.

### 10.2 Inexistência de discricionariedade na imposição de sanção administrativa

A Lei n. 8.666/1993 autoriza a aplicação de quatro espécies de sanções administrativas nas hipóteses de inexecução parcial ou total do contrato: advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade. A aplicação das referidas penalidades pressupõe, por expressa dicção normativa, a observância do devido processo legal e da prévia defesa. Em complemento, o artigo 7º da Lei n.

10.502/2002 prescreve sanção administrativa específica para os ilícitos praticados no curso de processo licitatório promovido sob a modalidade pregão e nos contratos administrativos que lhes sejam decorrentes.

O artigo 7º da Lei n. 10.502/2002 descreve com alguma precisão as condutas que autorizam a declaração de inidoneidade dos licitantes ou contratados. O artigo 87 da Lei n. 8.666/1993 é aberto, prescreve apenas que as sanções administrativas podem ser aplicadas em caso de inexecução total ou parcial do contrato, sem descrição das condutas que lhes seriam pressupostas. Não há uma descrição detalhada acerca das hipóteses que autorizam a incidência das penalidades de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade – que representam consequências gravíssimas às empresas contratadas. A abertura semântica não é solucionada pelo artigo 88, que acrescenta condutas aptas a ensejar a aplicação das sobreditas sanções administrativas, também de forma genérica e sem pormenorizar as respectivas hipóteses de incidência.

Há vastos argumentos doutrinários acerca da impossibilidade de atribuição de competência discricionária aos agentes públicos para a imposição de sanções administrativas – embora parcela significativa da doutrina defenda a atipicidade dos ilícitos administrativos. O argumento dos autores que defendem a discricionariedade do agente público na aplicação de sanções é centrado na relação de sujeição ou supremacia especial a que os licitantes e contratados se submetem. Em linhas gerais, diz-se que as sanções administrativas aplicadas em decorrência da supremacia especial podem ser regidas por conceitos jurídicos abertos, indeterminados, conferindo à Administração Pública discricionariedade para analisar as particularidades da situação em análise e aplicar a sanção administrativa que entender mais adequada aos fatos<sup>1</sup>.

Sem refutar a existência de uma relação de sujeição ou supremacia especial, Joel de Menezes Niebuhr registra que “sob o aporte dos princípios constitucionais, o referido raciocínio não incide sobre a aplicação de sanções administrativas”.<sup>2</sup> De forma ainda mais veemente, Marçal Justen Filho afirma ser indispensável que a norma “indique as condutas que forem o pressuposto de sanções severas”,<sup>3</sup> sobretudo no caso das penalidades de declaração de inidoneidade e a suspensão do direito de licitar, que restringem significativamente os direitos dos licitantes e contratados. Por isso, “somente se pode impor tais sanções na medida em que os seus pressupostos estejam predeterminados, inclusive para o efeito de conscientizar os particulares das consequências de seus atos”.<sup>4</sup>

Não há dúvida de que a Lei n. 8.666/1993 é omissa quanto à descrição das

1 VITTA, H. G. A sanção no direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 90-94.

2 NIEBUHR, J. de M. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 971.

3 JUSTEN FILHO, M. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1152.

4 Ibidem, p. 1152.

hipóteses que atraem a incidência das sanções administrativas declaração de inidoneidade e a suspensão do direito de licitar. Diante da ausência de parâmetros balizadores, convencionou-se uma graduação sancionatória, iniciando pela pena de advertência como sendo a mais branda, até alcançar a declaração de inidoneidade, que deveria ser restrita às situações mais graves, em que o particular age com dolo.

Por se tratar de construção doutrinária e jurisprudencial, não é incomum que licitantes sejam penalizados com a suspensão do direito de licitar diante de faltas leves, a depender do julgamento particular do agente público encarregado da fiscalização do contrato. Da mesma forma, há situações de descumprimento contratual grave em que o particular recebe apenas a sanção de advertência – ou seja, um custo incapaz de evitar que ele venha a reincidir nas mesmas irregularidades.

Ainda que se argumente a inexistência de discricionariedade por parte do agente público, a abertura das hipóteses sancionatórias previstas na Lei n. 8.666/1993 inviabiliza a atividade administrativa vinculada, agravando o cenário de insegurança jurídica dos contratados. O projeto da nova lei de licitações é positivo nesse aspecto porque restringe o poder sancionador dos agentes públicos ao trazer maior detalhamento sobre (i) as condutas que ensejam a aplicação de penalidade – artigo 154; e (ii) os critérios que devem ser observados na dosimetria da sanção aplicada – artigo 155.

### 10.3 O pedido de reabilitação na Lei n. 8.666/1993

As controvérsias que permeiam a ausência de discricionariedade da Administração Pública na aplicação das sanções administrativas se estendem ao deferimento da reabilitação dos licitantes e contratados penalizados. O silêncio quanto à inexistência de critérios objetivos para o processamento do pedido parece encontrar respaldo na resistência em superar o modelo clássico de contrato administrativo adversarial, pautado por prerrogativas unilaterais e discricionárias.

O importante, sob essa premissa, é que a Administração Pública esteja autorizada a punir os particulares contratados. O instituto da reabilitação acaba sendo encarado como uma prerrogativa da Administração Pública, pautada em critérios subjetivos – e não como um direito do particular apenado de voltar a competir em condições de igualdade.

O inciso IV do artigo 87 da Lei n. 8.666/1993 estabelece que a reabilitação pode ser conferida pela autoridade que aplicou a pena de declaração de inidoneidade “sempre que o contratado ressarcir a Administração Pública pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo na sanção aplicada com base no inciso anterior” – 2 (dois) anos. Caso não ocorra a reabilitação do licitante, a sanção de inidoneidade produz efeitos enquanto perdurarem os motivos que ensejaram a punição, limitada ao prazo de 5 (cinco) anos<sup>5</sup>. Nesses casos, “ainda que não desapareçam

5 Em observância ao prazo quinquenal previsto na Lei n. 9.873/1999.

os motivos determinantes da punição, ainda que a pessoa penalizada não repare os prejuízos causados e ainda que a Lei n. 8.666/1993 não o tenha dito expressamente, a sanção de declaração de inidoneidade extingue-se em cinco anos”.<sup>6</sup>

O que se extrai do dispositivo é que a reabilitação só pode ser requerida pelo particular em face da declaração de inidoneidade, ou seja, não há reabilitação para a suspensão do direito de licitar. Afora isso, a reabilitação só pode ser concedida após o prazo de 2 (dois) anos e desde que a empresa tenha ressarcido a Administração Pública de eventuais prejuízos resultantes da inexecução total ou parcial do contrato.

A lógica do instrumento de reabilitação prevista na Lei n. 8.666/1993 é contraditória, na medida em que o “perdão” – efeito prático da reabilitação – não fica condicionado à tomada de providências pela empresa para evitar que a irregularidade se repita. Pela literalidade do dispositivo, se a empresa adotar medidas para modificar o cenário que deu azo à irregularidade, a declaração de inidoneidade pode ser revista, independentemente do requerimento de reabilitação.

Com efeito, a reabilitação não é motivo de celebração, pelo contrário. Necessariamente, a empresa que recorre ao instituto não foi bem-sucedida na cessação dos motivos que ensejaram a aplicação da pena e, por isso, precisa aguardar o decurso de 2 (dois) anos até que possa voltar a contratar com a Administração Pública.

Também não há vantagem sob a perspectiva do ente contratante. Como os motivos que ensejaram a punição em tese permanecem, a reabilitação não representa qualquer salvaguarda ao interesse público. Mas, passados os 2 (dois) anos e ressarcidos os eventuais prejuízos causados, o agente público não dispõe de discricionariedade para apreciar o pedido de reabilitação, consoante se extrai da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

Com mais razão, a declaração de inidoneidade para contratar ou licitar com a Administração Pública por tempo indeterminado, contado após o decurso do prazo de 2 (dois) anos previsto no art. 87, IV, da Lei de Licitações, esbarra, também, nos princípios constitucionais da livre iniciativa (art. 170, CF/88) e da ampla concorrência em processo licitatório (art. 37, XXI, CF/88), pois impede o exercício do direito de participação da empresa em igualdade de condições em certames públicos, o que, além de prejudicar a atividade empresarial por ela exercida, não atende ao interesse público de possibilitar o comparecimento do maior número possível de concorrentes para proporcionar a contratação mais vantajosa à Administração.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> NIEBUHR, 2012, p. 981.

<sup>7</sup> BRASIL, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33536/DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 30 de março de 2017.

No caso específico, o Supremo Tribunal Federal entendeu “não ser permitido ao Poder Público deixar de reabilitar a empresa para contratar ou licitar com a Administração Pública, após o decurso do prazo de 2 (dois) previstos na legislação de regência”. A conclusão é de que a decisão acerca do deferimento do pedido de reabilitação é ato administrativo vinculado, não havendo margem de discricionariedade para o gestor público quando preenchidos os requisitos legais.

Não obstante, tendo em vista os vultuosos valores que costumam ser atribuídos como representativos do prejuízo ao erário, não é de se esperar que os particulares estejam dispostos a ressarcir esses valores para requerer a reabilitação. Daí se extraí apenas um dos motivos pelo quais a reabilitação ainda é um instrumento raro na realidade das contratações públicas.

#### 10.4 Requisitos para a reabilitação no projeto da nova lei de licitações

A verdade é que a Lei n. 8.666/1993 não traz grande incentivo à reabilitação – especialmente sob a perspectiva do interesse público. Como dito, a empresa pode requerer a reabilitação sem ter adotado qualquer providência para evitar que o ato lesivo ao patrimônio público volte a se repetir no futuro. O instrumento também não oferece atrativos significativos à pessoa jurídica, que permanece com a possibilidade de aguardar o transcurso do prazo designado no ato sancionador – quando isso não comprometer a própria existência da empresa.

Por outro lado, o inciso IV do artigo 87 da Lei n. 8.666/1993 permite que a declaração de inidoneidade seja afastada antes do lapso temporal mínimo de 2 (dois) anos, desde que a empresa comprove ter adotado medidas para combater os “motivos determinantes da punição”. O dispositivo estabelece que a sanção permanece vigente enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação – esta, sim, condicionada ao transcurso do prazo de dois anos. Ou seja, a hipótese remanesce como uma alternativa à reabilitação, mais atrativa ao particular e à própria Administração Pública.

O artigo 162 do projeto da nova lei de licitações traz uma redação mais detalhada acerca dos requisitos que autorizam o pedido de reabilitação. Parece, num primeiro momento, que o objetivo é pormenorizar o rito e quem sabe ampliar a utilização do instituto. Mas é preciso avaliar se as alterações propostas servem, de fato, a essa finalidade.

A primeira grande distinção em relação à Lei n. 8.666/1993 é que a reabilitação pode ser conferida também em face da penalidade de impedimento de licitar e contratar – uma espécie de substitutiva da pena de suspensão. Afora isso, o dispositivo estabelece requisitos cumulativos para o pedido de reabilitação, nomeadamente, (i) reparação integral do dano; (ii) pagamento da multa; (iii) transcurso de 1 (um) ano nos casos de impedimento e 3 (três) anos nos casos de inidoneidade; (iv) cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; (v) parecer jurídico reconhecendo o preenchimento das condições listadas até aqui; e, em alguns casos, (vi) a implementação ou o aperfeiçoamento do programa de integridade.

Caso a reabilitação não seja requerida, a declaração de inidoneidade subsiste pelo prazo máximo de 6 (seis) anos, momento em que a empresa pode voltar a contratar com a Administração Pública independentemente da adoção de qualquer providência ou do preenchimento de qualquer um dos requisitos elencados na norma (§ 5º do artigo 155). No caso da sanção de impedimento, o prazo máximo é de 3 (três) anos (§ 4º do artigo 155). Esgotado esse período, a sanção se extingue automaticamente, sem que a empresa precise formular qualquer requerimento.

Há três pontos que merecem ser destacados quanto à pretensa regulamentação do instituto da reabilitação, para fins comparativos com a sistemática já prevista na Lei n. 8.666/1993.

Em primeiro lugar, o inciso I do artigo 162 condiciona a reabilitação ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário – mantendo a obrigação prevista na Lei n. 8.666/1993. Como dito, é bastante comum que sejam atribuídos valores vultosos como representativos do dano ao erário. É raro que haja um consenso sobre a responsabilidade e o valor do alegado prejuízo, o que já dificultava a utilização do instituto sob a égide da Lei n. 8.666/1993. Por essa razão, manter o ressarcimento do alegado dano ao erário como pré-requisito para a reabilitação compromete a utilização do instrumento – que não é vocacionado à recuperação de valores, mas a promover a regularização da empresa contratada. Nunca é demais destacar que o ressarcimento pode ser pleiteado por outras formas, sem inviabilizar que a Administração Pública seja reparada pelos prejuízos que lhe forem causados.

Um segundo ponto de destaque consiste na determinação de que a empresa deve cumprir as condições de reabilitação definidas no ato punitivo (inciso IV do artigo 162). Se mantida a tradição punitivista que marca a atividade sancionadora da Administração Pública, não é de se espantar que as condições de reabilitação sejam exorbitantes ou até mesmo inexequíveis. Nesse ponto, é fundamental que as obrigações impostas ao particular observem o princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões, e que a fiscalização do cumprimento dessas obrigações seja o mais objetiva possível – sob pena de violação das garantias constitucionais asseguradas às pessoas jurídicas e, em situações extremas, de abrir margem à corrupção dos responsáveis pela aferição das exigências impostas.

Por fim, há o requisito temporal. O pedido de reabilitação previsto no artigo 162 do projeto da nova lei de licitações só pode ser requerido após um determinado período de tempo – 1 (um) ano nos casos de impedimento e 3 (três) anos nos casos da declaração de inidoneidade. A sanção de impedimento de licitar e contratar subsiste pelo período máximo de 3 (três) anos, enquanto a declaração de inidoneidade deve ser arbitrada no prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos. A definição do prazo dependerá das particularidades do caso em concreto, devendo ser observados os parâmetros previstos no § 1º do artigo 155.

Suponha-se, pois, que uma pessoa jurídica tenha sido apenada com a declaração de inidoneidade por um período preestabelecido de 3 (três) anos. A empresa tem duas opções: (i) requerer o pedido de reabilitação – o que pressupõe, além do transcurso dos 3 (três) anos, o pagamento de multa, ressarcimento do alegado

prejuízo, cumprimento das condições estabelecidas no ato punitivo, implementação ou aprimoramento do programa de integridade; e (ii) pura e simplesmente aguardar os 3 (três) anos assinalados para a vigência da penalidade. De forma bastante direta: não há qualquer incentivo para que a empresa opte pelo pedido de reabilitação.

Nesse ponto, o preceito normativo engessa as possibilidades de reabilitação e representa um retrocesso em relação à sistemática prevista no inciso IV do artigo 87 Lei n. 8.666/1993, que permitia a extinção da penalidade caso a empresa demonstrasse que já não subsistissem os motivos que ensejaram a sanção – independentemente da reabilitação. Afora isso, o projeto da nova lei de licitações se distancia de diplomas internacionais que autorizam o afastamento da proibição de contratar com o Poder Público antes do termo previsto em lei, mediante a adoção de medidas de autossaneamento (*self cleaning*), voltadas a evitar que o ato antijurídico volte a se repetir.<sup>8</sup>

Cita-se, por ilustração, a legislação norte-americana, que autoriza a redução do período de impedimento ou a ampliação desse mesmo impedimento, em função da eliminação ou manutenção das causas que ensejaram a aplicação da penalidade, dentre outras.<sup>9</sup> Seguindo a mesma linha, as diretrizes do Banco Mundial preveem a possibilidade de que a empresa penalizada continue elegível, desde que atenda certas condições, no prazo estabelecido pela instituição (*Conditional Non-Debarment*). Se não forem cumpridos os requisitos, a empresa fica excluída da lista de potenciais parceiros do Banco Mundial.<sup>10</sup>

O que se percebe é que o instituto da reabilitação previsto no projeto da nova lei de licitações segue o padrão punitivista do Direito Administrativo brasileiro e perde a oportunidade de inovar ao desconsiderar o potencial dos incentivos postos à disposição das empresas sancionadas. Parece evidente que a melhoria dos controles internos e outras medidas de autossaneamento podem ser mais benéficas do que o puro e simples afastamento de determinadas empresas do processo licitatório – tanto sob a perspectiva da Administração Pública, diante da redução do universo de potenciais licitantes, quanto do contexto socioeconômico.

---

<sup>8</sup> PEREIRA, C. A. G.; SCHWIND, R. W. Autossaneamento (*self-cleaning*) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 102, agosto de 2015.

<sup>9</sup> Nos termos do Federal Acquisition Regulation – FAR (9.406-4).

<sup>10</sup> O Banco Mundial celebrou acordo de conciliação condicionada com a Odebrecht em função de desvios verificados no projeto de recuperação do Rio Bogotá, na Colômbia. Uma das condições para que a empresa volte a ser considerada elegível é justamente o compromisso de desenvolver um programa de compliance compatível com as Diretrizes de Cumprimento da Integridade do Grupo Banco Mundial. Disponível em: <https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2019/01/29/world-bank-group-announces-settlement-withbrazilian-subsidiary-of-odebrecht>.

# Capítulo 11

## Do Controle das Contratações

Salomão Ribas Junior

Advogado, Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca, Ex-Presidente do Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC), da Associação dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e do Instituto Rui Barbosa, autor de diversas obras, dentre as quais “Corrupção Endêmica - Os Tribunais de Contas e o Combate à Corrupção” (Editora TCE-SC, 2000), Corrupção Pública e Privada (Editora Fórum, 2014) e Participação e Transparência (Editora Dois Por Quatro, 2019).

### 11.1 Nota introdutória

O projeto da nova lei de licitações abre um capítulo sobre aspectos específicos do controle a observar nas contratações a serem feitas pelos quatro entes da Constituição Federal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Observe-se que a palavra controle é repetida mais de três dezenas de vezes na Constituição Federal. De acordo com a melhor doutrina, os controles públicos são olhados de acordo com a sua natureza como legislativo, judicial e administrativo. Conforme o lugar onde são realizados, são considerados como controle interno e controle externo. No caso presente, o projeto da nova lei de licitações cuida do controle legislativo e administrativo. O primeiro é feito pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União (artigo 70 da Constituição Federal), classificado como controle externo. O Tribunal de Contas da União tem suas competências definidas pelo mesmo texto superior (artigo 71 da Constituição Federal). O segundo é típico de cada um dos Poderes e classificado como controle interno (artigo 74 da Constituição Federal). O projeto da nova lei de licitações cuida especialmente do controle interno dos órgãos administrativos em geral, mas especialmente do Poder Executivo. Mais adiante trata de incumbências aos Tribunais de Contas, assunto a ser comentado naquele espaço.

### 11.2 Gestão de riscos e controle preventivo (artigo 168)

Este dispositivo estabelece que as compras públicas devem ser submetidas a práticas de gestão de riscos e controle preventivo. É a extensão à administração direta de regras do compliance já previstas para as estatais que obedecem suas próprias regras em legislação própria (Lei n. 13.303/2016). Acrescenta ainda o uso da informática e a submissão ao controle social. Esse último aspecto já é atendido de maneira mais detalhada nas Leis de Acesso à Informação e de Responsabilidade Fiscal.

### 11.3 Linhas de defesa

A nomenclatura empregada pelo projeto da nova lei das licitações é decorrente do *compliance* já fixada para as estatais ao estabelecer as linhas de defesa segregando funções de execução, de assessoramento e de controle interno da Administração. Assim é que a primeira linha deve ser integrada pelos agentes públicos da estrutura de governança, isto é, de execução dos atos necessários para a aquisição de bens e serviços e sua destinação de acordo com a lei, a ética e as melhores práticas administrativas. A expressão governança envolve estruturas, sistemas, normas, agentes, práticas processuais e administrativas, entre outras. Todas com vistas ao desempenho adequado para atingir seus fins.

Já a segunda linha trata do assessoramento jurídico e da unidade de controle interno do órgão. Integram-se naturalmente sob o aspecto sistêmico aos órgãos centrais de controle.

A terceira linha de defesa é integrada pelo órgão central de controle interno e, curiosamente, pelo Tribunal de Contas. Aí surge claramente a figura do controle externo cujas competências decorrem diretamente da Constituição Federal (artigo 71) e de sua Lei Orgânica cuja iniciativa também é de sua competência (Lei n. 8.443/1992). Igualmente não deixam de vigorar as regras básicas de planejamento e transparência já firmadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

### 11.4 Regulamento e responsabilidade (§ 1º do artigo 168)

A responsabilidade pela implementação das práticas contínuas e permanentes de gestão de risco e de controle preventivo é da alta administração do órgão ou entidade. Devem ainda ser observados os custos e benefícios dessa implementação. Na mesma linha, o parágrafo estende-se sobre questões inerentes à Administração Pública, tais como a escolha de medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos. Obviamente que bastava falar em segurança jurídica, pois essa não poderia ser para alguns ou apenas para a Administração. E finalmente o que é da essência da lei ora revogada, isto é, a promoção do resultado mais vantajoso para Administração. Além da eficiência exigida pela Constituição Federal, o projeto da nova lei de licitações reclama eficácia e efetividade nas contratações públicas. São aspectos distintos a serem verificados ao final de um determinado ato ou conjunto de atos. Para tanto, devem ser fixadas metas, meios, prazos e objetivos a serem atingidos.

### 11.5 Acesso aos documentos e sigilo (§2º do artigo 168)

Os órgãos de controle terão acesso sem restrições de qualquer natureza aos documentos e informações necessários ao desempenho de suas funções. Essa garantia alcança até os documentos classificados como reservados, sigilosos, secretos ou ultrassecretos pela legislação aplicável (Lei n. 12.527/2011). Nesse caso tornam-se igualmente responsáveis pelo sigilo. A rigor, essa hipótese é rara e certamente jamais será do interesse de Estados e Município. O Tribunal de Contas da União e os demais Tribunais de Contas têm firmado o livre acesso a todos os

documentos ou informações relativas à matéria de sua competência. É matéria legal e regimental.

### **11.6 Irregularidades sanáveis e graves (incisos I e II do § 3º do artigo 168)**

As irregularidades de caráter formal serão saneadas e anotadas para a diminuição de riscos de sua repetição. As medidas deverão dar preferência à melhoria dos controles preventivos e melhor capacitação dos agentes públicos. Essa capacitação certamente exigirá a participação do Tribunal de Contas da União, órgão responsável pelas auditorias e fiscalizações que costumeiramente detectam falhas dessa natureza.

Já na constatação de irregularidades graves, causadoras de danos à Administração, as medidas que os integrantes das linhas de defesa são obrigados a adotar devem ser mais efetivas. Além das providências já referidas para evitar as irregularidades formais, deve ser apurada a responsabilidade de infrações administrativas com a individualização das condutas e segregação das funções. Por fim, devem representar ao Ministério Público competente para apuração dos ilícitos de sua competência. A representação deve ser instruída com cópias dos documentos necessários. A se observar que a Constituição Federal (§ 2º do artigo 74) estabelece que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. Quanto ao controle interno, o que a Constituição Federal impõe é que “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade, ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária” (§ 1º do artigo 74).

Essas regras são repetidas nas Constituições Estaduais e nas leis orgânicas dos Tribunais de Contas. O artigo 75 da Constituição Federal estabelece que as normas da seção IX, capítulo I do Título IV (Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária) aplicam-se, no que couber, aos demais Tribunais de Contas (Estados, Distrito Federal e de Municípios).

### **11.7 Consultas internas e externas. Prazos (caput e parágrafo único do artigo 169)**

As consultas sobre a melhor interpretação de lei ou regulamento são rotineiras no âmbito dos Tribunais de Contas e de grande parte dos órgãos de controle interno. O que o dispositivo traz de inovador é a obrigatoriedade de resposta a casos específicos, a fixação de prazo e a não vinculação da decisão do consulente. A parte relativa à consulta sobre “posicionamento sobre a aplicação desta lei em processo de licitação” é bastante vaga para resposta na atualidade, uma vez que os Tribunais de Contas só respondem em tese, sem fixar prejulgamento e não opinam sobre caso concreto. Somente em casos excepcionais essa regra tem sido superada e há respostas sobre casos específicos. Quanto aos editais de licitação são comuns, e demorados, exames prévios pelos órgãos de controle externo. Há até mesmo casos em que a Administração envia o edital requisitado pelo Tribunal de Contas e aguarda parecer para, mesmo sem nenhuma medida liminar de

suspensão, prosseguir no processo de contratação. A recusa em responder consulta sobre caso concreto colide com a parte final do *caput* que explicita “ou em contrato específico”. A resolver “na forma de regulamento” como prevê o mesmo dispositivo. É importante não pretender transformar em órgão de assessoramento um órgão de controle e julgamento como é o caso dos Tribunais de Contas.

Já os prazos eventualmente fixados em leis ou regimentos internos dos órgãos de controle poderão ser uniformizados com a regra do parágrafo único deste artigo, que fixa o prazo de até um mês para a resposta. Poderá haver prorrogação justificada por igual período. Se considerarmos a liberalidade de consultas inclusive sobre casos específicos, provavelmente não será possível o cumprimento desses prazos. Será necessário que os órgãos de controle aumentem sua estrutura e quadro de pessoal voltado para instruir processos de consulta.

### 11.8 Novos critérios, informações e representação (artigo 170)

Os órgãos de controle verificam o cumprimento do disposto no artigo 37 da Constituição Federal quanto aos princípios a serem observados na contratação (legalidade, imparcialidade, moralidade, publicidade e eficiência) e em alguns casos os fixados em leis, como é o caso da razoabilidade. O projeto da nova lei de licitações pretende que sejam adotados ainda “critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco”. Os controladores devem ainda considerar “as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação”. A observar o disposto no § 3º do artigo 168, que trata da atuação das três linhas de defesa.

Os parágrafos seguintes tratam da remessa e consideração das razões apresentadas pelos responsáveis e dos documentos apresentados. As razões devem ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase instrutória e não poderão ser desentranhadas dos autos. O que não coincide com procedimentos dos Tribunais de Contas.

De outro lado, a omissão na prestação das informações não impede as deliberações dos órgãos de controle e nem retardam a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e deliberação. A regra coincide com o que dispõem as leis e regimentos próprios dos Tribunais de Contas.

Já o § 3º cuida de procedimento que já é rotineiro nos órgãos de fiscalização e controle. Não devem ser considerados “documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos”.

Ao final, o § 4º reafirma o que já é previsto constitucionalmente e nas leis e regulamentos de fiscalização e controle. É o direito de representação aos órgãos de controle interno e ao Tribunal de Contas competente contra irregularidades da lei de licitações. Esse direito cabe a “qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica”. Alguns tribunais só consideram representação quando a parte for interessada no processo, mas admitem a denúncia. Esta nem sempre é decidida no próprio processo e demanda auditoria própria.

## 11.9 O controle do controle (incisos I, II e III do artigo 171)

O projeto da nova lei de licitações procura resolver algumas reclamações constantes quanto ao procedimento de órgãos de controle, especialmente os Tribunais de Contas. Fixa que deverão observar, na fiscalização, a oportunidade de manifestação dos gestores sobre possíveis propostas que terão impacto nas rotinas de trabalho como subsídios para avaliação prévia da relação entre custos e benefícios.

Já o inciso II ataca frontalmente uma questão interna dos órgãos de controle ao exigir “adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados.” A exigência de objetividade, imparcialidade, fundamentação técnica, obediência às normas de auditoria estão colocadas corretamente. Já a explicação do objetivo da norma, após a última vírgula, é desnecessária, pois interesses pessoais ou interpretações tendenciosas são incabíveis em qualquer circunstância do trato da coisa pública. O que há é o direito ao recurso para que seja revista decisão monocrática ou inicial de qualquer processo, uma vez demonstrada a sua impropriedade jurídica ou de outra natureza. E se houver prova de interesse pessoal envolvido, deverá haver investigação e sanção. Além disso, é regra legal ou regimental comum a impossibilidade de participação de conselheiros e auditores de contas em processos em que haja interesse próprio ou de familiares até o segundo grau.

## 11.10 Objetivos, regras e mercado

O inciso III do artigo 171, na parte inicial, dispõe sobre o óbvio. A fiscalização e o controle nos diversos tipos de empreitada devem verificar os objetivos, o atendimento aos requisitos legais e técnicos, aí incluídos os orçamentários e financeiros, de acordo com a finalidade da contratação. A parte final, contudo, encerra uma matéria sempre controversa: parâmetros de mercado a serem vistos em relação ao preço global que a modalidade permite. O mercado, como é sabido, tem suas próprias regras mutáveis a todo o momento e o que se pretende é perquirir “a conformidade do preço global com os parâmetros do mercado para objeto contratado, considerada a dimensão geográfica.” A interpretação das leis deve ser feita pelo seu sentido sem desprezar o significado de cada palavra. O sentido geral é verificar, na região de construção de obra ou compra de bens e serviços, os preços usualmente praticados. Agora perquirir já é uma investigação criteriosa, escrupulosa, minuciosa, o que demanda pessoal, tempo e custos. Isso colide com a economia buscada e a celeridade processual reclamada. Como uso da informática é considerado desejável pelo projeto da nova lei de licitações, talvez possa baratear custos e apressar as informações necessárias. A esperar que os fornecedores estejam todos integrados a uma rede de informações sobre seus preços e condições de fornecimento de bens e serviços e execução de obras.

## 11.11 Medidas cautelares, prazos e justificativas (§ 1º do artigo 171)

A redação desse parágrafo parte do princípio de que as medidas cautelares são admitidas e devem continuar sendo admitidas. Percebe-se isso pela redação do dispositivo que, a rigor, pretende que os tribunais cumpram prazos e apresentem justificativas sobre os fundamentos da decisão.

Assim é que a regra é a seguinte: “Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o §2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente: I - as causas da ordem de suspensão e II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação de emergência”. A redação entre aspas é da lei. Em primeiro lugar, as causas da suspensão são as constantes da fundamentação da liminar. Agora, a exigência de apontar solução para garantir o interesse público leva-nos a uma transferência incrível de competências e responsabilidades para o órgão controlador. A conferir como serão as questões na aplicação prática da nova lei aos casos concretos de licitação.

Ainda quanto a prazos, o órgão ou entidade tem o prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação, para informar: a) as medidas adotadas para cumprimento da decisão, b) prestar as informações requeridas e c) proceder a apuração, se for o caso, de responsabilidade.

O §3º do artigo em exame impõe outras determinações aos órgãos de controle que, ao examinar o mérito da medida cautelar, devem “definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo ou determinar a sua anulação”. De fato qualquer decisão deve ser fundamentada. Já opinar sobre medidas alternativas vai um pouco além de suas competências, obrigando-os a exercer funções de assessoramento.

## 11.12 Súmulas administrativas vinculantes e treinamento (artigos 172 e 173)

A lei invade novamente a área de competência dos Tribunais de Contas ao estabelecer que “deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativas à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados”. Mais um golpe no pretendido sistema federativo brasileiro. O Tribunal de Contas da União é um modelo, mas não um órgão interventor no funcionamento dos órgãos de controle estaduais e de municípios. A imposição de uma orientação única ainda é mais nítida na leitura do parágrafo único do artigo 172, que dispõe: “a decisão que não acompanhar a orientação a que se refere o *caput* deste artigo deverá apresentar motivos relevantes devidamente justificados”.

Finalmente, o artigo 173 determina que os Tribunais de Contas deverão, por meio de suas escolas de contas, “promover eventos de capacitação para os servidores

efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.”

Essas escolas de contas foram concebidas para treinamento e capacitação dos próprios funcionários dos Tribunais de Contas. A maioria já realiza treinamentos e capacitações com servidores dos órgãos jurisdicionados. São comuns seminários e encontros para discutir aspectos da execução dos orçamentos, licitações e contratos. Especialmente com o surgimento de uma nova lei com a importância da que estamos examinando, ainda que à luz de uma primeira leitura. Não há necessidade de impor uma espécie de prestação de serviço obrigatório aos órgãos sujeitos à sua fiscalização e controle.

### 11.13 Conclusões

O projeto da nova lei de licitações não é um primor de redação, o que se comprehende se levarmos em conta que é a fusão de dezenas e dezenas de propostas e projetos inteiros. Eles foram surgindo ao longo dos anos e assim também se chocam na defasagem do tempo em um mundo de bruscas e rápidas mutações. Vários redatores, com motivações e focos diferentes, não podem produzir um texto coerente de acordo com a melhor técnica legislativa. E alguns são maus redatores. Torna-se impossível uma sistematização adequada. Resta-nos a lição de Carlos Maximiliano quando lembra que a lei é obra humana e assim imperfeita. O seu aperfeiçoamento deve ser feito com a melhor interpretação.

Algumas reclamações quanto à atuação dos órgãos de controle foram ouvidas. Infelizmente em relação ao Congresso Nacional, a maior delas não foi atendida. A Lei de Licitações não trata de normas gerais. Ela é minudente em vários aspectos e obriga todos os entes constitucionais da mesma maneira. O projeto da nova lei de licitações não deixa espaço para que possa haver um tratamento mais simplificado pelos municípios, especialmente os de pequeno porte, que são a imensa maioria. Importante notar ainda que o excesso de exigências formais é uma porta aberta para a fraude. Com isso também deixa de levar em conta uma das críticas comuns à Lei n. 8.666/1993, que ainda vai vigorar por 2 anos: a simplificação do processo de contratação.

# Capítulo 12

## Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias

Murillo Preve Cardoso de Oliveira

Advogado. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina - CAMESC e da Câmara de Conciliação de Santa Catarina.

### 12.1 Nota introdutória

Se há muito tempo o uso de meios alternativos para a resolução de controvérsias não é nenhuma novidade, a discussão referente à sua necessidade, aplicabilidade e, até mesmo, real eficácia, continua em voga. Nesse aspecto, o projeto da nova lei de licitações dedicou o capítulo XII ao tema. Entre os artigos 150 a 153 o projeto da nova lei de licitações trata dos mecanismos de resolução de controvérsias nas contratações públicas.

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 (conforme será melhor explorado em seguida).

Ainda assim, não se trata de previsões dispensáveis. Tem 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.

Já no seu artigo 150 o projeto da nova lei de licitações cuida, além de introduzir essa citada cláusula geral autorizativa, de ilustrar alguns dos meios alternativos de resolução de controvérsias que poderão ser utilizados:

Art. 150. 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.

Como se pode notar, o projeto da nova lei de licitações cuidou de elencar, a título de exemplo, os seguintes mecanismos de resolução de conflitos: a conciliação, a

mediação, a arbitragem e o comitê de resolução de disputas (*Dispute Boards*).

Quanto aos dois primeiros mecanismos que são previstos pelo projeto da nova lei de licitações, a conciliação e a mediação, não existem grandes considerações a serem feitas. Trata-se de métodos já previstos há bastante tempo em âmbito do Direito Administrativo e, portanto, não são geradores de tantas controvérsias. Todavia, o mesmo não se pode dizer da arbitragem e do comitê de resolução de disputas (*Dispute Boards*). O último, inclusive, tem no projeto da nova lei de licitações a sua estreia em uma legislação federal brasileira. É a primeira vez que o comitê de resolução de disputas (*Dispute Boards*) é previsto por uma lei federal.

Por essa razão, faz-se um estudo mais detalhado da arbitragem e do comitê de resolução de disputas (*Dispute Boards*), tratando dos principais pontos apresentados pelo projeto da nova lei de licitações.

## 12.2 Arbitragem

Sem dúvidas, um dos maiores ganhos com o projeto da nova lei de licitações é a previsão expressa da arbitragem como meio alternativo de resolução de controvérsias. Embora se tenham estudos que identificam a arbitragem em âmbito da Administração Pública no Brasil já nos idos de 1850<sup>1</sup>, acredita-se que o instituto passou a realmente ganhar espaço no Direito Administrativo junto às grandes transformações sofridas pela Administração Pública no último século. Naquele momento, como uma forma de incentivo à iniciativa privada, que cada vez mais passava a interagir de uma maneira mercadológica com o Poder Público, era imprescindível que se apresentasse uma solução mais célere e especializada que o Poder Judiciário. Em resumo, pode-se dizer que o instituto começa a alcançar maior popularidade quando se torna uma alternativa a dois grandes problemas: (i) à impossibilidade enfrentada pelo Poder Judiciário de suportar, de maneira exclusiva, o crescente aumento no volume de processos; e (ii) a maior complexidade técnica das demandas que o desenvolvimento social e tecnológico trouxeram.<sup>2</sup>

De toda forma, a primeira vez que a jurisprudência nacional enfrentou o tema foi no ano de 1973, no paradigmático Caso Lage, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que o Estado poderia participar de arbitragens.<sup>3</sup> Das palavras do ministro à época Bilac Pinto retira-se: “a natureza consensual do pacto de compromisso, sendo de natureza consensual, não constitui foro privilegiado, nem

1 Em pesquisa realizada por Selma Lemes, a autora constata que “A eleição da arbitragem nos contratos administrativos e os particulares acompanha as concessões de obras e serviços públicos desde a sua origem nos idos de 1850, ano em que o Código Comercial brasileiro passa a vigorar [...]. As concessões outorgadas foram para obras e serviços públicos nos setores portuário, estradas de ferro, serviços, urbanos etc. Diversos contratos foram firmados com empresas estrangeiras e companhias criadas com o capital público.” (LEMES, S. Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 56)

2 MAROLLA, E. C. C. A Arbitragem e os contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9-11.

3 STF, Tribunal Pleno, AI nº 52181/GB, Relator: Ministro Bilac Pinto, julgado em: 14/11/1973.

tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica".<sup>4</sup>

Ainda assim, o julgamento acima não serviu para que a resistência que se tinha com a Administração Pública valendo-se de procedimentos arbitrais diminuisse. O Tribunal de Contas da União, a título de exemplo, era Corte que constantemente manifestava-se contrária ao uso do procedimento pelo Poder Público.<sup>5</sup> A bem da verdade, o instituto só começou a alcançar novos patamares dentro do ordenamento jurídico nacional a partir do momento em que as barreiras a um suposto não atendimento ao princípio da legalidade começaram a ser derrubadas. Isso ocorreu com o surgimento de uma série de leis esparsas prevendo o instituto em contratos administrativos.<sup>6</sup>

Dentre essas leis, sem dúvidas as que mais tiveram impacto positivo para a consolidação do instituto foram as previsões do inciso III do artigo 11 da Lei n. 11.079/2004, que regula as parcerias público-privadas; e a inserção de previsão do instituto arbitral na Lei n. 8.987/1995, ao tratar das concessões tradicionais de serviços públicos, fruto do acréscimo do artigo 23-A pela Lei n. 11.165/2005.<sup>7</sup>

---

4 Ibidem

5 Como acórdão paradigmático da negativa do instituto por parte do Tribunal de Contas da União, tem-se aquele prolatado pela 2ª Câmara da corte no processo administrativo TC 005.250/2002-2, instaurado por força de representação apresentada pela Federação Nacional dos Engenheiros – FNE contra a comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, empresa pública integrante da Administração Pública da União. Do acórdão desse caso retira-se “[...] Uma outra questão levantada diz respeito à cláusula 47 do contrato, que determina que, no caso de controvérsias relativas a ela, estas devem ser resolvidas por meio de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/1996. [...] Acompanho o entendimento da Unidade Técnica de que os argumentos utilizados não devem ser acatados. Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei 9.307/1996, o seu artigo 1º determina que poderão ser objeto de solução por via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira que estava sofrendo o racionamento de energia. [...] Não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para a solução das controvérsias contratuais, tal previsão não obedeceu a um dos princípios fundamentais que regem a administração pública, que é o da legalidade. Essa cláusula, portanto, deverá ser excluída do contrato [...]” (TCU, Acórdão nº 0584/2003, Órgão Julgador: 2ª Câmara, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em: 10/04/2003).

6 Em pesquisa realizada por Gustavo da Rocha Schmidt, o autor identificou que a partir do ano de 1997 começam a surgir uma série de leis esparsas que autorizam a utilização da arbitragem em contratos administrativos celebrados com a Administração Pública. A título de exemplo o autor cita previsões como a “Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) estabelecendo que o contrato de concessão deverá indicar o ‘modo para solução extrajudicial das divergências contratuais’ (art. 93, XV). A Lei 9.478 (Lei Geral do Petróleo) que preconiza que são cláusulas essenciais, nos contratos de concessão do setor de óleo e gás, aquelas que dispõem ‘sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e a sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional’ (art. 43, X). Também, a Lei 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), que esclarecem que devem constar, obrigatoriamente, nos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, as ‘regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução. Incluindo conciliação e arbitragem’ (art. 35, XI)”, entre outras previsões que são listadas pelo autor. (SCHMIDT, G. da R. Arbitragem na Administração Pública. Curitiba: Juruá, 2018, p.32).

7 Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

[...]

Contudo, ainda persistia uma lacuna na Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem Nacional). Esse vácuo veio a ser preenchido pela Lei n. 13.129/2015, lei que promoveu a chamada “Reforma da Lei de Arbitragem”. A Lei n. 13.129/2015 acrescentou aos textos dos artigos 1º e 2º da Lei n. 9.307/1996, respectivamente, as seguintes previsões:

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

[...]

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

O projeto da nova lei de licitações, no parágrafo único do artigo 150, no artigo 151 e no artigo 153 praticamente reproduz a previsão da Lei n. 13.129/2015:

[...] Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 151. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

[....]

Art. 153. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Pode-se dizer que o projeto da nova lei de licitações perpassa, em resumo, por três temas atinentes à arbitragem com a Administração Pública: (i) a questão da arbitrabilidade objetiva e dos direitos disponíveis; (ii) o princípio da publicidade vinculado ao procedimento arbitral; e (iii) a necessidade de que a arbitragem seja de direito. Ocorre que, conforme já adiantado, trata-se de previsões bastante genéricas, que não cuidam de proceduralizar nenhum desses aspectos.

Veja-se que apesar de o projeto da nova lei de licitações trazer que as questões passíveis de serem resolvidas serão as que envolvem direitos patrimoniais

---

III – 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 n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

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 n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

disponíveis e, até mesmo, ilustrar algumas dessas situações, não apresenta qualquer definição mais específica do que deve ser considerado como um “direito disponível”. Da mesma forma, apesar de o projeto da nova lei de licitações destacar que a arbitragem observará o princípio da publicidade, não apresenta qualquer indicativo de que maneira essa publicidade deve se dar na prática. O ponto envolvendo a escolha dos árbitros segue o mesmo caminho. Embora o projeto da nova lei de licitações apresente que precisam ser observados critérios “isonômicos”, “técnicos” e “transparentes”, não se tem qualquer explicação adicional do que o Legislador entende por um processo de escolha com essas características.

Portanto, e como forma de enfrentar essas controvérsias, passa-se para uma análise mais específica e detalhada desses tópicos levantados pelo projeto da nova lei de licitações.

### 12.2.1 A Arbitrabilidade Objetiva e os Direitos Patrimoniais Disponíveis

O projeto da nova lei de licitações prevê no parágrafo único do seu artigo 150 que “Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”. Contudo, não delimita as matérias que se enquadram dentro da categoria de direitos disponíveis.

Enraizado na doutrina nacional, durante muito tempo a indisponibilidade do interesse público foi o principal obstáculo enfrentado pela Administração Pública para valer-se da arbitragem. Celso Antônio Bandeira de Mello é autor que há muito vem sendo contrário à adoção do instituto:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas “extra commercium”. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto, condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, são questões que ultrapassam por completo o âmbito decisório de particulares. Envolvem interesses de elevada estrutura, pertinentes à sociedade como um todo e, bem isto, quando suscitarem algum quadro conflitivo entre partes só podem ser solutos pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele embricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.<sup>8</sup>

Todavia, esse posicionamento da doutrina encontra-se em muito superado, sendo

<sup>8</sup> BANDEIRA DE MELLO, C. A. As Parcerias Público-Privadas (PPPs), Migalhas, 12 jan. 2006. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/20266/as-parcerias-publico-privadas--ppps>. Acesso em: 13 dez. 2020.

hoje bastante minoritário. São das palavras do Ministro Eros Grau que se retira o melhor entendimento da questão na atualidade:

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los para terceiros. Disponíveis são os Direitos Patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público pratica atos, da mais variada ordem, dispendendo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais, sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante disposição daquele.<sup>9</sup>

Logo, o princípio da indisponibilidade do interesse público, em si, não é obstáculo para o uso da arbitragem com o Poder Público. A questão está muito mais em saber quais matérias envolvendo direitos patrimoniais são passíveis de serem arbitradas. Nesse aspecto, apesar de o projeto da nova lei de licitações ilustrar alguns temas, não se mostra suficiente para abranger todas as matérias passíveis de serem resolvidas pela via arbitral. Definição precisa de quais seriam essas matérias foi formulada pelos autores Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam. Para estes, seriam arbitráveis:

1. os termos sacramentados no contrato administrativo, pelas cláusulas regulamentares que são aquelas que disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço;
2. as cláusulas econômico-financeiras e monetárias que são aquelas correspondentes à equação econômico-financeira do contrato;
3. as hipóteses em que se assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, pois dizem respeito à economia do contrato;
4. as consequências patrimoniais advindas do uso das prerrogativas administrativas determinadas em cláusulas exorbitantes que afetem direitos do particular, especialmente as relacionadas ao dever de indenizar e recompor o equilíbrio econômico-financeiro.<sup>10</sup>

Outras previsões legislativas mais recentes envolvendo a arbitragem e a Administração Pública também apresentam uma lista exemplificativa das matérias que seriam arbitráveis. A título de exemplo, pode ser citado o Decreto Federal n. 10.025/2019, que no seu artigo 2º trouxe que, entre outras, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis as que envolvam: (i) questões

9 GRAUS, E. R. Arbitragem e Contrato administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, n. 32, p. 20, 2000.

10 OLIVEIRA, G. J. de; ESTEFAM, F. F. Curso Prático de arbitragem e administração pública. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 61.

relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes.

Essa parece ser uma das saídas: que cada vez mais as previsões legais envolvendo o instituto arbitral especifiquem os direitos patrimoniais passíveis de serem arbitrados, trazendo listas exemplificativas mais robustas, como forma de dar maior segurança jurídica ao instituto. É nesse ponto que, ao apresentar previsões tão genéricas, o projeto da nova lei de licitações perdeu a grande oportunidade que tinha de dar uma maior clareza ao assunto e pôr fim em algumas controvérsias.

### **12.2.2 O Princípio da Publicidade vinculado ao procedimento arbitral e a Arbitragem de Direito**

De maneira acertada, o projeto da nova lei de licitações traz a expressa previsão de que o processo arbitral envolvendo licitações e contratos administrativos deve se atentar ao princípio da publicidade. Essa previsão é importante, porque ainda hoje uma falsa polêmica circunda o cenário da arbitragem com a Administração Pública: como se respeitar o princípio da publicidade ao qual a Administração Pública está vinculada, tendo em vista o sigilo que envolve os processos arbitrais?

Entretanto, esse suposto conflito é apenas aparente.

Como bem leciona Carlos Alberto Carmona, é inegável que o sigilo que torna confidencial todo o procedimento arbitral é um dos principais atrativos e vantagens da arbitragem.<sup>11</sup> Todavia, como esclarece o autor, o sigilo “é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral”.<sup>12</sup> Ou seja, embora o sigilo seja uma prática recorrente da arbitragem, não é um requisito obrigatório. Por isso, a despeito das principais câmaras de arbitragem do País disporão em seus regimentos sobre a confidencialidade dos litígios, nada impede que o acordo das partes afaste essa previsão. As partes escolhem se querem submeter o seu processo arbitral a esse sigilo, o que, por consequência lógica, possibilita que a Administração Pública possa figurar em um processo arbitral e este não ser confidencial.

Assim, a real discussão a ser travada, advinda com o projeto da nova lei de licitações, não é sobre a necessidade da publicidade em arbitragens que envolvam a Administração Pública, mas, sim, de que maneira e como essa publicidade pode e deve se perfectibilizar na prática. Nesse ponto é que o projeto da nova lei de licitações também deixa a desejar, afinal, perde a chance de regulamentar uma série de questões: (i) quais documentos do processo arbitral deverão ser públicos?; (ii) quais atos do procedimento arbitral se submeteriam à exigência da publicidade?;

11 CARMONA, C. A. Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n. 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51.

12 Idem.

e, mais importante, (iii) as câmaras arbitrais e os seus regulamentos também necessitam observar o dever de publicidade?

Gustavo da Rocha Schmidt em sua obra “Arbitragem na Administração Pública” traz à tona discussão sobre a quem compete o dever de publicidade, ou seja, se seria ele um dever exclusivamente estatal ou uma previsão também a ser seguida pelos árbitros e entidades responsáveis por gerir o procedimento arbitral.<sup>13</sup> O autor apresenta que no começo o entendimento foi que esse dever de publicidade recaía unicamente perante o Poder Público, devido à câmara arbitral se tratar de uma mera prestadora de serviços. No entanto, já se percebe que as normativas mais recentes, como a da Lei n. 13.129/15, alteraram esse cenário.<sup>14</sup> Hoje se entende que o Poder Público, árbitros e câmaras arbitrais devem trabalhar em conjunto para dar efetividade a essa transparência que é exigida em processos arbitrais que envolvam o Poder Público.

Atualmente já se vislumbra o surgimento de previsões em decretos e regulamentos camerais abordando como essas entidades devem se comportar em relação ao dever de publicidade. Em pesquisa realizada pelos já citados autores Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam, os pesquisadores levantaram que o Decreto n. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro, no § 3º do seu artigo 13, estabelece que são públicas “as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza”. Por sua vez, a Lei n. 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, traz em seu artigo 6º que a arbitragem deverá ser “instaurada mediante processo público”. Têm-se ainda a previsão do Decreto n. 10.025/2019, que prescreve, no inciso IV do seu artigo 3º, que “as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira”.<sup>15 16</sup>

Perfilhando dos mesmos entendimentos acima, vários regulamentos de câmaras arbitrais brasileiras já trazem previsão com algumas maneiras para a publicidade efetivar-se na prática. A título de exemplo, cita-se: os artigos 12.1, 12.2 e 12.3 da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – CAMARB; a Resolução n. 3/2018 da Fiesp/Ciesp; e a Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CCBC, em

13 SCHMIDT, G. da R. Arbitragem na Administração Pública. Curitiba, Juruá, 2018, p. 59.

14 Ibidem, p. 59-60.

15 Informações retiradas de pesquisa realizada por: OLIVEIRA, G. J. de; ESTEFAM, F. F. Curso Prático de arbitragem e administração pública. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 61.

16 Sobre esse tema, ainda apresentam Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam que “Para evitar controvérsias acerca do grau de publicidade, é prudente que no início do processo arbitral seja determinado o que será publicado pela Administração, à luz do regime jurídico aplicável. Surgindo conflitos entre as partes quanto a tal tema, ante o princípio da competência-competência (art. 8º, parágrafo único, da LA) e o art. 13 da LA, a controvérsia deve ser resolvida pelo árbitro”. (OLIVEIRA, G. J. de; ESTEFAM, F. F. Curso Prático de arbitragem e administração pública. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 61).

sua Resolução Administrativa n. 15/2016.

Porém, ainda que tenham começado a nascer previsões como as apresentadas acima, não são poucos os desafios que surgirão para que se possa realmente conhecer a extensão e em qual intensidade deve se dar a publicidade nos processos arbitrais envolvendo o Poder Público. Nesse ponto, insista-se, o projeto da nova lei de licitações falha ao apresentar previsão tão ampla, sem trazer qualquer detalhamento adicional para a forma com que deve se perfectibilizar essa publicidade na prática.

Por fim, no que tange à expressa previsão de que a arbitragem precisa ser de Direito, não são necessárias muitas digressões. Essa previsão é aplicação direta do princípio constitucional da legalidade que envolve os atos da Administração Pública, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Uma vez que Administração Pública deve atuar de acordo com o Direito que está posto, é decorrência lógica que os seus conflitos precisam ser resolvidos com base nesse ordenamento, o que impede que se tenham arbitragens envolvendo a Administração Pública resolvidas por equidade.

### 12.2.3 Outras considerações

Como já destacado, o projeto da nova lei de licitações é bastante impreciso ao prever os mecanismos alternativos de resolução de controvérsias. Sendo assim, a redação da convenção arbitral nos contratos regidos pela nova lei de licitações precisará ser sempre formulada com zelo redobrado. Por essa razão, e apesar do projeto da nova lei de licitações não os prever, chama-se atenção que os temas abaixo deverão ser previstos e enfrentados pelas convenções arbitrais a serem celebradas com os entes públicos. São eles:

- (i) esclarecer a forma de instituição do processo arbitral, isso é, se ele vai se dar de maneira *ad hoc* ou institucional;
- (ii) o idioma oficial do processo arbitral ser o português;

Quanto ao primeiro ponto, nas arbitragens institucionais, as partes submetem o procedimento às regras estipuladas no regulamento da Câmara de Arbitragem que administrará o litígio. Por sua vez, nas arbitragens *ad hoc*, são as próprias partes que estabelecem quais as regras procedimentais da avença ou, na ausência de estipulações prévias, submetem-se às determinações dos árbitros escolhidos. Apesar da escolha entre arbitragem institucional ou arbitragem *ad hoc* estar intimamente ligada à autonomia da vontade das partes, é de se ressaltar que, via de regra, a escolha pelas arbitragens institucionais é mais interessante à segurança procedural, sobretudo pelo fato de vincular o litígio às regras de procedimento previamente estipuladas por Câmaras Arbitrais especializadas.

Na mesma linha de entendimento, Gustavo da Rosa Schmidt destaca que apesar das partes possuírem a liberdade de decidir por qualquer um dos dois modelos, quando se trata de procedimentos arbitrais com os entes públicos, é de bom tom

que se dê preferência ao modelo institucional, já que esse tende a minimizar as chances de o procedimento acabar judicializado. Afinal, na arbitragem institucional é a Câmara quem vai ser responsável por uma série de decisões atinentes ao procedimento, como nomeação/impugnação dos árbitros, honorários, ou, mesmo, questões relativas a uma possível extensão da cláusula compromissória a terceiros, existência de jurisdição arbitral, entre outros pontos.<sup>17</sup> Mesmo entendimento é adotado por Ricardo Yamamoto, ao destacar que hoje é quase consenso que deve se dar preferência a uma arbitragem institucionalizada, uma vez que já possui regras existentes e que já foram testadas na prática.<sup>18</sup>

Quanto à necessidade de o idioma oficial ser o português, não são necessárias digressões adicionais. Embora não seja exigido o idioma português por todas as leis que preveem procedimentos arbitrais com o Poder Público, é inegável que a preferência pela língua portuguesa, além de facilitar a fiscalização posterior por órgãos de controle e por tribunais,<sup>19</sup> ainda vai ao encontro do princípio da publicidade ao qual a Administração Pública está vinculada.

### 12.3 Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*)

Sem medo de errar, a grande novidade apresentada pelo projeto da nova lei de licitações é a previsão, expressa, dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) como um meio alternativo de resolução de controvérsias. O ganho, nesse aspecto, é duplo: além de positivar que os contratos administrativos podem valer-se dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) para resolver e prevenir seus conflitos, ainda se torna a primeira lei federal brasileira a prever o instituto, colocando uma pá de cal nas discussões atinentes à possibilidade de a Administração Pública valer-se do seu uso, visto que não existia previsão legal.

Por outro lado, e infelizmente, também nesse caso o projeto da nova lei de licitações fez uma previsão solta do instituto, não trazendo qualquer explicação ou regulamentação à modalidade. Válido, portanto, que se apresente o instituto e aproveite-se para analisar algumas das suas peculiaridades quando previsto em relações contratuais em que uma das partes é um ente público.

#### 12.3.1 O conceito de *Dispute Boards*

Nos últimos anos um método de resolução de conflitos extrajudiciais vem ganhando espaço no mundo do Direito: trata-se dos *Dispute Boards*, também conhecidos como Comitês de Resolução de Disputas (CRD). Embora o aumento da popularidade do instituto seja recente, o primeiro registro de utilização dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) para resolução de conflitos remonta à

17 SCHMIDT, G. da R. Arbitragem na Administração Pública. Curitiba: Juruá, 2018, p. 68.

18 YAMAMOTO, R. Arbitragem e Administração Pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. 2018, p. 80.

19 Idem.

década de 1960, durante a construção da Boundary Dam, na cidade de Washington, nos Estados Unidos. Nessa ocasião, as partes celebraram um *Joint Consulting Board*, que ficaria ativo durante toda a relação contratual para a emissão de opiniões não vinculantes sobre os conflitos que eventualmente surgissem ao longo da construção.<sup>20</sup>

Em breve síntese, os comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) podem ser conceituados como um mecanismo de solução de controvérsias que consiste na formação de um comitê de especialistas em matérias técnicas e diversas que, juntos, vão acompanhar o desenvolvimento de um contrato (geralmente de longa duração). Esse comitê acompanha a execução contratual desde o seu início, permitindo que seus membros compreendam todas as etapas de execução do objeto e, por consequência, possam atuar da melhor forma possível tanto na prevenção, quanto na resolução de possíveis conflitos que venham a surgir. Nessa mesma linha, apresenta o autor Arnoldo Wald que o instituto dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) se trata de:

[...] painéis, comitês ou conselhos, para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer recomendações (no caso dos Dispute Review Boards – DRB) ou tomar decisões (Dispute Adjudication Boards – DAB) ou até tendo ambas as funções (Combined Dispute Boards – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.<sup>21</sup>

Inclusive, um dos grandes diferenciais dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) em relação aos demais meios de resolução de conflitos extrajudiciais é o momento em que o comitê é formado. Isso porque, e conforme já adiantado, geralmente a indicação de especialistas e a consequente formação do comitê já ocorre no início da relação contratual, ou seja, antes mesmo que alguma desavença na relação entre as partes aconteça. Por essa razão, quando for chamado a se manifestar, o comitê tanto deve levar em conta o seu conhecimento técnico, como as informações que adquiriu ao longo de todo o tempo em que acompanhou a formação e a execução do contrato.

Em acréscimo, vale mencionar que no caso dos contratos com a Administração Pública que tenham como objeto a construção de obras públicas, uma das principais vantagens dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) é evitar que os trabalhos sejam paralisados ou até inviabilizados em razão de disputas técnicas. Além de diminuir os custos inerentes aos litígios envolvendo o concessionário e a Administração, evita-se o atraso na execução do contrato.<sup>22</sup>

20 BUENO, J.; FIGUEIREDO, A. Os *dispute boards* em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura. FGV projetos, ano 12, n. 30, abr.-maio 2017. p. 88. Disponível em [https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos\\_30\\_solucaodeconflitos\\_0.pdf](https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflitos_0.pdf). Acesso em: 18 ago. 2020.

21 WALD, A. Dispute Resolution Boards: evolução recente. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.

22 ANDRADE, J. L. de. Os potenciais impactos da adoção dos comitês de resolução de disputas nos

Naturalmente, a utilização dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) no âmbito público conterá requisitos especiais que deverão ser observados pelas partes contratantes, em especial pelo Poder Público. Em observância ao princípio da legalidade, a previsão dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) nos contratos vinculados à Administração Pública deve constar no edital e no anexo referente à minuta do contrato que será firmado. No contrato administrativo, deverá estar prevista a modalidade de comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) que será utilizada e as regras que irão reger o procedimento, podendo já haver a indicação de Regulamento de Câmara especializada. Por certo, nos locais onde há legislação municipal e/ou estadual vigente acerca da utilização de comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*), as regras específicas também deverão ser rigorosamente observadas por ambas as partes.

### **12.3.2 Modalidades e momento de formação dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*)**

O instituto dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) possui diferentes modalidades e características quanto ao momento de sua formação.

Quanto ao momento de formação, pode-se dizer que há duas alternativas possíveis. A primeira é o “*Dispute Board permanente*”. Nessa hipótese o Comitê é formado no momento da pactuação do negócio jurídico e permanece em funcionamento ao longo de toda a relação contratual, ainda que não surjam controvérsias entre as partes. A segunda alternativa é o “*Dispute Board ad hoc*”, que seria o caso em que o Comitê é formado somente se surgirem desavenças contratuais. O “*Dispute Board ad hoc*” permanecerá vigente até a prolação da decisão e a finalização dos demais procedimentos a ela aplicáveis.

Já no que se refere às modalidades dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*), três podem ser mencionadas, sendo que a diferença marcante entre elas vai estar intimamente ligada ao teor das suas decisões, isso é, se vão ser vinculantes, ou não.

A primeira modalidade é o *Dispute Review Boards* (DRBs), pela qual os membros do Comitê emitem recomendações às partes. Vale ressaltar que, se as partes não apresentarem objeção à recomendação apresentada pelo Comitê, esta passará a ter efeito imediatamente vinculante às partes, sendo que o seu descumprimento poderá acarretar penalidades contratuais e legais. Os artigos 2.2, 2.3 e 2.5 do “Regulamento do CAM-CCBC sobre o Comitê de Prevenção e Soluções de Disputas” podem ser utilizados como interessante exemplo prático acerca dos *Dispute Review Board*, pois são expressos ao dispor que a ausência de impugnação torna a recomendação do Comitê imediatamente vinculante às partes contratantes. O item 2.4 do mesmo Regulamento ainda dispõe que a parte que apresentar “rejeição” à recomendação deverá iniciar procedimento arbitral ou judicial no prazo máximo de 30 dias contados da submissão da notificação de rejeição, caso contrário, a recomendação se tornará vinculante e de cumprimento imediato.

A segunda modalidade é o *Dispute Adjudication Board* (DABs), pela qual os membros do Comitê emitem decisões de adoção obrigatória e imediata às partes. Nesse caso, o seu descumprimento acarretará os efeitos legais e contratuais inerentes. A decisão do Comitê permanecerá obrigatória e com efeito vinculante às partes, salvo no caso de revisão desta por meio de submissão da controvérsia à arbitragem ou ao Poder Judiciário.

Por fim, a terceira modalidade é o *Combined Dispute Boards* (CDBs), que são os Comitês que combinam as duas alternativas apresentadas anteriormente, emitindo recomendações e decisões de acordo com a situação que lhes é submetida pelas partes.

Feita essa breve explicação sobre as modalidades e o momento da formação dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*), também é interessante que se analise a postura do Poder Judiciário quando confrontado com questões relativas à necessidade ou não de revisão de uma decisão proferida pelos Comitês.

Em julgado de julho de 2018, ocorrido no Agravo de Instrumento n. 2096127-39.2018.8.26.0000, a 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentou interessante impasse envolvendo decisão proferida por Comitê de Resolução de Disputas.

No caso, a “Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô” propôs ação judicial em face do “Consórcio TC - Linha 4 Amarela”, com o objetivo de revisar decisão proferida pelo Dispute Board constituído no contrato vigente entre as partes. O juízo de primeiro grau, em sede liminar, deferiu pedido de tutela de urgência e suspendeu os efeitos da decisão proferida pelo Comitê.

Por essa razão, a requerida interpôs agravo de instrumento em face da decisão interlocutória, tendo como um dos seus principais fundamentos a incompatibilidade do deferimento de decisões liminares pelo Poder Judiciário para a suspensão dos efeitos de decisões dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*). Basicamente, a lógica era a seguinte: se o Comitê já é criado para possibilitar que a obra não seja paralisada, tendo as suas decisões eficácia e aplicabilidade imediata, não faria sentido o deferimento de medidas liminares de caráter suspensivo pelo judiciário.

No acórdão, o Desembargador Relator Torres de Carvalho, dando provimento ao recurso, corretamente ponderou ser plenamente possível o deferimento de tutelas provisórias de urgência quando da análise das decisões proferidas pelos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*), mas também consignou que “[...] a interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta. O edital e o contrato devem ser respeitados, salvo específico motivo aqui não demonstrado”.<sup>23</sup>

23 TJSP, Agravo de Instrumento n.º 2096127-39.2018.8.26.0000. Órgão Julgador: 10 ª Câmara de Direito Público. Relator: Desembargador Torres de Carvalho. Julgado em 30/07/2018.

Sem dúvidas o referido julgado representa um importante passo no desenvolvimento dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) em território nacional, ficando consignado na fundamentação do acórdão que, no entendimento do relator, a interferência do Poder Judiciário deve estar limitada aos casos que fujam da normalidade, conferindo assim maior autoridade e segurança jurídica às decisões proferidas pelos Comitês.

### 12.3.3 Outras considerações

Por fim, ainda se faz importante destacar que, embora ao longo dos anos tenha crescido o prestígio dos métodos de resolução de conflitos extrajudiciais em âmbito nacional, eles ainda são tímidos quando comparados a outros países. Sendo assim, o instituto dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) ainda não se encontra totalmente adaptado no ordenamento jurídico brasileiro, embora seja inegável o seu desenvolvimento nos últimos tempos.

Ainda que o projeto da nova lei de licitações seja a primeira previsão legislativa federal para o tema, em âmbito municipal, já se vislumbrava, embora de maneira encalistrada, algumas previsões legais versando sobre o instituto. Um exemplo seria a Lei n. 16.873/2018, da cidade de São Paulo, que determina a utilização de comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) para “dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo”.

Inegável, contudo, que dentro do Direito brasileiro, o ambiente em que o instituto dos *Dispute Boards* mais se encontra desenvolvido e vem sendo constantemente previsto é nos regulamentos das Câmaras de Mediação e Arbitragem. Conforme inclusive já exemplificado, são inúmeras as câmaras nacionais que possuem um regulamento próprio para o instituto.

O que se percebe é que, ainda que em passos suaves, o instituto dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, sendo papel dos operadores do direito, em especial aqueles que possuem experiência teórica e prática com o tema, empenharem-se, com afinco, para possibilitar que o mecanismo seja bem compreendido pelo judiciário e órgãos de controle.<sup>24</sup> O projeto da nova lei de licitações, nesse ponto, acerta em cheio ao expressamente citar o instituto e, enfim, positivá-lo no ordenamento jurídico brasileiro.

---

<sup>24</sup> SALLA, R. M. *Dispute boards*: uma realidade a ser fortalecida. Artigo publicado no Jota em 25 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dispute-boards-uma-realidade-a-ser-fortalecida-25122019>. Acesso em: 13 dez. 2020.

## Capítulo 13

# Alteração no Código de Processo Civil: Tramitação Prioritária dos Procedimentos Judiciais em que se Discute a Aplicação da Lei de Licitações

Renan Fontana Ferraz

Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo CESUSC. Graduado em Direito pela UFSC. Graduado em Administração Empresarial pela UDESC.

### 13.1 O artigo 176 do projeto da nova lei de licitações

O artigo 176 do projeto da nova lei de licitações insere um inciso no artigo 1.048<sup>1</sup> da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), que trata da tramitação prioritária de procedimentos judiciais em qualquer grau de jurisdição, e conta com a seguinte redação:

Art. 176. O *caput* do art. 1.048 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 1.048. [...]

IV – em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação a que se refere o inciso XXVII do *caput* do art. 22 da Constituição Federal. [...]”

Conforme informado no Parecer n. 181/2020 do Plenário do Senado Federal, que aprovou o Projeto de Lei n. 4.253/2020 (substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n. 559/2013) com emendas e ressalvas, o artigo 176 do projeto da nova lei de licitações é fruto de alteração promovida pela Câmara dos Deputados e seu objetivo é conceder prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação.

### 13.2 O conceito de normas gerais de licitações e a abrangência do dispositivo

A redação do inciso IV do artigo 1.048 do Código de Processo Civil proposta pelo artigo 176 do projeto da nova lei de licitações, se considerada de forma literal,

<sup>1</sup> Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: [...]

aponta que a prioridade de tramitação deverá abranger todos os procedimentos judiciais que tratam da aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação ou, em outras palavras, de todos os procedimentos judiciais que versem sobre tudo aquilo que é disposto na lei de licitações.

É que o *caput* do artigo 1º do projeto da nova lei de licitações disciplina que ela “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”, deixando claro que o vocábulo “normas gerais de licitação e contratação” corresponde ao exato objeto da lei e que, portanto, a prioridade de tramitação deverá ser reconhecida em todos os procedimentos judiciais que tratem da aplicação da lei de licitações, indistintamente.

Isso quer dizer que tanto os procedimentos judiciais que visem questionar atos praticados no decorrer dos processos licitatórios como aqueles que busquem discutir questões contratuais ou dirimir conflitos após o término do prazo de vigência dos contratos administrativos deverão contar com prioridade na tramitação. Sejam mandados de segurança questionando termos dos editais, ações declaratórias de nulidade de atos de julgamento praticados pelas comissões de licitação, ações condenatórias para o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de contratos ou ações discutindo a aplicação de sanções administrativas, todos deverão tramitar com preferência no Poder Judiciário.

Mais do que isso, ações de improbidade administrativa fundadas no inciso VIII do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, por exemplo, também se enquadram no conceito de “procedimentos judiciais em que se discute a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação”, pelo que deverão igualmente tramitar com prioridade, na forma do proposto inciso VI do artigo 1.048 do Código de Processo Civil.

Essa foi, em princípio, a intenção do Legislador quando da edição do artigo 176 do projeto da nova lei de licitações. De toda sorte, caberá à doutrina e à jurisprudência verificar, na prática, quais serão os desdobramentos dessa interpretação e, se for o caso, provocar alterações para restringir a sua incidência.

### 13.3 A tramitação prioritária no direito brasileiro

Para melhor compreender as possíveis consequências do artigo 176 do projeto da nova lei de licitações, é pertinente realizar uma breve análise da conjuntura histórica da prioridade de tramitação no direito brasileiro.

Nada mais trivial do que afirmar que um dos principais entraves para o efetivo acesso à justiça no Brasil é a demora na prestação jurisdicional. O saudoso Rui Barbosa não deixou de registrá-la no sempre atual brocardo “a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta”.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> BARBOSA, R. Oração aos Moços, 1921.

A Constituição Federal de 1988, em seu texto original, positivou o acesso à justiça como direito fundamental de todos os brasileiros no inciso XXXV<sup>3</sup> do seu artigo 5º. O acesso à justiça, no entanto, não se encerra no acesso à jurisdição. Muito mais do que isso, liga-se à efetividade do processo e à efetiva entrega da prestação jurisdicional. Na concepção clássica e ainda presente em parte da doutrina processual, o direito de ação é sinônimo de direito à solução do litígio ou direito a uma sentença de mérito, seja ela de procedência ou de improcedência do pedido. Essa dimensão incompleta e restritiva é um dos motivos para o distanciamento entre o direito de ação e o direito à duração razoável do processo. Por outro lado, se se entender que o direito de ação diz respeito às técnicas processuais necessárias para viabilizar a obtenção das tutelas prometidas pelo direito material, ele se aproxima do direito à duração razoável do processo. Quando se comprehende que o direito à ação corresponde, na verdade, à obtenção da tutela do direito material, leva-se em consideração a sua "efetividade", o que reclama, inevitavelmente, "tempestividade". Em outras palavras, quando se afasta a concepção clássica de direito de ação e passa-se a compreendê-lo como direito à tutela jurisdicional efetiva, o direito à tempestividade (ou à celeridade) da prestação jurisdicional é inserido no direito de ação.<sup>4</sup>

Pode-se dizer que em busca dessa efetividade do acesso à justiça a Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu um novo direito no rol de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas aos cidadãos, trazendo o direito à celeridade processual em seu inciso LXXVIII.<sup>5</sup>

Ligada à duração razoável do processo e ao próprio direito de ação, a tramitação prioritária foi inicialmente prevista no direito brasileiro pela Lei n. 8.069/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Posteriormente, o direito à prioridade na tramitação também foi trazido na Lei n. 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso. No ano de 2005, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução n. 02/2005 para conferir prioridade no julgamento dos processos cuja parte seja pessoa portadora de deficiência, desde que a causa em juízo tenha vínculo com a própria deficiência, conforme o disposto no artigo 9º<sup>6</sup> da Lei n. 7.853/1989.<sup>7</sup>

---

3 Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

4 MARINONI, L. G. Direito fundamental à duração razoável do processo. Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 51, set. 2008.

5 Art. 5º [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

6 Art. 9º A Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas portadoras de deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.

7 Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

Finalmente, em 2009, a Lei n. 12.008/2009 alterou as Leis n. 5.869/1973 (Código de Processo Civil) e n. 9.784/1999 (que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) para incluir dispositivos tratando do direito à prioridade na tramitação de processos para pessoas idosas ou portadoras de doença grave.

Vê-se que a prioridade na tramitação no Brasil historicamente está ligada às pessoas em situação de vulnerabilidade e foi instituída não apenas em procedimentos judiciais como também nos processos administrativos junto à Administração Pública Federal.

Desse modo, mais do que garantir a duração razoável do processo, a tramitação prioritária associa-se intimamente à preservação da dignidade da pessoa humana, por meio do amparo às pessoas idosas e enfermas, configurando verdadeira norma de política judiciária.<sup>8</sup>

### 13.3.1 A tramitação prioritária no Código de Processo Civil

Originariamente, o texto do Código de Processo Civil de 1973 não continha disposições destinadas à prioridade na tramitação de processos judiciais. Foi após a edição da Lei n. 12.008/2009 que o diploma processual brasileiro passou a contar com os artigos 1.211-A,<sup>9</sup> 1.211-B<sup>10</sup> e 1.211-C<sup>11</sup> tratando do direito à tramitação prioritária e o procedimento para a sua concessão.

O Código de Processo Civil de 2015, por outro lado, foi concebido já sob premissas que buscam privilegiar a efetividade do processo e a sua tramitação célere. Dentre diversos dispositivos nesse sentido, os seus artigos 3º e 4º trazem para o Código de Processo Civil os princípios constitucionais do acesso à justiça e da celeridade processual ao disporem, respectivamente, que “[n]ão se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” e que “[a]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Desde a sua edição, o Código de Processo Civil de 2015 contou com o artigo 1.048 tratando sobre a prioridade de tramitação processual a idosos e portadores de doenças graves e dos procedimentos para o reconhecimento desse benefício.

8 Foi nesse sentido o registro da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp n. 1801884/SP, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 21/05/2019.

9 Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.

10 Art. 1.211-B. A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 1º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

11 Art. 1.211-C. Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, em união estável.

Posteriormente, em 2019, a Lei n. 13.984/2019 incluiu o inciso III no dispositivo, passando a agraciar também as vítimas de violência doméstica e familiar.

### 13.3.2 A atual redação do artigo 1.048 do Código de Processo Civil

A atual redação do artigo 1.048 do Código de Processo Civil conta com três incisos dispondendo sobre as hipóteses em que os procedimentos judiciais tramitarão com prioridade, seguindo o modelo do que já vinha sendo praticado no passado:

Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

I – em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988;

II – regulados pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

III – em que figure como parte a vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

Nota-se que, inclusive em relação ao inciso III, incluído pela Lei n. 13.984/2019, ou seja, após a vigência do Código, todas as hipóteses tratam de pessoas em situação de vulnerabilidade, seja em razão de idade, patologia grave ou violência doméstica.

Os parágrafos do artigo 1.048 do Código de Processo Civil disciplinam o procedimento inerente ao reconhecimento da prioridade na tramitação e contam com a seguinte redação:

Art. 1.048 [...]

§ 1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

§ 3º Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do companheiro em união estável.

§ 4º A tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão

jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário.

A leitura dos dispositivos permite algumas conclusões. A primeira delas é de que o direito à tramitação prioritária é pessoal e disponível, já que o interessado deve requerê-lo à autoridade judiciária competente – caso lhe seja favorável, evidentemente, pois se trata de um benefício. Trata-se de um direito subjetivo que depende de requerimento, já que em alguns casos pode ser benéfico e em outros maléficos ao possuidor. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já registrou o seguinte:

Para haver tramitação prioritária de processo em que figure pessoa idosa como parte ou interveniente, é indispensável comprovação documental bastante da idade do beneficiário e que a prioridade seja requerida expressamente, pela pessoa idosa, devidamente representada por advogado, salvo se estiver litigando em juízo onde se admita a postulação leiga. A exigência do requerimento é justificada, porquanto nem todo processo em que figure pessoa idosa como parte ou interveniente a tramitação prioritária vem a favorecê-la. Em algumas situações, notadamente quando haja indicação de que o provável resultado final da demanda lhe será favorável – a exemplo da execução fiscal, cujos embargos ajuizados pelo devedor idoso tenham poucas chances de êxito e estejam suspendendo o processo executivo –, a tramitação prioritária não lhe trará benefícios. [...]"<sup>12</sup>

A segunda constatação é de que o direito à prioridade na tramitação constitui direito transmissível em caso de morte do beneficiário, já que o dispositivo legal prevê expressamente tal hipótese.

A terceira conclusão é no sentido de que o seu reconhecimento depende apenas da comprovação dos seus requisitos objetivos. No caso da tramitação prioritária a idosos, por exemplo, basta ao interessado comprovar que a sua idade é igual ou superior a 60 anos, não competindo ao magistrado indeferir-lo com base em elementos subjetivos, tal como ocorre com outras benesses, a exemplo da gratuidade da justiça. Assim, o benefício não fica adstrito ao deferimento do juiz. Havia- do prova documental suficiente para a comprovação da idade ou da doença, ele deverá ser concedido.<sup>13</sup>

### 13.4 Possíveis contradições com a sistemática processual

É certo que os feitos que versam sobre a aplicação da lei de licitações são revestidos de interesse público e por vezes exigem providências imediatas e respostas céleres. Porém, da análise preliminar da inovação trazida pelo projeto da nova lei de licitações já é possível verificar algumas contradições com a própria

12 STJ, REsp 1801884/SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 21/05/2019, grifou-se.

13 NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. Código de processo civil comentado. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

sistemática processual vigente.

A primeira delas é de que o próprio Código de Processo Civil foi editado com vistas a prestigiar a celeridade processual e a efetividade das decisões, sendo de certo modo um contrassenso estabelecer prioridade de tramitação em situações que, muitas das vezes, são corriqueiras – até porque para as situações de urgência comprovada há outras formas de garantir a pronta resposta por parte do Poder Judiciário, a exemplo das tutelas de urgência e dos plantões judiciários. Vale lembrar que o Código de Processo Civil conta com disposições que estipulam que os julgamentos devem se dar em ordem cronológica<sup>14</sup>, o que em tese deveria privilegiar o direito à duração razoável do processo, e prazos para a tomada de decisões<sup>15</sup> – embora dificilmente cumpridos na prática pelos magistrados.

Outra questão que deve ser levada em consideração é que a prioridade na tramitação não é sinônimo de uma tramitação rápida. A alta carga de demandas nos gabinetes de juízes e desembargadores causa demora na entrega da tutela jurisdicional. Se a carga de trabalho é mais alta do que a capacidade, mesmo que haja tramitação prioritária o jurisdicionado ainda assim demorará a receber a prestação. Além disso, celeridade processual e efetividade de tutela jurisdicional são conceitos distintos. De nada adianta um processo tramitar com preferência se as decisões judiciais não forem cumpridas e não trouxerem resultados práticos e efetivos. A obtenção da decisão judicial só tem valia quando produz efeitos no mundo dos fatos.

Mais um ponto que pode ser considerado contraditório é estabelecer que os feitos que tratam sobre a aplicação do disposto na lei de licitações tramitarão com prioridade quando uma das partes goza de prerrogativas processuais que protelam o andamento do processo, a exemplo do prazo em dobro previsto no artigo 183 do Código de Processo Civil.<sup>16</sup>

### 13.5 Pontos de reflexão

A prioridade de tramitação dos procedimentos judiciais em que se discute a aplicação do disposto na lei de licitações é, sem dúvida alguma, uma inovação, em especial porque atualmente tal benefício está vinculado às situações de vulnerabilidade que demandam tratamento diferenciado e respostas rápidas do Poder Judiciário. Por isso, a inclusão do inciso IV acabará destoando da sistemática usualmente conhecida.

---

14 Colhe-se do Código de Processo Civil: “Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão.”

15 Colhe-se do Código de Processo Civil: “Art. 226. O juiz proferirá: I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias; II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias; III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias.”

16 Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

Como visto, a prioridade na tramitação atualmente existente na legislação brasileira está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e às situações de vulnerabilidade, configurando um direito pessoal e disponível, que pode ser benéfico ou não para o seu titular, daí porque exige requerimento e não é concedido de ofício.

A tramitação prioritária de procedimentos judiciais que envolvem a aplicação da lei de licitações foge à essa regra. De plano, questiona-se quem seria o titular desse direito subjetivo. A primeira hipótese é de que seria a coletividade, dado o interesse público envolvido nas contratações pela Administração, considerando que o artigo 176 do projeto da nova lei de licitações poderia ser um resultado dos escândalos cotidianos envolvendo corrupção nas contratações públicas.

Nesse caso, haverá discussão se o benefício seria um direito subjetivo dependente de requerimento ou não, bem como fica em aberto a quem competiria requerer ao órgão judicial o reconhecimento da prioridade na tramitação; ou que o próprio julgador deveria reconhecer a satisfação dos requisitos do artigo 1.048 do Código de Processo Civil e determinar de ofício a tramitação prioritária dos processos envolvendo a aplicação da lei de licitações.

Atualmente, tanto para jurisprudência quanto doutrina, a prioridade na tramitação é encarada como uma benesse. Mas e no caso de o procedimento judicial envolver licitantes com interesses contrários? A tramitação prioritária pode ser ao mesmo tempo benéfica para um e maléfica para outro. O direito de qual deve prevalecer?

Nesse sentido, se considerada a ampla incidência do dispositivo em “procedimentos judiciais em que se discute a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação”, nos quais se enquadram as ações de improbidade administrativa fundadas no inciso VIII do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, ela deve ou não tramitar com prioridade? Prevalece o interesse público subjacente à punição do agente supostamente ímparo ou o interesse do réu, que é efetivamente parte do processo?

Diante de todos esses questionamentos, logo se vê que a discussão do artigo 176 do projeto da nova lei de licitações não é simples e certamente ocasionará diversos embates doutrinários e práticos, sendo necessário adequar a sistemática já posta do Código de Processo Civil com a futura nova lei de licitações.

MENEZES  
NIEBUHR

SOCIEDADE DE  
ADVOGADOS

**Nova Lei  
de Licitações  
e Contratos  
Administrativos**

