


COORDENAÇÃO
FRANCISCO FERNANDO ANTONIO ALBUQUERQUE LIMA E
ROGÉRIO CORRÊA



LICITAÇÕES E
CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS
NA LEI 14.133/21

Aspectos Gerais

Especialistas colaboradores:

Carmen Iêda Carneiro Boaventura . Cecília de Almeida Costa . Felipe José Ansaloni Barbosa
. Felipe Cesar Lapa Boselli . Fernanda Alves Andrade Guarido . Francisco Fernando Antonio
Albuquerque Lima . Franklin Brasil Santos . Gabriel Henrique Espiridião Garcia Bach . Leonardo
de Oliveira Thebit . Leonardo de Souza Prates Menezes . Luciano Elias Reis . Luiz Alberto Blanchet
. Madeline Rocha Furtado . Maurício Pereira Colonna Romano . Melissa de Cássia Pereira .
Melissa Trento . Pedro Henrique Braz De Vita . Rafael Soares Mota . Rodrigo Carvalho Polli

Copyright © 2022 by Editora Negócios Públicos do Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

É proibida a reprodução, total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos do autor (Lei 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Depósito Legal na Biblioteca Nacional, conforme
Decreto 1.825, de 20 de dezembro de 1907.

Impresso no Brasil | *Printed in Brazil*

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira de Livros – SP – Brasil)

Licitações e contratos administrativos na lei 14.133/21 [livro eletrônico]:
aspectos gerais / coordenação Francisco Fernando Antônio Albuquerque
Lima , Rogério Corrêa. -- São José dos Pinhais, PR : Editora Negócios
Públicos, 2022.

PDF.

Vários colaboradores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-990139-2-8

1. Contratos administrativos 2. Direito administrativo 3. Licitações -
Leis e legislação - Brasil I. Lima, Francisco Fernando Antônio
22-120143 CDD-351.712.2.032.3(81)

Índices para catálogo sistemático:

1. Brasil : Licitações : Direito administrativo
351.712.2.032.3(81)

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

EDITORA NEGÓCIOS PÚBLICOS DO BRASIL LTDA.


Rua Dr. Brasília Vicente de Castro, 111 – 9º e 10º andares . Campo Comprido
CEP 81.200-526 – Curitiba-PR

Tel (55) 41 3778 1700 | E-mail: falecom@negociospublicos.com.br

www.negociospublicos.com.br

Esse livro é uma publicação exclusiva da Editora Negócios Públicos do Brasil. O estudo contido nesse exemplar é de inteira e total responsabilidade de seus autores e não reflete, obrigatoriamente, a posição desta editora.

COORDENAÇÃO
FRANCISCO FERNANDO ANTONIO ALBUQUERQUE LIMA E
ROGÉRIO CORRÊA



LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA LEI 14.133/21

Aspectos Gerais

Especialistas colaboradores:

Carmen Iêda Carneiro Boaventura . Cecilia de Almeida Costa . Felipe Ansaloni . Felipe Cesar Lapa Boselli . Fernanda Alves Andrade Guarido . Francisco Fernando Antonio Albuquerque Lima . Franklin Brasil Santos . Gabriel Henrique Espiridião Garcia Bach . Leonardo de Oliveira Thebit . Leonardo Prates Menezes . Luciano Elias Reis . Luiz Alberto Blanchet . Madeline Rocha Furtado . Maurício Pereira Colonna Romano . Melissa de Cássia Pereira . Melissa Trento . Pedro Henrique Braz Vitta . Rafael Motta . Rodrigo Carvalho Polli



APRESENTAÇÃO

A temática acerca das Contratações Públicas ganhou um novo e importante capítulo com o advento da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a qual recebeu o cognome de “Nova Lei de Licitações e Contratos”.

De sua Previsão Constitucional (Art. 37, inc. XXI), percebe-se que o microsistema jurídico alusivo às Licitações e Contratos Administrativos possui inerente e indissociável conexão com o Direito Administrativo e com os Princípios que lhe são próprios, notadamente – embora não unicamente – daqueles expressos no *caput* do Art. 37 da Carta Magna, dentro outros ditos como implícitos.

Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, as Contratações Públicas eram regidas no âmbito da Administração Pública Federal pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986.

Tal normativo foi substituído pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a qual se dispôs à estabelecer Normas Gerais sobre Licitações e Contratos Administrativos, vinculando suas disposições à todos os Entes que integram a Administração Pública Direta ou Indireta, de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

A partir de então, a alteração mais significativa no microsistema jurídico das Contratações Públicas adveio com a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, a qual instituiu a modalidade Pregão, na qual se concebeu mecanismos de celeridade – tal como a inversão de Fases de

Habilitação e Classificação previstas na Lei nº 8.666/93 – e economicidade – a exemplo da própria sistemática de lances sucessivos e da possibilidade de negociação direta do Pregoeiro com o Proponente.

De semelhante relevância, adveio posteriormente o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, o que se fez por intermédio da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, de aplicação restrita, inicialmente para atender as contratações relacionadas à eventos esportivos internacionais, sendo posteriormente estendido à outras situações pontualmente especificadas. O objetivo central neste novo modelo jurídico residia em ampliar a eficiência e transparência nas contratações públicas, bem como fomentar a competitividade entre os licitantes, além de incentivar a inovação tecnológica, inclusive mediante a troca de experiências e tecnologias.

Ao longo da vigência da Lei nº 8.666/93, adveio uma série de normas complementares, em grande parte editadas pelo Governo Federal, com destaque para o Decreto nº 3.697/2000, que introduziu a figura do Pregão Eletrônico – até então tratado como uma facultatividade – e para o Decreto nº 7.892/2013, o qual atualmente regulamenta o Sistema de Registro de Preços.

Importante reconhecer ainda que, por meio dos entendimentos firmados em julgamentos de (in)conformidades e na resolução de consultas que lhe são apresentadas, os Órgãos de Controle Externos prestaram imensurável contribuição para a integração de tais normas jurídicas e para a compreensão de seu núcleo principiológico, promovendo a interpretação racional destas com vistas à eficiência, transparência e aperfeiçoamento das contratações públicas.

Outrossim, e a despeito de se tratar de um microssistema jurídico vasto, e das inovações advindas ao longe de quase 30 anos, clamava-se pela modernização da legislação vigente, o que adveio com a Lei nº 14.133/2021, a qual substituirá definitivamente a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/2002 e a Lei nº 12.462/2011 a partir de 1º de abril de 2023.

Se por um lado é possível notar que a Lei nº 14.133/2021 apresenta uma compilação de parte do que já era prevista na legislação vigente, e ainda com a incorporação de parte

da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, não é possível negar o seu caráter inovador quando promoveu a reformulação das modalidades licitatórias, ampliou o rol de Princípios, estabeleceu procedimentos auxiliares e passou a prever a inserção de cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades, além do compromisso com a integridade das contratações públicas.

Nisto, transcorridos mais de um ano da promulgação da Lei nº 14.133/2021, e já próximo de sua vigência plena, as suas disposições e espírito ainda não foram completamente assimiladas por aqueles que atuam e operam em tal microssistema jurídico.

Neste contexto, e longe de pretender exaurir o conteúdo da Lei nº 14.133/2021, ou mesmo de escrever um Manual ou Curso acerca desta, a presente obra coletiva nasce do trabalho conjunto de profissionais dedicados à temática das Contratações Públicas, especialmente quanto às Licitações Públicas e aos Contratos Administrativos, objetivando contribuir para sua melhor compreensão e aplicação.

***Francisco Fernando Antonio Albuquerque Lima
e Rogério Corrêa***

S

SUMÁRIO

1	Preservação e transferibilidade da capacidade técnica-operacional em decorrência de operações de fusão, incorporação e cisão societária	10
	<i>Preservation and transferability of technical-operational capacity as a result of merger, incorporation and corporate spin-off</i>	
2	Impacto das normas de <i>Compliance</i> previstas na Lei 14.133/21: ações práticas de avaliação de (não)conformidade para consolidação da cultura de integridade	32
	<i>The impact of compliance standards set out in the Federal Act No. 14.133/21: practical assessment actions of (non)conformity for the consolidation of an integrity culture</i>	
3	A exigência de programa de integridade de acordo com a Nova Lei de Licitações	56
	<i>The integrity program requirement under the New Bidding Law</i>	
4	Alterabilidade do Contrato Administrativo	71
	<i>Changeability of the Administrative Agreement</i>	

5	O diálogo competitivo e o incentivo à inovação tecnológica	94
	<i>Competitive dialogue and the encouragement of technological innovation</i>	
6	Estudo Técnico Preliminar: O dilema entre necessidade e solução	116
	<i>Preliminary Technical Study: The dilemma between need and solution</i>	
7	Credenciamento e Contratação Pública na Nova Lei de Licitações	150
	<i>Accreditation and Public Contracting in the New Bidding Law</i>	
8	Contratos de Terceirização: disponibilização de mão de obra exclusiva na Lei 14.133/2021	178
	<i>Outsourcing Agreements: availability of exclusive labor in Law 14.133/2021</i>	
9	O Processo Sancionatório na Nova Lei de Licitações: breves apontamentos sobre a Lei nº 14.133/2021	206
	<i>The Sanction Procedure under the New Bidding Law: brief notes of Law nº 14.133/2021</i>	
10	As Sanções Administrativas e a Nova Lei: em busca de um cenário racional para penalizar agentes infratores e proporcionar segurança jurídica ao ambiente das compras públicas	226
	<i>Administrative Sanctions and the New Law: in search of a rational scenario to penalize violators and provide legal certainty to the public procurement environment</i>	

- 11** Como ferramentas de Análise de Dados e de *Machine Learning* podem colaborar com o Planejamento das Compras 247
How Data Analytics and Machine Learning tools can help with Purchase Planning
- 12** Dos limites impostos ao Estatuto das Micro e Pequenas Empresas pela Nova Lei de Licitações 268
On the limits imposed upon the Complementary Law nº 123/2006 by the new Federal Law nº 14.133/2021
- 13** O Princípio do Desenvolvimento Nacional Sustentável: uma importante ferramenta para implantação de política pública 283
The Principle of Sustainable National Development: an important tool for implementing public policy
- 14** O Efeito Devolutivo no Recurso Administrativo previsto na Lei Federal n. 14.133/2021 e o exercício da competência revisional por parte da autoridade superior 303
The Devolutive Effect of Administrative appeal foreseen in the Federal Law n. 14.133/2022 and the exercise of the revisional competence of the higher authority

01

PRESERVAÇÃO E TRANSFERIBILIDADE DA CAPACIDADE TÉCNICA-OPERACIONAL EM DECORRÊNCIA DE OPERAÇÕES DE FUSÃO, INCORPORAÇÃO E CISÃO SOCIETÁRIA

PRESERVATION AND TRANSFERABILITY OF TECHNICAL-OPERATIONAL CAPACITY AS A RESULT OF MERGER, INCORPORATION AND CORPORATE SPIN-OFF

Por Francisco Fernando Antonio Albuquerque Lima

Advogado. Atua em questões relacionadas às áreas do Direito Tributário e
do Direito Administrativo-Econômico

(ênfase em Contratações Públicas e Improbidades Administrativas).

Membro da Comissão de Estudos Tributários da OAB/CE.

ABSTRACT

As for the qualification conditions of legal entities required in contracting with the Government, it is required – among other requirements – proof of technical-operational capacity for a satisfactory execution of the bid object, especially about organization, honoring commitments, managing teams and materials, among other aspects. This ability comes from previous experiences as an intangible asset, and can be transferred through corporate transactions that result in equity reversal (total or partial), likewise occurs in merger, incorporation and corporate spin-off transactions. Therefore, in addition to the formal elements, a corporate transaction that results in the transfer of technical-operational capacity must be substantial, in order to materialize the successor company's capability for a satisfactory execution of the bid object.

KEYWORDS:

Public bidding. Technical assets. Corporate operations.

RESUMO

Ao tratar das condições de Habilitação das Pessoas Jurídicas interessadas em contratar com o Poder Público, exige-se – entre outros requisitos – a comprovação de capacidade técnico-operacional para a execução satisfatória do objeto licitado, notadamente quanto aquela de organização, de honrar compromissos, gerir equipes e materiais, entre outros aspectos. Esta capacidade advém de experiências anteriores, a qual, na qualidade de Ativo Intangível, poderá ser transferida através de operações societárias que resultem em reversão patrimonial (total ou parcial), tal como ocorre nas operações de fusão, incorporação e cisão societária. Para tanto, além dos elementos formais, a operação societária que resultar na transferência da capacidade técnico-operacional deve ser substancial, de modo a concretizar a efetiva aptidão da empresa sucessora para a execução satisfatória do objeto licitado.

PALAVRAS-CHAVES:

Licitações públicas. Acervo técnico. Operações societárias.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO; 2. BREVES NOTAS SOBRE AS OPERAÇÕES DE “FUSÕES E AQUISIÇÕES”;
3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A CAPACIDADE-TÉCNICA EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS; 4. DA CLASSIFICAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA-OPERACIONAL COMO ATIVO INTANGÍVEL E DA SUA PRESERVAÇÃO E TRANSFERIBILIDADE EM RAZÃO DA REVERSÃO PATRIMONIAL DECORRENTE DE OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS;
5. DA TRANSFERIBILIDADE EFETIVA DA CAPACIDADE TÉCNICA-OPERACIONAL ATRAVÉS DE OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS: CONDIÇÕES DE ACEITABILIDADE;
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

De acordo com levantamento realizado pela KPMG Corporate Finance (2021), informa-se que o Brasil registrou no 1º trimestre de 2021 um total de 375 operações de “fusões e aquisições”, sendo este o melhor resultado nos últimos 20 anos, das quais 244 foram realizadas entre empresas nacionais.

Por sua vez, junto com o aspecto econômico, advêm aspectos jurídicos que transcendem as operações societárias propriamente ditas, especialmente em relação às empresas que contratam com o Poder Público, haja vista a necessidade de prévia comprovação da aptidão técnica para a execução do objeto a ser contratado.

Dentro deste contexto, o presente artigo se propõe a discorrer acerca da preservação e a transferibilidade do acervo técnico-operacional das empresas resultantes das operações de fusão, incorporação e cisão societária.

De tal sorte, para melhor compreensão e apresentação do tema exposto, dissertaremos de forma segmentada, o que fazemos nos termos a seguir.

2. BREVES NOTAS SOBRE AS OPERAÇÕES DE “FUSÕES E AQUISIÇÕES”

A expressão “fusões e aquisições” consiste em tradução literal da expressão inglesa *mergers and acquisitions*, também representada pela sigla *M&A*, a qual **é empregada genericamente para fazer referências às operações societárias de incorporação, fusão e cisão.**

No ordenamento jurídico brasileiro, tais operações se encontram definidas através da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas – LSA), e na Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro – CCB)^[1].

Em uma apertada síntese, é possível definir juridicamente tais operações societárias nos seguintes termos^[2]:

- (i) Incorporação: “operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra” (LSA, art. 227);

[1] A teor do art. 1.053, par. único, do CCB, o contrato social das sociedades limitadas poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima

[2] Os arts. 1.116 e 1.119 do CCB adotam definições semelhantes para incorporação e fusão, sendo, porém, omissão quanto à cisão.

- (ii) Fusão: “operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova” (LSA, art. 228);
- (iii) Cisão: “operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes” (LSA, art. 229).

Em termos práticos, as operações de *M&A* implicam na reversão total ou parcial do acervo patrimonial de uma pessoa jurídica em prol de outra, seja esta pré-existente, ou a ser criada, sendo indiferente a composição e a natureza física do patrimônio a ser revertido, de modo que este pode ser um tanto um Ativo como um Passivo^[3].

De acordo com o Pronunciamento Conceitual Básico – R2 (2019), **aprovado pelo** Comitê de Pronunciamentos Contábeis, entende-se como Ativo o “recurso econômico presente controlado pela entidade como resultado de eventos passados” (item 4.3), notadamente aquele que com “potencial de produzir benefícios econômicos” (item 4.4).

De tal sorte, uma vez que as operações de *M&A* importam na transferência de acervo patrimonial (Ativo e Passivo), a LSA estabelece que a pessoa jurídica que absolver o patrimônio de outra lhe sucederá em todos os “direitos e obrigações”, o que o fez nos seguintes termos:

Art. 227. A incorporação é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações.

(...)

Art. 228. A fusão é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações.

(...)

[3] A teor do art. 178, §§1º e 2º da LSA, o Patrimônio da entidade é dividido e agrupado entre contas do Ativo e contas do Passivo.

Art. 229. A cisão é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão.

§1º. Sem prejuízo do disposto no artigo 233, a sociedade que absorver parcela do patrimônio da companhia cindida sucede a esta nos direitos e obrigações relacionados no ato da cisão; no caso de cisão com extinção, as sociedades que absorverem parcelas do patrimônio da companhia cindida sucederão a esta, na proporção dos patrimônios líquidos transferidos, nos direitos e obrigações não relacionados.

Feitas tais considerações iniciais, passamos à análise da capacidade técnica necessária à participação de certames licitatórios.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE A CAPACIDADE-TÉCNICA EM PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

A teor do que dispõe o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal (1988), “as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública”, nas quais constarão “exigências de qualificação técnica (...) indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Por sua vez, em consonância com o citado comando constitucional, e ao tratar da qualificação técnica dos interessados na contratação com Entes Públicos, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 (“Lei Geral de Licitações”) exige, entre outros elementos, a “comprovação de aptidão” para a execução do objeto licitado, o que os fez nos seguintes termos^[4]:

Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[4] Relativamente à Lei nº 10.520/2002 (“Lei do Pregão”), há a previsão genérica acerca da necessidade de comprovação da qualificação técnica (art. 4º, inc. XIII), de modo a atrair a aplicação supletiva da Lei n 8.666/93 (art. 9º).

- I. omissis.i*
- II.* comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

(...)

§1º. A comprovação de aptidão referida no inciso II do «caput» deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:

- I.* capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos;
- II.* (Vetado). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8883.htm - art30§1ii
 - a)* (Vetado). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8883.htm - art30§1ii
 - b)* (Vetado). http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8883.htm - art30§1i

A partir a leitura do dispositivo supra, conferimos que a capacidade técnica dos interessados se subdivide em:

- (i) capacidade técnico-operacional, mediante a (i.a) “comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação...”, e ainda através da (i.b) “indicação das instalações e do aparelhamento...”;

- (ii) capacidade técnico-profissional: “comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes...”

Para Sundfeld, Câmara e Souza (2008), “a exigência de qualificação técnico-profissional e técnico-operacional da empresa contratada é uma imposição legal – fundada, de resto, no art. 37, XXI, da Constituição Federal”.

Em igual sentido, a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (“Lei de Licitações e Contratos Administrativos”), a qual substituirá definitivamente a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/2002 e a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 a partir de 1º de abril de 2023^[5], a Qualificação Técnica enquanto demonstração da “capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações” (art. 66) é objetivamente classificada entre “qualificação técnico-profissional e técnico-operacional” (art. 67)^[6].

Importante destacar desde já que, em consonância com o art. 37, inc. XXI, da CF/88 (“indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”), as exigências relativas à capacidade técnicas se restringem às “parcelas de maior relevância e valor significativo”^[7], podendo assim ser dispensada em situações pontuais (Lei nº 8.333/93, art. 32, §1º; Lei nº 14.133/2021, art. 70, inc. III), sendo elas igualmente exigíveis nas hipóteses de contratação direta por inexigibilidade ou de dispensa de licitação^[8].

[5] Por força do art. 191 da Lei nº 14.133/2021, e até que se opere a revogação total da Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/2002 e da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 (art. 193, inc. II), a Administração poderá adotar o regime estabelecido nestas ou naquela.

[6] A objetividade trazida pela Lei nº 14.133/2021 corrige a lacuna legislativa existente na Lei nº 8.666/93 decorrente do veto presidencial ao seu art. 30, §1º, inc. II, o que, inclusive, gerou dúvidas quanto à exigibilidade de comprovação da capacidade técnico-operacional.

[7] A despeito da redação final da Lei nº 8.666/93 prever a limitação da exigência de qualificação técnica apenas em relação à capacidade técnico-profissional, restou pacífico que a mesma também se aplicada à capacidade técnico-operacional, conforme se destaca no enunciado da Súmula nº 263 do Tribunal de Contas da União. A Lei nº 14.133/2021 (art. 67, §1º) corrigiu lacuna existente na Lei nº 8.666/93.

[8] Diferentemente da Lei nº 8.666/93, a Lei nº 14.133/2021 é expressa neste sentido (art. 72, inc. V).

No que se refere à capacidade técnico-profissional, esta se manifesta através dos profissionais que integram o corpo técnico da empresa interessada, os quais devem comprovar a anterior “execução de obra ou serviço de características semelhantes” (Lei nº 8.333/93, art. 30, §1º, inc. I; Lei nº 14.133/2021, art. 67, inc. I). Trata-se de uma qualificação própria ao corpo técnico da empresa interessada, a qual não pode ser cedida a terceiro, apenas usufruída dinamicamente enquanto estes integrarem o seu corpo técnico.

Quanto à capacidade técnico-operacional, esta está relacionada à própria operacionalidade da pessoa jurídica, especialmente quanto à sua capacidade de organização, de honrar compromissos, de gerir equipes e materiais, entre outros aspectos, o que é acumulável através de eventos anteriores.

Sobre a questão, Justen Filho (2012, p. 499) leciona nos seguintes termos:

O desempenho profissional e permanente da atividade empresária conduz ao desenvolvimento de atributos próprios da empresa. Um deles seria a sua capacidade de executar satisfatoriamente encargos complexos e difíceis, utiliza-se a expressão “capacitação técnica operacional” para indicar essa modalidade de experiência relacionada com a ideia de empresa. Não se trata de haver executado individualmente uma certa atividade, produzida pela atuação pessoal de um único sujeito. Indica-se a execução de um objeto que pressupõe a conjugação de diferentes fatores econômicos e de uma pluralidade (maior ou menor) de pessoas físicas (e, mesmo, jurídicas). O objeto executado revestia-se de complexidade de ordem a impedir que sua execução se fizesse através da ação de um sujeito isolado. Portanto, não se tratou de experiência pessoal, individual, profissional. Exigiu-se do sujeito a habilidade de agrupar pessoas, bens e recursos, imprimindo a esse conjunto a organização necessária ao desempenho satisfatório. (...)

A qualificação técnica operacional consiste em qualidade pertinente às empresas que participam da licitação. Envolve a comprovação de que a empresa, como unidade jurídica e econômica, participara anteriormente, de contrato cujo objeto era similar ao previsto para a contratação almejada pela Administração Pública.

(...)

Em síntese, a qualificação técnica operacional é um requisito referente à empresa que pretende executar obra ou serviço licitados. Já a qualificação técnica profissional é requisito referente às pessoas físicas que prestam serviços à empresa licitante (ou contratada pela Administração Pública).

Para Sundfeld, Câmara e Souza (2008),

O método, por excelência, para verificar se dada empreiteira é ou não capaz de operar eficientemente (isto é, se tem ou não “capacidade técnico-operacional”) é a análise de seu desempenho anterior. A razão é simples: essa capacidade envolve um somatório imenso de fatores basicamente imateriais (organização, sistemas gerenciais, técnicas de controle etc.), que não podem ser medidos por ensaios ou vistorias. Só se pode afirmar com algum grau de segurança a capacidade de uma empresa operar eficientemente se ela assim já tiver operado; se ela nunca operou, pode-se por certo antever sua eficiência, mas não pode haver garantias a respeito.

Por isso, tornou-se corriqueiro exigir, nas licitações, a apresentação, pelos licitantes, de atestados de que anteriormente executaram objetos com características semelhantes. Pretende-se, com isso, obter a melhor das garantias de que as empresas estão tecnicamente aptas a atuar.

(...)

A qualificação técnico-operacional da empresa, todavia, só pode ser aferida por intermédio da verificação dos atestados que compõem o seu acervo técnico, isto é, o acervo da própria empresa, e não dos atestados atinentes aos acervos individuais dos engenheiros que integram o seu quadro de pessoal. Justamente porque é o acervo técnico da empresa – e não os dos respectivos profissionais – que permitirá comprovar, logicamente, aquela aptidão operacional que se revela pelo conjunto de qualidades empresariais, que extrapola em grande medida as aptidões profissionais isoladas de cada indivíduo da empresa.

O acervo técnico de uma empreiteira, assim, é o conjunto de atestados, referentes a obras por ela realizadas no passado, que lhe permitirá demonstrar sua qualificação técnico-operacional em licitações para contratações futuras. E convém insistir: trata-se de um instrumento para atestar, em matéria de obras públicas, a experiência da

empresa, o que significa muito mais do que atestar o somatório das experiências de seus profissionais isoladamente considerados.



Assim, é possível conferir que as “experiências anteriores” da pessoa jurídica resultam na demonstração de sua capacidade técnico-operacional para fins de participação em certames licitatórios, a qual difere aptidão técnica de seu quadro técnico.

4. DA CLASSIFICAÇÃO DA CAPACIDADE TÉCNICA-OPERACIONAL COMO ATIVO INTANGÍVEL E DA SUA PRESERVAÇÃO E TRANSFERIBILIDADE EM RAZÃO DA REVERSÃO PATRIMONIAL DECORRENTE DE OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS.

Recapitulando um pouco daquilo que foi exposto em linhas acima, conferimos que o acervo patrimonial da pessoa jurídica é composto pelos elementos que integram o Ativo (direitos) e o Passivo (obrigações).

A luz do art. 179 da LSA, verifica-se que o Ativo é composto por elementos tangíveis (corpóreos) e intangíveis (incorpóreos), entendendo-se por estes o conjunto de elementos correspondentes aos “direitos que tenham por objeto bens incorpóreos destinados à manutenção da companhia ou exercidos com essa finalidade, inclusive o fundo de comércio adquirido” (LSA, art. 179, inc. VI).

Em igual sentido, ao versar sobre o tratamento contábil do Ativo Intangível, o Pronunciamento Técnico CPC nº 04 – R1 (2010) o conceitua como sendo um elemento “não monetário identificável sem substância física”, mas do qual “se espera que resultem benefícios econômicos futuros para a entidade”, vejamos:

Definições

8. Os termos abaixo são utilizados no presente Pronunciamento com os seguintes significados:

(...)

Ativo é um recurso:

(a) controlado pela entidade como resultado de eventos passados; e

(b) do qual se espera que resultem benefícios econômicos futuros para a entidade.

(...)

Ativo intangível é um ativo não monetário identificável sem substância física.

(...)

Note-se que ao tratar da característica-condição de que o Ativo Intangível seja “identificável”, o referido Pronunciamento Técnico CPC lhe atribuiu a capacidade de ser “transferido”, assim o fazendo:

Identificação

11. A definição de ativo intangível requer que ele seja identificável, para diferenciá-lo do ágio derivado da expectativa de rentabilidade futura (*goodwill*).

(...)

12. Um ativo satisfaz o critério de identificação, em termos de definição de um ativo intangível, quando:

(a) for separável, ou seja, puder ser separado da entidade e vendido, transferido, licenciado, alugado ou trocado, individualmente ou junto com um contrato, ativo ou passivo relacionado, independente da intenção de uso pela entidade; ou

(b) resultar de direitos contratuais ou outros direitos legais, independentemente de tais direitos serem transferíveis ou separáveis da entidade ou de outros direitos e obrigações.

Por fim, quanto à capacidade de que o Ativo Intangível produza “benefícios econômicos futuros”, o Pronunciamento Técnico CPC em questão destaca o conhecimento técnico da entidade, vejamos:

Controle

13. A entidade controla um ativo quando detém o poder de obter benefícios econômicos futuros gerados pelo recurso subjacente e de restringir o acesso de terceiros a esses benefícios. Normalmente, a capacidade da entidade de controlar os benefícios econômicos futuros de ativo intangível advém de direitos legais que possam ser exercidos num tribunal.

A ausência de direitos legais dificulta a comprovação do controle. No entanto, a imposição legal de um direito não é uma condição imprescindível para o controle, visto que a entidade pode controlar benefícios econômicos futuros de outra forma.

14. O conhecimento de mercado e o técnico podem gerar benefícios econômicos futuros. A entidade controla esses benefícios se, por exemplo, o conhecimento for protegido por direitos legais, tais como direitos autorais, uma limitação de um acordo comercial (se permitida) ou o dever legal dos empregados de manterem a confidencialidade.

Ainda que sem uma substância física (imaterialidade), o conhecimento técnico acumulado a partir de “experiências anteriores” resulta em um *know-how* que é passível de identificação, o que lhe permite a participação em licitações públicas, gerando assim uma perspectiva de produzir benefícios econômicos futuros.

Com precisão, Hoog (2012), assevera que “Os acervos técnicos estão entre os ativos mais importantes de uma célula social, por serem fundamentais no exercício da empresa”.

Além de identificável, tal elemento patrimonial é comprovável através de Certidões ou de Atestados de Capacidade Técnica-Operacional^{[9][10]}, os quais consistem em documentos de conteúdo declaratório emitidos por seus respectivos tomadores de serviços e bens e registrados no respectivo conselho profissional, nos quais conste a execução a contento de determinado objeto contratual, no qual sejam especificadas as suas características gerais e específicas, além dos quantitativos envolvidos.

Deste modo, na qualidade de Ativo Intangível, confere-se que a capacidade técnica-operacional constitui elemento patrimonial, o qual poderá ser transferido através de operações societárias que resultem em reversão patrimonial (total ou parcial), tal como ocorre nas *M&A*.

[9] Lei nº 8.666/93, art. 30, §1º e Lei nº 14.133, art. 67, inc. II.

[10] A teor do art. 67, §§3º e 4º, Lei nº 14.133, admite-se a possibilidade de substituição das Certidões e Atestados de Capacidade Técnica-Operacional por outros documentos hábeis de conteúdo análogo.

5. DA TRANSFERIBILIDADE EFETIVA DA CAPACIDADE TÉCNICA-OPERACIONAL ATRAVÉS DE OPERAÇÕES SOCIETÁRIAS: CONDIÇÕES DE ACEITABILIDADE.

Logo acima, demonstramos que a capacidade técnica-operacional advinda das “experiências anteriores” da pessoa jurídica compõe parcela de seu acervo patrimonial, o qual é passível de ser transferido para outra pessoa jurídica através de operações societárias que resultem em reversão patrimonial.

Todavia, e a despeito de tal possibilidade, é importante atentar para correta formalização e materialização do negócio jurídico, a fim de que este produza os efeitos práticos e jurídicos desejados.

Sob o aspecto formal, as condições da reversão patrimonial devem estar devidamente definidas no respectivo Protocolo e Justificação, a teor do que dispõe a LSA, vejamos:

Protocolo

Art. 224. As condições da incorporação, fusão ou cisão com incorporação em sociedade existente constarão de protocolo firmado pelos órgãos de administração ou sócios das sociedades interessadas, que incluirá:

- I.** o número, espécie e classe das ações que serão atribuídas em substituição dos direitos de sócios que se extinguirão e os critérios utilizados para determinar as relações de substituição;
- II.** os elementos ativos e passivos que formarão cada parcela do patrimônio, no caso de cisão;
- III.** os critérios de avaliação do patrimônio líquido, a data a que será referida a avaliação, e o tratamento das variações patrimoniais posteriores;
- IV.** a solução a ser adotada quanto às ações ou quotas do capital de uma das sociedades possuídas por outra;

- V. o valor do capital das sociedades a serem criadas ou do aumento ou redução do capital das sociedades que forem parte na operação;
- VI. o projeto ou projetos de estatuto, ou de alterações estatutárias, que deverão ser aprovados para efetivar a operação;
- VII. todas as demais condições a que estiver sujeita a operação.

Parágrafo único. Os valores sujeitos a determinação serão indicados por estimativa.

Justificação

Art. 225. As operações de incorporação, fusão e cisão serão submetidas à deliberação da assembléia-geral das companhias interessadas mediante justificação, na qual serão expostos:

- I. os motivos ou fins da operação, e o interesse da companhia na sua realização;
- II. as ações que os acionistas preferenciais receberão e as razões para a modificação dos seus direitos, se prevista;
- III. a composição, após a operação, segundo espécies e classes das ações, do capital das companhias que deverão emitir ações em substituição às que se deverão extinguir;
- IV. o valor de reembolso das ações a que terão direito os acionistas dissidentes.

Transformação, Incorporação, Fusão e Cisão

Art. 226. As operações de incorporação, fusão e cisão somente poderão ser efetivadas nas condições aprovadas se os peritos nomeados determinarem que o valor do patrimônio ou patrimônios líquidos a serem vertidos para a formação de capital social é, ao menos, igual ao montante do capital a realizar.

§1º. As ações ou quotas do capital da sociedade a ser incorporada que forem de propriedade da companhia incorporadora poderão, conforme dispuser o protocolo de incorporação, ser extintas, ou substituídas por ações em tesouraria da incorporadora, até o limite dos lucros acumulados e reservas, exceto a legal.

§2º. O disposto no § 1º aplicar-se-á aos casos de fusão, quando uma das sociedades fundidas for proprietária de ações ou quotas de outra, e de cisão com incorporação, quando a companhia que incorporar parcela do patrimônio da cindida for proprietária de ações ou quotas do capital desta.

§3º. A Comissão de Valores Mobiliários estabelecerá normas especiais de avaliação e contabilização aplicáveis às operações de fusão, incorporação e cisão que envolvam companhia aberta.

Tais instrumentos societários são de indispensável importância para definir do titular do Acervo Técnico, notadamente quando se tratar de operações de que impliquem em reversão parcial do patrimônio, independente se a entidade que receberá a reversão patrimonial seja pré-existente ou não.

Outrossim, de acordo com Oliveira e Warnecke (2008), a “preservação da titularidade da capacitação técnico-operacional (...) consiste em matéria de fato, a ser apurada no caso concreto”, conforme se esclarece:

Portanto, a preservação da titularidade da capacitação técnico-operacional para participar de licitação e executar seu objeto após cisão, incorporação ou fusão consiste em matéria de fato, a ser apurada no caso concreto.

É preciso que se verifique a ocorrência de circunstância específica consistente na identificação de qual pessoa jurídica recebeu a atribuição de determinado complexo de atributos jurídicos que conferem aptidão para participar de licitação e executar o seu objeto.

(...)

A transferibilidade do acervo técnico pode confirmar-se não só através dos documentos que ensejaram o processo de reorganização societária, mas também por outros elementos que estejam eventualmente reunidos no caso concreto.

(...)

Haverá de demonstrar-se, para efeito de admitir a aptidão técnico-operacional da empresa originada da cisão parcial, a perfeita linha de continuidade em termos de conhecimento técnico e padrão de qualidade que se verifica entre as empresas cindida e incorporadora. Isso porque a concepção que orientou a criação da cindenda precisa decorrer da experiência adquirida pelo corpo técnico da empresa cindida.

No mesmo caminho, é o que destacam Sundfeld, Câmara e Souza (2008):

Foi dito e reafirmado que a razão de ser para a admissão de exigência de atestados de capacidade técnica é a garantia de uma contratação mais segura para o Poder Público. Com base nessa premissa, chega-se à irrefutável conclusão segundo a qual o objetivo da exigência é aferir a condição real das empresas interessadas em contratar e não apenas instituir um mero requisito formal. O vínculo entre os atestados e a real condição das empresas que os apresente, portanto, é elemento que não deve ser relegado a um segundo plano. Tomando por base tal constatação é possível afirmar, em relação a esta matéria, a total inadequação de qualquer solução que seja prevista e aplicada a priori, de modo geral e indiscriminado, para todas as situações que envolvam a utilização de atestados por empresas que sofreram processo de reestruturação societária.

O Tribunal de Contas da União (2012), há tempo assentou o seu entendimento no sentido de que “Em tese, portanto, existe a possibilidade jurídica da transferência do acervo e da capacidade técnico-operacional”, faz-se necessário analisar “se no caso concreto a transação seria apta para produzir os efeitos desejados”.

Ou seja: além dos requisitos formais estabelecidos pela LSA e dos requisitos de validade do negócio jurídico^[11], a transferência da capacidade técnica-operacional

[11] Código Civil Brasileiro, **Art. 104**. A validade do negócio jurídico requer: *I* - agente capaz; *II* - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; *III* - forma prescrita ou não defesa em lei.

através de operações societárias deve se substancial, de modo a concretizar a efetiva “aptidão” da empresa sucessora “para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação” (Lei nº 8.666/93, art. 30, inc. II), tudo com vistas ao “cumprimento das obrigações” (CF/88, art. 37, inc. XXI) a serem assumidas.

De forma contrária, além da não demonstração da capacidade técnica-operacional, a ausência de substância material da respectiva operação societária evidenciaria a simulação do negócio jurídico, o que resulta em sua nulidade, a teor do que dispõe o art. 167 do CCB:

Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.

§1º. Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

- I.* aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
- II.* contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
- III.* os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

Assim, o Código Civil Brasileiro vincula a licitude do ato jurídico ao seu exercício não-abusivo, isto é, quando praticado dentro dos “limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé” (art. 187), sob pena de restar configurado ato ilícito.

Para Rodrigues (2003, p. 46),

O abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem.

No mesmo sentido, Amaral (2003, p. 550) preleciona que

O abuso de direito consiste no uso imoderado do direito subjetivo, de modo a causar dano a outrem. Em princípio, aquele que age dentro do seu direito a ninguém prejudica (*neminem laedit qui iure suo utitur*). No entanto, o titular do direito subjetivo, no uso desse direito, pode prejudicar terceiros, configurando ato ilícito e sendo obrigado a reparar o dano.

Temos por evidente que o ato simulado e/ou abusivo é potencialmente danoso à Administração Pública em razão do risco de inexecução contratual ou execução da descontento, bem como ao próprio sistema concorrencial em decorrência da obtenção de vantagem ilícita em detrimento daqueles que não poderão participar de licitações por não possuir a capacidade técnica-operacional exigida.

Com isto, as operações de *M&A* que envolvam a transferência de acervo técnico devem se revestidas de um propósito negocial^[12] ou substrato econômico, a exemplo daquelas que motivam genericamente a realização de tais operações, tais como a) reorganização societária, b) redução de custos e despesas operacionais decorrente da unificação de departamentos e da sinergia dos recursos disponíveis, c) expansão geográfica e aumento da participação da empresa no mercado, d) diversificação ou especialização da atividade econômica, e) abrangência da marca e f) preservação da entidade.

Desta forma, as operações de fusão, incorporação e cisão societária não podem ser fictas e/ou destinadas exclusivamente à transferência da titularidade do acervo técnico de uma entidade para outra, devendo abranger, tanto quanto possível, a transferência de profissionais técnicos, de instalações, de bens e equipamentos.

[12] No campo de Direito Tributário, e apesar da forte rejeição dos contribuintes, caminha-se para consolidação a Teoria do Propósito Negocial, de acordo com a qual as reestruturações societárias não poderão ter como único propósito a promoção do planejamento tributário, de modo que, sem o famigerado *business purpose*, os efeitos tributários benéficos ao contribuinte poderão ser “desconsiderados” na forma do art. 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional por caracterizar ato simulado, ato dissimulado ou ato ilícito por abuso de direito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As “experiências anteriores” desenvolvidas pela pessoa jurídica na execução de sua atividade econômico-empresarial revela a capacidade técnica-operacional destas para executar serviços ou fornecer bens com características idênticas e similares, especificamente quanto à sua capacidade de organização, honrar compromissos, gerir equipes, materiais, entres outros aspectos.

Tal capacidade é passível de identificação e comprovação – por regra – através de Certidões ou de Atestados de Capacidade Técnica-Operacional nos quais atestar a execução a contento de determinado objeto contratual, e ainda a indicação de suas características gerais e específicas, além dos quantitativos envolvidos.

Associadas a outras condicionantes, tal capacidade permite que a empresa detentora participe de licitações públicas, gerando assim uma perspectiva de produzir benefícios econômicos futuros caso obtenha êxito nas respectivas contratações.

Tal *know-how* se classifica como um Ativo Intangível, sendo o mesmo transferível através de operações societárias que impliquem na reversão patrimonial de tal Ativo.

Outrossim, para que ocorra a efetiva transferência de tal Ativo Intangível, a operação societária deve ser tanto formal – correta elaboração e arquivamentos dos atos societários, como material – absorção da estrutura técnica operacional e profissional relativa à parcela revertida, de modo que o *know-how* alusivo a tal Ativo permaneça preservado, implicando assim na efetiva aptidão da empresa sucessora a execução do objeto licitado do modo satisfatório, conforme exigido no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal.

Ainda sobre o aspecto material, temos mais que a operação societária não pode se destinar unicamente à transferência do acervo técnico-operacional, devendo este se destinar à execução de seus fins econômicos e/ou sociais, inclusive revestidas de um propósito negocial, sob pena de caracterização de ato simulado e/ou abuso de direito.

REFERÊNCIAS

AMARAL, F. **Direito Civil: introdução**. 5 ed. rev., atual. e aum. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. **Lei nº 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.520**, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.133**, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Súmula nº 263**, aprovada pelo Acórdão nº 32/2011-TCU-Plenário. Relator: Ministro Ubiratan Aguiar. Brasília, 19 de janeiro de 2011. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/sumula>>. Acesso em 01 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2.444/2012-TCU-Plenário**. Relator: Ministro Valmir Campelo. Brasília, 11 de setembro de 2012. Disponível em: <<https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>>. Acesso em 01 nov. 2021.

BRASIL. **Pronunciamento conceitual básico (R2)**: Estrutura Conceitual para Elaboração e Divulgação de Relatório Contábil-Financeiro. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos>> Acesso em 05 nov. 2021.

BRASIL. **Pronunciamento conceitual 04 (R1)**: Ativo intangível. Brasília, 2010. Disponível em: <<http://www.cpc.org.br/CPC/Documentos-Emitidos/Pronunciamentos>> Acesso em 05 nov. 2021.

HOOG, W. A. Z. **Acervo técnico, sua valorização e reconhecimento contábil**. Contábeis: o portal da classe contábil. Postado **01/11/2012 11:25**. Disponível em: <<http://www.contabeis.com.br/artigos/992/acervo-tecnico-sua-valorizacao-e-reconhecimento-contabil/>>. Acesso em: 13 out. 2021.

JUSTEN FILHO, M. **Comentário à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

KPMG CORPORATE FINANCE. **Pesquisa de Fusões e Aquisições 2021 – 1º trimestre: Espelho das transações realizadas no Brasil**. São Paulo: 2021. Disponível em: <<https://home.kpmg/content/dam/kpmg/br/pdf/2021/07/fusoes-e-aquisicoes-2021-1-semester.pdf>>. Acesso em: 23 nov. 2021.

OLIVEIRA, F. J. de.; WARNECKE, A. L. I.. A preservação do acervo técnico recebido por cisão societária. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 12, fev. 2008. Disponível em: <<http://www.justen.com.br//informativo.php?l=pt&informativo=12 &artigo=789>>. Acesso em: 10 out. 2021.

RODRIGUES, S. **Direito Civil. v.4 – Responsabilidade Civil**. 20. ed. rev. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A.; SOUZA, R. de. Os atestados técnicos na licitação e o problema da cisão de empresas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, n. 12, nov./jan. 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em 15 set. 2021.

02

IMPACTO DAS NORMAS DE COMPLIANCE PREVISTAS NA LEI 14.133/21: AÇÕES PRÁTICAS DE AVALIAÇÃO DE (NÃO)CONFORMIDADE PARA CONSOLIDAÇÃO DA CULTURA DE INTEGRIDADE

THE IMPACT OF COMPLIANCE STANDARDS SET OUT IN THE FEDERAL ACT NO. 14.133/21: PRACTICAL ASSESSMENT ACTIONS OF (NON)CONFORMITY FOR THE CONSOLIDATION OF AN INTEGRITY CULTURE

Por Fernanda Alves Andrade Guarido

Pós-doutora em Direito Econômico pela PUC/PR. Doutora e Mestre em Administração pela Universidade Positivo /PR. Advogada. Sócia de Blanchet, Guarido e Prates Menezes Advogados Associados. Pesquisadora do IBEPES – Instituto Brasileiro de Estudos e Pesquisas Sociais. Professora da Graduação em Direito e de Pós-graduações lato sensu. Professora de Cursos de Extensão a servidores Públicos na Unypublica. E-mail: fernandaandrade@blanchet.adv.br

e por Gabriel Henrique Espiridião Garcia Bach

Acadêmico do 9º período do curso de Direito da FAE Centro Universitário. Estagiário de Blanchet, Guarido e Prates Menezes Advogados Associados. E-mail: gabrielhbach@gmail.com.

SUMMARY:

INTRODUCTION: THE FEDERAL ACT NO. 14.133/21 AND THE SOCIAL CONTEXT
1. THE SOCIAL CLAIM FOR COMPLIANCE AND ITS REFLECTIONS ON THE ORGANIZATIONAL CULTURE
2. THE IMPACT OF COMPLIANCE PRACTICES AND ITS EFFECTS ON THE ORGANIZATION
3. CONFORMITY INSTRUMENTS SET OUT ON THE FEDERAL ACT Nº. 14.133/21
4. A CASE STUDY: THE DESCRIPTION OF AN INTEGRITY PROGRAM FROM A GIVEN BRAZILIAN COURT OF JUSTICE
5. INSIGHTS ABOUT THE IMPACTS OF THE COMPLIANT PRACTICES. FINAL REMARKS

ABSTRACT:

This work aims to provide insights into possible impacts of the implementation of the compliance mechanisms set out in the Federal Act Nº. 14.133/21. The study starts out from the premise that the Public Administration is permeated by an organizational culture that influences the way in which it functions, and that this culture is composed by values and beliefs that stem both from its internal constitution and from the society. In this sense, the Federal Act Nº. 14.133/21, following a recent movement, addressed compliance aspects for public purchases, from a regulatory and normative standpoint, to the extent that it induces the Public Administration and the private actors, with which it interacts, to develop an integrity culture and to implement mechanisms that enable its achievement. Nevertheless, the implementation of such mechanisms by the Administration not always establishes itself as a practice of the organizational culture, or its indirect impacts thwart the reach of the intended goal. In order to shed light on the impacts of compliant practices, the authors proceeded to the literature review analyze a compliance program from a given brazilian court of justice, in a way that it depicts and gives concreteness to the previous exposition. It was concluded that there are direct impacts, either from the rule, as well as from the analysed compliance program, which are salutary and there may be indirect impacts, such as evasion, ceremonialism, and compliance insufficiency, that is, non-compliance. Being the indirect impact unwanted, it's suggested that the organization tracks constantly the compliance practices and its impacts, on the pursuit of the concretion of an integrity culture.

KEY-WORDS:

Corporate Culture. Administrative Contracts. Bidding. Federal Act Nº. 14.133/21. Compliance Program.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO: A LEI N. 14.133/21 E O CONTEXTO SOCIAL. 1. A DEMANDA SOCIAL POR *COMPLIANCE* E SEU REFLEXO NA CULTURA ORGANIZACIONAL. 2. IMPACTO DO *COMPLIANCE* E SEUS EFEITOS NA ORGANIZAÇÃO. 3. INSTRUMENTOS DE CONFORMIDADE DA LEI N. 14.133/21. 4. UM CASO CONCRETO: DESCRIÇÃO DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE DE UM DADO TRIBUNAL. 5. *INSIGHTS* DE IMPACTO DO *COMPLIANCE*. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

RESUMO:

O presente trabalho objetiva gerar insights de possíveis impactos da implementação dos mecanismos de *compliance* previstos na Lei n. 14.133/21. O estudo parte da premissa que a Administração Pública, é permeada por uma cultura organizacional que influencia a sua forma de funcionamento, e que se compõe de valores e crenças advindos de sua constituição interna e da sociedade. Nesse sentido, a Lei n. 14.133/21, seguindo movimento recente, abordou aspectos de *compliance* para as compras públicas, numa perspectiva regulatória e normativa, na medida em que induz a Administração Pública e os atores privados que com ela interagem, a desenvolverem uma cultura de integridade e a implementar mecanismos que propiciem sua concretização. Ocorre que nem sempre a implementação de tais mecanismos pela Administração se consolida como prática na cultura da organização, ou seus impactos indiretos frustram o alcance do objetivo pretendido. A fim de lançar luzes sobre os impactos do *compliance*, procedeu-se à revisão de literatura e à análise de programa de *compliance* de um tribunal de justiça brasileiro, de forma a ilustrar e dar concretude à exposição realizada. Concluiu-se que há impactos diretos, tanto da regra, quanto do programa analisado, os quais são salutares e que pode haver impactos indiretos de evasão, cerimonialismo e insuficiência de *compliance*, isto é, não-*compliance*. Em sendo o impacto indireto indesejado, sugere-se monitoramento constante das ações de *compliance* na busca da concreção da cultura da integridade.

PALAVRAS-CHAVE:

Cultura organizacional. Contratos administrativos. Licitações. Lei n. 14.133/21. Programa de *compliance*.

INTRODUÇÃO: A LEI N. 14.133/21 E O CONTEXTO SOCIAL.

Pensar a lei descolada da realidade é um equívoco. O sistema jurídico não existe por si só. Com as regras que o compõem não é diferente. Leis e seus consectários (decretos, regulações, decisões) são produtos da sociedade. Esta impacta o processo de formação das leis, seja através da atuação e influência de minorias, seja através de situações mais amplas, que conduzem os acontecimentos. Com efeito, a abordagem adotada neste trabalho admite que “a lei acontece” e que ela é fruto de um contexto.

Com a Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021, não é diferente. É possível observar e registrar, pela vivência acumulada das questões inerentes às compras públicas, que muito do texto da Lei n. 14.133 de 2021 advém da jurisprudência dos tribunais de contas – notadamente do TCU – e mesmo de normativos anteriores, que regulamentavam a prática das aquisições, em especial no âmbito federal. A Instrução Normativa nº 05 de 2017, por exemplo, serviu de fonte para a elaboração de certos dispositivos ligados aos contratos administrativos.

Da mesma forma, acontecimentos sociais impactam no surgimento ou na mudança de regras. O processo democrático e a mudança de concepções sobre certos assuntos são exemplos de fatos que conduzem à mudança no entendimento ou até no próprio texto de uma regra. Por sua vez, a pauta pela cultura da integridade vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (intitulada Lei da Transparência ou Lei de Acesso à Informação), a Lei n. 12.823, de 16 de maio de 2013 (Lei de Conflito de Interesses) e a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013 (conhecida como Lei Anticorrupção – LAC) são exemplos anteriores à Lei n. 14.133/21, mas recentes, que evidenciam um contexto voltado a questões éticas, apontado como de reação à repercussão negativa no mercado e na sociedade de reiterados escândalos de fraude e corrupção evidenciados pela Polícia Federal e pelo Ministério Público na segunda década do século XXI (CALDEIRA; DUFLOTH, 2021, p. 676).

A Lei das Estatais (Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016) também representa um esforço e uma reação a eventos indesejados de corrupção. Isso pode ser visualizado

no incremento de controles internos, na gestão de riscos, no estabelecimento de canais de denúncias, e na exigência de elaboração de um código de conduta. Essas são algumas das pautas desta norma que evidenciam a reação a tais práticas, em esforço de modernização no trato com o tema (CALDEIRA; DUFLOTH, 2021, p. 675).

A Lei n. 14.133 de 2021 corrobora esses esforços pela consolidação da integridade nas compras públicas. Conforme será visto a seguir, em seus dispositivos há mecanismos que permitem o incremento de controles internos, a gestão de riscos, que velam pela atenção ao dever de transparência nas compras públicas e pela abertura à participação social, entre outros, alinhados à integridade.

Não se pode olvidar que a existência de regramento que contemple a pauta da integridade seja sinal de alinhamento entre o contexto social e a regra que constitui o objeto de estudo – a Lei n. 14.133/21. Mas a preocupação deste estudo vai além. É preciso descrever os instrumentos voltados ao *compliance* de compras públicas, mas também lançar o olhar ao impacto destas regras, ainda que potencial.

Por isso, o presente trabalho consiste, num primeiro momento, na apresentação do conceito de *compliance* e de sua abrangência. Em seguida anuncia-se a abordagem acerca do impacto, que pode ser direto e indireto. Noutra seção são descritos os instrumentos de *compliance* existentes na Lei n. 14.133/21. A fim de ilustrar as práticas de *compliance* descreveu-se o programa de integridade e os respectivos instrumentos de que se serve num dado tribunal de justiça brasileiro. Por fim, considerando o impacto direto e indireto da n. Lei 14.133/21 e do programa de *compliance* analisado, são apresentados *insights* acerca de impacto que conduz a *compliance* e a não *compliance*. Em considerações finais é feito o enlace entre teoria e prática e o arremate final deste ensaio.

1. A DEMANDA SOCIAL POR COMPLIANCE E SEU REFLEXO NA CULTURA ORGANIZACIONAL

Compliance, na tradução literal para o português, significa “conformidade” e para alguns estudiosos, a exemplo de Friedman (2016, p. 46), significa “comportamento congruente aos ditames legais”. Sob esta ótica a conformidade é associada à lei. Estar

em *compliance* significa, assim, adotar procedimentos voltados ao cumprimento da lei. Nesta linha de abordagem há quem defina o *compliance* como um conjunto de procedimentos voltados ao cumprimento de regras. Quem adota esta concepção fala na adoção de “programas de *compliance*” (CALDEIRA; DUFLOTH, 2021, p. 677). Trata-se de uma visão mais instrumental.

Mas o termo pode ser entendido de maneira mais ampla, abarcando aspectos da “cultura da ética dentro e fora das organizações” (CALDEIRA; DUFLOTH, 2021, p. 677). Este conceito abarca não somente aspectos instrumentais da norma, mas passa a contemplar também questões de ética e de integridade (CALDEIRA; DUFLOTH, 2021, p. 677). A concepção mais ampla, segundo se defende, harmoniza-se com a visão de quem entende a regra como fenômeno social, inserido em um contexto.

A cultura é algo que extrapola o normativo e vai ao encontro do social. Morgan (1996, p. 121) afirma que a cultura “delineia o caráter da organização”. Nossa sociedade organizacional, fragmentada, possui estruturas ocupacionais com padrões peculiares de crenças e valores. Na dicotomia público-privado, é fácil distinguir padrões culturais que diferenciam as organizações de um e de outro setor. As organizações da esfera pública têm padrões de ação ditados pela lei e pelo regramento que as rege. O controle é realizado de maneira horizontal (pelas autoridades) e vertical (pela sociedade, pelos cidadãos). O interesse público, sobretudo o primário, é o móvel para as ações e deve ser base para a justificativa da tomada de decisão. Estes são alguns exemplos das características do agir na Administração Pública que tem por raiz alguns valores, a exemplo da probidade, da boa-fé, da transparência, verdadeiros fundamentos para a atuação nesta seara.

A cultura da ética também diz muito sobre tais valores. Se a ética qualifica a cultura, assume-se que há crenças comuns num dado meio. Em sendo assim, esta cultura da ética pode ser da sociedade e pode ser da Administração Pública. Quer dizer, a demanda pelos valores pode vir do contexto social, como visto, mas também da própria forma de agir no âmbito da Administração Pública. No último caso, fala-se na existência de um *ethos* público, isto é, de um conjunto de costumes e de hábitos que moldam o pensar e o agir no âmbito daqueles que atuam na Administração Pública.

Mesmo no interior das Administrações podem ser encontradas subculturas considerando que “as organizações são minissociedades que têm os seus padrões distintos de cultura e subcultura” (MORGAN, 1996, p. 125). Assim, admitindo-se que a lei é um fenômeno social e que as leis contemplam assuntos de *compliance*, é forçoso reconhecer que há uma crença vinda da sociedade em se consolidar padrões éticos voltados à integridade. A interferência da sociedade se dá no pautar certas condições de agir dentro da Administração. Pode-se afirmar que esta demanda social está impregnando o fazer na Administração Pública brasileira. E as regras citadas na seção anterior (Lei Anticorrupção, Lei de Acesso à Informação, Lei de Conflito de Interesses, Lei das Estatais e a própria Lei de Licitações e Contratos – Lei n. 14.133/21) são evidências desta demanda advinda da sociedade, já que a legalidade é a bússola da ação no âmbito das organizações públicas. A regra, vindo de fora, induz a transformação da cultura organizacional.

Ainda segundo Caldeira e Dufloth (2021, p. 677) a cultura da ética também abarca a integridade. Por sua vez, a integridade, entendida como o agir dentro de padrões éticos a despeito de qualquer situação, compartilhando tais preceitos com indivíduo e com a organização pública, alinha-se ao interesse público. Desta maneira, a Administração Pública que cultiva a cultura da ética está voltada a um agir movido pela integridade na realização de interesses públicos. Isto implica “agir sem desvios”, respeitar princípios e valores caros à Administração Pública, prevenir e combater crimes e satisfazer políticas públicas (CALDEIRA; DUFLOTH, 2021, p. 678).

Ao trazer ao cenário os temas atinentes à ética e à integridade, a governança corporativa recebeu atenção. Fortini e Sherman (2017, p. 30) registram que a governança corporativa tem como faceta de suma importância a prevenção de condutas desviantes. As autoras ressaltam que procedimentos e mecanismos de integridade, a exemplo das auditorias, da gestão de riscos, da *accountability* e da transparência são instrumentais úteis no comprometimento contínuo da gestão, desenvolvidos em processos e estruturas de acompanhamento da integridade e da conformidade. Ao discorrer acerca da governança pública identificaram seus alicerces nos princípios regentes do Direito Público, entre eles os da indisponibilidade do interesse público, da moralidade, da eficiência, da impessoalidade (FORTINI; SHERMAN, 2017, P. 33).

Apesar de reconhecer a existência de um cenário normativo que disciplina o *compliance* nas compras públicas, Fortini e Sherman (2017) lembram da importância de se primar pela efetividade dos mecanismos de controles internos, notadamente a efetividade dos setores de auditoria, a independência de tais setores, a autoavaliação da organização, a gestão de riscos, a mitigação de pontos frágeis, entre outros. A governança, em seu entender, está voltada à disseminação da cultura de probidade e de planejamento (FORTINI; SHERMAN, 2017, p. 34). A consolidação dessa cultura perpassa não somente pela reação, mas sobretudo pela ação proativa.

Já se identificam no ordenamento brasileiro algumas regras voltadas à prevenção e à repressão de atos contrários à probidade, à integridade e à otimização da atuação administrativa. No entanto, para além do arcabouço normativo, é preciso identificar ações concretas no âmbito organizacional, bem assim medir o impacto destas ações. Segundo se pensa, é num processo de revisão contínua da efetividade de regras e das respostas organizacionais e ambientais a tais regras que se aprimora e que consolida a cultura da integridade. Ganha relevo a abordagem de Friedman (2016) sobre impacto.

2. IMPACTO DO COMPLIANCE E SEUS EFEITOS NA ORGANIZAÇÃO

Se *compliance* remete à conformidade às regras e à cultura de integridade, assume-se a influência de elementos normativos (para além da regra) no tema. Estar em *compliance* significa, sob esta abordagem, não somente cumprir com a legislação pertinente, mas também internalizar os preceitos normativos que moldam tanto a legislação quanto a própria realidade. Se o *compliance* surgiu primeiro na Administração Pública no cenário das regras ele se evidencia como uma pauta da sociedade. Nem por isso perde o potencial de integrar a cultura organizacional. E assim será no instante em que estar em *compliance* significar não somente cumprir a lei, mas fazer aquilo que a Administração, por meio de seus servidores, acredita que é correto, adequado, justo isoladamente ou em conjunto com seus *stakeholders*.

Para investigar essa cultura é preciso olhar para as ações, pois elas exteriorizam cumprimento de obrigações e comportamentos, e também podem expressar crenças

e valores. Desta forma, a instituição de programas de *compliance* pode denotar o cumprimento de regras e a atenção à lei. Mas a forma como estes programas são implementados, a adesão ou o descaso para com eles haverão de evidenciar ainda mais: podem mostrar *compliance* e *não compliance*, podem demonstrar impacto de tais programas e de tais regras.

Impacto pode ser entendido, segundo Friedman (2016, p. 44), como a relação causal de uma lei, decisão, ação governamental, de um servidor, de um policial, ou de outro *enforcer*^[1]. É um comportamento causado ou relacionado a certa regra, a certa relação de obrigação. O impacto remete, sob esta abordagem, à verificação de mudanças decorrentes da ação legal. Para tanto, é preciso comparar o impacto da lei com o propósito da lei. Explica-se: nem sempre o impacto que a lei causa se alinha ao propósito da regra, à sua finalidade. Por isto deve-se analisar o impacto direto e o indireto da lei.

O impacto direto da lei pode ser analisado tanto sob o ponto de vista da influência, isto é, como uma lei influenciou no surgimento de outra lei, ou como uma decisão impactou na prolação de outra decisão. Também é possível falar, de forma mais abrangente, sobre como ações relacionadas à regra surgem e ganham espaço. Isso é impacto direto. O surgimento de programas de integridade no âmbito das Administrações pode ser, por exemplo, relacionado como um efeito direto do surgimento de regras, a exemplo da Nova Lei de Licitações e Contratos e de sua preocupação com a integridade.

Já as situações de *não compliance*, as situações cerimoniais ou mesmo as fugas lícitas, ou a atuação diante das lacunas, podem representar impacto indireto em relação a dada lei. A redução do universo de fornecedores após a instituição de programas de *compliance* pode ser indício, por exemplo, de um impacto indireto de mencionados programas. Como a ampliação da competitividade e do universo de fornecedores é algo desejável e desejado, uma constatação dessa natureza pode indicar a necessidade de atuar em prol da popularização do programa de *compliance*

[1] Aqui entendido como aquele que detém o poder estatal para obrigar a outrem.

(no sentido informacional) e até mesmo o desenvolvimento de meios para aumentar o universo de novos fornecedores.

O fato é que, ao tratar da conformidade com a regra, deve-se pensar também na situação de não conformidade e nos resultados que ela pode gerar. Como o interesse público e os princípios vetores da atuação administrativa devem nortear o agir e o fazer, cumprir a lei, instituir o *compliance* e sedimentar a cultura da ética e da integridade é algo que ganha contornos de ação e reação, isto é, é preciso agir, cumprir a lei, normatizar internamente, criar estruturas, desenvolver e aprimorar controles internos e, continuamente, medir a ação e o resultado da ação, questionar o fazer, testá-lo, olhar para as respostas do ambiente e interpretá-las e, se for o caso, interferir nesta realidade, sempre em prol da efetividade do *compliance*. É sobre isto, em termos práticos, no âmbito da Lei n. 14.133/21 que se comentará a seguir.

3. INSTRUMENTOS DE CONFORMIDADE DA LEI N. 14.133/21

Nesta seção serão identificados instrumentos presentes na Lei n. 14.133/21 voltados à disseminação da atuação ética e íntegra. É possível perceber uma racionalidade voltada à integridade das compras públicas em toda a Lei n. 14.133/21. Os princípios presentes no artigo 5º, em sua esmagadora maioria corroboram esta lógica. Primeiramente pela normatização em si e pelas exigências de regulamentação de trechos da regra, o que conduz à segurança jurídica, mas também pela consagração às regras da governança corporativa e ao controle em sua mais ampla dimensão.

A governança das contratações é função atribuída à alta administração, que deve, para tanto, implementar processos e estruturas. Ao fazê-lo, estar atenta às várias normas de realizar controles internos, gestão de riscos, avaliar, direcionar e monitorar processos licitatórios e de contratação direta, bem como seus respectivos contratos. Tais funções visam, entre outras finalidades, promover ambiente íntegro e confiável, além de visar eficiência, eficácia e efetividade das contratações. Estes comandos advêm do parágrafo único do artigo 11.

Em linhas gerais a Lei n. 14.133/21 prima pela efetividade das compras públicas e faz exigências desde o instante em que surge o pensamento da aquisição. A realização de estudos técnicos preliminares (ETP – art. 6º, XX c/ art. 18, §1º), a identificação do interesse público envolvido na aquisição, o desenvolvimento de Plano de Contratação Anual (PCA – art. 12, VII e §1º c/c art. 18, *caput*) e o planejamento das compras públicas são claro sinal disto (art.18). A elaboração de anteprojeto, projeto básico, termo de referência e projeto executivo (art. 6º, XXIII a XXVI) e a contratação de terceiros para dar suporte ao planejamento das compras mais difíceis igualmente mostram o cuidado exigido com a fase preparatória dos certames. Por sua vez, a determinação de realização de controle pelo Assessor Jurídico, ainda na fase preparatória (art. 53), dá mostras do esforço pela adequação às regras criadas para o certame.

O princípio da transparência é outro vetor de integridade muito valorizado na Lei n. 14.133/21. Há exigências não somente de publicidade do instrumento convocatório, mas também de transparência dele e de seus anexos. É o que se extrai da leitura dos artigos 13 e 54, *caput* e parágrafos. Pela transparência, mais do que publicar avisos e extratos, dá-se a público a íntegra do documento, seja ele o edital e seus anexos, o processo licitatório, o contrato administrativo ou instrumento equivalente. Noutra giro, nas licitações, a ampliação da competitividade, a realização de julgamento objetivo e a abstenção de formalismos desnecessários, surgem como ferramentas que primam pela segurança jurídica, pela motivação das decisões, pelo respeito à transparência das ações dos servidores, e ainda pela busca da eficiência do processo licitatório.

Da mesma forma, as exigências atinentes ao desenvolvimento da gestão por competências na Administração (art. 7º, *caput*), dá mostras da valorização da carreira, seja do ponto de vista de primar pelo incremento de habilidades técnicas, algo aprimorado com as exigências de capacitação dos servidores, seja pela valorização do servidor como pessoa humana. Neste último aspecto, a valorização de questões comportamentais do servidor – parte do processo de gestão por competências – leva a crer que a Lei n. 14.133/21 também se preocupa com o bem-estar dos agentes públicos. Aliás, neste sentido, a previsão de que aqueles que

lidam com compras públicas sejam defendidos pela advocacia pública corrobora o afirmado, segundo se acredita.

As atividades dos fiscais e do gestor de contratos, a própria pluralidade de fiscais, possível em um dado contrato, é regra que denota a atenção ao controle e a busca pela compra ou contratação pública eficaz. A matriz de riscos enquanto cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidade, voltada ao equilíbrio e ao estabelecimento do ônus financeiro se relaciona com a aquisição responsável. O estabelecimento de contratos de eficiência e o pagamento baseado em atividades efetivamente realizadas também o é. Por sua vez, o estabelecimento de canais de diálogo entre a sociedade e a Administração, no curso do cumprimento de contratos administrativos aprimora o controle.

Na seara do controle também há mudanças. As regras de transparência denotam sintonia com o tema. O compartilhamento deste dever com a sociedade, os agentes públicos e os controladores internos e externos são medida de grande valia. Nesse sentido, o recebimento de denúncias de qualquer pessoa pelos tribunais de contas representa mudança de paradigma, pois permite que denúncias vindas de participantes sejam apreciadas por esses Tribunais, algo que era objeto de resistência ao tempo da vigência da Lei n. 8.666/93. Ocorre que se o processo licitatório se alinha à compra vantajosa à Administração e se esta se alinha ao interesse público, as denúncias - não importa a origem - devem ser investigadas, pois a compra lícita satisfaz a todos.

De maneira mais específica, mesmo as questões de integridade não foram esquecidas pela regra. O termo programa de integridade é mencionado 4 vezes na Lei n. 14.133/21, a saber: no artigo 25, §4º ao tornar obrigatória a implantação de programas de integridade pelo licitante vencedor nas contratações de grande vulto (aquelas de valor superior a R\$200 milhões de reais); no artigo 60, inciso IV, ao estabelecer a existência de programa de integridade no âmbito dos fornecedores como critério de desempate; no artigo 156, §1º, inciso V ao prever a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade pelo fornecedor como critério para dosar a pena; e no artigo 163, parágrafo único, ao prever como condição adicional à reabilitação a implantação e o aperfeiçoamento de programas de integridade pelo

licitante punido com sanções de (1) apresentação de declarações ou de documentos falsos no certame ou na contratação e (2) pelas práticas de atos lesivos à administração previstas no artigo 5º da LAC.

O processo administrativo sancionador também recebeu atenção. Foram tipificadas doze infrações administrativas (art. 155). Entre elas, as infrações do art. 5º da lei anticorrupção integram a esfera de ilícitos passíveis de punição no âmbito administrativo. As penalidades administrativas são quatro já conhecidas: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar e contratar (art. 156, I a IV). Mas o impedimento de licitar e contratar pode ser aplicado por período menor ou igual a três anos e a inidoneidade por um período de três a seis anos (art. 156, §§4º e 5º). Delimitou-se patamar mínimo e máximo para a cominação de multas ($0,5\% \geq VC \leq 30\%$)^[2].

No âmbito criminal, os crimes em licitações públicas foram ampliados e passaram a integrar parte específica do Código Penal brasileiro (arts. 337-E a 337-P). Há, como se pode perceber, uma convergência da regra para a atenção às questões de conformidade legal e de integridade. A Administração Pública precisa estar atenta a tais regramentos e, sobretudo, à sua finalidade.

4. UM CASO CONCRETO: DESCRIÇÃO DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE DE UM DADO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

Como a análise da realidade ajuda a compreender melhor aquilo que se discute em termos teóricos, planejou-se ilustrar a exposição aqui realizada com a análise do programa de integridade de um tribunal de justiça. Desenvolvido após a publicação da Lei Anticorrupção, a Lei n. 12.846/13, o programa baseia-se em duas políticas de integridade: a de ingresso de servidores e a de contratações. Esta última é a que conversa com os instrumentos de *compliance* regidos pela Lei n. 14.133/21, apesar de o surgimento da política do tribunal ser anterior à nova lei de licitações. Considerando a aderência do tema do *compliance* nas compras públicas e a política

[2] Onde VC = valor do contrato.

de integridade do tribunal, a seguir serão descritos a Cartilha de Integridade para Licitantes e Contratados, o Processo Administrativo de Responsabilização, o Manual de Fiscalização e Gestão de Contratos e o Formulário de Análise do Perfil dos Contratados. Antes, faz-se importante registrar que o tribunal regulamentou a política de integridade em resolução e portaria. Este foi o ponto de partida para a elaboração dos documentos igualmente criados pelo tribunal e que a seguir serão analisados.

4.1 CARTILHA DE INTEGRIDADE

A Cartilha está voltada ao estabelecimento de mecanismos de integridade corporativa nas relações negociais. Ela traz recomendações e orientações que devem ser seguidas por servidores e contratados nas licitações públicas e nos contratos administrativos. A missão, a visão e os valores do tribunal são dados a conhecer nas primeiras páginas do documento. Em seguida, lembrando dos princípios da licitação, são estipuladas obrigações impostas aos interessados em licitar e contratar com o tribunal.

A abstenção da prática de atos lesivos à Administração encabeça as vedações. Atrapalhar o certame sob qualquer forma, o afastamento de licitante por fraude, ainda que tentado, a fraude à licitação, a obtenção de vantagens indevidas a manipulação e a fraude a equilíbrio contratual são outras condutas descritas e reprimidas pela cartilha.

Obrigações ativas também estão previstas. Os licitantes e contratados têm o dever, nas relações negociais com o tribunal, de denunciarem terceiros que atentarem contra a lisura do certame, de oferecer e entregar produtos e serviços de qualidade e de origem legal, de realizar comunicação formal e pelos meios institucionais, de comprometer-se com a ética e a integridade, bem como de priorizar as regras do tribunal em relação a prescrições internas, do fornecedor.

Existe um capítulo destinado às condutas. Elas compõem as seguintes obrigações: cumprir a legislação vigente (trabalhista, fiscal, de responsabilidade social e ambiental anticorrupção), comprometer-se com a ética, observar ferramentas / política e

ações do programa de integridade do tribunal, nas subcontratações, assegurar que as subcontratadas observem as normas de conduta da cartilha do tribunal, evitar subcontratações com envolvidos em operações suspeitas, agir com cortesia, prontidão, respeito e honestidade, qualidade e competência na participação de certames, abster-se de expor negativamente o tribunal e os que atuam em seu nome.

Há capítulo específico que define regras para contratos de terceirização de serviços. Regras de atuação e de relacionamento foram estabelecidas. São elas: (1) inscrever-se na escola do tribunal; (2) respeitar capacidades, opiniões e limitações individuais; (3) compromisso com as próprias atividades: agir com discrição, comprometimento, diligência, zelo, rendimento, disciplina, economicidade; (4) não constranger os colegas; (5) assiduidade, pontualidade, compromisso; (6) justificar ausências; (7) não fraudar registro de ponto próprio e nem de terceiro; (8) não comentar assunto sigiloso nas redes sociais; (9) não realizar propaganda político-partidária dentro do tribunal.

Num outro capítulo, destinado ao regramento acerca da recepção de brindes, a cartilha autoriza a distribuição daqueles sem valor comercial, a exemplo de agendas, canetas e copos. Também determina a realização de promoções e a apresentação de produtos e de serviços devem ser previamente submetidas à análise e aprovação da alta administração do tribunal.

No capítulo destinado às reuniões, a cartilha exige agendamento prévio, a presença de ao menos dois servidores. Igualmente determina seja formalizada a discussão em ata, que deve ser assinada pelos participantes. A gravação de reuniões é permitida.

Com relação a acesso e divulgação de dados a cartilha é pródiga: estabelece o dever de zelar pelos documentos de acesso do fornecedor, a manutenção de arquivo e o registro do que for necessário. Veda a manifestação de terceirizados em nome do tribunal, seja através de e-mails, de mídias sociais ou de canal na internet. Igualmente proíbe que se comente assunto sigiloso. Registra a confidencialidade e o dever de sigilo de dados e informações a que o terceirizado tiver acesso. Estabelece o dever de respeitar a privacidade de dados, nos termos elencados na LGPD e demais atos normativos.

A cartilha informa sobre a existência de um canal “Fale com”, para recebimento de pedidos de informações, comentários, dúvidas, denúncias, críticas e sugestões. Ressalta a confidencialidade do denunciante.

A cartilha esclarece acerca da proibição de se realizar atividade político-partidária no âmbito do tribunal. Veda expressamente o uso do nome, da imagem e de logo do tribunal em campanhas e propagandas desta natureza.

No capítulo destinado às regras com o patrimônio público estabelece o dever de zelo e de conservação. Enfatiza o respeito às normas de segurança. Esclarece acerca do uso consciente de insumos. Proíbe a retirada de materiais, móveis e equipamentos das dependências do tribunal.

4.2 PAR – PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DE RESPONSABILIZAÇÃO

O tribunal desenvolveu um detalhado Manual Explicativo sobre o PAR – Processo Administrativo de Responsabilização. O PAR no âmbito do tribunal fora disciplinado com base na Lei Anticorrupção e em Resolução Interna e visa investigar e se for o caso punir pessoas jurídicas que pratiquem atos contra a Administração.

O manual contém 61 páginas, com explicações acerca dos atores envolvidos e seus papéis, das garantias aos manifestantes, modo de apresentação de denúncias e estabelecimento de rito para denúncias. Modelos de petições e despachos igualmente são fornecidos, além do fluxograma e detalhamento acerca do PAR. Igualmente são apresentados cinco padrões de resposta ao PAR. Como sanções previstas à pessoa jurídica, o PAR pode resultar em multa e publicação extraordinária da decisão sancionadora.

4.3 MANUAL DE GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS

O tribunal possui também um Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos. Neste documento há uma seção destinada à Política de Integridade na Gestão e Fiscalização de Contratos. O Manual impõe o relacionamento pautado pela impessoalidade e moralidade, evitando-se o Conflito de Interesses. Determina que, em regra, nas reuniões

com os contratados, um terceiro servidor, além do fiscal e do gestor, se faça presentes. Determina a formalização de ata e a gravação das reuniões. O Manual define informações mínimas que devem constar e exige assinatura dos presentes. Estabelece o sigilo ao fiscal e ao gestor de informações funcionais e administrativas e proíbe que tais servidores prestem serviços à contratada.

Estabelece a comunicação prévia e formal pelas vias institucionais entre contratado e gestor e fiscal como regra. Gestor e fiscal podem solicitar informações à contratada acerca de questões ligadas à integridade. Tais servidores também têm o dever de monitorar e de avaliar periodicamente riscos de integridade das contratadas. O Manual disciplina também o dever de devolução de documentos pelo gestor e pelo fiscal do contrato em caso de exoneração ou de demissão. A devolução deve ser feita pelos canais de comunicação formal.

O tribunal também desenvolveu aos seus servidores um Guia Prático Para Gestão e Fiscalização de Contratos. Este guia orienta como fazer uso da ferramenta de tecnologia da informação interna para tramitar processos de gestão e de fiscalização de contratos. Há ainda vídeo institucional que instrui os servidores acerca desta tarefa, notadamente os gestores e os fiscais de contratos.

4.4 FORMULÁRIO DE ANÁLISE DE PERFIL DOS CONTRATADOS

Este documento visa identificar riscos de integridade nas relações negociais com o tribunal. O formulário foi criado visando entender a maturidade da empresa no tema do *compliance* e o nível de risco de integridade. É aplicado dentro de 30 dias da assinatura do contrato e para os contratos de valor superior a R\$5 milhões de reais.

O formulário é composto de questões abertas, ligadas ao preenchimento de dados da empresa e de 16 questões objetivas, com múltipla escolha. As questões envolvem ética, integridade, padrões e valores e visam entender qual o nível de engajamento dos fornecedores com as práticas de integridade internamente e nas relações negociais.

A análise, segundo informa o formulário situa-se no grau de impacto, quer dizer, no possível impacto acaso situações atentatórias à integridade possam vir a ocorrer. O grau de impacto é classificado em Alto, Médio e Baixo para a identificação de situações que possam dificultar a garantia da ética e da integridade nas relações negociais com o tribunal. O grau de impacto pode ser inexistente, baixo, médio ou alto e da mesma forma o nível de risco da empresa, obtido através de pontuação. As respostas são do tipo sim ou não e se relacionam à existência e à prática de política interna de *compliance*, a envolvimento em situações que comprometam à integridade e à aferição da integridade das subcontratadas, entre outras. As perguntas são de conhecimento prévio da contratada, que pode também entender o grau de risco em que será classificada. O nível de risco gera uma resposta ao risco dada pelo tribunal.

A resposta ao risco depende do apetite ao risco do tribunal. Esta resposta pode ser de nível baixo, médio ou alto. E cada uma delas gera recomendações aos fiscais do contrato. No nível baixo a verificação é quanto à ciência do fornecedor às normas de integridade do tribunal e a realização de controles do Manual de Gestão e Fiscalização de Contratos. No nível médio, a resposta envolve as fiscalizações anteriores, com uma fiscalização mais rigorosa, intensificada pela supervisão e acompanhamento dos contratos. No nível alto, envolve as ações do nível médio acrescidas de consultas frequentes ao cadastro de empresas punidas – CNEP – e ao Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por ato de Improbidade – CNIA – CNJ. Envolve ainda a consulta a mídias para aferir informações negativas relacionadas a empresas.

4.5 RESUMO DAS AÇÕES DO TRIBUNAL PARA CONSOLIDAÇÃO DA POLÍTICA DE INTEGRIDADE

Pode-se apontar, do descritivo acima realizado, que as ações do tribunal para buscar a conformidade podem ser assim descritas:

- 1ª. instituição de regras internas baseadas em leis, voltadas à regulação da política de integridade no âmbito do tribunal;

- 2ª. educação de servidores e de fornecedores quanto ao programa de integridade;
- 3ª. estabelecimento de regras claras atinentes à forma de comunicação entre particular e servidores;
- 4ª. ampliação do número de servidores envolvidos no diálogo com os particulares;
- 5ª. estabelecimento de restrições quanto à percepção de brindes, esclarecimento do tipo de brindes que podem ser recebidos e em que situações;
- 6ª. definição de regras acerca de como lidar com o patrimônio público;
- 7ª. disciplina de processos administrativos, com definição de sanções claras, como mecanismo de enforcement;
- 8ª. Estabelecimento de mecanismos de avaliação do grau de maturidade do fornecedor com relação ao *compliance* e definição de formas de lidar com o fornecedor a partir das informações obtidas.

Tais ações podem ser apontadas como medidas salutares de esforço de conformidade, e, juntas, podem colaborar no alcance da consolidação da cultura de integridade nos processos de compras do tribunal.

5. *INSIGHTS DE IMPACTO DO COMPLIANCE*

Conforme discorrido na seção atinente ao impacto, é preciso estar atento ao impacto direto e indireto que as normas de *compliance* geram nas licitações e nas contratações públicas. Nesta seção serão apresentados, assim, insights tanto de impacto direto, quanto de impacto indireto.

Foi visto que a Lei n. 14.133/21 possui uma racionalidade voltada ao alcance da integridade nas compras públicas. Esta racionalidade é observada na atenção atribuída às questões de governança e de controle. A pauta pela integridade é observada em diversos dispositivos da regra, conforme já registrado em seção específica. Os princípios do artigo 5º a consagram, notadamente a transparência,

o controle, o planejamento, a segregação de funções, a probidade administrativa, a moralidade, a eficiência, o consequencialismo e o primado da realidade (os dois últimos presentes na LINDB – Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro).

Ademais, as exigências atinentes à pauta de integridade se disseminam ao longo de todo o texto normativo. Nas regras atinentes à ampliação dos atos licitatórios e de contratação, no incremento dos procedimentos de planejamento, notadamente pelo aperfeiçoamento da fase preparatória dos certames e das contratações diretas, na ampliação dos atores realizadores do controle, no estímulo ao diálogo entre a sociedade e os gestores públicos, entre outras regras. São todos pontos positivos, passíveis de colaborar diretamente no alcance da integridade e na consolidação de uma cultura que o enaltece.

Numa análise mais concreta, a descrição do programa de *compliance* de um Tribunal de Justiça brasileiro acima realizada permite aferir uma preocupação com as relações negociais e também com o ambiente interno do tribunal. O cuidado com a disciplina interna do tema e com a educação dos servidores do tribunal, possibilita o conhecimento do programa de *compliance* e a disseminação das práticas de comprometimento com este programa e suas políticas. O formulário de análise do perfil dos fornecedores e a cartilha de integridade permitem atuação preventiva no sentido de conhecer um pouco das tendências e do comportamento do fornecedor, além de educá-lo nas relações negociais com o tribunal. A previsão de procedimento administrativo sancionador, a delimitação de condutas ilícitas e das penas respectivas permitem a investigação e sanção de ilícitos no âmbito do tribunal. As vedações ao uso da imagem do tribunal colaboram na manutenção da imagem da entidade. Estes são exemplos concretos de impacto direto, salutar à política de integridade.

Mas os impactos indiretos não podem ser deixados de lado. Sua percepção pode permitir identificar situações de (1) evasão à integridade, de (2) cerimonialismo, ou de (3) insuficiência das práticas adotadas para a sedimentação da cultura de integridade. A evasão à integridade pode ser identificada em situações nas quais os fornecedores ou mesmo os servidores busquem formas não vedadas de evitar as práticas de conformidade. Quer dizer, na evasão há fuga à conformidade, mas não necessariamente uma prática ilícita. O cerimonialismo pode levar a situações de

ilusão: tanto a Administração quanto os fornecedores podem parecer praticar atos de integridade, mas tais atos, em verdade, não permitem afirmar que se está em situação de verdadeiro alcance da integridade. Nesta hipótese pode-se identificar situações de aparente conformidade, ou seja, as práticas são de ilusão e ineficientes. Na terceira hipótese percebe-se um caminho para a integridade, um esforço de conformidade, mas uma necessidade de se aprimorar tais caminhos e esforços. Nesta última situação – a de conformidade insuficiente – há um avanço moral, mas também há a necessidade de revisão e aprimoramento das práticas de integridade.

A seguir é feito um esforço para evidenciar situações concretas de impacto indireto de *compliance* que conduz a evasão à integridade, ou à integridade cerimonial ou ainda à insuficiência das práticas de integridade. É fácil exemplificar a integridade cerimonial: a existência de código de conduta interno, seja do fornecedor, seja da Administração, o qual não é conhecido e nem posto em prática. Este é um exemplo corriqueiro, aliás. Muitas vezes o código de conduta consta da página oficial da organização, mas esta não se esforça para que seus servidores o conheçam e o ponham em prática. O impacto indireto, pode ser evidenciado em situações nas quais os stakeholders ignorem o código de conduta, tanto quanto os servidores públicos. Outro possível impacto indireto é a redução do controle, ou o controle frágil, realizado por quem tem o dever de fazê-lo, mas acredita que a existência do programa de integridade atenua certos problemas nas relações negociais entre a Administração e os stakeholders

Na evasão à integridade é possível lançar luzes a situações em que tanto a Administração quanto fornecedores passem a evitar o programa de integridade. Nestes casos, fica fácil exemplificar pela evasão de fornecedor. Imagine, por exemplo, a redução do universo de fornecedores após a implantação de programas de integridade no âmbito de uma dada organização pública. Como a ampliação à competitividade é algo desejável, assim como a integridade, faz-se interessante visitar o programa de integridade e mesmo ouvir os fornecedores que passaram a evitar as contratações no âmbito do órgão ou da Administração. Se, por exemplo, a desinformação e o desconhecimento da extensão do programa de *compliance* for o motivo da evasão, é possível, através de políticas informacionais esclarecer os fornecedores acerca do que consiste o programa de integridade, em que

situações pode haver sanções, e quais as consequências destas sanções aplicadas aos fornecedores faltosos. Neste sentido, verificar o processo administrativo de responsabilização também é medida valiosa.

As situações de insuficiência do programa de integridade podem ser identificadas quando se verificar uma conduta interessada no alcance da integridade, mas resultados práticos ainda insatisfatórios. Na verdade, esta é mais uma situação de questionamento e revisão dos programas e práticas já implantados, com vistas ao aprimoramento do que se fez ou se vem fazendo para o alcance de *compliance*. A revisão, em alguma medida, deve ser permanente.

Há insuficiência quando as práticas de integridade não se prestam a alcançar os efeitos desejados e esperados ainda que se acredite em suas benesses. Num esforço pelo exemplo de situação concreta pode-se apontar comprometimento deficiente com os programas implantados, cumprimento parcial das normas existentes, não efetividade de processos administrativos sancionadores. Um outro exemplo concreto de efeito indireto de “integridade insuficiente” pode ser citado na opção pelo pagamento da multa ao invés da opção pela abstenção da prática ilícita no processo licitatório ou na execução do contrato administrativo. Observe que neste exemplo o fornecedor pratica ilícito, age irregularmente, mas pagar a sanção parece ser mais viável do que se abster de incorrer na infração administrativa. Em casos tais faz-se importante avaliar os motivos que conduzem à recalcitrância e mesmo refletir acerca da efetividade do mecanismo de enforcement.

É possível haver em algumas situações uma superposição entre os efeitos cerimoniais e os de insuficiência de *compliance*. É que o *compliance* cerimonial pode ser o início de práticas nesta seara, sem a internalização de tais práticas nos valores e crenças do ambiente das organizações envolvidas. Já na situação de insuficiência este componente substantivo já se faz presente, mas ainda se identifica a necessidade de aperfeiçoamento das práticas adotadas. Na classificação aqui realizada preferiu-se separar o *compliance* cerimonial do insuficiente pela existência deste componente substancial, classificando nas práticas cerimoniais aquelas situações em que este componente de acreditação se faz ausente.

O impacto indireto, em suma, é algo indesejado, pois leva à esquiva do *compliance*, seja no aspecto prático, para evitar os efeitos do programa, seja no aspecto normativo, pela evidência da descrença no programa de integridade. O efeito indireto é, desta forma, algo indesejado, mas a ser levado em conta permanentemente dada a necessidade de se consolidar as práticas e a cultura de integridade. A indagação acerca do quanto a Administração e seus stakeholders acreditam, confiam e valorizam a integridade nas compras públicas deve ser constante. A aferição dos efeitos concretos dos programas de integridade e demais práticas de *compliance* presentes na Lei n. 14.133/21 igualmente deve se tornar rotina, portanto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente artigo buscou-se identificar instrumentos de *compliance* presentes na Lei 14.133/21. Partindo do pressuposto de que este termo abarca aspectos instrumentais, da governança corporativa e também aspectos culturais, admitiu-se que o tema envolve práticas instrumentais de incremento do alcance de resultados e também a consolidação de crenças e de valores pautados pela ética e pela integridade nos processos de compras públicas. Assumindo-se que o conceito abarca elementos do setor produtivo e do ambiente, considerou-se ser possível a indução da cultura de integridade da sociedade para a Administração Pública. Considera-se que a Lei 14.133/21 é fruto deste movimento.

Verificou-se, no âmbito da regra estudada, uma série de ações voltadas ao alcance tanto da produtividade e da eficiência quanto da consolidação da cultura da integridade na Lei 14.133/21, a exemplo da consolidação de praxis de transparência, de incremento do controle, de planejamento e de concreção dos interesses públicos inerentes à contratação. Descreveu-se a política de integridade de um dado tribunal, que se pauta por atos de regulação, de educação das partes envolvidas, de disciplina das relações e *enforcement*, evidenciando esforços positivos de concretização da política em questão.

Com base em Friedman, 2016, admitiu-se que há impacto direto e indireto das ações de *compliance* e que estas últimas podem se classificar em situações de (1) evasão, (2) cerimoniais e (3) de insuficiência de *compliance*. por fim, concluiu-se pela necessidade

de avaliação constante, seja da efetividade das situações de conformidade, seja da repercussão das situações de não conformidade. Entendeu-se ainda que é pelo esforço de impacto direto, que se pode alcançar a almejada cultura de integridade e que para tanto, a avaliação do impacto do *compliance* é tarefa inacabada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.** Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm

_____. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021.** Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

_____. **Instrução normativa nº5, de 26 de maio de 2017.** Dispõe sobre as regras e diretrizes do procedimento de contratação de serviços sob o regime de execução indireta no âmbito da Administração Pública. Brasília: Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20239255/do1-2017-05-26-instrucao-normativa-n-5-de-26-de-maio-de-2017-20237783

CALDEIRA, Marcos; DUFLOTH, Simone C. A lei das estatais e as diretrizes internacionais: convergências para o estado da arte em integridade, *compliance* e anticorrupção. **Cadernos -EBAPE.BR**, Rio de Janeiro, v. 19, Edição Especial, p. 675-688, novembro. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/issue/view/4617>

FORTINI, Cristiana; SHERMAM, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para ao controle da Administração Pública brasileira. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar/abr. 2017.

FRIEDMAN, Laurence M. **Impact: how law affects behavior.** Cambridge, Massachussets: Harvard University Press, 2016.

MORGAN, Gareth. **Imagens da organização.** São Paulo: Atlas, 1996.

03

A EXIGÊNCIA DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE DE ACORDO COM A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

THE INTEGRITY PROGRAM REQUIREMENT UNDER THE NEW BIDDING LAW

Por Melissa de Cássia Pereira

PEREIRA, Melissa de Cássia. Advogada especialista em Licitações e Contratos, Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo UNIBRASIL, Professora Universitária.

ABSTRACT

This article presents a brief history of the path taken until the requirement to implement an integrity program was instituted by legal entities that intend to conclude large-scale contracts with the Public Power. Law Nº 8,666/93 does not make any provision in this regard, and the doctrine began to debate the possibility of requiring the integrity program as a criterion for qualification in the bidding, as a criterion for scoring bidders, or requiring it only from the winning bidder, after the conclusion of the contract. The New Bidding Law established the requirement to implement an integrity program by the legal entity that intends to contract with the Public Administration, in large contracts, that is, those in which the estimated value of the contract exceeds R\$ 200 million. As mentioned throughout this work, the obstacle of the absence of a requirement for an integrity program in the Bidding Law was overcome. However, it remains, at this moment, to evaluate and structure such obligation in such a way that it is really effective, and fulfills the objective for which it is intended, which is to demonstrate that the legal entity to be hired acts ethically in its business, with transparency, legality and integrity.

KEY-WORDS:

Integrity; New Bidding Law; Requirement; Hypotheses.

SUMÁRIO:

INTRODUÇÃO; RESUMO; ABSTRACT; I. CONCEITO DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE E SUA IMPLEMENTAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES; II. FUNÇÕES DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES; III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

RESUMO

O presente artigo traz um breve histórico acerca do caminho percorrido até que fosse instituída a exigência de implementação de programa de integridade pelas pessoas jurídicas que pretendem celebrar contratações de grande vulto com o Poder Público. A Lei nº 8.666/93 não traz qualquer previsão nesse sentido, e a doutrina passou a debater a possibilidade de exigir o programa de integridade como critério de habilitação na licitação, como critério de pontuação dos licitantes, ou exigí-lo apenas do licitante vencedor, após a celebração do contrato. A Nova Lei de Licitações estabeleceu a exigência de implementação de programa de integridade pela pessoa jurídica que pretende contratar com a Administração Pública, em contratações de grande vulto, ou seja, aquelas em que o valor estimado da contratação supere R\$ 200 milhões. Conforme se mencionou ao longo deste trabalho, o obstáculo da ausência de previsão de exigência de programa de integridade na Lei de Licitações foi superado. Contudo, resta, neste momento, avaliar e estruturar tal obrigatoriedade de forma tal que este seja realmente efetivo, e cumpra o objetivo a que se destina, que é demonstrar que a pessoa jurídica a ser contratada atua de forma ética em seus negócios, com transparência, legalidade e integridade.

PALAVRAS-CHAVE:

Integridade; Nova Lei de Licitações; Exigência; Hipóteses.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos últimos anos, em especial após os escândalos de corrupção envolvendo a Petrobras, nos idos de 2013 e 2014, os temas do *compliance* e da integridade vêm sendo amplamente debatidos. Embora já houvesse previsão na Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) acerca de programas de integridade elaborados pelas pessoas jurídicas como forma de atenuar penalidades previstas nesta Lei, a Lei de Licitações, que data de 1993 não estabelecia qualquer previsão a esse respeito.

A partir da edição da Lei Anticorrupção começou a surgir a preocupação com a eventual ocorrência de práticas de corrupção nas contratações públicas. Desse modo, a doutrina passou a cogitar a inclusão da exigência de programas de integridade como critério de habilitação na licitação, como critério de desempate entre os licitantes, ou exigi-lo apenas do licitante vencedor, após a celebração do contrato. Para tanto, seria necessário alterar a Lei 8.666/93, de forma a incluir tal previsão.

Como a Lei de Licitações data de 1993, ou seja, a Lei já possui aproximadamente 29 anos de existência, haviam diversos aspectos que necessitavam de alteração/adequação. A sociedade se transformou, as relações não se estabelecem da forma como se estabeleciam há quase 30 anos. Portanto, há alguns anos já tramitava Projeto de Lei com o objetivo de instituir Nova Lei de Licitações, adaptada à forma e às necessidades das contratações públicas na atualidade.

No entanto, antes mesmo da edição da Nova Lei de Licitações, em 01º de abril de 2021 (Lei 14.133/2021), alguns Estados, desconsiderando a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (artigo 22, inciso XXVII, da CR) editaram legislações estabelecendo a exigência de programas de integridade das pessoas jurídicas que celebrarem contratações de grande vulto com o Poder Público.

Para além do debate acerca da constitucionalidade ou não das referidas legislações, que não cabe neste artigo, fato é que tais legislações inseriram a exigência de programas de integridade nas contratações públicas, como forma de tentar abolir ou ao menos reduzir as práticas corruptivas pelos particulares, quando celebram

contratos com a Administração Pública, e somente por essa razão, podem ser consideradas práticas louváveis.

Conforme se mencionou ao longo deste artigo, a previsão da exigência de programa de integridade na Nova Lei de Licitações não é propriamente uma novidade, já que legislações estaduais já haviam estabelecido tal previsão. Assim como as legislações estaduais já previam, a Nova Lei de Licitações estabeleceu a exigência de implementação de programa de integridade pela pessoa jurídica que pretende contratar com a Administração Pública, em contratações de grande vulto, ou seja, aquelas em que o valor estimado da contratação supere R\$ 200 milhões. As legislações divergem, apenas, no que diz respeito ao valor considerado como de grande vulto. Buscou-se ao longo deste artigo trazer as hipóteses de exigência de implementação de programas de integridade nas contratações públicas, de acordo com a Nova Lei de Licitações, e as funções desempenhadas por esse instrumento, de acordo com essa legislação.

I. CONCEITO DE PROGRAMA DE INTEGRIDADE E SUA IMPLEMENTAÇÃO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A preocupação com a prática de atos de corrupção no Brasil não é recente. Infelizmente, a cultura do Patrimonialismo, do Coronelismo, e do “jeitinho brasileiro”, que em certo grau, ainda persistem no país, tornaram imprescindível a criação de legislações com a finalidade de reprimir e punir práticas contrárias à integridade.

Uma das primeiras legislações nacionais que trouxe essa previsão foi a Lei nº 8.429/1992, que é conhecida como Lei de Improbidade Administrativa. No entanto, o ponto principal deste ato normativo é punir os agentes públicos pela prática de atos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função, na Administração Direta, Indireta ou Fundacional.

Não havia, até esse momento, grande preocupação com a eventual ocorrência de práticas corruptivas por parte de particulares quando se relacionam com o Poder Público. No entanto, sabe-se que os escândalos de corrupção praticados entre os

anos de 2013 e 2014, por grandes empresários e agentes públicos da Petrobras, tornaram imprescindível a edição de normas mais rígidas com o fim de punir tais práticas delituosas.

Utilizando como parâmetro as experiências norte-americanas de combate à corrupção, especialmente por meio de práticas de *compliance*, o Brasil editou, em 2013, a Lei 12.846, que ficou conhecida como Lei Anticorrupção. Essa legislação dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

O referido ato normativo foi regulamentado, posteriormente, pelo Decreto Federal 8.420/2015 (atualmente revogado pelo Decreto Federal 11.129/2022), que apresentou de forma mais detalhada, os principais aspectos que devem constar em um programa de integridade, e de que forma este será avaliado, para fins de eventual atenuação de penalidades.

Como explicam Aloísio Zimmer Júnior e Irene Nohara, apesar da utilização indistinta em vários casos, as expressões *compliance* e programa de integridade são distintas. *Compliance* é algo maior, que está relacionado com a observância a um conjunto de regras e padrões de conformidade das organizações, para fundamentar processos de decisão, considerando a gestão de riscos. O programa de integridade, por sua vez, traduz-se em um aspecto do *compliance* que tem por finalidade a implementação de medidas de prevenção, detecção e punição de fraudes e corrupção.

Via de regra, o *compliance* possui uma abrangência maior do que a conformidade, uma vez que se refere ao *compliance* antidiscriminatório, ao *compliance* ambiental, ao *compliance* criminal, entre outros. No entanto, quando se está diante de um programa de integridade, a referida expressão é associada à faceta do *compliance* anticorrupção, conforme previsto na Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção. (JUNIOR ZIMMER; NOHARA, Irene, 2021. p. 315-316)

O programa de integridade consiste no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e denúncia de irregularidades e na efetivação de códigos de ética e conduta, políticas e diretrizes com o objetivo de identificar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados em face da Administração Pública.

É importante ressaltar que nem a Lei Anticorrupção tampouco o Decreto Federal 11.129/2022 fazem menção à possibilidade da exigência de programa de integridade nos processos de contratação pública. No entendimento de Antonio Rodrigo Machado e Paulo Afonso Carmona, pela considerável dificuldade na apuração dos dados relacionados aos números de corrupção, não há um índice preciso que possa definir os setores com maior risco, mas fato é que a ligação entre atos de corrupção e contratação pública está no centro dos principais casos de corrupção do país. As licitações e contratos administrativos demandam um grau maior de cuidado daqueles responsáveis pela fiscalização do dinheiro público, seja do controle interno ou do controle externo. (MACHADO, Antonio Rodrigo; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, 2018. p. 71)

A Lei nº 8.666/93, que ainda se encontra vigente, não estabeleceu o programa de integridade como requisito obrigatório para participação das empresas em certames licitatórios. Conforme mencionado acima, a Lei Geral de Licitações data de 1993, e já possui aproximadamente 29 anos de existência. Ao longo de todos esses anos, a sociedade se transformou, a tecnologia evoluiu, e as possibilidades de ocorrência de fraudes nas contratações públicas cresceram de forma considerável. Nesse contexto, foi possível identificar diversos aspectos da legislação que precisam ser alterados ou reavaliados.

Nesse contexto, a doutrina debatia acerca da possibilidade de alteração da Lei nº 8.666/93, de forma a incluir o programa de integridade como critério de habilitação, como critério de pontuação dos licitantes, ou exigi-lo apenas do licitante vencedor, após a celebração do contrato.

A Nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133/2021), que entrou em vigor no dia 01º de abril de 2021, exige que o licitante implemente programa de integridade nas contratações de grande vulto, ou seja, aquelas em que o valor estimado da contratação supere R\$ 200 milhões. De acordo com o §4º do artigo 25 da referida legislação, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de seis meses, contados da celebração do contrato:

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

54º. Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Tal obrigatoriedade não é propriamente uma novidade, já que a leis e projetos de leis estaduais e municipais já previam a exigência de implementação de programa de integridade nas contratações de grande vulto. As legislações divergem, apenas, no que diz respeito ao valor considerado como de grande vulto. As legislações mais notórias são a Lei nº 7.753/2017 do Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 6.112/2018 do Distrito Federal, e a Lei Estadual nº 11.123/2020, do Mato Grosso.

O estado do Rio de Janeiro, por exemplo, editou a Lei Estadual 7.753/2017, que estabelece a exigência do programa de integridade às empresas que celebrarem consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a Administração Pública, cujos limites em valor “sejam superiores ao da modalidade de licitação por concorrência, sendo R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para obras e serviços de engenharia e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias.” De acordo com o artigo 5º da Lei Estadual 7.753/2017, “a implantação do Programa de Integridade no âmbito da pessoa jurídica dar-se-á no prazo de 180 (cento e oitenta) dias corridos, a partir da data de celebração do contrato.”

A Lei nº 6.112/2018 do Distrito Federal, por sua vez, estabelece a obrigatoriedade de implementação do programa de integridade em todas as pessoas jurídicas que celebrem contrato, consórcio, convênio, consórcio, convênio, concessão, parceria público-privada e qualquer outro instrumento ou forma de avença similar, inclusive decorrente de contratação direta ou emergencial, pregão eletrônico e dispensa ou inexigibilidade de licitação, com a administração pública direta ou indireta do

Distrito Federal em todas as esferas de poder, com valor global igual ou superior a R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais). O artigo 5º desta legislação prevê, ainda, que “A exigência do Programa de Integridade dá-se a partir da celebração do contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada de que trata o art. 1º.”

A Lei Estadual nº 11.123/2020, do estado do Mato Grosso dispõe sobre a obrigatoriedade de exigência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privado com a Administração Pública direta, indireta e fundacional, cujos limites em valor sejam iguais ou superiores ao da modalidade de licitação por tomada de preços, estimados entre R\$ 80.000,00 e R\$ 650.000,00 para compras, obras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico, e o prazo do contrato seja igual ou superior a 180 (cento e oitenta) dias. O artigo 5º desse diploma legal também prevê prazo de 180 dias corridos, a partir da celebração do contrato, para a implantação do programa de integridade^[1].

Desse modo, a previsão de programa de integridade na Nova Lei de Licitações de forma similar às legislações estaduais já citadas, põe fim ao debate até então existente, acerca da inclusão da referida exigência como documento de habilitação e optou por exigir apenas do licitante vencedor, após a celebração do contrato.

Ademais, de acordo com Gustavo Justino e Otávio Venturini, a Lei nº 14.133/2021 estabeleceu a horizontalização do tema para toda a federação e pacificou os questionamentos acerca da constitucionalidade de leis aprovadas por outros entes, considerando a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (artigo 22, inciso XXVII, da CR). (OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VENTURINI, Otávio. 2021)

A obrigatoriedade da implementação de programa de integridade estabelecida pela Nova Lei de Licitações decorre diretamente do exercício do poder de polícia da

[1] **Art. 5º.** A implantação do Programa de Integridade no âmbito da pessoa jurídica dar-se-á no prazo de 180 (cento e oitenta) dias corridos, a partir da data de celebração do contrato. **Parágrafo único.** Para efetiva implantação do Programa de Integridade, os custos/despesas resultantes correrão à conta da empresa contratada, não cabendo ao órgão contratante o seu ressarcimento.

Administração Pública, já que interfere na aplicação de mecanismos fiscalizatórios e converge ao conceito do exercício de controle mais eficiente. (MACHADO, Antonio Rodrigo; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, 2018. p. 75)

Para além de ser um requisito obrigatório nas contratações de grande vulto, o programa de integridade previsto na Nova Lei de Licitações é considerado um critério geral de desempate entre os licitantes (inciso IV, do artigo 60), um fator de mitigação da sanção penal (inciso V, §1º do artigo 156), e é exigido, obrigatoriamente, para a reabilitação de certas sanções aplicadas ao licitante ou ao contratado (artigo 163, parágrafo único).

II. FUNÇÕES DO PROGRAMA DE INTEGRIDADE NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Cumpra neste momento, traçar breves considerações acerca de cada uma das funções do programa de integridade na Nova Lei de Licitações. O primeiro ponto é a exigência da implementação do programa de integridade apenas para contratações de grande vulto.

A implementação de um programa de integridade, sério e adequado, exige um dispêndio financeiro que muitas microempresas e empresas de pequeno porte, que participam de certames com valores estimados de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) à R\$ 20.000,00 (vinte mil reais), por exemplo, não têm como suportar. Por essa razão, parece adequada a exigência da implementação de programas de integridade apenas em contratações com valores mais expressivos, sob pena de inviabilizar a contratação pelo Poder Público de empresas recém constituídas ou com um patrimônio social menos expressivo.

O outro aspecto diz respeito à utilização do programa de integridade como critério de desempate entre os licitantes. Embora seja o último critério escolhido pelo legislador^[2], não há como negar que a Lei nº 14.133/2021 escolheu prestigiar os licitantes que investem em uma cultura de ética e *compliance* em suas organizações.

[2] **Art. 60.** Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

IV. desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

O terceiro ponto previsto na Nova Lei diz respeito à possibilidade de que o programa de integridade seja considerado um fator de mitigação de penalidades, nos termos do §1º, inciso V, do artigo 156 da Lei nº 14.133/2021. Essa questão também não é considerada propriamente uma novidade, já que a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), já estabeleceu a previsão de que a existência de programa de integridade será levada em consideração para aplicação de penalidades previstas nesta lei (inciso VIII, do artigo 7º da Lei nº 14.133/2021).

Por fim, o quarto e último aspecto previsto na Nova Lei está relacionado com a obrigatoriedade da implementação ou aperfeiçoamento de programa de integridade para a reabilitação das sanções previstas nos incisos VIII^[3] e XII^[4], do artigo 155 da Lei nº 14.133/2021. Embora não esteja mais em vigor, o inciso IV, do §1º, do artigo 16 da Lei Anticorrupção estabelecia, dentre outros requisitos, que o acordo de leniência somente poderia ser celebrado se a pessoa jurídica se comprometesse a “implementar ou melhorar os mecanismos internos de integridade, auditoria, incentivo às denúncias de irregularidades e à aplicação efetiva de código de ética e de conduta”.

A celebração do acordo de leniência, isenta a pessoa jurídica, da aplicação de algumas penalidades previstas na Lei Anticorrupção, desde que a mesma preencha alguns requisitos, e a implementação ou melhoria dos mecanismos de integridade era considerado um deles. A Medida Provisória nº 703/2015 que previa tal obrigatoriedade foi revogada, mas é plenamente compreensível que assim como era previsto nos acordos de leniência, a implementação ou aperfeiçoamento de programas de integridade se constituem em importante ferramenta para a reabilitação de sanções previstas na Nova Lei de Licitações.

Ultrapassadas essas considerações, é importante destacar que, se por um lado as previsões expressas sobre programa de integridade na Lei nº 14.133/2021 possuem

[3] **VIII.** apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

[4] **XII.** praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

inegável potencial para representar um marco no aperfeiçoamento das relações entre o setor público e privado, por outro, a sua efetivação traz muitos desafios à Administração Pública, principalmente no que diz respeito ao nível de maturidade dos programas de integridade no Brasil e do risco da criação de programas para “inglês ver”, ou seja, meramente formais, e com pouca ou nenhuma efetividade. (OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VENTURINI, Otávio. 2021).

A esse respeito importante citar o entendimento de Emerson Gabardo e Gabriel Morettini e Castella:

... ressalta-se a importância dos órgãos responsáveis pela regulação dos programas de *compliance*, de modo a possibilitar a orientação das condutas e comportamentos das empresas interessadas em se relacionar com a Administração Pública. Afinal, tais empresas terão que, cada vez mais, aplicar dentro de si uma “ética de caráter público”. Ou, no mínimo, terão que ter uma ética privada praticada “em público”. O que denota também uma nova forma de incidência do princípio da publicidade. **Não basta ter um programa de integridade, é preciso “mostrar que tem”– e o quanto funciona (ou seja, volta-se à eficiência).** (GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. 2015. p. 142)

Complementando o já afirmado acima, é importante citar que o o Decreto Federal 11.129/2022, (que regulamenta a Lei Anticorrupção no âmbito da Administração Pública Federal), estabelece, que para que um programa de integridade seja considerado eficiente, este deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais da pessoa jurídica^[5].

É inegável que para atingir o objetivo a que se propõe, o programa de integridade deve ser elaborado levando-se em consideração as especificidades estruturais,

[5] **Art. 56.** Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes, com objetivo de:

Parágrafo único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e os riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual, por sua vez, deve garantir o constante aprimoramento e a adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade.

procedimentais e culturais de cada pessoa jurídica, submetendo-se a atualizações periódicas. (ZANETTI, Adriana Freisleben de. 2016. p. 38)

Independentemente das peculiaridades de cada pessoa jurídica, o programa de integridade deve estar centrado em alguns eixos centrais: comprometimento e apoio da alta direção da empresa, definição de instância responsável pelas denúncias e estabelecimento de regras, análise de riscos e estratégias de monitoramento e formação. (MACHADO, Antonio Rodrigo; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli, 2018. p. 81).

Percebe-se que o obstáculo da ausência de previsão de exigência de programa de integridade na Lei de Licitações foi superado. Contudo, resta, neste momento, avaliar e estruturar tal obrigatoriedade de forma tal que este seja realmente efetivo, e cumpra o objetivo a que se destina, que é demonstrar que a pessoa jurídica a ser contratada atua de forma ética em seus negócios, com transparência, legalidade e integridade.

III. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Isto posto, é possível concluir que a temática do *compliance* e dos programas de integridade são relativamente recentes para a realidade brasileira. As experiências internacionais demonstram que a integridade é um ideal a ser buscado diariamente, por meio de controles rígidos dos procedimentos internos da pessoa jurídica, com respeito às legislações externas e regramentos internos expressamente definidos.

O programa de integridade é considerado uma importante ferramenta de fiscalização e controle de ilícitos, e um mecanismo fiador de uma boa administração empresarial. É um importante instrumento para o estabelecimento de relações confiáveis entre pessoas jurídicas de direito privado e a Administração Pública. No entanto, os desafios não se encerram com a previsão legal de estabelecimento de programa de integridade para as pessoas jurídicas que celebram contratos de grande vulto com o Poder Público. Não basta apenas criar um programa de integridade para “inglês ver”. Este deve ser efetivo, sob pena de total inutilidade.

Somente a partir de 01º de abril de 2023, quando a aplicação da Nova Lei de Licitações passa a ser de observância obrigatória para todos os entes federados, será possível identificar, com mais clareza, os aspectos a serem adequados e melhorados com relação à exigência de implementação e efetivação dos programas de integridade nas contratações públicas. A prática diária das contratações trará respostas às questões que neste momento inicial não se consegue visualizar. Um dos pontos que já gera questionamento nesse momento é: quando será editado o regulamento próprio que irá prever as medidas e formas de comprovação da implementação do programa de integridade, previsto no §4º, do artigo 25 da Nova Lei de Licitações?

Não há previsão de quando será publicado o regulamento ou quais serão os mecanismos utilizados para avaliar a eficácia do programa. No entanto, é possível concluir que as diretrizes previstas nos artigos 56 e 57 do Decreto Federal 11.129/2022,, bem como os guias práticos sobre a matéria, em especial elaborados pela Controladoria Geral da União (CGU)^[6], podem ser utilizados como referências para a elaboração de um bom programa de integridade.

O que já se pode identificar, de plano, é que para que um programa de integridade possa ser efetivo, ele precisa refletir as características e riscos daquela determinada pessoa jurídica. Assim, o programa desenvolvido para uma empresa de grande porte, por exemplo, não pode ser utilizado por uma pequena empresa ou empresa de pequeno porte, e vice-versa. Cada uma dessas pessoas jurídicas possui uma realidade distinta, e que deve ser levada em consideração no momento da instituição do programa de integridade. O programa de integridade não é uma “receita de bolo” a ser aplicado de forma indistinta a toda e qualquer pessoa jurídica, independentemente de suas características e peculiaridades, sob pena de ser considerado completamente ineficaz.

IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- I. GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. **A nova lei anticorrupção e a importância do *compliance* para as empresas que se relacionam com a**

[6] Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-deconteudo/publicacoes/integridade/colecao-programa-de-integridade-publica>> Acesso em: 03/05/2022.

- administração pública.** *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015. Acesso em: 01/04/2022.
- II. MACHADO, Antonio Rodrigo; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. *Compliance: instrumento de controle nas licitações públicas.* *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 71-91, abr./jun. 2018. Acesso em 23/03/2022.
- III. OLIVEIRA, Gustavo Justino de; VENTURINI, Otávio. *Revista Consultor Jurídico*, 6 de junho de 2021. **Programas de integridade na nova Lei de Licitações: parâmetros e desafios.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-06/publico-pragmatico-programas-integridade-lei-licitacoes>>. Acesso em 23/03/2022
- IV. ZANETTI, Adriana Freisleben de. *Lei Anticorrupção e Compliance.* *Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP*, Belo Horizonte, ano 5, n. 15, p. 35-60, set./dez. 2016. Acesso em: 23/03/2022.
- V. ZIMMER JÚNIOR; Aloísio; NOHARA, Irene Patrícia Diom. *Compliance Anticorrupção e das Contratações Públicas.* São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 315-316. Acesso em: 23/03/2022.
- VI. Cartilhas disponíveis no sítio eletrônico da CGU: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-deconteudo/publicacoes/integridade/colecao-programa-de-integridade-publica>> Acesso em: 01/04/2022.

04

ALTERABILIDADE DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

CHANGEABILITY OF THE ADMINISTRATIVE AGREEMENT

Por Luiz Alberto Blanchet

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná, Curitiba. Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PPGD/PUCPR), membro fundador da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo – REDOEDA, membro do Instituto dos Advogados do Paraná, Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst). *blanchet@blanchet.adv.br*; <https://orcid.org/0000-0003-1163-0342>.

ABSTRACT

Administrative contracts are agreements of will as well as contracts concluded in the private sphere, but the will of the State is not to be confused with the psychological will of the individual who concludes the contract with it. The will of the State is logical or, more precisely, logical-normative, since the public agent, unlike the private agent, is never the subject of the legal interest for whose service it is contracting. The public agent acts in the interest of others, which is not even the State's, but the people's (public interest) who, through their constituent representatives, created the State to serve them, as stated in the preamble of the Constitution. In Private Law, the same occurs with some agents only exceptionally, such as the cases of the trustee and the representative of a company or foundation, but the interest in such situations is not public. This is the binding basis for the public agent's decisions when preparing the public notice for a bidding process and the terms of the draft of the subsequent administrative contract. Changes to the administrative contract cannot be carried out by the personal, subjective will of the agent or group of agents, but rather and exclusively by virtue of supervening, unpredictable, inevitable and objective factors. When the change reaches the contractual balance originally established, its recovery becomes imperative. The original contractual balance can be represented in the form of an equation, but not only economic or economic-financial, but of a much broader nature, as it also reaches, and mainly, factors that cannot be translated into numerical quantities. In this equation, the elements to the left of the equal sign are linked to the concrete (real) need whose fulfillment is the responsibility of the State, existing at the time the bidding notice and all its annexes are prepared. To the right of the equal sign will be the elements relevant to the moment of execution of the object of the contract by the individual. If, in this equation, any of the elements to the left of the signal undergo further changes, the elements to the right of the signal must undergo corresponding and proportional changes.

KEYWORDS:

administrative contract, unilateral mutability, negotiation clauses, regulatory clauses, cause of the administrative contract.

CONTENTS

1. Introduction, 2. Definition of the clauses of the administrative contract, 3. The different types of clauses in the administrative contract, 4. Basis of validity of the alterations of the administrative contract, 5. Final considerations, 6. Bibliographic references

RESUMO

Contratos administrativos são acordos de vontade tanto quanto contratos celebrados no âmbito privado, porém a vontade do Estado não se confunde com a vontade psicológica do particular que com ele celebra o contrato. A vontade do Estado é lógica ou, mais precisamente, lógico-normativa, pois o agente público, ao contrário do agente privado, jamais é o sujeito do interesse jurídico para cujo atendimento está contratando. O agente público atua em função de interesse alheio que nem do Estado é, mas do povo (interesse público) que, por meio de seus representantes constituintes, criou o Estado para servi-lo, consoante consta no preâmbulo da Constituição. No Direito Privado, o mesmo ocorre com alguns agentes apenas excepcionalmente, como são exemplos os casos do mandatário e do representante de uma sociedade ou fundação, mas o interesse em tais situações não é público. Esta é a base vinculante das decisões do agente público ao elaborar o edital de uma licitação e os termos da minuta do ulterior contrato administrativo. Alterações do contrato administrativo não podem ser levadas a efeito por vontade pessoal, subjetiva do agente ou grupo de agentes, mas sim e exclusivamente por força de fatores supervenientes, imprevisíveis, inevitáveis e de alcance objetivo. Quando a alteração atinge o equilíbrio contratual originariamente estabelecido, torna-se imperiosa a sua recuperação. O equilíbrio contratual originário pode ser representado sob a forma de equação, mas não apenas econômica ou econômico-financeira, mas de natureza muito mais abrangente, pois alcança também, e principalmente, fatores não traduzíveis em grandezas numéricas. Nessa equação, os elementos à esquerda do sinal de igual, são vinculados à necessidade concreta (real) cujo atendimento compete ao Estado, existente no momento em que é elaborado o edital de licitação e todos os seus anexos. À direita do sinal de igual, estarão os elementos pertinentes ao momento da execução do objeto do contrato pelo particular. Se, nessa equação, algum dos elementos à esquerda do sinal sofrem alterações ulteriores, os elementos à direita do sinal deverão passar por alterações correspondentes e proporcionais.

PALAVRAS-CHAVE:

Contrato administrativo, mutabilidade unilateral, cláusulas negociais, cláusulas regulamentares, causa do contrato administrativo.

SUMÁRIO:

1. Introdução, 2. Definição do conteúdo das cláusulas do contrato administrativo, 3. As diferentes espécies de cláusulas no contrato administrativo, 4. Fundamento de validade das alterações do contrato administrativo, 5. Considerações finais, 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Necessário, desde logo, delimitar-se precisamente o objeto do presente estudo, iniciando-se pela identificação do que se deva entender por contrato administrativo.

Nenhum conceito jurídico tem autonomia e tampouco independência em relação à fonte primária do Direito, a lei. Sem dúvida, a chamada Ciência Jurídica, mais frequentemente denominada Doutrina, a Jurisprudência e também os costumes, vão enriquecer o conceito jurídico; estas, porém, são fontes apenas subsidiárias.

A essência de tudo no Direito, deflui da lei, sua fonte primária. Não se pode, contudo, irrefletidamente, supor que a lei seria o próprio Direito. Não é. A lei não é o Direito, mas é fundamental e absolutamente imprescindível para ele: é a sua fonte. É da lei que se extraem as normas, estas sim, integrantes do Direito, pois o Direito é um sistema (conjunto harmônico e coerente) de normas.

Outro fator de suma relevância a ser lembrado antes de se passar à identificação dos contratos administrativos, é a natureza dos instrumentos que veiculam as fontes

das diversas áreas do Direito. Normas necessárias para a construção de conceitos de Direito Civil, Penal, Processual Civil, Processual Penal, são extraídas principalmente de enunciados constantes em códigos.

O Direito Administrativo Brasileiro, entretanto, não conta com um código onde estariam sistematizados todos os seus institutos. Os institutos do Direito Administrativo estão todos na Constituição da República. Claro que há inúmeras leis que disciplinam mais detalhadamente todos esses institutos, mas também os ramos que contam com seus códigos específicos, têm igualmente vasta legislação extravagante.

Oportuno observar-se que esta particularidade do Direito Administrativo não é casual, e tampouco aleatória, pois se justifica pelo fato de que, enquanto os demais ramos do Direito ocupam-se principalmente do regime jurídico pertinente a direitos e deveres de particulares, o direito Administrativo ocupa-se dos deveres do Estado e dos direitos dos cidadãos.

As normas de Direito Administrativo abrangidas pela Constituição, portanto, são materialmente, e não apenas formalmente, constitucionais.

No Direito Brasileiro, contratos administrativos, com base nas normas extraídas dos arts. 37, inciso XXI, e 175, são aqueles que têm por objeto a construção de obra pública, a prestação de serviços à Administração Pública, a aquisição de bens, a alienação de bens públicos desafetados de finalidade pública - e, portanto, denominados bens públicos disponíveis ou do patrimônio fiscal -, a outorga de concessão ou de permissão de serviços públicos e também concessão de direito real de uso de bem público, cabendo observar-se que é a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, em seu art. 2º, inciso I, e não a Constituição, que faz menção específica a este último objeto.

Identificados os contratos administrativos no Direito Positivo Brasileiro e, pois, seu regime jurídico, o segundo passo preliminar ao aprofundamento do estudo relativo à origem, à constituição e às ulteriores alterações, de suas cláusulas, consiste na identificação de sua natureza jurídica. Quem responde a esta última pergunta, já não é mais o Direito Posto, mas a Teoria Geral do Direito.

Para a Teoria Geral do Direito, contratos são acordos de vontades convergentes, mas com objetivos contrapostos e reciprocamente compatíveis. Questão básica absolutamente indispensável para os fins do presente trabalho, é aquela cuja resposta confirmará ou negará a natureza jurídica contratual dos contratos administrativos. Se contratos administrativos efetivamente envolverem acordos de vontades convergentes, torna-se menos complexa a identificação do mecanismo pelo qual são definidos os conteúdos das cláusulas do contrato administrativo.

Conhecido esse mecanismo, igualmente revelada estará a fórmula a ser utilizada para a juridicamente correta, segura e eficaz alteração do contrato administrativo. A utilização do termo *fórmula*, não configura simples referência exagerada e tampouco artifício meramente retórico.

Em outros domínios do conhecimento humano orientado por investigação em bases rigorosamente objetivas, como a Física, a Matemática ou a Química, fórmulas são instrumentos pelos quais se solucionam problemas concretos com objetiva segurança, pois ainda que diversos sejam os agentes que utilizem tais instrumentos para a solução de um mesmo problema e ainda que cada um não se comunique com os demais, todos chegarão à mesma e idêntica solução, pois o método é científico e, sendo tal, desenvolve-se em bases objetivas, ou seja, buscará identificar as peculiaridades dos problemas concretos tais como elas efetivamente são e não como elas aparentam ser.

Apenas a fórmula em sua simplicidade e pureza, todavia, não é solução para problema nenhum enquanto seus elementos não forem preenchidos com os dados informados pelo enunciado do problema a solucionar. O mesmo sucede com a norma jurídica, eis que sua identificação é o primeiro passo para a final solução de um problema jurídico, mas ainda não é a solução.

A norma, no universo do Direito, é como a fórmula nas disciplinas aludidas linhas acima, é apenas, o instrumento, a fôrma. E assim como uma fôrma, se não forem preparados os ingredientes informados pela receita, o bolo jamais existirá no mundo real. Normas jurídicas também precisam ser preenchidas com os dados trazidos pelo

enunciado do problema que está a exigir uma solução jurídica. O enunciado, em tais casos, não é textual, mas concreto, é uma situação real e não uma hipótese. Figurativamente, a hipótese está na fôrma, na receita ou na fórmula. A solução, a seu turno, resulta da conjugação eficiente e eficaz entre a fôrma, a receita e os ingredientes, ou dados a serem preenchidos na fórmula.

No caso da aplicação da norma pertinente à função administrativa do Estado, o enunciado é a própria situação concreta que está a exigir atendimento e este compete ao Estado (é abrangido por suas *competências*). Esta situação concreta (ou *real*, ainda que não propriamente *concreta*) é o *motivo de fato* do ato administrativo a ser praticado. Situações reais comportam enorme riqueza de detalhes muito superior a simples enunciados escritos. Esta disponibilidade de detalhes da situação real, os quais podem ser perscrutados até a quase absoluta certeza, operação que é muito mais limitada ou até impossível diante de simples palavras escritas, torna os erros do agente da Administração muito menos admissíveis do que os erros de quem resolve um problema cujo enunciado é apenas textual.

Fórmulas puras, cruas, não são solução para nada. Igualmente normas em tese, puras, também jamais serão solução ou resposta para nada. É objetivamente fundado e viável, à vista de tal constatação, recorrer-se à expressão *norma de solução* posto que no processo de elaboração de um edital de licitação e de seu indispensável anexo contendo a minuta do futuro contrato, as normas então aplicáveis eram, até esse momento, soluções em tese para problemas concretos futuros até então inexistentes, hipotéticos. A *norma de solução*, necessária para os fins do estudo a que ora são dedicadas estas linhas, seria irmã gêmea da norma de decisão a que faz referência Eros Roberto Grau quando estuda a norma a ser utilizada pelo juiz ao sentenciar^[1].

[1] “A norma é construída, pelo intérprete, no decorrer do processo de concretização do Direito. Caminhamos do texto até a norma jurídica, em seguida dela até a norma de decisão, a que determina a solução do caso. Só então se dá a concretização da norma, que envolve também, necessariamente, a compreensão da realidade. Pois a norma é determinada histórica e socialmente.” GRAU, Eros Roberto. Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/eros-grau-juizes-aplicam-direito-nao-fazem-justica>. Acesso em 25 de abril de 2022.

Retornando à proposta inicial deste tópico introdutório, caracterização do que se deva entender por *contrato administrativo*, resta finalmente investigar os pontos que dão originalidade conceitual às diferentes espécies do gênero *vontade* envolvidas em contratos.

O acordo de vontades convergentes a que se denomina contrato, tem *objetivos contrapostos e reciprocamente compatíveis*. A parte final dessa conclusão, grafada em itálico, respeita um fundamento criteriosamente lógico, sem o qual, nenhuma conclusão final no presente estudo jamais teria qualquer utilidade prática, porquanto convênios também envolvem acordos de vontades, no entanto inexistente contraposição de objetivos, mas sim identidade de objetivos e conjugação de esforços na mesma e única direção, consoante lição de Marçal Justen Filho^[2].

Necessário alertar que a vontade com a qual atua o agente da Administração, não tem a mesma natureza que a vontade com a qual trabalha o particular no âmbito do Direito Privado. Contratos administrativos e não apenas contratos celebrados entre particulares caracterizam-se como acordos de vontade, a vontade do Estado, porém, tem conteúdo e natureza inconfundíveis com a vontade psicológica utilizada pelo particular no momento em que define a proposta com a qual participará de uma licitação.

A vontade definidora dos compromissos a que o Estado se auto-obriga ao divulgar o edital de licitação, é vontade lógica, ou lógico-normativa, e não psicológica. O agente público, ao contrário do que sucede no Direito Privado, nunca é o sujeito do interesse jurídico que será atendido com a execução do contrato administrativo. O agente público, atuando nessa qualidade, não trabalha em função de interesse seu, mas da coletividade. Ele deve satisfazer o *interesse público*, interesse do povo. Trata-se, pois, de vontade normativa ou funcional, conforme a denomina Marçal Justen Filho^[3].

[2] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Forum, Belo Horizonte, 8ª edição, 2012, p.422

[3] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Forum, Belo Horizonte, 8ª edição, 2012, p. 346/347

No Direito Privado, também pode ser necessário o exercício de vontade semelhante, não psicológica, pessoal, mas isso ocorre só excepcionalmente, como em caso de mandato, de representação de pessoas jurídicas, etc. Nessas hipóteses, a vontade também é funcional, pois o mandatário ou representante atua em função de interesse alheio, todavia esse interesse não é público.

2. DEFINIÇÃO DO CONTEÚDO DAS CLÁUSULAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

A definição das cláusulas do contrato administrativo opera-se já na chamada fase preparatória, ou fase interna da licitação. É a etapa inaparente do procedimento licitatório, mas reveste-se de complexidade e exige dos agentes aos quais compete dela se ocuparem, a máxima aptidão, objetividade e precisão. É a etapa em que as falhas cometidas pelos agentes são ainda invisíveis para a coletividade e para os interessados em submeter suas propostas. Assim, ao contrário da fase que se inicia com a divulgação do instrumento convocatório, a Administração não terá a oportunidade de corrigir os erros de seus agentes com base em questionamentos dos particulares mediante impugnações (cabíveis somente após a divulgação do instrumento convocatório), recursos hierárquicos, e outras medidas administrativas e judiciais, pois os particulares interessados não sabem e, juridicamente, nem poderiam saber, o que está sendo definido.

Apesar das dificuldades que os agentes encontram na fase preparatória, a sua condução não é difícil para aqueles que têm suficiente aptidão profissional, espírito crítico, atenção e senso de oportunidade para definição de cada um dos atos administrativos então praticados. Estes são fatores sem cujo domínio, os agentes não conseguiriam evitar os indesejáveis efeitos de seu mau desempenho (imperícia), a inobservância do princípio da oportunidade (imprudência) e a incúria administrativa (negligência). E, claro, também a deliberada intenção do agente em errar (dolo). Os termos entre parênteses, mais familiares aos que se dedicam ao estudo do Direito Penal, são aqueles utilizados pela Constituição em seu art. 37, §6º, do qual se extrai a norma cujo comando submete o agente à ação regressiva movida pela Administração após ter indenizado a vítima de dano praticado nessas reprováveis condições.

Evidente, portanto, o cuidado que deve ter a Administração na fase preparatória porque os efeitos dos erros então levados a efeito pesarão muito mais sobre o erário.

Não basta, porém, apenas afirmar-se que a condução da fase preparatória é fácil para os agentes preparados, como se fez linhas acima, sem buscar os elementos objetivos que a lei fornece para que a Administração não erre. A Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, fornece, ora explícita, ora implicitamente, os parâmetros objetivos para a boa condução da fase preparatória.

Dentre os termos e expressões constantes expressamente já nos textos da Lei 14.133, devem ser destacados em especial, *necessidade*, *problema a ser resolvido*, *solução como um todo* e *melhor solução*. Estas expressões restringem a discricionariedade à sua mínima probabilidade.

A expressão *problema a ser resolvido* não está solta ou desconectada de fatores objetivos. O principal fator objetivo ao qual se vincula o problema é a *necessidade* da contratação, conforme estatui o art. 18, §1º, inciso I, da Lei 14.133. A identificação da *necessidade* da contratação vincula-se às exigências de interesse público fundamentadas em estudo técnico, consoante inciso I do *caput* desse mesmo artigo.

Inexiste para o agente, como se vê, qualquer espaço para o exercício criativo baseado em fatores que não sejam destinados à solução de um problema cuja solução compete à Administração, sendo, por isto mesmo, de interesse público. A atuação discricionária nessa fase, é mínima.

Cabe aqui a remissão à introdução deste estudo, quando se fez analogia entre norma jurídica e fórmulas de Matemática, Física e outras disciplinas. A norma orientadora da conduta do agente da Administração, além de solução em tese para problemas concretos futuros, cujas soluções são de interesse público, é uma verdadeira fórmula a ser preenchida com dados do problema concreto a ser solucionado.

O agente não cria a definição do objeto da licitação e do ulterior contrato, ele a descobre em bases objetivas, literalmente preenchendo a fórmula fornecida pela lei, com a descrição da *necessidade* cujo atendimento é de interesse público.

Destarte, na definição do objeto e dos demais fatores vinculantes da licitação, inexistem qualquer espaço para a criatividade pessoal subjetiva do agente, o qual deve avaliar o motivo de fato – a *necessidade*, nos termos da Lei 14.133 – tal como ele efetivamente é e jamais como lhe parece ser ou como ele gostaria que fosse, devendo, ainda, afastar qualquer preferência preconcebida ou antipatia em relação a qualquer fator.

Juridicamente, não há mera semelhança entre traços inerentes à *necessidade* a ser atendida mediante execução do objeto do contrato a ser celebrado, e o *motivo de fato* dos atos administrativos. Uma licitação é um procedimento administrativo e, como tal, constitui-se de uma sequência lógica de atos administrativos diferentes que convergem para uma finalidade maior comum a todos eles^[4]. Todos os atos integrantes do procedimento administrativo licitatório, têm *motivos de fato* e *pressupostos procedimentais* próprios e característicos (atos administrativos que necessariamente devem antecede-los e lhe conferem legalidade), mas o procedimento todo também tem o seu grande *motivo de fato* comum a todos os atos administrativos que o integram, que é a *necessidade* a que se refere a Lei 14.133.

A grande finalidade maior do procedimento administrativo licitatório, comum a todos os atos que o integram, é a obtenção, não só e simplistamente da proposta mais vantajosa, mas o melhor contrato possível, o contrato que, fielmente executado, resultará na “*adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina*” (art. 18, §1º, inciso XIII, da Lei 14.133) e eficazmente tornar-se-á a “*melhor solução*” para o “*problema a ser resolvido*” (consoante os termos do *caput* do citado §1º).

3. AS DIFERENTES ESPÉCIES DE CLÁUSULAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Preliminarmente a qualquer consideração sobre as diferentes espécies de cláusulas do contrato administrativo, é necessário lembrar a distinção que necessariamente se deve fazer entre *contrato* e *instrumento de contrato*. Contrato é o instituto

[4] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Jus Podivm - Malheiros Editores, 35ª edição, São Paulo, 2021. p. 400

jurídico que fornece o respaldo jurídico aos acordos de vontades. Instrumento é o documento pelo qual se comprova que o contrato foi concretamente celebrado. Ainda que pareça óbvia a distinção, é frequente o equívoco constante de cláusula contratual na qual se declara que as partes “assinam o contrato”.

Resgatar essa distinção, torna-se imprescindível para os fins do presente item porque o chamado instrumento do contrato administrativo, é um mesmo documento que simultaneamente abriga a corporificação de dois diferentes institutos: um verdadeiro contrato que contém (igualmente verdadeiras) cláusulas contratuais e um ato administrativo normativo contendo normas que literalmente regulamentam a execução do contrato.

As cláusulas contratuais, ou *negociais*, são visualmente identificáveis, pois contêm lacunas que deverão ser preenchidas com dados extraídos da proposta vencedora, razão, aliás, pela qual, a proposta vencedora, e não apenas o edital da licitação, é anexo necessário ao instrumento de contrato administrativo. Estas cláusulas são denominadas cláusulas *contratuais*, *negociais* ou *econômicas*. Apenas a denominação *cláusulas econômicas* merece ressalva, eis que todas as cláusulas contratuais são negociais, mas nem todas têm conteúdo apenas econômico. É o que sucede nos contratos resultantes de licitações nas quais os particulares devem apresentar também propostas de conteúdo técnico, como aquelas cujo critério de julgamento é o de *melhor técnica ou conteúdo artístico* ou o de *técnica e preço* (incisos III e IV, respectivamente, do art. 33 da Lei 14.133/21)

As demais cláusulas constantes na minuta que deve obrigatoriamente estar anexada ao edital da licitação, cujos conteúdos veiculam atos administrativos abstratos, ou normativo, por sua natureza, não contêm, e nem poderiam, lacunas a serem preenchidas pelos particulares, são as chamadas cláusulas *regulamentares*, ou *do serviço*.

A exata e segura identificação de cada espécie é absolutamente imprescindível porque o princípio da alterabilidade unilateral do contrato administrativo aplica-se unicamente às cláusulas regulamentares e jamais às negociais.

Às cláusulas efetivamente contratuais, aplicam-se as normas próprias do Direito Privado, principalmente no que se refere à sua inalterabilidade unilateral. Assim deve ser porque a definição de seus conteúdos deve observar parâmetros de admissibilidade, mas não se subordinam diretamente ao motivo de fato (necessidade a ser atendida com a execução do contrato). Esses parâmetros, ou critérios de aceitabilidade, admitem diferentes opções dos proponentes ao elaborarem suas propostas porque a própria Administração, ao avaliar o motivo de fato identificou a existência de alguma discricionariedade, razão pela qual, deixou de impor opção única por meio de *cláusula regulamentar*, uma vez que essa conduta poderia redundar em restrição da competitividade.

O art. 104 da Lei nº 14.133/22, ao definir as prerrogativas da Administração Pública, é silente quanto ao fato de que nem todas as cláusulas do contrato administrativo são alteráveis unilateralmente, mas ressalva no §1º, que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias não poderão ser alteradas sem a prévia concordância do particular contratado, ou seja, simplesmente são inalteráveis unilateralmente pela Administração, pois são cláusulas contratuais, ou negociais, razão pela qual se submetem ao regime comum dos contratos conforme disciplinados pelo Código Civil e legislação extravagante. Estas, porém, não são as únicas espécies de cláusulas negociais do contrato administrativo. Se, por exemplo, o contrato resultou de licitação cujo julgamento considerou também o método executivo, ou técnica, além do preço, estes fatores integrarão cláusulas negociais conforme afirmou-se anteriormente, porquanto seus conteúdos são definidos pelo proponente em sua proposta ou em documento a ela anexado.

4. FUNDAMENTO DE VALIDADE DAS ALTERAÇÕES DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

No Capítulo VII do Título III da Lei nº 14.133, de 2022, está disciplinada a *alteração dos contratos administrativos e dos preços*. Não fosse apenas a impropriedade da expressão que identifica esse capítulo, pois não se consegue alterar os preços sem alterar o contrato, também seus diversos dispositivos mereceriam ter sido melhor sistematizados consoante ter-se-á oportunidade de observar linhas adiante.

4.1 ALTERAÇÕES UNILATERAIS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

As alterações unilaterais do projeto ou das especificações técnicas relativas ao método executivo do contrato administrativo, não têm caráter discricionário, mas sim e unicamente vinculado, conforme deixa claro o art. 124, ao subordinar tais medidas à sua adequação técnica em relação aos *objetivos originários*. Ora, o que é um objetivo senão o atendimento do *motivo de fato* originário da licitação ou do procedimento de dispensa ou inexigibilidade?

O motivo de fato da licitação e do contrato vincula todos os fatores a serem definidos no edital da licitação e no instrumento do contrato. Afinal, tanto a licitação quanto o contrato têm caráter instrumental em relação à *necessidade* ou *problema* a ser resolvido. Assim, qualquer alteração unilateral do contrato administrativo será legítima somente se for necessária para garantir que ele, como instrumento que é, seja eficaz em sua missão: resolva o *problema* a que alude o art. 18, §1º da Lei 14.133.

A conclusão lógico-jurídica é uma só: alterações unilaterais do contrato administrativo são válidas quando provocadas por alterações na própria *necessidade* originária para cujo atendimento foi celebrado o contrato ou, em outros termos, alterações supervenientes no motivo de fato legitimam alterações correspondentes e proporcionais no contrato administrativo.

Como se verá adiante, também variações em fatores circunstantes ao motivo de fato – embora este não se tenha alterado – podem justificar modificações no contrato, como são exemplos os fatores retardadores da execução em intensidade tal que acaba provocando atrasos no cumprimento do cronograma contratual.

A redação relativa à segunda hipótese de alteração unilateral do contrato administrativo arrolada pelo art. 124 em seu inciso I, pode levar a conclusões equivocadas, dado que é juridicamente impossível a alteração unilateral originária dos preços contratados, por serem conteúdo de cláusula contratual, ou negocial. Trata, portanto, esse inciso I, de alteração derivada, ou revisão dos preços provocada por alterações de outros fatores do contrato. Não é, porém, inútil esse

enunciado da Lei 14.133, pois define o direito da Administração de diminuir os preços proporcionalmente à diminuição dos custos de execução do objeto, sem que o contratado precise concordar formalmente. Mas também estabelece o dever da Administração em aumentar os preços contratados, proporcionalmente à oneração provocada por alterações contratuais originárias.

O art. 125 da Lei 14.1333, que, conforme a melhor técnica, bem poderia ser um parágrafo do art. 124, repete norma já existente na lei anterior quanto à obrigatoriedade de aceitação pelo contratado, de acréscimos ou diminuições de até 25% no valor do contrato de construção de obra, prestação de serviço ou venda de bens à Administração. Sendo que o limite percentual, para acréscimos, será de 50% quando se tratar de reforma de equipamento ou edificação. O objetivo implícito em tal norma, aponta para a etapa de montagem, pelo particular, da proposta com que pretende participar da licitação, vez que embora não faça menção explícita, deve considerar a ulterior probabilidade de tais acréscimos ou supressões.

O art. 129, incorrendo no mesmo desacerto técnico, depois de três artigos sobre outras matérias, volta a tratar dos acréscimos e supressões, alertando para os direitos do contratado a ressarcimento, em caso de supressões, de materiais por ele comprovadamente já adquiridos, mas sem qualquer menção a outros insumos, e também a compensação por danos comprovados resultantes da alteração contratual. Esses ressarcimentos deverão ser “*monetariamente reajustados*”, exatamente esta é a expressão utilizada na redação do artigo, porém deve ser interpretada como compreendendo o reajuste dos preços e também a correção, ou atualização, monetária correspondente a oscilações do poder aquisitivo da moeda, sob pena de operar-se locupletamento da Administração sem causa lícita, em caso de correção para valor maior, ou do contratado se a correção resultar em valor menor.

Oportuno, finalmente, lembrar que o objeto do contrato não pode ser transmutado em consequência de alterações unilaterais.

4.2 ALTERAÇÕES CONTRATUAIS MEDIANTE ACORDO ENTRE AS PARTES

As hipóteses de alteração mediante acordo entre Administração e particular contratado, enumeradas no inciso II do art. 124, abrangem situações de diferentes naturezas. Das quatro hipóteses arroladas, a da alínea “b” chama a atenção, já que a inaplicabilidade dos termos contratuais originários, pertinentes ao regime de execução ou ao modo de fornecimento, deve ser superveniente à contratação e não contemporânea à definição feita na origem do contrato. Afinal, se os termos já fossem inaplicáveis quando foram concebidos, os licitantes perdedores, principalmente o segundo colocado, seriam prejudicados por erro na definição de tais termos. Destarte, os licitantes perdedores teriam sido vítimas de dano provocado por agentes da Administração.

Ressalvada unicamente a hipótese de absoluta impossibilidade de se perceber a inaplicabilidade, ou inadequação, o agente terá incorrido em negligência, imprudência, imperícia ou mesmo dolo, fatores suficientes para a incidência dos comandos normativos do art. 37, §6º, da Constituição da República, referente à responsabilidade patrimonial extracontratual (pois à época, contrato nenhum ainda existia) das pessoas jurídicas de direito público e das de direito privado prestadoras de serviços públicos.

O §1º do art.124 se refere a hipótese de ilicitude semelhante à ora comentada, porém aponta a necessidade de ressarcimento apenas quando a vítima do dano é a Administração, o que obviamente não restringe a norma constitucional do art. 37, §6º, quanto à responsabilidade da Administração, mas também não é inútil, tem no mínimo papel informativo, eis que nem todos que consultam e aplicam a Lei 14.133, têm formação jurídica ou têm conhecimento do mencionado §6º.

Os comentários e ressalvas a que se procedeu no parágrafo anterior, não têm por fim concluir que a citada alínea “b” do inciso II seria juridicamente infundada. Absolutamente não, pois trata-se de mero enunciado, é apenas uma partícula da lei, fonte do Direito, da qual se deve extrair a norma jurídica, esta sim, parte integrante do Direito. Como partícula, deve ser conjugada com outros dispositivos

ou mesmo normas já conhecidas, e, dentre estas últimas, destaca-se o princípio da competitividade. Da conjugação entre o enunciado dessa alínea “b” e o princípio da competitividade, conclui-se que a *norma de solução* (conceito comentado na Introdução deste trabalho) pressupõe que a “inaplicabilidade dos termos contratuais originários” tenha surgido de fator superveniente à formalização do contrato. Afinal, o contexto normativo prevalece sobre a mera literalidade de um enunciado escrito .e isolado

Claro é que não basta que esse fator seja apenas superveniente. Como a superveniência é aspecto presente também em outras normas relativas a alterações do contrato administrativo, o aprofundamento será feito ao final, após os comentários relativos a todas as hipóteses de alteração definidas pela Lei 14.133/21.

A alínea “c” do mesmo art. 124, inciso II, relativa a modificações da forma de pagamento, deveria ter uma vírgula antes da preposição “*sem*”, por referir-se à “antecipação de pagamento” e não ao “cronograma financeiro fixado”.

A alínea “d” carece da melhor técnica jurídica, mas não abriga nenhum erro que pudesse prejudicar ou inviabilizar a extração da norma jurídica pertinente. Enquanto a alínea “d” mescla atos e fatos jurídicos, além de diferentes teorias e princípios legitimadores das alterações contratuais, o §2º vem acrescentar mais uma teoria provinda da jurisprudência do Conselho de Estado da França, o *fait de l’Administration*, usualmente traduzido como “fato” da Administração, embora seja um “ato” diante do qual, se o contratado desse continuidade à execução do objeto do contrato, resultaria em ilicitude.

A alínea “d” reúne os mais diversos fatores, como *força maior*, *caso fortuito*, *fato do príncipe* e *teoria da imprevisão*. O §2º acrescenta ainda a hipótese de descontinuidade da execução do contrato motivada pela impossibilidade de ingresso em propriedade privada em relação à qual a Administração, por culpa exclusiva sua, não levou a efeito, ou não concluiu ainda, o procedimento de desapropriação, desocupação física, servidão administrativa ou licenciamento ambiental. O conteúdo deste §2º poderia estar integrado ao texto da alínea “d”

e, ademais, com o acréscimo da menção aos institutos da excepcionalíssima, mas ainda assim possível, requisição administrativa (art. 5º, inciso XXV, da Constituição), e da ocupação temporária de propriedade privada necessária para utilização transitória sem a qual não seria viável a continuidade da obra pública ou serviço de engenharia, o que, de qualquer forma, pode ser considerado como implícito e, pois, deverá integrar a norma jurídica resultante de tal texto.

Apesar da expressa menção a “*fato do príncipe*” nessa mesma alínea, a lei volta ao tema no art. 134, dez artigos adiante, definindo que “os preços contratados serão alterados, para mais ou para menos”, expressão que tem o mesmo sentido de “restabelecer-se-á o equilíbrio econômico-financeiro” originário do contrato. O art. 134, portanto, ao aludir a criação, alteração ou extinção de tributo ou encargo legal, assim como a comandos legais supervenientes cujos efeitos repercutam sobre os preços contratados, está apenas elencando exemplos de *fato do príncipe*.

4.3 FORMALIZAÇÃO DAS ALTERAÇÕES

A redação do art. 132 refere-se a “formalização do termo aditivo”. No melhor rigor técnico, a expressão deveria ser “formalização do aditamento”, já que “termo” é o instrumento, ou documento, pelo qual será comprovada a alteração do contrato. Esse cuidado não é apenas redacional, mas de fundo jurídico porque formalização ou formalidade é pressuposto de eficácia do ato ou procedimento administrativo, sem o qual, obviamente, ele pode até ser existente e válido, mas não estará apto a produzir seus efeitos jurídicos. Reforça o entendimento de que se trata de pressuposto de eficácia, a expressão constante no texto legislativo, segundo a qual, o “termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração”, além do que, linhas adiante, o artigo faz menção expressa a “antecipação de seus efeitos”.

A norma jurídica nesse caso, portanto, tem como hipótese a “alteração de contrato administrativo” e como comando, ou mandamento, normativo, o dever de instrumentar a alteração mediante termo aditivo.

Quando a equação econômico-financeira do contrato é atingida por esta alteração pela Administração contratante, a modificação unilateral e o consequente reequilíbrio devem ser formalizados no mesmo termo aditivo.

O dispositivo ressalva, muito realista e apropriadamente, que na hipótese de ser necessária a antecipação dos efeitos, a Administração terá o prazo de um mês para providenciar as assinaturas do instrumento de alteração do contrato.

Em caso de se consubstanciarem somente após a extinção do contrato, as condições para efetiva recuperação do equilíbrio econômico-financeiro, o ex-contratado terá direito a indenização, a qual será formalizada, não por termo aditivo, pois o contrato já não mais existe, mas por meio de *termo indenizatório*. O particular, todavia, deverá ter requerido o reequilíbrio antes da extinção do contrato ou da prorrogação quando se tratar de contrato cujo objeto for a prestação de serviços ou fornecimentos contínuos.

Por fim, há situações que merecem registro em instrumento próprio, porém não acrescentam nem alteram direitos e deveres das partes, pois não configuram alteração do contrato. É o que sucede em caso de alterações societárias do contratado e outras situações sem repercussão sobre direitos e deveres das partes contratantes. O instrumento a ser adotado nessas hipóteses, terá a forma de “*apostila*”.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além das alterações unilaterais do contrato administrativo levadas a efeito pela Administração Pública, na qualidade de contratante, há outros fatores que também podem afetar o equilíbrio econômico do contrato.

A jurisprudência do Conselho de Estado da França, fonte clássica das teorias orientadoras das operações de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, fornece o material caracterizador dos motivos legitimadores da aplicação de mecanismos de recuperação do equilíbrio econômico-financeiro

originário. Destacam-se as figuras do *fato do príncipe*, do *fato da Administração*, das *sujeições imprevistas* e dos fatores imprevisíveis e alheios à vontade das partes.

Fato do príncipe, tradução literal de "*fait du prince*", a rigor, é um ato e não um fato, praticado por pessoa jurídica de Direito Público, podendo ter diversas naturezas (administrativa, legislativa, etc.) cujos efeitos atingem o equilíbrio econômico do contrato administrativo.

Ainda que a pessoa Jurídica de Direito Público seja a contratante, o fato do príncipe é externo à relação contratual e dela totalmente independente.

Fato da Administração, *fait de l'Administration*, é igualmente um ato, ou mesmo omissão, e não simples fato, praticado pela Administração em desconformidade com o sistema normativo, cujos efeitos dificultam, retardam ou impedem a regular execução, pelo particular, do objeto contratado. O único ponto comum desta teoria com a alteração unilateral do contrato, é que nesta a Administração transgredir alguma norma e na alteração unilateral ela atua licitamente.

A equação econômica do contrato administrativo é efetivamente uma equação tal como concebida pela Matemática. É a equação simples de primeiro grau representada por $x - y = 0$, na qual, "x" representa a soma dos pagamentos a serem feitos ao contratado e "y" representa a soma de todos os custos com os quais o contratado deverá arcar para poder executar o objeto do contrato.

Para o cálculo a que se refere o parágrafo a seguir, deve-se, obviamente, subtrair, do valor relativo aos pagamentos, os lucros, antes de substituir o elemento "x". Assim deve ser porque ninguém sobrevive se trabalhar e ao final for ressarcido apenas dos custos com os quais arcou. Apesar do preconceito popular generalizado contra o lucro, o que deveria existir somente contra lucros excessivos, é somente no lucro justo que está a verdadeira remuneração do trabalho.

Essa equação tem função de fórmula e, tal como já foi comentado neste trabalho, seus elementos devem ser substituídos por dados concretos para que o cálculo seja viável. Quando o resultado for menor que "0" (zero), a Administração contratante

estará pagando mais do que seria justo fazê-lo. Quando, ao contrário, o resultado for superior a “0” (zero), é o contratado que estará se locupletando sem causa lícita caso não seja recuperado o equilíbrio contratual.

Merece, finalmente, algumas linhas no estudo deste tema, a teoria da imprevisão. Ela permite visualização mais clara e simples, além de facilitar a aplicação das demais teorias na solução de situações concretas de desequilíbrio econômico.

A teoria da imprevisão aponta como motivo idôneo para legitimar a recuperação da equação econômica, um fator com as seguintes características:

- a) superveniente ao momento em que o contrato torna-se perfeito (quando completaram-se todas as etapas de sua formação e formalização),
- b) imprevisível pela parte à qual interessa a recuperação da equação econômica do contrato,
- c) de consequências igualmente imprevisíveis para essa mesma parte,
- e) inevitável pela parte que pretende reclamar a recuperação da equação econômica do contrato,
- f) de consequências igualmente inevitáveis para a mesma parte
- g) de alcance objetivo, ou seja, atinge a equação econômica do contrato e atingiria igualmente e na mesma amplitude e natureza, ainda que fosse qualquer outra a pessoa envolvida em seu lugar como parte no contrato.

Como se torna facilmente perceptível, pode-se concluir que a objetividade afasta totalmente qualquer preferência subjetiva, tanto nas iniciativas de alteração do contrato administrativo, quanto nas operações de recuperação de seu equilíbrio econômico.

As operações de recuperação do equilíbrio contratual originário, subordinam-se a princípios matemáticos e, por isso mesmo, referentes a fatores legitimadores tangíveis, facilmente detectáveis, analisáveis e avaliáveis.

As operações de alteração unilateral do contrato pela Administração, embora não se vinculem a princípios matemáticos, subordinam-se a fatores legitimadores igualmente tangíveis, facilmente detectáveis, analisáveis e avaliáveis. O que permite concluir-se que atos administrativos e procedimentos cuja finalidade seja a alteração de contrato administrativo são predominantemente vinculados, restando ínfimo espaço para alguma discricionariedade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Jus Podivm - Malheiros Editores, 35ª edição, São Paulo, 2021.

GRAU, Eros Roberto. Revista **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-14/eros-grau-juizes-aplicam-direito-nao-fazem-justica>. Acesso em 25 de abril de 2022.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Editora Forum, Belo Horizonte, 8ª edição, 2012.

05

O DIÁLOGO COMPETITIVO E O INCENTIVO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA

COMPETITIVE DIALOGUE AND THE ENCOURAGEMENT OF TECHNOLOGICAL INNOVATION

Por Leonardo de Souza Prates Menezes

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Graduado em Direito pela FAE Centro Universitário. Professor do Curso de Gestão Pública da UNINTER. Articulista. Advogado e Sócio da Blanchet, Guarido e Prates Menezes Advogados Associados. Foi Consultor privado para Licitações, Contratos Administrativos e Meio Ambiente. Contato: leonardomenezes@blanche.adv.br

ABSTRACT

Since the enactment of the 1988 Constitution of the Republic, Administrative Law guided by the reasons of consensual or democratic administration later influenced Federal Law Nº. 14,133/2021 (NLLC). The figure of competitive dialogue arises, a bidding modality adopted for complex solutions that are unknown to the Public Administration.

From the perspective of the NLLC, we analyze the three phases of the competitive dialogue and their respective procedures.

Encouraging technological innovation is an objective of the NLLC, which has elements to make it effective, including competitive dialogue. Technological innovations are identified, at the same time, as ways of satisfying collective needs and promoting free enterprise.

Therefore, competitive dialogue is a tool made available to the public administration to satisfy complex collective needs with the encouragement of technology. Therefore, competitive dialogue is observed as a tool made available to the Public Administration to satisfy complex collective needs through the encouragement of technology.

KEYWORDS:

Consensual administration. Negotiation. Bidding. Competitive Dialogue. Technological innovations.

RESUMO

O primeiro tópico apresenta as alterações promovidas na estrutura dos Estados em decorrência da globalização e das alterações nas relações sociais. Noções de autoridade, imposição e irresponsabilidade do Estado abrem espaço aos Estados modernos com seus postulados de Administração consensual, democrática, responsabilidade e transparência.

Após a promulgação da Constituição da República de 1988, o Direito Administrativo passa a ser orientado pelas razões de Administração consensual ou democrática, o que, mais tarde, influenciou a promulgação da Lei Federal nº 14.133/2021 (NLLC). Com ela surge a figura do diálogo competitivo, modalidade de licitação adotada para soluções complexas e de desconhecimento da Administração Pública.

No terceiro tópico são analisadas, sob óptica da NLLC, as três fases do diálogo competitivo, quais sejam (i) *pré-seleção*; (ii) *diálogo*; e (iii) *competição*, e seus respectivos procedimentos.

O incentivo à inovação tecnológica é objetivo da NLLC, a qual possui elementos para efetivá-lo, dentre os quais o diálogo competitivo. As inovações tecnológicas são identificadas, a um só tempo, como formas de satisfação de necessidades coletivas e de fomento à livre iniciativa.

Portanto, observa-se o diálogo competitivo como ferramenta colocada à disposição da Administração Pública para satisfação de necessidades coletivas complexas através do incentivo à tecnologia.

PALAVRAS-CHAVE:

Administração consensual. Negociação. Licitação. Diálogo Competitivo. Inovações tecnológicas.

SUMÁRIO:

Introdução – 1 Administração Consensual – 2 Lei Federal nº 14.133/2021, diálogo competitivo e as suas relações com as noções de Administração consensual ou democrática – 3 O diálogo competitivo sob a óptica da Lei Federal nº 14.133/2021 – 4 O diálogo competitivo como instrumento para implementação de inovação tecnológica em favor do interesse público – 5 Considerações finais – Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

Em decorrência dos efeitos da globalização, as relações sociais e, por sua vez, o arquétipo dos Estados sofreram alterações, dando vez aos Estados modernos, através dos quais as noções de soberania e irresponsabilidade do Estado deram espaço às noções de responsabilidade, transparência e Administração consensual ou democrática. Por consequência, os atos e processos administrativos deixaram de ser realizados de modo unilateral e impositivo pela Administração, possibilitado que os particulares sentassem à mesa com a Administração e assim influenciassem atos e processos administrativos regidos pelas premissas de consenso, transação, diálogo, acordo e negociação.

Nessa perspectiva, a Constituição da República de 1988 implementou noções de Administração democrática e transparente, sem olvidar da possibilidade de participação social nas relações públicas, o que, influenciou o Direito Administrativo brasileiro e a legislação infraconstitucional. Algumas décadas depois e mais fortes as influências de Administração consensual ou democrática no Direito Administrativo, fora promulgada a Lei Federal nº 14.133/2021, o novo regime jurídico das licitações e contratações públicas, fortemente municiado por postulados de responsabilidade, transparência, consensualismo, governança, planejamento e *accountability*.

Fruto de tais postulados surge nova modalidade de licitação, qual seja o diálogo competitivo, instituto baseado na experiência europeia a respeito das contratações públicas. Tal modalidade é incorporada no ordenamento jurídico como ferramenta a ser utilizada pela Administração diante de situações obscuras, onde o interesse

público clame por uma satisfação técnica complexa e os quadros da Administração, diante de assimetria de informação, não possuem conhecimento técnico para definir o objeto a ser contratado e as condições da contratação. Assim, a Administração Pública convoca o mercado para negociação cujo objeto será a definição de solução mais vantajosa para o atendimento do interesse público e, após, será iniciada competição isonômica entre os *players* interessados.

Serão observadas no presente artigo as peculiaridades do diálogo competitivo à luz da Lei Federal nº 14.133/2021 (NLLC) e os procedimentos de cada uma das três fases da referida modalidade de licitação (pré-seleção, diálogo e competição), evidenciando-se a necessidade, para a efetiva contratação, de respeito à isonomia, à impessoalidade e à normas constantes dos instrumentos convocatórios lançados no curso do processo licitatório.

Paralelamente será analisado um dos objetivos da NLLC – o incentivo à inovação tecnológica – e a possibilidade de utilização do diálogo competitivo para a contratação de soluções inovadoras e tecnológicas.

As inovações tecnológicas serão abordadas como ferramentas aptas a promover a satisfação do interesse público; do desenvolvimento nacional; da redução de desigualdades e da pobreza; da realização da dignidade humana; assim como do fomento ao mercado e à livre iniciativa. Em outras palavras: a utilização de tecnologia pela Administração Pública, incorporando-a à sua estrutura ou aos serviços públicos, ou, disponibilizando-a aos cidadãos, para a satisfação de necessidades coletivas.

O diálogo competitivo, portanto, será analisado como uma possibilidade de colocar as inovações tecnológicas à disposição da Administração para a satisfação de suas finalidades (o interesse público) e para o fomento do desenvolvimento nacional.

1. ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL

Para limitar o poder do Estado perante os particulares e como instrumento de efetivação do Estado de Direito, surgiu o Direito Administrativo – século XIX e

primeira metade do século XX. Todavia, é preciso dizer que no seu surgimento, o Direito Administrativo, guardava forte relação com temas de autoridade e soberania do Estado, a exemplo das noções de supremacia do interesse público sobre o privado e irresponsabilidade do Estado^[1]. A atuação da Administração Pública era orientada por atos autoritários, impositivos e unilaterais.

Relações jurídicas eram criadas, modificadas ou extintas de forma unilateral pelo Estado. Era considerada, única e exclusivamente, a manifestação de vontade da Administração Pública. Eram comuns os atos administrativos impositivos, auto executórios e até mesmo com presunção de legitimidade e veracidade.

Entretanto, foi no século XX que a Administração Pública assumiu uma nova face. Os Estados modernos passaram a ser orientados por noções de boa administração, Estado em Rede, Governança Pública, Administração Pública gerencial, transparência, responsabilidade, eficiência e entre outros.

Em um breve aparte, para a realidade brasileira, é preciso evidenciar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi responsável por instituir um Estado mais transparente e responsável e por munir a sociedade com ferramentas para questionar o poder do Estado e para participar, mais ativamente, das mais variadas relações sociais.

Em decorrência das reiteradas mudanças sociais e da nova configuração dos Estados modernos é que surgiu o fenômeno do consensualismo, o qual pode ser entendido como elemento capaz de influenciar uma Administração Pública mais transparente, democrática, responsável e que considera mais variados interesses da sociedade na tomada de decisões ou realização de atos administrativos.^[2]

-
- [1] ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Mecanismos de consenso no Direito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 335-349.
- [2] FREITAS, Daniel Castanha e MENEZES, Leonardo de Souza Prates. **Consensualismo na administração pública brasileira: a possibilidade de satisfação do interesse público e a contribuição do art. 26 da LINDB**. In: NEVES, Rodrigo Santos; Cyrino, Rodrigo Reis; GALVÊAS, Thiago Albani de Oliveira e (Coords). **Direito administrativo: novos paradigmas, tendências e realidade**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021, p. 281-322.

As relações do Estado passaram a sofrer mais interferências da sociedade (pessoas físicas, setor privado, organizações sociais sem fins lucrativos), assim como instrumentos consensuais e contratuais passaram a ser mais utilizados pelo Estado. Onde antes os atos administrativos eram orientados por autoritarismo, imposição, supremacia e unilateralidade, o consenso e o diálogo ganharam espaço.

Sob a óptica do consensualismo, termos como negociação, acordo, diálogo, cooperação, transação restaram mais presentes nos atos da Administração Pública^[3]. Os interesses da sociedade passaram a ser considerados, não mais vigendo, única e exclusivamente, a supremacia do Estado.

Na prática, as noções de Administração consensual possibilitam que as decisões e atos administrativos sejam exarados após a apresentação, consideração e composição dos interesses de todas as partes envolvidas na relação administrativa. A supremacia do Estado passou a dar espaço à possibilidade de participação social em suas relações, tendo como finalidade a composição dos mais legítimos interesses.

Atos, decisões e processos administrativos passaram a ser observados, implementados e exarados considerando a participação dos mais variados atores sociais - seja através do diálogo, da composição, do acordo -, possibilitando, assim, atos mais legítimos e transparentes e, por sua vez, menos autoritários e discricionários.

A Administração consensual orienta-se pela negociação, isto é, as soluções e atos administrativos decorrem do diálogo, do comum acordo, são, portanto, atos bilaterais. Negociação não significa e não comporta imposição unilateral. As relações jurídicas decorrentes de negociação são regidas pela razão *ganha-ganha*, de forma que benefícios, créditos e valores são atribuídos tanto ao Estado quanto aos atores sociais. Todos os personagens são beneficiados com o resultado da composição, todos ganham.

[3] SCHWANKA, Cristiane, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, forma de expressão e instrumentos de ação. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, v. 104, p. 303-322, 2009.

A saber, o atual sistema jurídico brasileiro contém institutos derivados das noções de Administração consensual, a exemplo: (i) da utilização dos acordos de leniência no âmbito das infrações contra (i.i) a Lei de Licitações e Contratos Administrativos; (i.ii) a lei de Ordem Econômica; e a (i.iii) Lei Anticorrupção; (ii) os termos de ajustamento de condutas (TAC's); (iii) a adoção da mediação pela Administração Pública; (iv) o Termo de Celebração de Compromisso, implementado pelo art. 26 da LINDB; (v) procedimentos de manifestação de interesse – PMI, previsto na Lei Federal nº 14.133/2021; (vi) negociações tributárias; (vii) o diálogo competitivo nas licitações públicas, previsto na Lei Federal nº 14.133/2021, o qual será explorado no presente artigo; e entre outros.

A realidade, portanto, é que as relações disciplinadas pelo Direito Administrativo considerem, a medida do possível, o diálogo, o consenso, a negociação, ou seja, a plena participação dos atores sociais para a satisfação do interesse público.

2. LEI FEDERAL Nº 14.133/2021, DIÁLOGO COMPETITIVO E AS SUAS RELAÇÕES COM AS NOÇÕES DE ADMINISTRAÇÃO CONSENSUAL OU DEMOCRÁTICA

É preciso que se diga que os postulados de Administração consensual influenciam o ordenamento jurídico nacional, de forma que o direito brasileiro não passou ileso às referidas influências. Tanto é assim que a Lei Federal nº 14.133/2021 de 1º de abril de 2021, em sua elaboração, foi orientada por noções de Administração consensual, motivo pelo qual as contratações públicas passaram a ser dirigidas pelos postulados de eficiência e economicidade, transparência, governança pública, integridade, negociação, consenso e entre outros.

As licitações e contratações públicas, sob o prisma da nova lei, passaram a ser interpretadas não apenas como processo ou procedimento formal e solene, norteadas pelo respeito à impessoalidade e à isonomia, com vistas à seleção da proposta mais vantajosa e posterior entabulamento de contrato administrativo. Mais do que isso.

Com o novo regime jurídico das contratações públicas, as licitações podem ser definidas como técnica de negociação, através da qual a Administração Pública

transaciona com particulares, concomitantemente, à luz dos princípios da isonomia e da impessoalidade, tendo como finalidade – ainda que repetidamente, após a negociação – a seleção da proposta mais vantajosa. De um lado da negociação a Administração pretende selecionar a melhor proposta por um melhor preço, atendendo ao princípio da economicidade. Por outro, o particular pretende prestar serviço ou fornecer produto pelo melhor preço, após negociar com seus concorrentes o preço final a ser contratado pela Administração (disputa entre os licitantes).

E mais: considerando que as compras governamentais mobilizam, por ano, de 10 a 15% do Produto Interno Nacional-PIB, o que reflete mais de R\$ 740 bilhões anuais^[4], a licitação é instrumento de negociação essencial para o implemento de políticas públicas, desenvolvimento nacional, fomento, sustentabilidade e inovação^[5].

As licitações, portanto, são mais do que processo administrativo impositivo, discricionário e unilateral de contratação. Trata-se de processo administrativo orientado pelo consenso e pela negociação, processo esse que a Administração elaborará um arcabouço de regras para a negociação coletiva (edital e seus elementos), tendo relevante importância para o desenvolvimento nacional.

Nessa perspectiva é que o legislador incluiu, através da Lei Federal nº 14.133/2021, nova modalidade de licitação – não prevista na Lei Federal nº 8.666/1993 – no sistema jurídico das contratações públicas, qual seja a modalidade do diálogo competitivo, como técnica para efetivação das negociações e diálogo no âmbito das licitações públicas. Nesse sentido, Marçal Justen Fiho pontua que o diálogo competitivo consagrou “as soluções cooperativas no relacionamento entre Administração e particular”, o que reflete “uma tendência política e econômica”^[6].

[4] NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Nova lei de licitações e contratos**: comparada. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p.07.

[5] NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Sobre a nova lei de licitações**: Aprimoramento ou engessamento da contratação pública? Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/342768/lei-de-licitacoes-aprimoramento-ou-engessamento-da-contratacao>>>. Acesso em: 29 mar. 2022.

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p.454.

Considerando as relações sociais cada vez mais complexas e a insuficiência dos recursos estatais para o desempenho de atividades mais complexas e especializadas no exercício de suas funções administrativas é que surge o diálogo competitivo. É dizer que o quadro da Administração Pública e seus servidores não possuem todas as condições e ferramentas para implementar e solucionar todas as necessidades públicas.

Nessa perspectiva é que Marçal Justen Filho relaciona a cooperação negocial entre Estado e setor privado pela “assimetria cognitiva”, o que significa que a Administração não se encontra na mesma posição que o setor privado no que diz respeito ao domínio do conhecimento técnico e científico^[7].

O Poder Público, muitas vezes, identifica necessidades de compras, serviços e obras públicas. Contudo, não dispõe de conhecimento para supri-las e tampouco para mensurar as características de uma eventual contratação de particular para suprir a demanda. A Administração identifica a necessidade, porém, não sabe qual caminho seguir.

Nesse compasso, Irene Patrícia Diom Nohara adverte que:

Como, atualmente, há muita inovação em prestações de serviços e produtos, nem sempre o Poder Público tem conhecimento do *estado da arte* de tudo o que existe no mercado em termos de soluções em prestações de serviços ou mesmo da gama de produtos e técnicas possíveis, assim a ideia da nova modalidade é fugir do padrão imposto pelas modalidades mais rígidas nas licitações com o objetivo de possibilitar que a Administração Pública estruture uma contratação mais customizada e, portanto, mais apta a solucionar especificamente um problema seu.^[8]

Nessa amálgama é que o diálogo competitivo possibilita a cooperação entre Estado e setor privado para a concepção da solução mais adequada para a satisfação do interesse público demandante por soluções complexas e inovadoras.

[7] *Ibidem*, p. 458.

[8] NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova..., p. 183.

Com o convite ao setor privado para sentar à mesa das negociações para a satisfação dos interesses públicos, um arranjo entre Estado e setor privado para o nascimento de soluções para problemas complexos é estabelecido. O diálogo competitivo, portanto, potencializa a busca por soluções complexas, à medida que o conhecimento e o *know how* de agentes privados são compartilhados e fornecidos à Administração Pública na fase preparatória da licitação.

Com a utilização de licitação na modalidade diálogo competitivo, o Estado convoca os agentes privados – detentores de conhecimento na área da referida demanda – para a apresentação de soluções - ainda na fase interna da licitação - que, certamente, auxiliarão na definição do objeto da licitação, delineamento das necessidades públicas, quantificação de custos e prazos e, por fim, a publicação do edital de licitação. O particular auxilia a Administração Pública na definição de estratégias, orçamentos, planos e projetos para a solução de demanda social complexa.

À luz da Lei Federal nº 14.133/2021, o diálogo competitivo é modalidade de licitação, através da qual Administração Pública provoca os agentes privados para que participem da licitação e compartilhem seus conhecimentos para a solução de necessidade pública complexa, considerando que alguns modelos de negócios são atípicos e desconhecidos, impossibilitando que a Administração identifique, de pronto, como definir o objeto, como contratar, quanto pagar e quem contratar. O debate instaurado, portanto, possibilita o esclarecimento e o aprendizado quanto à necessidade pública. Superada esta fase, inicia-se uma competição entre os licitantes, tendo como finalidade a contratação pública. É dizer que em um primeiro momento os particulares (*players*) compartilham conhecimento e apresentam soluções à Administração Pública; e, numa segunda fase, os *players* competem entre si, apresentam propostas vinculadas à solução negociada, a fim de entabular contrato administrativo. O diálogo deve ser adotado para, em regra, buscar uma contratação pela Administração Pública não podendo ser utilizado para especulação de preços ou de soluções técnicas e inovadoras.^[9]

[9] NOHARA, Irene Patrícia Diom. Nova..., p. 183-187.

Uma breve consideração deve ser realizada, embora o direito administrativo seja um instituto novo no direito brasileiro, é preciso que se diga que deriva de uma realidade já experimentada e exitosa no direito europeu. Trata-se de modalidade inspirada no art. 30 da Diretiva 2014/24 da União Europeia, depois incorporada ao ordenamento jurídico de diversos países europeus, a exemplo de Portugal, Espanha, Inglaterra, Holanda e França. No direito europeu, o “diálogo concorrencial” diz respeito à modalidade de licitação pública responsável por anunciar concurso contendo as necessidades, critérios e requisitos, para que os agentes do mercado solicitem a participação e, após autorização, apresentem informações que auxiliarão a seleção de participantes pela autoridade competente.

Dito isso, passa-se à análise do rito e peculiaridades da nova modalidade de licitação – diálogo competitivo – à luz da Lei Federal nº 14.133/2021.

3. O DIÁLOGO COMPETITIVO SOB A ÓPTICA DA LEI FEDERAL Nº 14.133/2021

O diálogo competitivo, nos termos do art. 6º, XLII da Lei Federal nº 14.133/2021 – Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (NLCC) –, é:

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.

Apenas a título de contextualização, é preciso que se diga que a NLCC para além de inovar ao possibilitar a utilização do diálogo competitivo nas licitações para aquisição de bens obras e serviços, implementou mudança nas Leis Federais nº 8.897/1995 e 11.079/2004 para autorizar a adoção do diálogo competitivo nas licitações para concessão comum de serviço público par a contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública.

Para além disso, o art. 32 da Lei Federal nº 14.133/2021 apresenta alguns pressupostos para a contratação pública através da modalidade diálogo competitivo,

os quais comportam variações^[10], a depender da situação fática enfrentada pela Administração, não podendo se falar em rol taxativo ou exemplificativo das hipóteses previstas no referido artigo da Lei^[11], quais sejam – (I) necessidade de contratação de objeto que envolva: (I.a) inovação tecnológica ou técnica ; (I.b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; (I.c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração; e (II) necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer as necessidades da Administração, com destaque para os seguintes aspectos: (II.a) a solução técnica mais adequada; (II.b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida; (II.c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato.

Para melhor sistematizar os pressupostos para adoção do diálogo competitivo previstos na NLLC:

Pressupostos para adoção do diálogo competitivo – art. 32 da NLCC	
Contratação de objeto que envolva as seguintes condições: (Art. 32, I da NLCC)	a) inovação tecnológica ou técnica;
	b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
	c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração
Verificação da necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer as necessidades da Administração, com destaque para os seguintes aspectos: (Art. 32, II da NLCC)	a) a solução técnica mais adequada;
	b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
	c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

Quanto aos procedimentos do diálogo competitivo, pode-se definir que a NLLC estabeleceu três fases para efetivação da disputa, quais sejam: a) pré-seleção (art.32, § 1º, I, II e III da NLLC); b) diálogo propriamente dito (art.32, § 1º, IV, V e VI da NLLC); e c) competição. (art.32, § 1º, VIII, IX e X da NLLC).

Inicialmente, cumpre evidenciar que o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação e assessoramento composta por, pelo menos, 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros da Administração – art.32, § 1º, XI, NLLC. No entanto, profissionais para assessoramento técnico da comissão de contratação poderão ser contratados, desde que assinem termo de confidencialidade e se abstenham de realizar atividades que possam configurar conflito de interesses com os fins pretendidos na licitação ou com o regime jurídico das licitações e contratações públicas – art.32, § 2º, da NLLC.

Identificada uma necessidade complexa e/ou inovadora pela Administração Pública, cabe a ela estabelecer critérios objetivos que constarão do edital da fase de pré-seleção do diálogo competitivo, edital esse que deverá ser publicado com, no mínimo, 25 (vinte e cinco) dias úteis de antecedência da data estipulada para a manifestação de interesse pelos *players* na participação da licitação – art.32, § 1º, I, NLLC. O respeito às regras vinculadas à publicidade do edital e a necessidade de definição de critérios objetivos para a solução técnica pretendida são fatores imprescindíveis para assegurar isonomia e impessoalidade no curso diálogo competitivo e, por sua vez, nas contratações públicas.

A manifestação de interesse do *player* não enseja a apresentação de proposta^[12]. Todavia, os documentos necessários a comprovar os requisitos objetivos de pré-seleção deverão ser apresentados.

Todos os atores privados interessados e que preencham os requisitos objetivos de pré-seleção previstos no edital poderão participar da licitação – art.32, § 1º, II, NLLC. É preciso que se diga que as noções de negociação e consenso não afastam o dever de impessoalidade, responsabilidade, transparência, isonomia e moralidade nas contratações públicas, tanto é assim que a NLLC veda a divulgação informações privilegiadas que possam violar a isonomia entre os licitantes – art.32, § 1º, III, NLLC

Iniciada a fase do diálogo, cumpre reiterar que não pode a Administração revelar aos demais *players* as soluções técnicas e/ou inovadoras propostas e tampouco

[12] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários ..., p. 465.

informações sigilosas comunicadas por um licitante à Administração Pública, salvo no caso de autorização prévia pelo particular concedida – art.32, § 1º, IV, NLLC. A violação ao dever de sigilo poderá ensejar responsabilização administrativa, civil e/ou criminal do agente público.

É imperioso evidenciar que todas as reuniões com os *players* pré-selecionados serão registradas, mediante a utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo, os quais, posteriormente, serão juntados aos autos do processo licitatório – art.32, § 1º, VI, NLLC.

O edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas – art.32, § 1º, VII, NLLC.

A fase do diálogo perdurará até a Administração Pública, em decisão fundamentada, identificar a(s) solução(ões) técnica(s) que atenda(m) às suas necessidades, identificando a proposta mais viável; ou mesmo poderá ser finalizada após a Administração identificar a inviabilidade da pretendida contratação, ato este que também deverá ser motivado- art.32, § 1º, V, NLLC. Após a Administração Pública declarar o encerramento da fase do diálogo, todos os vídeos, áudios e registros desta fase deverão ser juntados aos autos do processo administrativo licitatório.

A fase competitiva será iniciada com a publicação do edital, o qual deverá conter a especificação da solução que atenderá às necessidades da Administração e os critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa. Bem de ver, que o edital da fase competitiva da licitação na modalidade diálogo atenderá as normas gerais sobre o edital previstas na NLLC, a exemplo da necessidade de observância do prazo mínimo entre a data de publicação do referido instrumento convocatório e a data estabelecida para os *players* – pré-selecionados, na forma do art. 32, § 1º, II da NLLC – apresentarem suas propostas, prazo esse que não poderá ser inferior a 60 (sessenta) dias úteis – art.32, § 1º, VIII, NLLC.

As propostas apresentadas pelos *players* deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto, assim como deverão atender as disposições previstas no edital. Esclarecimentos ou ajustes relacionados às propostas poderão ser solicitados pela Administração, desde que não configurem favorecimento ou discriminação,

devendo ser respeitado o tratamento igualitário e a impessoalidade entre todos os *players* – art.32, § 1º, IX, NLLC.

A proposta vencedora será declarada em consonância com os critérios objetivos definidos no edital da fase competitiva da licitação, baliza essa que assegurará a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração – art.32, § 1º, X, NLLC.

Para melhor sistematizar as fases do diálogo competitivo e o respectivo procedimento previsto na Lei Federal nº 14.133/2021:

FASES DO DIÁLOGO COMPETIVO		
Condução do diálogo por comissão de contratação e assessoramento composta por, pelo menos, 03 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros da Administração – art. 32, § 1º, XI.		
PRÉ-SELEÇÃO (art.32, § 1º, I, II e III da NLLC)	Edital	I - Publicação: antecedência de 25 dias úteis da data de manifestação de interesse na participação da licitação.
		II - Requisitos objetivos e publicidade.
		III - Respeito à isonomia – vedação a privilégios e discriminação.
DIÁLOGO (art.32, § 1º, IV, V e VI da NLLC)	IV – Sigilo das informações propostas ou informações sigilosas comunicadas pelo <i>player</i> .	
	V – Duração do diálogo por prazo indeterminado: até a Administração identificar e motivar a identificação da solução para as suas necessidades.	
	VI – Diálogos com os <i>players</i> deverão ser transcritos em ata e gravados, para posterior juntada nos autos do processo licitatório.	

COMPETIÇÃO (art.32, § 1º, VIII, IX e X da NLLC)	VIII - Publicação do edital – 60 dias úteis para apresentação das propostas.
	IX – Esclarecimentos ou ajustes relacionados à proposta realizados pela Administração.
	X – Seleção da proposta mais vantajosa em conformidade com as normas previstas no edital da fase competitiva da licitação.

Após a apresentação do regime jurídico do diálogo competitivo à luz da Lei Federal nº 14.133/2021, passa -se à análise da possibilidade de utilização de tal modalidade de licitação para implementação de inovação tecnológica em favor da Administração Públicas e para a satisfação das mais variadas e complexas necessidades coletivas.

4. O DIÁLOGO COMPETITIVO COMO INSTRUMENTO PARA IMPLEMENTAÇÃO DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA EM FAVOR DO INTERESSE PÚBLICO

A Constituição da República Federativa do Brasil estabeleceu que: *(i)* é competência comum da União, Estados, Municípios e Distrito Federal proporcionar os meios de acesso à inovação (art. 23, V); *(ii)* Estado promoverá e incentivará, para além de outras questões, a inovação (art. 218, *caput*); *(iii)* mercado interno será incentivado a viabilizar, para além de outras questões, a autonomia tecnológica do País (art. 219, *caput*); e *(iv)* Estado estimulará a formação e o fortalecimento da inovação nas empresas (art. 219, parágrafo único).

Por consectário lógico, nessa perspectiva constitucional, a Lei Federal nº 14.133/2021, ao estabelecer o novo regime jurídico das licitações e contratações públicas, definiu como um dos objetivos do processo licitatório o incentivo à inovação. A esse respeito, a inovação surge como uma moeda com duas faces para a Administração Pública. Por um lado, deve fomentar o avanço do setor privado nacional e, por outro, deve possibilitar a implementação de inovação na estrutura da Administração,

possibilitando seja fornecida e/ou utilizada para a satisfação das necessidades coletivas.^[13]

Entretanto, é preciso que se diga que a contratação de inovação tecnológica pela Administração Pública não é das tarefas mais fáceis, a considerar a complexidade e a peculiaridade dos serviços tecnológicos, sem olvidar da assimetria de informação que muitas vezes acomete o quadro de servidores públicos. Muitas necessidades tecnológicas, por vezes, são desconhecidas, quando não são completamente inovadoras, e podem acarretar custos consideráveis à Administração.

A título de exemplo, o Poder Judiciário de determinada entidade federativa, preocupado com ataques cibernéticos e a necessidade de proteger dados, informações pessoais e o conteúdo de processos judiciais, constata que precisa implementar um sistema de armazenamento de dados mais seguro e eficaz. Contudo, os servidores públicos não têm conhecimento dos meios para implementação de tal armazenamento: o que contratar? Como contratar? Quem contratar? Quanto pagar? Existe a necessidade, porém, a forma de solucioná-la é de total desconhecimento do quadro de servidores.

Isso ocorre porque as relações sociais tornam-se cada vez mais complexas e, por sua vez, as necessidades públicas também. A demanda por tecnologia cada vez mais se faz presente, é preciso pensar, repensar e se preparar para lidar com temas como *metaverso*, *criptomoedas*, *blockchain*, *smart contracts*, *NFT*, *smart cities* e entre outros. A tecnologia não se resume ao setor privado, o Direito Administrativo precisa estar preparado para implementá-la e assegurá-la. As relações do Estado não se dissociam completamente do que acontece nas relações privadas. A Administração não pode se limitar ao já ultrapassado estereótipo de repartição pública, carimbo e engessamento. A tecnologia deve ser explorada e utilizada para a melhor satisfação do interesse público e para a satisfação de necessidades coletivas.

[13] DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella e MARRARA, Thiago. **Estrutura geral da nova lei**: abrangência, objetivos e princípios. In DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella (coord.). **Licitações e Contratos Administrativos**: inovações da Lei 14.133/2021. Rio de Janeiro: Forense, 2021., p.13.

Os serviços públicos e os atos administrativos precisam ser repensados. Algumas atividades dantes inimagináveis, hoje, podem ser consideradas serviços estruturantes para a sociedade e fundamentais para satisfação das necessidades coletivas: a exemplo da necessidade de acesso à internet e às tecnologias para a real implementação do direito à educação; e a segurança de dados pessoais dos contribuintes por uma entidade tributária como elemento imprescindível para a defesa dos direitos fundamentais à intimidade, à honra e à vida privada.

A Administração Pública precisa estar preparada para a possibilidade de utilização de *smart contracts* em negócios jurídicos futuros; para utilização de *blockchain* para a segurança de dados ou realização de eleições; para o avanço dos métodos de processamento de pagamentos para receber tributos e multas; para a fiscalização e tributação de operações com *criptomoedas*; ou mesmo para tributação e fiscalização de negócios jurídicos realizados no *metaverso*.

A distribuição de renda, redução de desigualdades e o assistencialismo podem ser implementados através de inovações tecnológicas, a exemplo de *startups* que, para além do desempenho de suas atividades econômicas ligadas à inovação tecnológica, implementam *softwares* para a arrecadação de doações em *criptomoedas*, tendo como finalidade impulsionar o desenvolvimento nacional sustentável e, especialmente, a erradicação da pobreza. Nessa perspectiva é que a Administração Pública deve incentivar a inovação em seus mais variados aspectos, tanto para fomentar a economia quanto, e, acima de tudo, para satisfazer o interesse público e para a realização da dignidade humana.

A utilização de tecnologia deve ser aproveitada pela Administração Pública para democratizar o acesso à informação, para ampliar o acesso à saúde ou o acesso à educação. O fato de um indivíduo residir em uma localidade mais distante ou menos desenvolvida não pode ser fator que lhe impossibilite ser alfabetizado, que tenha acesso às políticas públicas, ou mesmo tenha acesso e conhecimento da tecnologia. A Administração Pública precisa avançar e satisfazer as necessidades coletivas, inclusive as demandas por tecnologia.

Não se pode olvidar da possibilidade de utilização da tecnologia artificial como instrumento para a implementação das *smart cities*, ou seja, para a solução dos problemas das cidades, planejamento urbano e entre outras questões com base na

tecnologia da informação. A saber, alguns componentes das *smart cities* que podem ser fomentados através da inovação tecnológica e técnica: infraestrutura inteligente, transporte inteligente, meio ambiente inteligente, viver inteligente, serviços inteligentes, governança inteligente, pessoas inteligentes e economia inteligente^[14].

Para além disso, a inovação tecnológica precisa ser utilizada para o avanço de estudos médicos, prevenção de doenças e potencialização de tratamentos. A inovação tecnológica precisa ser utilizada para o desenvolvimento de fontes de energias mais sustentáveis e mais módicas, ou mesmo para a emissão de certificados de energias renováveis e créditos de carbono através do *blockchain*. A Administração Pública deve acompanhar as relações sociais e estar preparada para adotar e se apropriar de inovações tecnológicas, seja em benefício próprio, seja para a satisfação de necessidades coletivas.

Nessa perspectiva de incentivo à inovação tecnológica pela Administração Pública, a Lei Federal nº 14.133/2021 contém mecanismos relevantes, a exemplo de procedimentos de manifestação de interesse restritos às *startups* que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto (art. 81, § 4º); ou ainda hipóteses de dispensa de licitação tendo como finalidade o desenvolvimento de inovações tecnológicas e a satisfação de necessidade públicas (art. 75, XVI). Entretanto, é preciso ressaltar a possibilidade de utilização de licitação na modalidade diálogo competitivo para contratação de objetos vinculados à inovação tecnológica ou técnica (art. 32, I, “b”).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O diálogo competitivo é modalidade de licitação e instrumento a ser utilizado pela Administração Pública que, se adotado com a devida responsabilidade, respeitando os princípios fundamentais da Administração Pública insculpidos no art. 37, *caput* da Constituição da República e tendo como finalidade precípua a satisfação do

[14] ANTHOPOULOS, Leonidas G. *Understanding smart cities: a tool for smart government or na industrial trick*: Cham: Springer, 2017, p. 8-15.

interesse público, de fato, implementará uma cultura do *ganha-ganha* nas relações entre Estado e particulares.

É que, a um só tempo, o diálogo competitivo possibilita a contratação de *players* com conhecimento técnico suficiente para satisfazer as necessidades coletivas atuais e complexas cuja satisfação pela Administração não seria possível pela assimetria de informações do quadro de servidores. E mais: o diálogo competitivo possibilita o incentivo à inovação tecnológica – objetivo da licitação – e o fomento ao mercado nacional.

Todavia, é preciso que se evidencie que o incentivo à tecnologia e o fomento à livre iniciativa não são os únicos fundamentos do Estado. Os atos da Administração não devem apenas considerar tais postulados. Por isso é que o diálogo competitivo deve servir e incentivar a contratação de tecnologias que, antes de tudo, sejam mecanismos suficientes: *(i)* para a realização da dignidade humana dos cidadãos e do bem comum; *(ii)* para construção de uma sociedade livre, justa e solidária; *(iii)* para a garantia do desenvolvimento nacional; *(iv)* para a erradicação da pobreza e da marginalização; e *(v)* para a redução de desigualdades, todos esses princípios e/ou objetivos da República Federativa do Brasil, constantes dos artigos 2º e 3º da Constituição da República de 1988.

O diálogo competitivo deve ser utilizado com frequência pela Administração Pública para que as inovações tecnológicas de conhecimento dos *players* sejam contratadas pelo Estado e implementadas em sua estrutura e, por sua vez, sejam ofertadas e utilizadas em favor dos administrados e do interesse público.

A adoção da modalidade licitatória diálogo competitivo é, portanto, instrumento a ser utilizado pelo gestor público que possibilita a mais ampla satisfação do interesse público através do incentivo e desenvolvimento tecnológico e técnico. Em outras palavras, o diálogo competitivo é modalidade licitatória que, a um só tempo, *(i)* assegura a satisfação de necessidades coletivas pela Administração Pública; *(ii)* incentiva o desenvolvimento técnico tecnológico; e *(iii)* fomenta o desenvolvimento da economia nacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. **Mecanismos de consenso no Direito Administrativo**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ANTHOPOULOS, Leonidas G. **Understanding smart cities: a tool for smart government or na industrial trick**: Cham: Springer, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella e MARRARA, Thiago. **Estrutura geral da nova lei: abrangência, objetivos e princípios**. In DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.). **Licitações e Contratos Administrativos: inovações da Lei 14.133/2021**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

FREITAS, Daniel Castanha e MENEZES, Leonardo de Souza Prates. **Consensualismo na administração pública brasileira: a possibilidade de satisfação do interesse público e a contribuição do art. 26 da LINDB**. In: NEVES, Rodrigo Santos; Cyrino, Rodrigo Reis; GALVÊAS, Thiago Albani de Oliveira e (Coords). **Direito administrativo: novos paradigmas, tendências e realidade**. Rio de Janeiro: CEEJ, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Nova lei de licitações e contratos: comparada**. São Paulo: Thomson Reuteurs, 2021.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Sobre a nova lei de licitações: Aprimoramento ou engessamento da contratação pública?** Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/depeso/342768/lei-de-licitacoes-aprimoramento-ou-engessamento-da-contratacao> > >. Acesso em: 29 mar. 2022.

SCHWANKA, Cristiane, OLIVEIRA, Gustavo Justino de. A administração consensual como a nova face da Administração Pública no séc. XXI: fundamentos dogmáticos, forma de expressão e instrumentos de ação. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da PUC-SP**, São Paulo, v. 104.

06

ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR: O DILEMA ENTRE NECESSIDADE E SOLUÇÃO

PRELIMINARY TECHNICAL STUDY: THE DILEMMA BETWEEN NEED AND SOLUTION

Por Cecília de Almeida Costa

Mestre em Controle de Gestão pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista em Gestão Pública pela Fundação Getúlio Vargas e em Direito Administrativo pela Universidade Estácio de Sá.

e por Franklin Brasil Santos

Doutorando em Engenharia e Gestão na Universidade de Lisboa,
auditor federal e pesquisador em compras públicas

Necessidade, a mãe das invenções

(Platão, filósofo)

Solução, a mãe dos problemas

(Eric Sevareid, jornalista)

ABSTRACT

The Preliminary Technical Study, ETP, according to the New Public Procurement Law, 14.133/2021, should highlight the problem to be solved and its solution, to allow an assessment of the technical and economic feasibility of the contract. To highlight the problem, or necessity, there are several techniques brought by the literature. The present work makes an analysis of how this study of the necessity should be from the perspective of these techniques and how the ETP has been done by public agencies in Brazil. The first part covered the steps of applying a technique by Alexander DeHaan in his book on solving complex problems, through a fictitious example of the purchase of a running shoe, to demonstrate the importance of using techniques in the study of necessity. It then lists some other techniques that can be used by public bodies. The second part brings the evolution of the Preliminary Technical Study in public procurement and makes a timeline of the decisions of the Federal Court of Auditors about the use of ETP. The last part shows the importance the studies have gained in the last 5 years. The article concludes that the results produced today by the ETP prepared by the Public Administration do not reach their potential, and, they do not bring greater knowledge about the problem than already existed before its elaboration, generating huge administrative costs, estimated at R\$ 500 million per year, only in the Federal Executive branch, without guarantee of good results provided by the investment.

KEYWORDS:

Public Procurement. Planning. Preliminary Study. Need. Solution.

RESUMO

O Estudo Técnico Preliminar (ETP), segundo a Nova Lei de Licitações e Contratos, Lei 14.133/2021, deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação. Para evidenciar o problema, ou necessidade, existem diversas técnicas trazidas pela literatura. O presente trabalho faz uma análise de como deveria ser este estudo da necessidade pela ótica destas técnicas e como o ETP vem sendo feito pelos órgãos públicos do Brasil. A primeira parte percorre as etapas da aplicação de uma técnica trazida por Alexander DeHaan no seu livro solução de problemas complexos, por meio de um exemplo fictício da compra de um tênis de corrida, para demonstrar a importância da utilização de técnicas no estudo da necessidade. Em seguida enumera algumas de outras técnicas que podem ser utilizadas pelos órgãos públicos. A segunda parte traz a evolução do Estudo Técnico Preliminar nas contratações públicas e faz uma linha do tempo das decisões do Tribunal de Contas da União acerca da utilização do ETP. A última parte mostra a importância que os estudos ganharam, principalmente nos últimos 5 anos. O Presente artigo conclui que os resultados produzidos hoje pelos ETP elaborados pela Administração Pública não atingem seu potencial, e em especial, não trazem um conhecimento maior sobre o problema do que aquele que já existia antes de sua elaboração, gerando enormes custos administrativos, estimados em R\$ 500 milhões por ano, só no Executivo federal, sem garantia de bons resultados do investimento.

PALAVRAS-CHAVE:

Compras Públicas. Planejamento. Estudo Preliminar. Necessidade. Solução.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. NECESSIDADE: A ESSÊNCIA DOS ESTUDOS PRELIMINARES. O PROTAGONISMO RECENTE DOS ESTUDOS PRELIMINARES. A REALIDADE DOS ESTUDOS PRELIMINARES ATUAIS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Atire a primeira pedra o leitor que nunca ouviu, pensou ou vivenciou situação em que o planejamento não foi realizado de forma adequada e os resultados foram desastrosos. Podemos apostar que lhe vieram à mente diversos exemplos.

Em compras públicas não é diferente. Pesquise no Google <"falta de planejamento" e licitação> e você encontrará um milhão de resultados (!). Diversas são as fontes de informação que apontam fragilidades sistemáticas e recorrentes nessa fase da logística governamental, como, por exemplo, estudo do Banco Mundial (2004), no qual foram descritas evidências de que faltam ou são inadequados, em nossas compras, os mecanismos mais primários e basilares de um bom planejamento.

Reforçando essa ideia, encontramos o posicionamento de Florencia Ferrer (2015) e Antônio Terra (2018), com os quais concordamos, de que a ênfase, durante muito tempo, esteve voltada para a fase de seleção do fornecedor, em detrimento do planejamento da contratação, empobrecendo a noção de visão sistêmica, estratégica e inteligente das compras.

Felizmente, o diagnóstico dessa disfunção contribuiu para uma gradual mudança de rumos, nos últimos anos, como demonstraram Franklin Santos e Tânia Chioato (2021), ao identificar alterações significativas na trajetória dos riscos e controles em contratações de serviços terceirizados pelo governo federal ao longo de duas décadas, culminando com a ênfase em artefatos de planejamento, por meio da Instrução Normativa n. 05/2017.

Essa guinada auspiciosa se fez presente no ano seguinte, na elaboração do então Projeto de Lei n. 1292/1995 na Câmara dos Deputados. O Parecer do Relator na Comissão Especial, de 05/12/2018, definiu três grandes premissas para a reforma

no ambiente de contratações públicas: (1) profissionalização dos compradores; (2) melhoria da governança; e (3) especial atenção ao incentivo da adoção de planejamento, por meio, dentre outros dispositivos, da preocupação com a fase preparatória de cada certame, incluindo o Estudo Técnico Preliminar (ETP). Nas palavras do relator, isso “certamente, contribuirá para diminuição de todos os problemas históricos que ocorrem durante a fase externa das licitações e, também, durante a execução dos respectivos contratos” (ARRUDA, 2018).

Assim nasceu o novo marco regulatório de licitações e contratos, materializado na Lei 14.133/2021, mencionando “planejamento” em 12 oportunidades, a começar pelo artigo 5º, que acrescentou o planejamento como princípio da contratação pública (CARVALHO, 2021). Foi inserida a obrigação explícita de elaborar o ETP, reforçando o cuidado ao planejar uma compra, exigindo que se investigue a solução mais adequada (SALES, 2022).

Mas, afinal, esse tal ETP é uma novidade mesmo? Para que serve? Em que o documento pode contribuir para a qualidade dos resultados das contratações? Quais os riscos? É sobre isso que queremos tratar neste breve artigo, buscando chamar atenção para a relevância de entender com clareza as diferenças e impactos dos conceitos de “necessidade” e “solução”, tão fundamentais na fase de estudo preliminar.

Assim, nossa intenção é apresentar a perspectiva de **como um ETP deveria ser**.

Na sequência, apresentaremos a trajetória dos estudos preliminares nas compras públicas e discutiremos **como o ETP tem sido utilizado na prática**, com a intenção de estimular a reflexão e o debate sobre ajustes necessários nos entendimentos, usos e resultados que os estudos preliminares podem proporcionar.

NECESSIDADE: A ESSÊNCIA DOS ESTUDOS PRELIMINARES

‘Necessidade’ e ‘Solução’ são coisas distintas. Pode parecer óbvio, mas vamos tentar te convencer de que a confusão entre os dois conceitos é comum e pode representar um sério obstáculo à elaboração de um estudo apropriado.

A necessidade é o problema que se quer resolver ou, de forma mais ampla, a situação indesejada que se quer ver modificada. Solução é fruto de uma decisão para enfrentar o problema. É a ação que modifica a situação indesejada (DE HAAN, 2015; COSTA, 2018).

Se perguntarmos a qualquer pessoa se ela sabe a diferença entre necessidade e solução, temos convicção de que a resposta, muito provavelmente, será positiva. Quem não sabe uma coisa tão simples? Porém, se pedirmos para que a pessoa dê um exemplo de necessidade, ao descrever a tal ‘necessidade’, possivelmente ela vai nos responder apresentando uma ‘solução’. como por exemplo: preciso de um carro novo ou de uma máquina de lavar. Perceba que carro é o que vai modificar a situação que hoje é indesejada, a necessidade. O mesmo ocorre com a máquina de lavar. São soluções. Ficou perplexo? Isso ocorre porque o nosso cérebro foi feito para fornecer soluções, para resolver problemas e não para pensar em problemas sem resolvê-los, ou seja, estudar uma necessidade.

Pessoas diferentes tem necessidades diferentes. Vamos dar um exemplo: Imagine a dona Maria, moradora da pacata Pantanal do Norte, no interior de Mato Grosso, mulher de 50 anos, divorciada, que tem um trabalho muito dinâmico e que demanda muitas horas do seu dia. Tem filhos em idade escolar e não tem auxílio na arrumação da casa, porque dificilmente sobra dinheiro para pagar por uma faxina. Maria é sedentária e resolveu fazer atividade física.

Uma possível descrição da necessidade de Maria (por enquanto) poderia ser “fazer caminhadas regulares e uma corrida leve de vez em quando”. Maria então resolve comprar um tênis novo para caminhada.

Agora imagine outro morador daquela cidade pitoresca, o João, atleta profissional, de alto rendimento, corredor de maratonas, que participa frequentemente de competições. Uma importante maratona se aproxima e João está se preparando. Ele resolve então comprar um novo tênis para a maratona.

Você diria que a necessidade dos dois personagens é igual? Apostamos que não. Embora ambos possam estar interessados em atividades físicas que envolvem corrida, eles têm graus bem distintos de expectativas de resultados a respeito da atividade e até mesmo de como a atividade será realizada.

A necessidade é o que está por trás da solução adotada. No nosso exemplo, se perguntarmos a Maria porque ela quer um tênis (solução), ela nos responderá, possivelmente, com uma noção pouco abstrata, como “porque quero fazer caminhadas” (necessidade). Mas, será que há algo por trás da vontade de caminhar? Se perguntarmos a Maria o motivo, talvez ela diga que precisa perder peso. Veja que, nesse caso, a caminhada é **uma** das soluções possíveis para perder peso, mas a Maria também poderia, por exemplo, fazer dieta. Nosso campo de soluções foi ampliado.

E se continuarmos perguntando o motivo de querer perder peso, talvez ela explique que precisa cuidar da saúde. Agora, além de caminhar e fazer dieta, podemos pensar em, por exemplo, um suplemento de vitaminas e mais uma vez nosso campo de soluções seria ampliado.

Quando pensamos apenas na solução, podemos deixar de perceber ações que contribuem para o atingimento do objetivo. O problema oposto é que se continuarmos buscando motivos, perguntando “porque”, teremos respostas cada vez mais abstratas, até que, em determinado momento, a resposta será a razão de existir do dono da necessidade. No exemplo da Maria, poderia chegar à motivação de cuidar da saúde porque ela quer viver.

Perceba que essa necessidade (viver) é abstrata demais, quase qualquer coisa poderia ser solução. Quando isso acontece, significa que fomos muito longe. Trabalhar no nível ideal de abstração nos permite enxergar muito além das respostas rápidas que nosso cérebro fornece como solução potencial de um problema.

Acreditamos que você já percebeu que o tênis apropriado para a Maria possivelmente não atenderia ao João, assim como o modelo adequado para o atleta poderia ser subutilizado por Maria.

Imagine que a Maria, sem refletir sobre a sua necessidade, ao navegar na internet, encontra uma loja de material esportivo e se depara com o último lançamento de uma marca famosa, um tênis que tem um design impecável, tecnologia de última geração, absorve impactos como nenhum outro e tem as cores de que ela mais

gosta. Empolgada, Maria tira seu cartão de crédito da bolsa e compra a novidade por alguns pares de milhares de reais em 10 suaves prestações e vai caminhar com o seu super tênis. Caminhadas têm baixo impacto e, no mínimo, Maria incorreu em um alto custo de oportunidade, investindo em algo que não vai usar plenamente (pense em quantas faxinas poderia ter contratado e, com isso, ter mais tempo livre).

E se o fundista João, muito ocupado com sua preparação, pedisse a um amigo de infância para lhe comprar um tênis? O amigo, sem entender de corrida profissional, poderia adquirir o tênis que ele achou mais bonito na loja. João poderia se machucar na corrida, se o calçado escolhido não tiver uma boa absorção de impacto.

Essas situações soam familiares com histórias das compras públicas? Imaginamos que você, leitor, esteja lembrando de alguns episódios parecidos. Não é mera coincidência! É fácil, em uma pesquisa de mercado, por exemplo, nos empolgarmos com as novidades, e ao sentir desejo por determinada solução, criarmos justificativas para porque deveríamos adotá-la, justificativas estas que podem não se sustentar se houver uma análise racional do problema. Ou, por falta de informação, escolhermos uma opção que não atende nossa necessidade de forma satisfatória. Estes vieses decisórios podem comprometer a capacidade de obter os resultados esperados, ou representar a perda de oportunidades.

A solução deve adequar-se à necessidade e não o contrário, no entanto, não é incomum a adoção de alternativas que serão subutilizadas ou que estão aquém da necessidade, trazendo problemas maiores do que a necessidade original. Tudo porque pensou-se em solução e não em necessidade.

Mas como saber se a solução será a que melhor se adequa à necessidade? Estudando a necessidade sem pensar em soluções, com o auxílio de técnicas; entendendo a necessidade pelo olhar de todos aqueles que tenham interesse em seu atendimento (atores); avaliando as soluções possíveis e sua viabilidade à luz de tudo que é importante para estes atores (critérios de avaliação); e considerando, ainda, o ambiente em que a necessidade se insere, por meio de uma análise causal (DE HAAN, 2015; COSTA, 2018; KERTESZ, 2018; ECHOS, 2019).

Este estudo da necessidade ou problema tem como objetivo trazer informações qualificadas para a tomada de decisão. O estudo não tem a função de identificar a melhor solução, pelo simples fato de que “melhor solução” não existe. Existem boas soluções, alternativas potenciais a serem comparadas e, em última análise, selecionadas pelo ator que tomará a decisão. Decisão significa poder de escolha e esse ator pode ou não escolher a solução que melhor pontuou nos critérios levantados, mas fará isso bem-informado.

Qual o melhor tênis, no nosso exemplo, para Maria e para João? Depende. Se João quiser o tênis bonitinho para combinar com uma calça jeans quando vai ao cinema, este pode ser o produto adequado. Se Maria gosta da sensação que o tênis de última geração lhe proporciona e isso irá motivá-la a caminhar com regularidade e entusiasmo, essa pode representar a solução apropriada para sua necessidade. Veja que se tentarmos supor quais são as necessidades de outros atores, podemos errar com frequência. Atores diferentes possuem necessidades diferentes, nem sempre explícitas, por isso a importância de entender a perspectiva de cada ator antes de definir a necessidade e buscar as soluções.

Erro muito comum é um estudo de necessidade contendo soluções. A menção a qualquer solução irá produzir um estudo que em pouco ou nada contribuirá para aumentar a compreensão da situação que se quer modificar. Quando uma solução entra no estudo da necessidade é muito comum a criação de critérios que não descrevem a necessidade, mas, ao contrário, especificam aquela solução e não raro, só aquela solução pontuará em tais critérios.

A necessidade é uma situação que se quer modificar, logo, há uma situação atual não desejada e uma situação futura que se almeja, diferente da atual. Em última análise, necessidade é um objetivo abstrato a ser alcançado, um desejo. No entanto, se não há qualquer esforço ou dificuldade para que esse “desejo” seja realizado, não temos uma necessidade, pois, ela se resolverá sozinha. A necessidade traz consigo uma dificuldade a ser transposta para seu alcance. Um dilema (DE HAAN, 2015; COSTA, 2018;).

No caso de uma aquisição, por exemplo, o dilema pode se relacionar com a limitação de recursos, restrição orçamentária, prazos apertados. Provavelmente existirão

várias dificuldades para a realização de um desejo, mas queremos aqui, por motivos metodológicos, aquela que, na perspectiva do ator, se revela mais relevante, apenas uma. É importante que essa dificuldade fique clara desde o momento da definição da necessidade, porque ela tem que estar representada nos critérios de avaliação das soluções possíveis.

O que se quer atingir com o atendimento da necessidade são os critérios que nortearão a análise das soluções possíveis. Esses critérios, que nada mais são do que objetivos mensuráveis (em oposição ao objetivo mais abstrato, a necessidade), podem ser obtidos a partir da definição da necessidade (desejo + dilema) pelos atores.

No nosso exemplo, dona Maria poderia definir uma boa caminhada como uma atividade que seja prazerosa, não traga desconforto, não exija altos investimentos, que seja vigorosa o suficiente para que ela perca peso, mas não tão vigorosa que possa levá-la à exaustão ou machucá-la. Perceba que não estamos definindo critérios relacionados a qualquer solução. Estamos definindo a nossa necessidade em termos de critérios mensuráveis. Então teríamos como critérios para atendimento da necessidade de Maria: conforto, preço, velocidade da caminhada, perda de peso, segurança física. Esses critérios precisam ser mensuráveis para que possam servir de parâmetro comparativo de soluções em uma etapa posterior. Como medir conforto? Consegue pensar em algo? Quando um critério não pode ser medido, talvez tenha que também ser definido. Por exemplo, podemos definir conforto como a ausência de dores ou incômodos causados por fatores externos (tal como uma roupa ou um sapato apertado?). Nestes casos, uma busca na Internet pode ajudar bastante.

O próximo passo é entender o ambiente em que estamos. Existem fatores ambientais que influem na nossa necessidade, assim como nossos critérios podem influir no ambiente de forma a nos prejudicar ou nos ajudar. Precisamos saber quais são estes fatores que influenciam os critérios levantados ou que são influenciados por eles (DE HAAN, 2015).

Em nosso exemplo, a quantidade de chuvas pode interferir em alguns dos critérios levantados por Maria, tal como a velocidade da caminhada, ou a probabilidade de se machucar (segurança física). Se a velocidade da caminhada diminuir, por conta

de risco de quedas, talvez Maria não consiga perder peso. Então o fator chuva tem influência nos resultados esperados.

Atores estão em constante aprendizado acerca de suas necessidades e ao se depararem com um aspecto que não tinham cogitado podem alterar a descrição de sua necessidade ou seus critérios de escolha. Cada etapa do processo traz melhorias para a etapa anterior. É um processo iterativo e recursivo.

O estudo da necessidade, é, portanto, composto (1) do levantamento dos atores interessados no problema, (2) da definição da necessidade, (3) do levantamento de critérios que definem a necessidade e (4) do estudo dos fatores que influenciam ou que são influenciados pelos critérios. Essas etapas nos ajudam a entender a necessidade, quais fatores que podem influenciar nossa capacidade de atingir nossos objetivos e o que é importante para cada um dos atores envolvidos. Essas informações nos auxiliarão a avaliar possíveis soluções.

Antes de escolher uma solução, no entanto, é necessário levantar quais as soluções possíveis para atender a necessidade. Nesse momento não se deve fazer qualquer julgamento, apenas trazer tantas soluções quanto possível, para uma análise posterior.

Por exemplo, entre as opções para Maria podem estar a caminhada descalça, de chinelo ou com um tênis genérico que ela possui. Essas opções provavelmente terão baixo desempenho nos critérios identificados até agora, mas não deixam de ser possíveis. Veja que existem soluções que são soluções de outros problemas, e se não temos clareza dos critérios, ou seja, do que é importante para os atores interessados, podemos fazer uma escolha equivocada. Se um dos critérios de Maria fosse ter contato direto com a natureza, caminhar na grama descalça talvez fizesse sentido.

Solução pode ser caracterizada como uma ação que contribui para o atingimento do nosso objetivo, a partir da análise dos critérios levantados (DE HAAN, 2015). Por exemplo, para se obter conforto na caminhada pode-se usar um tênis de boa qualidade, uma roupa leve e que permita transpirar, escolher um local de caminhada que tenha sombra e um horário com o clima mais ameno. Tudo isso são soluções que

atendem ao critério conforto. Um critério não se confunde com uma solução. Critério é definição de necessidade, é “o que é”, já solução é “como”. Se uma solução não pontua em nenhum critério, não é uma solução. Por exemplo, comprar uma bolsa esportiva que combina com o tênis, não influencia nenhum dos critérios levantados para a necessidade da Maria que está sendo analisada.

Perceba que dificilmente uma solução isolada será suficiente para atender a todos os critérios. A correlação entre a necessidade e a solução não é linear, ao contrário, uma necessidade pode estar relacionada a várias soluções e uma solução, a mais de uma necessidade.

As soluções que atendem a uma mesma necessidade são soluções correlatas, como a aquisição de um tênis e o bloqueio da agenda em um determinado horário para caminhada. Soluções correlatas influenciam umas às outras. A adoção de uma pode significar a necessidade de alteração da especificação de outra.

Por exemplo, se Maria escolher um local muito acidentado para caminhar, ela poderá ter que comprar um tênis com um solado mais resistente, ou talvez, uma bota, e nesse caso o tênis não será mais necessário. Imagine Maria chegando no local da caminhada e desistindo de caminhar, porque ela não vai estragar seu tênis caríssimo pisando em pedras que podem rasgá-lo. Por isso é importante relacionarmos as soluções correlatas. Não é incomum verificarmos que algumas delas não serão mais necessárias ou necessitarão de ajustes.

Existem várias técnicas de solução de problemas que podem ser aplicadas no estudo da necessidade. A aplicação de técnicas é importante, para nos manter nos trilhos. É muito fácil, no meio do caminho, deixar a necessidade de lado e começar a analisar uma solução óbvia para aquela necessidade, como nos alerta Keeney (1992). Isso ocorre porque, ao depararmos com um problema, pensar em solução, especialmente de forma automática, é confortável, pensar no problema é desafiador. Às vezes, uma solução intuitiva fracassa por um viés decisório que poderia ser evitado se houvesse uma análise antes da ação. Mas análise significa parar a ação e “ficar parado” face a um problema também incomoda. É contraintuitivo (TERENTIN, 2022; DE HAAN, 2015; BAZERMAN, 2014; KAHNEMAN, 2012).

Uma técnica simples para estudo da necessidade foi apresentada no curso Planejamentos de Contratações: Módulo Estudo Técnico Preliminar, da Escola Superior do Ministério Público da União, ESMPU, adaptada do livro Soluções de Problemas Complexos de Alexander DeHaan e Pauline DeHeer (COSTA, 2018).

O primeiro passo da técnica é levantar uma lista de atores e definir quais participarão do estudo. Atores são indivíduos ou grupos de indivíduos que têm interesses diversos e relevantes no problema e que podem ou não ter poder de decisão sobre ele (ENSSLIN, 2001; ROY, 1996). Na sequência, elabora-se, para cada um dos atores, uma declaração de necessidade, que reflete a percepção do ator sobre determinado problema. Atores não têm que concordar entre si acerca desta definição, só terão que concordar com o conjunto de soluções que serão adotadas ao final do processo.

Por exemplo, imagine que a declaração de necessidade de um ator seja “tornar o órgão mais sustentável, apesar da baixa adesão dos colaboradores nas ações de sustentabilidade promovidas”. Já para outro ator (que pode ser uma pessoa, uma área ou uma entidade), sem nenhuma preocupação com a sustentabilidade, pela sua ótica, o problema poderia ser “garantir abastecimento de energia para o órgão, apesar da crescente demanda dos usuários”.

Ambos podem concordar com a instalação de placas solares por diferentes razões, mas a solução adotada considera o que é importante para cada um deles.

A declaração de necessidade é feita por meio de uma frase ou pergunta composta de um desejo e um dilema. O dilema não pode ser a necessidade dita de outra forma, por exemplo, “Adotar práticas de sustentabilidade” (desejo) e “hábitos consumistas” (dilema). Ora, ter hábitos consumistas é deixar de adotar práticas de sustentabilidade, é o problema, ou pelo menos parte dele, descrito de forma negativa. Se definirmos “ter hábitos consumistas” como dilema, ele produzirá os mesmos critérios que “práticas de sustentabilidade”. A transparência acerca do dilema, a principal causa de dificuldade em transformar a situação atual na situação desejada, é muito importante, pois evita que estudos sejam realizados acerca de situações que não são verdadeiras necessidades, mas são vistas como tal, por falta de informação, ou que se faça uma análise inteira

e, ao final, se descubra que a solução escolhida não pode ser implementada ou, se implementada, será prejudicada porque não se considerou o aspecto dilema.

A declaração de necessidade é um objetivo abstrato, ou seja, não mensurável. Para transformar este objetivo abstrato em objetivos concretos ou mensuráveis, a técnica emprega um diagrama de metas para definir os elementos que compõe a declaração de necessidade, as metas. Ao se atrelar um indicador a estas metas, obtém-se os critérios de avaliação. A técnica apresentada traz também a utilização de um diagrama de causa e efeito para análise do ambiente e levantamento de possíveis soluções. É uma boa ferramenta tanto para os níveis iniciais de maturidade no estudo da necessidade ou para estudos que tem baixo ou moderado risco para a organização, quanto para necessidades complexas e de alto impacto. (COSTA, 2018).

Outra ferramenta que vem ganhando popularidade é o *Design Thinking* (DT), abordagem centrada na inovação, integrando as necessidades das pessoas, as possibilidades da tecnologia e os requisitos para o sucesso do negócio. O DT tem como valores a centralidade no ser humano, o pensamento sistêmico e o pensamento visual. É possível a utilização de várias ferramentas do design, tais como, o mergulho experimental, a entrevista em profundidade, encontros facilitados, observação participativa, pesquisa liderada pelo design, entrevista com foto-elicitação, sondas culturais e documentação pessoal etnográfica. O DT tem 5 fases: a descoberta, a pesquisa, a imersão, o design etnográfico e o diagnóstico.

Outra abordagem é a metodologia multicritério para apoio a tomada de decisão (MCDM na sigla em inglês). Segundo Leonardo Ensslin e colaboradores (2001), esta técnica é desenhada para organizações que lidam com problemas importantes e estratégicos, envolvendo grande número de pessoas, elevado volume de recursos, grande nível de responsabilidade, e com grande influência no futuro de suas organizações (isso descreve bem um órgão público, tendo em vista o impacto que suas ações possuem na sociedade, não acha?). A MCDM tem 3 fases:

1. Estruturação: dividida em Abordagem “soft” para estruturação; Família de pontos de vistas; construção de descritores;

2. Avaliação: dividida em Análise de independência; construção das funções de valores, identificação das funções de valor, identificação de taxas de compensação, identificação do perfil de impacto das alternativas e análise de sensibilidade;
3. Recomendações: Formular recomendações.

Autores diferentes podem trazer nomes ou fases diversas, assim como existem variados métodos e softwares de suporte ao MDCM.

Um método para tomada de decisão em cenários de dilema, quando há riscos expressivos em jogo, foi proposto por Ralph Keeney (1992), o *Value Focused Thinking (VFT)* ou, em tradução livre, o *Pensamento Focado em Valor, em contraponto ao Pensamento Focado em Alternativas*. *A metodologia VFT vem sendo adotada em varios cenários, no mundo todo. O autor defende que as decisões costumam se concentrar na escolha entre alternativas, quando, na visão do VFT, a ideia é partir, primeiro, da decisão clara sobre o que se quer, para, só então, buscar descobrir como obtê-lo.*

A lógica fundamental do VFT é compatível com o que estamos apresentado sobre o estudo e entendimento da necessidade antes da identificação e avaliação de soluções. As alternativas, as opções de solução, só possuem relevância porque são meios para atingir o que é realmente importante: os valores.

Para Keeney (1992) a tônica é reconhecer que a decisão proporciona a oportunidade de criar e explorar alternativas, partindo de valores, dos objetivos, dos elementos relevantes para os atores envolvidos. Não se trata, então, de ter um “problema de decisão”, mas de ter e encarar a situação como uma “oportunidade de decisão”.

A visão de Keeney é muito relevante para o debate que estamos buscando suscitar, pois o autor alerta para a tendência que temos, como seres humanos, de tentar encontrar uma solução rapidamente, qualquer que seja, para nos afastarmos de uma situação mal definida, apressando a etapa de criação de alternativas. Queremos logo partir para a avaliação, o que nos conduz a um pensamento restrito, baseado nas primeiras alternativas que vêm à mente, geralmente as opções mais evidentes,

mais óbvias, aquilo que já é conhecido, que já foi testado ou usado outras vezes, em condições análogas, aquilo que está amplamente disponível ou que parece mais fácil de obter.

Nesse contexto, as soluções criativas, diferentes, inusitadas, inovadoras, ficam fora do radar, em áreas mais profundas da mente, inacessíveis. Somente com esforço concentrado, específico, sistemático, é possível atrair os pensamentos mais rigorosos para a consciência. É preciso raciocinar em termos de valores e objetivos, organizando o pensamento de forma a conduzir uma análise subsequente clara, útil e eficaz.

Entre os procedimentos sugeridos no Value Focused Thinking destacam-se as técnicas de ‘wish list’ (lista de desejos) com a qual se busca identificar aspectos de interesse, envolvendo perguntas como “o que se quer?”, “o que se deveria querer?” e o teste ‘witi’, why is this important? (por que isso é importante?), aplicado sobre os itens da lista de desejos, permitindo identificar os objetivos, classificados em “fundamentais”, aquilo que se pretende alcançar, e “meios”, objetivos intermediários, necessários para atingir os fundamentais (KEENEY, 1992).

O autor alerta para a dificuldade inerente a esse tipo de exercício de pensamento. Não estamos acostumados a isso. Somos propensos a confundir os fins com os meios, misturar metas, restrições e alternativas, embolar tudo com objetivos e interrelações, interpretando de modo imaturo o conceito de prioridades entre os objetivos (KEENEY, 1992).

Estes são só alguns exemplos de técnicas que podem ser utilizadas. O importante é que sua organização decida qual é mais adequada, conforme o caso. Nem tudo merece a mesma atenção, o mesmo rigor metodológico. Os controles devem ser proporcionais ao risco.

Aspecto interessante, que você já deve ter percebido, mas vale a pena reforçar, é que análise da necessidade merece ser feita antes do planejamento da contratação. Planejar uma contratação é atividade operacional, que deve ter seu fundamento no estudo da necessidade, um planejamento tático. Seguindo essa lógica, o Plano Anual

de Contratações, um dos pilares da Nova Lei de Licitações, deveria estar ancorado, portanto, no estudo prévio das necessidades. Voltaremos a essa questão na terceira parte deste artigo.

Há muito mais a ser explorado nessa relação, mas esperamos que você, leitor, esteja convencido de que esse aspecto, esse exercício de estudar a necessidade, identificar e avaliar soluções, é bem mais complexo e desafiador do que pode parecer à primeira vista. E é assim, desafiador mesmo, que deve ser um Estudo Técnico Preliminar, nos moldes do que propõe a Lei 14.133.

Afinal, o objetivo do ETP é “aprofundar o conhecimento sobre o problema a ser resolvido”, procedimento que dá suporte à avaliação e definição da “solução mais adequada às necessidades da administração, considerando o interesse público, os objetivos estratégicos da instituição, as opções do mercado”. É o documento que “caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução” (Lei 14.133, art. 6º, XX).

Isso, em breve síntese, é **como o ETP deve ser**. Um estudo profundo da necessidade da Administração, em termos de atendimento ao interesse público e vinculação aos objetivos da organização compradora, reunido valores, objetivos, requisitos do problema ou da oportunidade de decisão, a partir da visão dos diversos atores envolvidos.

Com base nesse levantamento da necessidade, identificação – e até mesmo criação – de alternativas de solução e avaliação das opções, com base em múltiplos critérios relevantes para a tomada de decisão, levando em conta os aspectos técnicos, econômicos e ambientais.

Reconhecemos que é um enorme, gigantesco, fenomenal desafio.

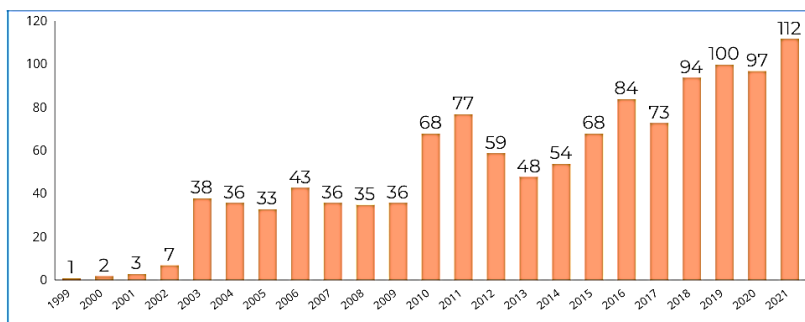
E a julgar pelo que temos encontrado nos processos atuais, estamos longe do ideal. É o que vamos abordar na terceira parte deste artigo. Antes, porém, vamos evidenciar que a lógica de estudar necessidade e soluções não é algo assim tão recente.

O PROTAGONISMO RECENTE DOS ESTUDOS PRELIMINARES

Nessa seção queremos demonstrar que o ETP não é propriamente uma “novidade” no mundo das compras públicas, mas ganhou protagonismo nos últimos anos.

Como evidência dessa afirmação, usamos a jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Pesquisando os julgados do TCU, encontramos 1.204 acórdãos contendo a expressão “estudo técnico preliminar” entre 1999 e 2021, sendo 40% produzidos nos últimos 5 anos, conforme representado na Figura 01.

Figura 01. Menção a “estudo técnico preliminar” nos acórdãos do TCU, 1999-2021



Fonte: Elaboração própria, a partir de pesquisa em <https://portal.tcu.gov.br/jurisprudencia/>

Até 2010, o TCU adotava, como referência normativa a respeito do ETP, o inciso IX do art. 6º e art. 7º da Lei Geral de Licitações e Contratos, a Lei 8.666/93, em processos majoritariamente relacionados com obras. Aqueles dispositivos mencionavam os estudos técnicos preliminares como subsídios para elaboração do Projeto Básico, elemento fundamental para contratação de obras e prestação de serviços.

Na época, já era possível entender que o objetivo do ETP era aprofundar o conhecimento sobre o problema a ser enfrentado e a busca por alternativas. É o que se observa, por exemplo, no Acórdão TCU n. 3233/2010-P, no qual o Tribunal deixou claro que “o nome da peça que norteia a licitação é irrelevante, pode ser chamada de briefing ou projeto básico, desde que atenda aos requisitos”. Esperava-se que o documento, qualquer que fosse o nome adotado, fosse elaborado com base nas indicações de estudos preliminares, relacionados com a própria necessidade

do contratante. O TCU declarou, de forma didática: **“Se a entidade não conhece o problema a ser solucionado com a contratação, é sinal de que a contratação é questionável”**.

No mesmo ano, no Acórdão n. 2938/2010-P, o TCU avaliou contratações de tecnologia da informação, identificando a ausência de estudos de mercado e avaliação de opções disponíveis, determinando elaborar ETP que assegurasse

a viabilidade da contratação sob os aspectos da eficácia, eficiência, efetividade e economicidade, com vistas a fundamentar o respectivo projeto básico, especialmente no que concerne às diferentes soluções disponíveis no mercado, à justificativa da solução específica escolhida, bem como ao demonstrativo dos benefícios técnicos e econômicos provenientes de tal escolha

Ainda naquele emblemático ano de 2010, encontramos o Acórdão n. 1915/2010-P, que analisou a implementação das recomendações pela então Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI, vinculada ao Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão. O TCU verificou que as contratações de TI passaram a ser reguladas por parâmetros balizadores definidos na IN SLTI n. 4/2008, que apresentava sequência de etapas e termos similares às referências sugeridas pelo Tribunal de Contas. Ali os Estudos Técnicos Preliminares foram citados explicitamente como artefato essencial, a ser elaborado independentemente de haver ou não licitação. Para o TCU, **o foco deveria ser no atendimento à necessidade de negócio que levou à contratação e nos requisitos da solução para que atenda a essa necessidade**.

Na época, a IN SLTI n. 04/2008 não adotava expressamente um documento chamado “Estudo Técnico Preliminar”. Existia o documento denominado “Análise de Viabilidade da Contratação”, no qual deveria constar a avaliação da necessidade e alternativas de solução.

Em 2010, o regulamento de contratações de TI foi substituído pela IN SLTI n. 04/2010, introduzindo, então, o “Documento de Oficialização da Demanda”, no qual deveria ser descrita a necessidade.

É possível associar esse movimento, em 2010, com o aumento significativo de menções a ETP nos julgados do TCU, como podemos observar no gráfico da Figura 01.

Outro movimento relevante ocorreu a partir de 2014, quando foi introduzida a IN SLTI n. 04/2014, novo regulamento de contratações de TI, no qual finalmente apareceu, explicitamente, o documento “Estudo Técnico Preliminar” como elemento obrigatório, a ser elaborado para demonstrar a viabilidade técnica e econômica da contratação.

A partir de então, como podemos identificar na Figura 01, a jurisprudência do TCU se tornou mais ativa na menção ao ETP, como, por exemplo, no Acórdão n. 2328/2015-P, que tratou do relatório de consolidação de auditoria sobre Governança e Gestão das Aquisições, em 20 órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

Ali, o TCU reafirmou que o ETP envolve o **levantamento de mercado junto a diferentes fontes possíveis, sejam contratações similares de outros órgãos, consulta a internet, visita a feiras, consulta a publicações especializadas, pesquisa junto a fornecedores, todas atividades visando avaliar as diferentes soluções que possam atender às necessidades. O TCU citou um exemplo de possíveis alternativas para a necessidade de transportar servidores:**

- a) comprar veículos e combustível, contratar motorista, manutenção, seguros;
- b) análogo à alternativa ‘a’, mas com aluguel em vez de compra dos veículos;
- c) análogo à letra ‘a’, mas usando motoristas próprios, em vez de terceirizados;
- d) contratar transporte integrado, pagando por km rodado.

Na ocasião, no mesmo Acórdão n. 2328/2015-P, o TCU recomendou à então SLTI/MPOG elaborar um modelo normativo de contratação, abrangendo especialmente a fase de planejamento.

Tal comando foi cumprido com a edição da IN SEGES/MPDG n. 05/2017, que passou a regular a contratação de serviços no Executivo federal, inspirada no regulamento de TI, trazendo explicitamente o ETP para o palco das contratações mais comuns e recorrentes.

Podemos identificar claramente, na Figura 01, que depois dessa normativa, a partir de 2018, o TCU passou a tratar muito mais intensamente do ETP em seus julgados.

Acompanhando esse movimento, vamos encontrar o Decreto nº 10.024/2019, regulamentando o Pregão eletrônico e prevendo expressamente o ETP como elemento obrigatório.

Na sequência, vemos a Resolução CNJ n. 347/2020, dispendo sobre a Política de Governança das Contratações Públicas no Poder Judiciário, exigindo, no art. 14, a presença de ETP, quando necessário, nos processos de contratação.

Também em 2020, o Executivo Federal publicou a Instrução Normativa SEGES/ME n. 40, de 22 de maio, tratando especificamente do ETP e da ferramenta ETP digital, definindo dois objetivos fundamentais para o documento: **evidenciar o problema a ser contemplado e a melhor solução dentre as possíveis. A especificação detalhada da solução escolhida compete ao Termo de Referência ou Projeto Básico. Naquele regulamento, ficou definido o estudo preliminar como o documento da primeira etapa do planejamento de uma contratação, que:**

caracteriza determinada necessidade, descreve as análises realizadas em termos de requisitos, alternativas, escolhas, resultados pretendidos e demais características, dando base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico, caso se conclua pela viabilidade da contratação.

Assim, chegamos à Nova Lei de Licitações e Contratos, a Lei 14.133/2021, prevendo no art. 5º o planejamento como princípio e exigindo, no inciso XX do art. 6º, o estudo preliminar em bases similares à IN 40/2020.

Agora, portanto, o ETP, passa a ser instrumento obrigatório em todos os ambientes em que se adote a lógica das licitações públicas.

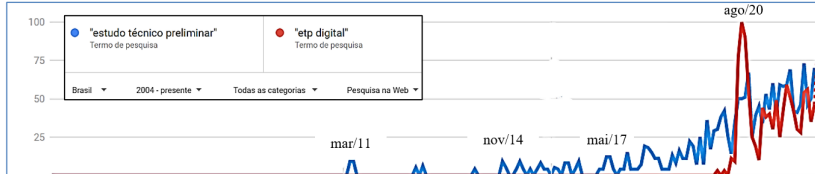
Mas é importante perceber, como tentamos destacar aqui, que isso não é algo “inovador” ou “inédito” nas compras governamentais, se mostrando, na verdade, parte de um conjunto de ações, movimentos e entendimentos, dos últimos anos, em busca de maior efetividade.

Autores como Tatiana Camarão (2020) e Franklin Santos e Tânia Chioato (2022) abordam que, nos últimos anos, houve introdução ou alteração de normativos enfatizando a fase do planejamento nas contratações, destacando elementos como o plano anual, mapa de riscos e o próprio ETP.

Reforçando essa ideia, encontramos uma ferramenta poderosa de apoio a pesquisadores, o *Google Trends*, um histórico completo do comportamento das buscas no Google, com uma metodologia própria para definir índices que vão até 100, quando o termo foi relativamente mais buscado naquele momento.

Usando essa ferramenta, conforme Figura 02, podemos evidenciar que o ETP começou a obter atenção sistemática a partir de novembro de 2014, coincidindo com a publicação da IN SLTI n. 04/2014, que definiu, pela primeira vez, expressamente, o documento em um regulamento federal. O interesse se intensificou em maio de 2017, com a edição da IN SEGES n. 01/2017 e tomou folêgo mais acentuado em agosto de 2020, depois de publicada a IN SEGES n. 40/2020, quando o ETP Digital também passou a ser de grande interesse.

Figura 02. Evolução das pesquisas no Google. ETP e ETP digital. Jan/2004-jun/2022

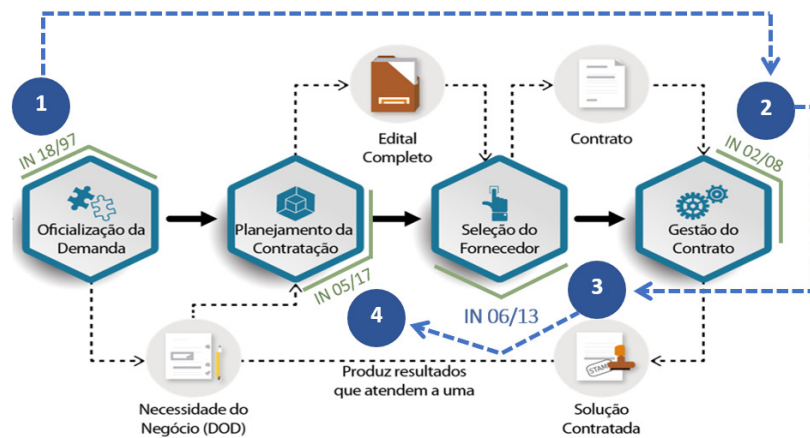


Fonte: Elaboração própria a partir de dados de <https://trends.google.pt/>

Podemos notar que esse movimento de interesse, representado pelas buscas pelo assunto ETP, coincidente com as normativas federais, é compatível com os achados de Franklin Santos e Tânia Chioato (2022), que mapearam a trajetória dos riscos e controles nas contratações de serviços terceirizados pelo governo federal ao longo das últimas duas décadas, conforme representado na Figura 03, demonstrando que o planejamento passou a ser etapa mais enfatizada nos movimentos mais recentes, com a IN SEGES 05/2017, depois de os controles terem se voltando, com maior preocupação, às etapas de oficialização da demanda (IN MARE 18/1997), gestão

contratual (IN SLTI 02/2008) e seleção do fornecedor (IN SLTI 06/2013), na busca por ampliar a capacidade das contratações de entregar resultados efetivos à sociedade.

Figura 03: Trajetória normativa e ênfase nas contratações de terceirização federal



Fonte: Santos e Chioato (2022)

Uma das motivações para essa trajetória foi suscitada por Tatiana Camarão (2020), ao defender que a antiga Lei Geral de Licitações, a Lei 8666/93, deixou de descrever detalhes dos estudos preliminares e isso pode ter contribuído para as mazelas das contratações do setor público, pela ausência de parâmetros adequados de elaboração, o que acabou suprido pelos regulamentos federais, de TI, de serviços e depois específico de ETP.

Como ilustramos com os julgados históricos do TCU, a falta de preocupação efetiva das unidades contratantes com o entendimento da necessidade e a avaliação crítica de alternativas tem sido recorrente, promovendo o movimento de ênfase de atuação dos órgãos de controle em relação ao aperfeiçoamento dos estudos preliminares. Corroborando essa ideia, encontramos 191 relatórios de auditoria da Controladoria-Geral da União contendo a expressão “estudo técnico preliminar” até junho/2022^[1], sendo 80% deles nos últimos 5 anos.

[1] Busca em <https://eaud.cgu.gov.br/relatorios>

Podemos, então, compreender que esse ambiente foi preponderante para a definição do texto final que pode ser lido no art. 18, § 1º da Lei n. 14.133/2021, ao determinar o conteúdo mínimo do ETP, prevendo a descrição do problema a ser resolvido, da perspectiva do interesse público a ser atendido, os requisitos para atendimento da necessidade, o levantamento de mercado a respeito das alternativas possíveis e avaliação fundamentada para escolha e decisão sobre a viabilidade da contratação.

Infelizmente, disfunções estruturais e interpretações equivocadas podem levar a usos inadequados ou distorcidos do instrumento, como veremos a seguir.

A REALIDADE DOS ESTUDOS PRELIMINARES ATUAIS

Cristiano Heckert e Antonio Soares Netto (2017) escreveram um excelente livro, tratando a contratação como um jogo sério, que exige decisões, escolhas, interações, articulações, negociações e muita conversa. Eles discorrem sobre diversos riscos da área e alertam, especialmente, para a tentação do **planejamento reverso, quando, primeiro, é escolhida a solução para, depois, elaborar artefatos que se encaixem nessa escolha.**

Na visão dos autores, com quem concordamos, o erro mais frequente e recorrente nas contratações ocorre pela busca precipitada da solução, em vez de partir da análise rigorosa do problema a ser solucionado. Lembramos que isso pode acontecer, de modo geral, em qualquer cenário de decisão, como descrevemos na primeira parte desse artigo.

Ilustrando essa disfunção, encontramos o Acórdão 1264/2019-P, no qual o TCU avaliou uma contratação envolvendo expansão e modernização de solução de armazenagem de dados em que a ordem dos procedimentos foi subvertida. Para o Tribunal, ficou claro que *“a decisão de efetuar a adesão à ata de registro de preços veio antes do levantamento e da especificação das necessidades da autarquia”*.

Esse é justamente o tipo de falha para a qual Cristiano Heckert e Antonio Soares Netto (2017) chamaram atenção. Se houver opção por aderir a uma ata ou realizar

uma compra da solução X, isso deve ser resultado das análises que precedem a decisão. A especificação deve ser consequência dos requisitos que melhor atendem à necessidade, não o contrário. Partir da solução e “caminhar para trás”, forjando requisitos e artefatos é um enorme risco e uma grande fonte de ineficiência. A elaboração do ETP, nesse caso, é inútil, representa desperdício de esforço e o abandono da oportunidade de explorar soluções potencialmente mais eficientes, aumentando as chances de desperdiçar recursos públicos em alternativas inadequadas.

Reforçando essa lógica, o TCU emitiu o Acórdão 122/2020-P, reconhecendo o dever de elaboração do estudo preliminar de forma tempestiva e apropriada:

A elaboração açodada, pró-forma e a posteriori dos artefatos essenciais ao planejamento da contratação – Estudo Técnico Preliminar e Projeto Básico – apenas com o fito de cumprir o rito processual, em subversão da sequência processual prevista, definindo-se primeiro a forma de contratar para em seguida elaborar os documentos destinados a sustentar tal definição, o que **desrespeita o princípio fundamental do planejamento e do controle** insculpidos nos incisos I e V do art. 6, do Decreto-lei 200/1967.

Preencher artefatos, só para constar no processo, apenas para atender formalmente aos comandos normativos, além de desrespeitar princípios, distorce os objetivos do planejamento. Deixa de ser um “trabalho criativo, prospectivo, de buscar soluções e compará-las, tendo sempre como meta resolver o problema” (Heckert e Soares Netto, 2017). Passa a ser enrolação, burocracia inútil, a famosa “papelada” irracional de que tanto se ouve tratar como sintoma de uma Administração Pública retrógrada.

O risco se agrava porque as regras atuais parecem induzir ao planejamento reverso. Foi o que Elizete Costa (2022) alertou, ao destacar a sequência lógica que determina o Plano Anual de Contratações baseado nas soluções que se pretende contratar no ano subsequente – objetos, serviços, inclusive com o respectivo código de catálogo. Ora, parte-se, portanto, da solução já escolhida.

Os normativos vigentes podem acabar, assim, reforçando os vieses decisórios dos gestores. Depois de registrada uma solução, espera-se que seja elaborado o ETP, que

deve avaliar alternativas. Isso pode representar retrabalho, pela avaliação da solução em mais de um momento, ou reduzir as chances de um estudo efetivo e abrangente, porque a tendência será de justificar aquilo que já foi escolhido.

Outro risco pode se materializar na superposição indevida do ETP e do Termo de Referência. Como Alexandre Nester e Mariana Savaris (2022) nos alertam, o ETP é “essencialmente exploratório”, buscando a melhor solução para a necessidade, servindo de esboço para o artefato subsequente, termo de referência ou projeto básico, conforme o caso, no qual será detalhada a especificação do objeto a ser contratado. Para os autores, com quem concordamos, o TR poderá inclusive destoar do ETP, pela atualização e amadurecimento de informações.

É importante ressaltar que o TCU, no “Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação” (2012) deixou claro que o ETP pode levar à elaboração de dois ou mais termos de referência ou projetos básicos, cada um referente a uma parte da solução a ser contratada. Na verdade, o ETP pode até levar a nenhuma contratação, por indicar que o melhor é adotar outro tipo de abordagem ou, até mesmo, não fazer nada.

Citando o Guia de boas práticas do TCU (2022), um problema poderia ser, por exemplo, a baixa produtividade ou a alta incidência de erros numa unidade administrativa. Isso poderia levar à identificação da necessidade de capacitação dos agentes envolvidos, cuja solução poderia representar diversas ações, nem todas ou talvez até nenhuma delas ligada a contratar.

Por isso o TCU listou, como risco, a solução que não atende à necessidade, porque não se partiu do entendimento claro do que era a necessidade. Assim como outro risco é definir a necessidade em termos da solução e não do problema, confundido os conceitos, adotando, no ETP, justificativas relacionadas às especificações do objeto, o que seria papel do Termo de Referência.

Outro risco listado pelo TCU é a decisão por uma contratação sem, antes, buscar a melhoria dos processos de trabalho, o que deve ficar claro no ETP. Primeiro, deve-se

empreender esforços para entender e diagnosticar com clareza a situação, cuja solução pode estar em mapeamentos, redesenhos, manualização, padronização, definição adequada de fluxos, qualificação, passando longe de novas compras ou novos serviços. É sempre bom lembrar que novas contratações representam, por si próprias, novos riscos, novos custos, novos esforços. Contratar nem sempre é a melhor solução.

Por isso é fundamental entender a diferença entre o ETP e o TR. Duplicar esforços nos dois documentos é uma distorção da lógica do planejamento. Assim como entender e elaborar o ETP como se fosse um “pré-TR” é outra interpretação distorcida dos artefatos.

Nessa linha de pensamento, Andrea Soares e Virgínia Lopes (2022) corroboram a visão de que o ETP pode dar origem a diversos procedimentos futuros de contratação ou apontar alternativas diferentes de uma compra pública. Elas citam, por exemplo, a noção potencialmente equivocada de que um problema a ser resolvido seja a “falta de mão-de-obra”, o que poderia levar precipitadamente à terceirização, quando, na realidade, o problema pode ser de outra natureza, cuja solução não passa por novas contratações, mas, talvez, por ações gerenciais e operacionais de atendimento às demandas de entrega de valor à sociedade.

Diante desse contexto de riscos e equívocos potenciais, fizemos um pequeno teste empírico. Consultamos vários ETP disponíveis na Internet, elaborados por unidades da mesma autarquia federal, espalhados pelo país, relacionados com a contratação de serviços de copeiragem.

A maioria dos documentos mencionava que a “necessidade” era contratar copeiragem e outros serviços agreados, como limpeza e jardinagem, com fornecimento de mão-de-obra e material de consumo, insumos e equipamentos. Nada se mencionava sobre a demanda de fornecer bebidas quentes aos usuários das instalações, nem porque isso poderia ser relevante para o interesse público.

Entre as justificativas descritas nos documentos consultados, estavam a extinção de diversos cargos do quadro próprio, enquadramento em pressupostos de

terceirização, natureza continuada dos serviços pretendidos, visando a conservação, higiene e salubridade dos prédios. Nenhuma informação, portanto, sobre as bebidas quentes a serem preparadas e servidas pela copeiragem.

Um dos documentos justificava a necessidade de aquisição e fornecimento de insumos de copa aos servidores e colaboradores, possibilitando o bem-estar e um melhor ambiente de trabalho, a motivação e saúde, sem esclarecer os fundamentos dessa presunção.

Em outro estudo consultado, a unidade afirmou que a necessidade era se ajustar ao novo modelo da Autarquia, que além do posto de trabalho, deveria incluir os utensílios e materiais de consumo sob demanda, como uma “solução completa”, sendo essa uma orientação superior da direção da autarquia.

Encontramos ainda um artefato que mencionava a intenção de suprir as necessidades de mão-de-obra para execução das atividades meio e legalmente passíveis de execução indireta.

Na seção de benefícios esperados com a contratação, foi mencionada a preparação de cafés e chás, limpeza dos utensílios e a garantia de um bom funcionamento da cozinha. Não fica clara a vinculação desses elementos com a necessidade vinculada ao interesse público.

Quanto ao estudo de soluções possíveis, verificamos que os ETP consultados limitaram-se a informar que houve pesquisa de editais e contratos similares, afirmando que a “solução de contratação que mais se encaixa à atual necessidade” era a contratação de empresa especializada na prestação de serviços, com a adoção do regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Um dos documentos descreveu que o posto de trabalho era a solução mais frequente em outros contratos, “correspondendo a que melhor atende às necessidades” daquela unidade contratante.

Alguns dos ETP não incluíam o fornecimento de materiais de consumo, enquanto outros incluíam café, açúcar, água mineral, utensílios e até fogão.

Em síntese, em nenhum dos casos identificamos, verdadeiramente, descrições efetivas sobre a necessidade a ser atendida, em termos de interesse público, ou problema a ser resolvido, que se relacionasse com o fornecimento de bebidas quentes, tampouco vislumbramos algum ETP que analisasse, de modo fundamentado, mais de uma solução possível.

Os documentos que consultamos se parecem muito com Termos de Referência, enfatizando a descrição detalhada da solução a ser contratada.

Ainda que se seja uma pequena amostra, sem rigor metodológico suficiente para fundamentar conclusões generalizadas, nossa avaliação, com essa pesquisa, aponta para um cenário muito preocupante em que o ETP tende a ser de pouca ou nenhuma utilidade prática, servindo de reforço prévio ao TR, em vez de aprofundar o conhecimento sobre a necessidade e o estudo efetivo de alternativas.

Entendemos que é o momento de questionar para que serve o ETP e como esperamos, de fato, que ele seja elaborado, de modo a permitir correção de rumos e clareza de entendimentos, antes que eventuais disfunções e desperdícios de esforços e recursos se espalhem para todos os órgãos públicos, para cumprimento da obrigação determinada na Lei 14.133/2021.

Como reforço das nossas preocupações, apresentamos um cálculo estimativo de custos administrativos relacionados com o ETP.

Carlos Motta (2020), estimou os custos administrativos de pregões eletrônicos em 4 Hospitais Universitários homologados em 2019, identificando prazo médio de 36 dias para elaboração de ETP, representando cerca de 25% do tempo total dispendido na execução de pregões.

Partindo dessa referência, podemos calcular o custo médio diário de um servidor federal, com base no Atlas do Estado Brasileiro mantido pelo IPEA^[2], o que nos remete à mediana de remuneração no Executivo Federal em 2019 de R\$ 7.235.

[2] <https://www.ipea.gov.br/atlasestado/consulta/175>

Considerando 13,3 remunerações por ano, a média mensal de custo-base de um servidor federal seria R\$ 8.019. Dividindo por 22 dias úteis por mês, temos a diária de R\$ 364.

Assim, o custo de um ETP típico no Executivo Federal, tomando por base o tempo dispendido em Hospitais Federais, somaria cerca de R\$ 13.000.

O ETP da Central de Compras para centralização de Apoio Administrativo, em 2020, utilizou R\$ 66.144,28 como custo operacional de um pregão eletrônico^[3]. Considerando a referência do estudo na Ebserh de 25% do tempo dispendido com ETP, o custo do estudo preliminar, seria próximo de R\$ 16.500, coerente, portanto, com a primeira estimativa de R\$ 13.000.

Consultando o Painel de Compras federal^[4], verificamos que em 2019 foram realizados quase 43.000 pregões pelo Executivo Federal. Adotando os R\$ 13.000 como custo médio por ETP, foram dispendidos mais de R\$ 500 milhões com esse artefato em 2019.

O total homologado em 2019 em pregões do Executivo Federal foi R\$ 60 bilhões.

Os cálculos estimados aqui, portanto, apontam para o custo do ETP próximo de 1% de tudo que se homologou.

Esses números chamam atenção para a relevância de se discutir, com a cautela e profundidade que o tema merece, o que esperamos dos Estudos Técnicos Preliminares daqui para frente.

Pode ser que uma das linhas de argumentação seja pela centralização de algumas das atividades dos estudos preliminares, para necessidades comuns de órgãos similares.

Nesse sentido, vale citar o que defenderam Antonio Costa, Luiz Andrioli e Carlos Braga (2017), quando afirmaram que ETP é o “calcanhar de aquiles” das compras

[3] <https://www.gov.br/economia/pt-br/acao-a-informacao/licitacoes-e-contratos/licitacoes/pregoes/2020/pregao-eletronico-no-10-2020-central-de-compras-uasg-201057>

[4] <http://painelcompras.economia.gov.br/>

públicas. Para esses autores, a dificuldade na elaboração dos ETP pode melhorar com o estímulo da padronização, caso em que o maior esforço tende a ser realizado uma só vez, para a definição da solução que melhor atende a uma necessidade comum. É um tema que merece debate, na esteira da priorização que a Nova Lei de Licitações remete para as compras centralizadas.

CONCLUSÃO

Como nos alertam Eduardo Fiuza e Bernardo Medeiros (2014) O “mau planejamento é uma questão cultural e administrativa. Não é uma reforma da lei de licitações que irá resolver”.

Embora seja alvissareiro reconhecer o crescente interesse pelos estudos preliminares, baseados no conhecimento da necessidade e avaliação sistemática de alternativas, identificamos que há ainda um longo caminho a percorrer, entre os objetivos do artefato, conforme declarados nas normas, na jurisprudência e na doutrina, com a realidade efetiva dos documentos que têm sido elaborados.

REFERÊNCIAS

ARRUDA, João. Deputado Federal. **Parecer da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 1292, de 1995**. Câmara dos Deputados. 05/12/2018.

BANCO MUNDIAL. **Brazil: country procurement assessment report**. Washington: World Bank, 2004. (Report, n. 28446-BR).

BAZERMAN, Max; MOORE, Don. **Processo Decisório**. Tradução Daniel Vieira. 413p. 8ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

CAMARÃO, Tatiana. **Estudo técnico preliminar: arquitetura, conteúdo, obrigatoriedade e a previsão no PL 1292/95**. <https://www.novaleilicitacao.com.br>. 03 jan. 2020.

CARVALHO, Guilherme. O mito do planejamento exorbitante na Lei nº 14.133/2021. **Consultor Jurídico (conjur.com.br)**. 1 de outubro de 2021.

COSTA, A. F.; ANDRIOLI, L.G.G.; BRAGA, C.R.A. **Estudos técnicos preliminares: o calcanhar de Aquiles das aquisições públicas.** Revista do TCU, p. 38-51, 2017.

COSTA, Cecília. Planejamento das Contratações: Módulo Estudo Técnico Preliminar. Escola Superior do Ministério Público Federal. Brasília: ESMPU, 2018.

COSTA, Elizete Ferreira. A prescindibilidade de identificar a solução da demanda no plano anual de contratações – pac, as consequências para o planejamento e o que pode mudar com a Lei nº 14.133/2021. **Portal L&C (licitacaocontrato.com.br)**. Acesso em 29/04/2022.

DE HAAN, Alexander. DE HEER, Pauline. **Solving Complex Problems. Professional Group Decision Making Support in Highly Complex Situations.** 2nd edition. Netherlands: Eleven, 2015.

ECHOS. Toolkit Design Thinking. **Echos – Designing Desirable Futures.** Australia: 2019. Disponível em: d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/10183/1616531070toolkit_dt.pdf. Acesso em 02 jun. 2022.

ENSSLIN, L.; MONTIBELLER, G.; NORONHA, S.; **Apoio à Decisão – Metodologia para Estruturação de Problemas e Avaliação Multicritério de Alternativas**, 296p. Florianópolis: Insular, 2001

FERRER, Florencia. **Diagnóstico da situação das compras públicas no Brasil.** IN: FERRER, Florencia; SANTANA, Jair Eduardo. (Coord.) **Compras Públicas Brasil.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

FIUZA, Eduardo Pedral Sampaio; MEDEIROS, Bernardo Abreu de. A agenda perdida das compras públicas: rumo a uma reforma abrangente da lei de licitações e do arcabouço institucional. **Texto para Discussão, IPEA**, 2014.

HECKERT, Cristiano Rocha; SOARES NETTO, Antonio Fernandes. **Contratações de TI: o jogo.** Editora Negócios Públicos do Brasil. 2017

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar.** tradução Cássio de Arantes Leite. 491 p. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KEENEY, R. L. Value-Focused Thinking. **A path to creative decision-making**. Cambridge: Harvard University Press, 1992

KERTESZ, J. When design meets business – basics of the design thinking process. **MIRO Blog**. 2018. Disponível em: <https://miro.com/blog/design-thinking-process-basics>. Acesso em: 02 jun. 2022.

ROY, B. **Multicriteria Methodology for Decision Aiding**. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1996. Disponível em: <https://books.google.com.br>. Acesso em: 09 jun. 2022.

MOTTA, Carlos Vinícius de Souza. Identificação dos custos administrativos dos processos de compras da empresa brasileira de serviços hospitalares – Ebserrh. **Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Gestão Pública)**. Enap, 2020.

NESTER, Alexandre Wagner; SAVARIS, Mariana Randon. A importância do estudo técnico preliminar para o planejamento da contratação pública no regime da lei 14.133/2021. **Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, nº 174, agosto de 2021, disponível em justen.com.br, acesso em 29/04/2022.

SALES, Alessandra Mara Cornazzani. **Termo de referência, estudo técnico preliminar, anteprojeto e projeto básico**: um checklist do conteúdo obrigatório e qual peça processual usar nas licitações e contratações públicas. *Simetria*, 1(8), 7–27. 2022.

SANTOS, Franklin Brasil; CHIOATO, Tânia Lopes Pimenta. Rescisões contratuais antes e depois do Acórdão TCU 1214/13: possíveis efeitos da trajetória de controles na terceirização. **Revista do TCU**, v. 1, n. 148, p. 19-37, 2021.

SOARES, Andrea Heloísa da Silva; LOPES Virgínia Bracarense. **Estudo Técnico Preliminar na contratação de serviços terceirizados**: um instrumento para uma atuação estratégica e inovadora. In: FORTINI, Cristiana; PAIM, Flaviana Vieira (coord). **Terceirização na Administração Pública**: Boas Práticas e Atualização à Luz da Nova Lei de Licitações. Editora Fórum, 2022.

TCU. Tribunal de Contas da União. **Guia de boas práticas em contratação de soluções de tecnologia da informação**. versão 1.0. Brasília: TCU, 2012.

TERENTIN, G. Perguntas Poderosas. Escola Superior do Ministério Público da União. **Curso Institucional**. Orientadora Pedagógica Tatiana Jebrine Brasília, 2022. Disponível mediante inscrição e seleção em: <https://ead02.escola.mpu.mp.br/course/view.php?id=318>. Acesso em 02 jun. 2022.

TERRA, A.C.P., **Compras públicas inteligentes**: uma proposta para a melhoria da gestão das compras governamentais. Escola Nacional de Administração Pública (Enap). 2018

07

CRENCIAMENTO E CONTRATAÇÃO PÚBLICA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

ACCREDITATION AND PUBLIC CONTRACTING IN THE NEW BIDDING LAW

Por Pedro Henrique Braz De Vita

Advogado. Professor. Doutorando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).
Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela
Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em parcerias público-privadas certificado pela
APMG International (CP3P Foundation).

ABSTRACT

The present work aims to study, in an analytical way, the text of art. 79, of Law nº 14.133/2021, in order to summarize the treatment given by the legislator to the accreditation institute. In the first topic, the concept of accreditation is approached, comparing it with the treatment given to it by the legislation in force until then, and the legal nature of the institute is problematized, concluding that it consists of a procedure. In the second topic, the hypotheses of appropriateness of accreditation are systematized, with emphasis on its use in an environment of “fluid markets”, a novelty capable of forcing a review in other concepts related to the subject of pu-blic bidding and contracting. In the third topic, the need to regulate the procedure for establishing accreditation is evaluated, a healthy measure to confer assertive-ness and efficiency to the use of the institute. In the last topic, aspects related to the planning and management stages of accreditation are studied, focusing on the measures determined by Law Nº. 14.133/2021.

KEYWORDS:

Bids – administrative contracts – new law – accreditation – legal discipline.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo avaliar, de maneira analítica, o texto do art. 79, da Lei nº 14.133/2021, de modo a sintetizar o tratamento conferido pelo legislador ao instituto do credenciamento. No primeiro tópico, é abordado conceito de credenciamento, comparando-o com o tratamento conferido a ele pela legislação vigente até então, e se problematiza a natureza jurídica do instituto, concluindo-se que ele consiste num procedimento. No segundo tópico, são sistematizadas as hipóteses de cabimento do credenciamento, com destaque para sua utilização num ambiente de “mercados fluídos”, novidade capaz de forçar uma revisão em outros conceitos atinentes ao tema das licitações e contratações públicas. No terceiro tópico, é avaliada a necessidade de se regulamentar o procedimento destinado a instituir o credenciamento, medida salutar para conferir assertividade e eficiência à utilização do instituto. No último tópico, são estudados aspectos relativos às etapas de planejamento e gestão do credenciamento, com foco nas providências determinadas pela Lei nº 14.133/2021.

PALAVRAS-CHAVE:

Licitações – contratos administrativos – nova lei – credenciamento – disciplina legal.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133/2021 foi sancionada sob a expectativa de promover alguma modernização nos processos de contratação pública.

Essa expectativa, contudo, contrasta com o fato de que essa lei replica, em grande medida, conceitos, práticas e posicionamentos construídos à luz das Leis nº 8.666/93, 10.520/2002, e 12.462/2011.

Em grande medida, é justa a crítica de que se pretende ver o gestor público fazer contratações menos burocráticas e mais eficientes utilizando as mesmas ferramentas que têm à disposição já há bastante tempo.

Contudo, é possível encontrar pulverizadas na Lei nº 14.133/2021 novidades aptas a modificar o espaço de atuação dos agentes responsáveis pela condução dos processos de contratação pública.

Uma dessas novidades consiste no art. 79 da Lei, que trata da figura do credenciamento.

É bem verdade que a Lei nº 14.133/2021 não foi a responsável por introduzir o referido instituto na ordem jurídica. A doutrina e a jurisprudência pátrias reconheciam a possibilidade de ele ser utilizado, mesmo sob a vigência exclusiva da Lei nº 8.666/93.

Mas a Lei nº 14.133/2021 tem a virtude de positivizar o credenciamento e lhe conferir tratamento razoavelmente detido, conferindo-lhe maior concretude e permitindo sua aplicação num ambiente de maior segurança jurídica.

O objetivo do presente trabalho é avaliar, de maneira analítica, o texto do art. 79, da Lei nº 14.133/2021, de modo a sintetizar o tratamento conferido pelo legislador ao instituto do credenciamento.

A análise em questão se apoiará também numa comparação parcial entre a disciplina dada ao credenciamento pela Lei nº 14.133/2021 e pela Lei nº 8.666/93, bem como em material doutrinário e jurisprudencial.

1. HISTÓRICO, CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O tratamento conferido pela Lei nº 14.133/2021 merece nota e análise na medida em que o instituto não era objeto de regulamentação por norma geral editada pela União até a promulgação da Nova Lei de Licitações.

A Lei nº 8.666/93 não menciona em qualquer um de seus dispositivos o instituto do credenciamento. Não há nela a estruturação de um conceito legal, a definição de hipóteses de cabimento, a enumeração de requisitos a serem preenchidos para utilização legítima do instituto, ou a delimitação de procedimentos a serem seguidos para o bom funcionamento de um credenciamento.

Segundo ensina MARÇAL JUSTEN FILHO, a utilização do credenciamento, à luz da Lei nº 8.666/93, foi atrelada a situações nas quais a solução da Administração Pública demandava a contratação de todos os particulares que demonstrassem interesse em ser contratados e que preenchessem os requisitos habilitatórios fixados previamente^[1].

Observou-se que nesse tipo situação não havia a necessidade de se excluir do processo de contratação eventuais interessados, visando a definição de um número determinado de particulares selecionados para contratar com a Administração Pública. Por consequência lógica, não se aferia qualquer utilidade na instauração de um procedimento que induzisse os interessados a competirem pela oportunidade de contratar com a Administração Pública. Não se vislumbrava, portanto, a possibilidade de se realizar licitação.

Essa inutilidade do procedimento licitatório reclamou a construção de uma alternativa, a qual foi fundamentada por parte da doutrina e pela jurisprudência no art. 25, *caput*, da Lei nº 8.666/93: o credenciamento.

[1] *cf.* JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 18. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. pp. 74-78.

A jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO confirma as premissas que nortearam o desenvolvimento desse procedimento:

O credenciamento é hipótese de inviabilidade de competição não expressamente mencionada no art. 25 da Lei 8.666/1993 (cujos incisos são meramente exemplificativos). Adota-se o credenciamento quando a Administração tem por objetivo dispor da maior rede possível de prestadores de serviços. Nessa situação, a inviabilidade de competição não decorre da ausência de possibilidade de competição, mas sim da ausência de interesse da Administração em restringir o número de contratados.^[2]

Esse procedimento, segundo destaca MARÇAL JUSTEN FILHO, tem início com a edição de um regulamento, no qual sejam estabelecidos “[...] *o objeto e as condições da futura contratação, os requisitos exigidos dos particulares interessados em contratar e todos os procedimentos pertinentes à contratação*”^[3].

A edição desse regulamento funda a abertura de uma espécie de “banco de fornecedores”, a ser composto por todos^[4] os interessados que preenchem os requisitos para tanto. O acesso a esse “banco de fornecedores” deve ser franqueado a qualquer momento, de modo que o credenciamento de novos fornecedores deve permanecer permanentemente aberto.

Em surgindo a necessidade, um desses fornecedores será contratado pela Administração Pública, para fornecer bens ou prestar serviços, segundo as condições estabelecidas no regulamento do credenciamento.

Tendo em vista esse procedimento, MARÇAL JUSTEN FILHO definiu o credenciamento instrumentalizado à luz da Lei nº 8.666/93 como um “[...] *ato administrativo unilateral por meio do qual a Administração Declara que o requerente que preenche*

[2] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.567/2014 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. j. em 09/12/2014. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 16/12/2014.

[3] JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 74.

[4] “Não deve haver limites para o credenciamento, número máximo de credenciados.” (NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 114.

os requisitos para ser contratado e a ele assegura a possibilidade de ser contratado, nas condições estabelecidas no regulamento”^[5].

Note-se, portanto, que de acordo com o autor, o credenciamento, compreendido a partir da lógica da Lei nº 8.666/93, não consiste em um procedimento. Ele não equivale a uma sucessão concatenada de atos destinada à seleção de fornecedores de bens ou serviços para a Administração Pública.

O credenciamento também não detém, naquele contexto normativo, natureza de contrato administrativo, pois não disciplina uma relação bilateral e comutativa entre a Administração Pública e um contratado, por meio da qual este se comprometa a fornecer àquela um determinado bem ou serviço, mediante recebimento da contraprestação devida.

À luz da Lei nº 8.666/93, ele consiste em um ato administrativo, por meio do qual a Administração Pública reconhece que determinado particular preenche os requisitos de habilitação previamente fixados em regulamento e o insere num “banco de fornecedores” credenciados, conferindo-lhe a expectativa de ser contratado, caso sobrevenha necessidade pública que demande a sua contratação.

A jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO segue a mesma linha: “O credenciamento, entendido como espécie de inexigibilidade de licitação, é ato administrativo de chamamento público de prestadores de serviços que satisfaçam determinados requisitos, constituindo etapa prévia à contratação, devendo-se oferecer a todos igual oportunidade de se credenciar”.^[6]

Esse entendimento, contudo, aparentemente não foi acompanhado pelo legislador, que ao construir a redação da Lei nº 14.133/2021, definiu o credenciamento como o “**processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os**

[5] JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 75.

[6] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 436/2020 – Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. j. em 04/03/2020. **Diário Oficial da União**. Brasília: 2020.

requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados.” (art. 6º, inc. XLIII^[7]).

Essa definição legal contém a virtude de reconhecer que o instituto do credenciamento tem sua implementação atrelada a uma sucessão de atos administrativos, tais como a estruturação de um regulamento, a publicação de um edital de chamamento público e a avaliação e eventual aprovação da documentação entregue pelos interessados, e não a apenas 1 (um) ato administrativo.

Por outro lado, ela enseja outra dúvida: seria o credenciamento um processo administrativo propriamente dito, ou apenas um procedimento administrativo? A segunda alternativa parece ser mais adequada.

Como bem lembra ROMEU FELIPE BACELLAR FILHO, o processo administrativo pressupõe a participação de atores em efetiva contraposição uns aos outros^[8]. Em outras palavras, a existência de processo propriamente dito pressupõe a existência de uma lide, formada a partir de interesses contrapostos e em rota de colisão.

Esse não é um traço característico das contratações processadas sob a luz da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 14.133/2021. Em que pese haver disputa entre os potenciais interessados em contratar com a administração, essa disputa não coloca os interesses em um ângulo de contraposição apto a fazer surgir uma lide propriamente dita.

A ausência de lide entre os atores pertinentes, observada por ocasião da realização de procedimentos licitatórios^[9], é ainda mais marcante no caso do credenciamento, o qual pressupõe a seleção de todos os sujeitos que se mostrarem interessados

[7] BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**. Brasília, DOU de 01/04/2021. *g.n.*

[8] *cf.* BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 88.

[9] Para ADILSON ABREU DALLARI, “[...] a licitação é verdadeiramente um procedimento administrativo que tem por objeto a seleção de um contratante com a Administração Pública.” (DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 35).

em contratar com a Administração Pública e comprovarem o preenchimento de requisitos previamente estipulados.

Daí porque entende-se ser mais apropriado definir o credenciamento como um procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública estabelece condições para seleção prévia e eventual contratação de todos os sujeitos que demonstrarem interesse e que preencherem os requisitos fixados pelo órgão ou entidade credenciador.

2. CABIMENTO

Conforme pontuado anteriormente, o cabimento do credenciamento, quando realizado à luz da disciplina da Lei nº 8.666/93, está vinculado à noção geral de que a solução da necessidade da Administração Pública demanda a contratação do maior número possível de fornecedores.

A generalidade dessa hipótese de cabimento ensejou algum casuísmo na utilização legítima do credenciamento, o que fomentou o desenvolvimento de uma jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO acerca da utilização adequada do credenciamento em diversas situações concretas.

Há precedentes do TCU confirmando, por exemplo, a possibilidade de utilização de credenciamento para a contratação de profissionais da saúde^[10], de passagens aéreas sem a intermediação de agências de viagem^[11] e de empresas agenciadoras de transporte individual de passageiros (tal como a Uber)^[12].

[10] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 352/2016 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. j. em 24/02/2016. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 15/03/2016.

[11] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.545/2017 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. j. em 19/07/2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 17/08/2017.

[12] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.223/2017 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. j. em 14/06/2017. **Diário Oficial da União**. Brasília.

Talvez visando evitar o casuísmo, reduzir o protagonismo da jurisprudência e aumentar a segurança jurídica na utilização do instituto do credenciamento, o legislador, ao estruturar a Lei nº 14.133/2021, optou com enumerar algumas das hipóteses de cabimento do instrumento em questão.

Essas hipóteses estão enumeradas no art. 79 da Lei:

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

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

Salvo melhor juízo, trata-se de rol meramente exemplificativo. O credenciamento, cumpre lembrar, consiste em ferramenta apta a instrumentalizar a realização de contratações em ambiente de inviabilidade de competição decorrente da desnecessidade de se definir um número determinado de futuros contratados pela Administração Pública.

Por ter sua utilização atrelada à caracterização de hipótese de inviabilidade de competição, é materialmente impossível que o legislador aponte, de antemão, todas as situações concretas em que ele se fará necessário.

Obviamente, essa conclusão não torna desimportante uma análise mais detida das hipóteses de cabimento do credenciamento expressamente prevista na Lei nº 14.133/2021, à qual se passa a partir deste ponto.

2.1. CONTRATAÇÕES PARALELAS E NÃO EXCLUDENTES

Trata-se de hipótese estruturada a partir da noção mais elementar (e teórica) de credenciamento, encarado, conforme visto, como um instrumento apto a permitir a contratação do maior número possível de particulares que formalizarem interesse e que comprovarem o preenchimento de requisitos pré-estabelecidos.

Como bem destaca MARÇAL JUSTEN FILHO, a adequação teórica do modelo pode, em alguma medida, deslocar-se da realidade, posto que, no mais das vezes, a limitação de recursos (humanos e financeiros) do Poder Público tende a impor uma limitação no universo de sujeitos a serem contratados:

Essa hipótese [de contratações paralelas e não excludentes] é muito incomum, eis que a Administração dispõe de recursos financeiros delimitados e finitos. Como decorrência, a Administração deverá limitar as suas contratações à dimensão de recursos disponíveis e à satisfação de necessidades existentes num determinado período de tempo.^[13]

De qualquer modo, pode-se imaginar, por exemplo, que seja conveniente e oportuno para um município ter à sua disposição um credenciamento com o maior número possível de oficinas mecânicas localizadas na cidade, dispostas e aptas a realizar a manutenção preventiva e corretiva de sua frota.

É verdade que nesse caso dificilmente a demanda efetiva do município resultará na contratação imediata e concomitante de todas as oficinas. Entretanto, a utilização de um critério adequado de distribuição dessa demanda entre as diversas oficinas tende a gerar contratações paralelas e não excludentes, nos termos do que prevê o art. 79, inc. I, da Lei nº 14.133/2021.

2.2. SELEÇÃO A CRITÉRIO DE TERCEIROS

A segunda hipótese de utilização do credenciamento, expressamente prevista na Lei nº 14.133/2021, refere-se às hipóteses onde a rede de credenciados será

[13] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021. p. 1131.

demandada e contratada por terceiros, que se beneficiarão diretamente dos bens ou serviços a serem fornecidos.

De acordo com MARÇAL JUSTEN FILHO, a hipótese se refere a situações nas quais “[...] a escolha [do credenciado a ser contratado] não é de titularidade da Administração, mas de um terceiro – ainda que incumba à Administração promover a remuneração dele”^[14].

Essa talvez seja a hipótese mais fácil de ser compreendida e de ser verificada na prática.

Tome-se como exemplo situação hipotética onde o departamento de trânsito de um determinado estado da Federação pretenda criar uma rede de clínicas médicas aptas a realizar exames oftalmológicos na população que procura adquirir ou renovar sua carteira nacional de habilitação (CNH).

Nesse caso, as clínicas credenciadas serão demandas e prestarão serviços diretamente aos cidadãos, que decidirão, de acordo com sua conveniência, quais particulares serão efetivamente instados a realizar os exames clínicos necessários.

Pouco importa, nesse caso, quem será o responsável por remunerar a clínica – a pessoa que demandou os seus serviços, ou o departamento de trânsito que, ao realizar seu credenciamento, a chancelou como sujeito capaz de providenciar os exames necessários para emissão ou renovação da CNH.

Para a caracterização desta hipótese de utilização do credenciamento, a escolha do credenciado a ser contratado deve caber não a Administração Pública, mas a um terceiro que se beneficie diretamente da solução a ser fornecida.

2.3. MERCADOS FLUÍDOS

A utilização do credenciamento para instrumentar contratações em ambientes de “mercados fluídos” talvez seja a maior e mais bem vinda novidade relativa ao tema abordado nesse trabalho.

[14] JUSTEN FILHO. *Idem*. p. 1131.

Em que pese inexistir definição do que é um “mercado fluído”, MARCOS NÓBREGA e RONNY CHARLES L. DE TORRES atrelam a expressão a um ambiente no qual a Administração Pública lida com preços dinâmicos, “[...] *flexíveis e variáveis com base na demanda, oferta, preço da concorrência, preços de produtos substitutos ou complementares*”^[15].

Nesse ambiente, é materialmente impossível que a Administração Pública planeje uma contratação a partir da definição de um valor estimado do objeto a ser contratado, na medida em que a dinamicidade do mercado alteraria esse valor antes de o processo de contratação ser finalizado.

Por isso, a Lei nº 14.133/2021 permitiu que a Administração Pública lance mão do credenciamento na tentativa de captar no mercado, no momento da contratação, a melhor oferta de preço possível para o bem ou serviço por ela desejado.

Para além da possibilidade de se definir o valor de mercado do bem ou serviço desejado no momento da formalização da demanda, o credenciamento coloca à disposição da Administração Pública uma rede de potenciais fornecedores, o que aumenta as chances de se obter uma oferta vantajosa em relação aos preços praticados naquela realidade.

Numa situação hipotética, essa solução pode ser levada a cabo para credenciar postos de combustível localizados numa determinada cidade, que estejam dispostos e sejam aptos a abastecer os veículos da frota oficial do Município.

Não há como estabelecer, de antemão, o valor estimado do litro do combustível, visto se tratar de produto com preços altamente voláteis.

Nesse caso, pode-se fazer uso do credenciamento, inserindo no “banco de fornecedores” todos os postos dispostos e aptos a fornecer combustíveis. E, no momento em que o abastecimento se fizer necessário, a Administração

[15] NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. **A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace o turning point da inovação nas compras públicas**. 2020. p. 8. Disponível em: <<https://olicitante.com.br/e-marketingplace-turning-point-inovacao-compras-publicas>>. Acesso em 02/06/2022;

Pública conferirá o valor exercido pelo mercado e demandará do fornecedor que apresentar o maior desconto em relação àquela referência.

A introdução do conceito de mercado fluído na Lei nº 14.133/2021 consiste num raro e auspicioso sopro de modernidade no âmbito de uma construção normativa que carrega muito da burocracia e das ineficiências que marcaram a legislação até então vigente sobre licitações e contratações públicas no país.

Por refletir um dado observado no campo dos fatos, a tendência é que ele seja utilizado como porta de entrada para a revisão de outros conceitos atinentes ao tema.

3. REGULAMENTAÇÃO

A preocupação do legislador em conferir maior concretude à figura do credenciamento não ficou adstrita ao tratamento das hipóteses de cabimento do referido instituto.

Há no parágrafo único do art. 79, da Lei nº 14.133/2021, previsão no sentido de que *“os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento [...]”*.

O objetivo é permitir que o procedimento de instituição do credenciamento seja delimitado no tocante a aspectos como seu planejamento, a estruturação e a divulgação do regulamento e do edital de chamamento público, a definição dos requisitos a serem preenchidos pelos postulantes à posição de credenciados, a estipulação dos critérios objetivos a serem observados para a efetiva contratação deles, dentre outros.

Entretanto, é inevitável se questionar se a edição deste regulamento consiste em condição de eficácia do art. 79, da Lei nº 14.133/2021, ou se o instituto do credenciamento poderia ser utilizado mesmo em caso de omissão no exercício da competência regulamentar em questão.

Em que pese a Lei nº 14.133/2021, em comparação ao regime jurídico a ela anterior, conferir maior concretude ao credenciamento, sua redação parece vincular sua utilização a prévia expedição de regulamento.

Com efeito, o art. 79 da referida lei prevê expressamente que o procedimento para utilização do credenciamento deverá ser regulamentado. Na ausência desse regulamento, não há procedimento válido à luz do ordenamento jurídico. E se não há procedimento válido, resta inviável a utilização válida do instituto.

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO afirma expressamente que *“o processo administrativo pertinente ao credenciamento deve ser objeto de regulamentação, que disciplinará as diversas etapas dos processos administrativos pertinentes”*^{[16][17]}.

A competência para editar tal regulamento, tudo indica, não é privativa do Presidente da República, nos termos do art. 84, inc. IV, da Constituição Federal. Trata-se, em verdade, do exercício da competência de suplementar a legislação federal de caráter geral (no caso, a competência de editar normas gerais sobre licitações e contratos, instituída pelo art. 22, inc. XXVII), prevista nos arts. 84, VI, “a”, 24, § 2º, 30, inc. II, da Carta Magna.

Quer-se com isso dizer que por força do contido no parágrafo único, do art. 79, da Lei nº 14.133/2021, os entes federativos possuem competência para explicar o procedimento por meio do qual o instrumento do credenciamento, previsto em norma de caráter geral e abstrato, será utilizado.

4. APONTAMENTOS ACERCA DA FASE PREPARATÓRIA NO CREDENCIAMENTO

Em que pese ter delegado o tratamento pormenorizado do procedimento para instituição do credenciamento à atividade regulamentar, a Lei nº 8.666/93 fixou critérios gerais a serem observados para a utilização legítima do referido instituto.

[16] JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 1132.

[17] Na mesma linha, BRENO ALMEIDA SOUZA destaca o seguinte: *“No caso das normas delimitadoras do Credenciamento na NLLC, é correto considerar que sejam normas de cunho geral e de eficácia limitada, visto que definem parâmetros a serem observados e determinam a regulamentação infralegal do instituto, evidenciando que não foram positivadas de forma exaustiva, estando carentes de definição de procedimentos”*. (SOUZA, BRENO ALMEIDA. A positivação do credenciamento e a minimização das inseguranças nos processos de contratação direta por inexigibilidade de licitação p. 6. In.: **Direito Público**. Disponível em <<https://direitopublico.com.br/wp-content/uploads/2021/12/Artigo-Jus.pdf>>. Acesso em 01/06/2022).

Esses critérios estão enumerados nos incisos do parágrafo único, do art. 79, da lei em questão, *in verbis*:

Art. 79. [...]

[...]

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

- I.** a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;
- II.** na hipótese do inciso I do *caput* deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;
- III.** o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do *caput* deste artigo, deverá definir o valor da contratação;
- IV.** na hipótese do inciso III do *caput* deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;
- V.** não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;
- VI.** será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

É de se notar que os critérios acima se relacionam a etapas distintas do procedimento de credenciamento. No tocante à fase preparatória, objeto deste quarto tópico, são 3 (três) os critérios a serem destacados e analisados de maneira mais detida: a) a elaboração e a publicação do edital de chamamento público; b) a definição de critérios objetivos para seleção dos credenciados; e c) a definição das condições objetivas para formalizar a efetiva contratação.

4.1. ELABORAÇÃO E PUBLICAÇÃO DE EDITAL DE CHAMAMENTO PÚBLICO

De acordo com o art. 79, parágrafo único, inc. I, da Lei nº 14.133/2021, a utilização legítima do credenciamento pressupõe a publicação de um edital de chamamento público de interessados. Esse edital, de acordo com a norma, deve ser disponibilizado em sítio eletrônico oficial.

O sítio oficial eletrônico mencionado no dispositivo consiste no Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP), o qual, de acordo com o art. 174, § 2º, inc. III, da Lei nº 14.133/2021, deve conter informações acerca de “**editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos**” (g.n).

Por óbvio, não há prejuízo para que o edital de chamamento público seja disponibilizado também em outros sítios eletrônicos, a exemplo do portal oficial do órgão ou entidade credenciador. Entretanto, a exigência legal em questão só restará preenchida se o instrumento convocatório também for publicado no PNCP.

Segundo o art. 79, parágrafo único, inc. I, da Lei nº 14.133/2021, o edital deve ser mantido à disposição do público “[...] **de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados**”.

Essa regra reflete precedentes do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, de acordo com os quais o credenciamento firmado à luz da disciplina da Lei nº 8.666/93 deve ficar permanentemente aberto a pedidos encaminhados por potenciais interessados em se credenciar^[18].

Num primeiro momento, essa regra pode parecer alinhada à noção de que o credenciamento pressupõe a seleção de todos os interessados que demonstrarem preencher os requisitos mínimos exigidos.

Entretanto, em alguns casos, essa imposição genérica pode se mostrar

[18] cf. BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de Relação nº 2.707/2014 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. j. em 15/10/2014. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 02/12/2014.

incompatível com as características do objeto a ser contratado e impor sérios problemas operacionais à Administração Pública.

Imagine-se, por exemplo, a instituição de um credenciamento destinado a selecionar escritórios de advocacia aptos a prestar serviços de gestão de carteiras massificadas de processos.

A contratação dessas atividades, como regra, pressupõe a inviabilidade material de o jurídico interno do órgão ou entidade contratante absorver e gerenciar todas as ações judiciais em que o Poder Público é parte interessada. Em tese, a terceirização pode conferir eficiência à gestão dessas carteiras, mediante a utilização de mão de obra mais abundante, disponibilizada pela iniciativa privada.

Entretanto, essa eficiência está atrelada à capacidade do órgão ou entidade contratante gerir de maneira adequada os contratos firmados com os escritórios terceirizados. É preciso fiscalizar a prestação dos serviços tanto sob o aspecto quantitativo quanto sob o prisma técnico. E essa fiscalização, é claro, consome recursos humanos e financeiros do órgão ou entidade contratante.

Nesse contexto, a seleção e a contratação de um número de escritórios muito superior aquele passível de ser gerido e fiscalizado adequadamente pelo órgão ou entidade credenciador pode ter como consequência a prestação de serviços de baixa qualidade.

Deixando-se de lado um panorama marcado por alguma patologia – o de fixação inadequada dos requisitos de habilitação, por exemplo –, é lógico que a abertura do credenciamento por prazo indeterminado tende a gerar um aumento indeterminado do número de escritórios credenciados, o que pode acarretar no efeito nocivo mencionado no parágrafo anterior.

Desse modo, em algumas situações seria interessante permitir que a Administração Pública mantivesse seus credenciamentos abertos por um prazo razoável, apto a permitir a seleção de um número de credenciados adequado à sua capacidade de gestão da ata e dos contratos dela decorrentes, mediante aposição da devida justificativa.

Contudo, essa não foi a opção feita pelo legislador, de modo que os órgãos e entidades credenciadoras precisarão ter cautela redobrada na alocação dos recursos humanos necessários para a gestão de seus credenciamentos e dos contratos deles decorrentes.

4.2. DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS OBJETIVOS DE SELEÇÃO

Ainda que não conste expressamente da redação do art. 79, da Lei nº 14.133/2021, a fixação dos requisitos a serem preenchidos pelos interessados em serem credenciados consiste em importante tarefa a ser cumprida pelo gestor público que deseja fazer uso do credenciamento.

Com efeito, o credenciamento não implica na seleção e na contratação de todo e qualquer sujeito interessado. Ele consiste em instrumento que confere à Administração Pública a possibilidade de contratar todos os interessados que demonstrem ter capacidade de satisfazer a necessidade pública sintetizada no edital de chamamento público.

É preciso, portanto, aferir quais dos interessados em se credenciar preenchem os requisitos que demonstram suas capacidades em executar o objeto a ser contratado.

Lembre-se que mesmo antes da promulgação da Lei nº 14.133/2021, a fixação de critérios objetivos para seleção dos credenciados já era admitida pela jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO^[19].

MARÇAL JUSTEN FILHO, por sua vez, fala na edição de um verdadeiro regulamento para cada credenciamento: “Nas hipóteses de cabimento do credenciamento, a Administração estabelece, em ato regulamentar, o objeto e as condições da futura

[19] “O credenciamento, entendido como espécie de inexigibilidade de licitação, é ato administrativo de chamamento público de prestadores de **serviços que satisfaçam determinados requisitos**, constituindo etapa prévia à contratação, devendo-se oferecer a todos igual oportunidade de se credenciar.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.150/2013 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. j. em 15/05/2013. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 28/03/2013. *g.n.*).

contratação, **os requisitos exigidos dos particulares interessados em contratar e todos os procedimentos pertinentes à contratação**”.^[20]

Não se pode perder de vista que apesar de o credenciamento não estar atrelado a uma lógica de exclusão de interessados, ele ainda é um processo de seleção com quem a Administração Pública pretende contratar.

É preciso realizar uma análise objetiva de adequação dos bens ou serviços ofertados pelos futuros credenciados às especificações técnicas e econômicas previamente definidas, bem como das características pessoais dos interessados em se credenciar.

Por isso, é importante que o edital de credenciamento contenha as especificações técnicas do objeto a ser fornecido, bem como as exigências de habilitação a serem cumpridas pelos interessados como condição para se credenciarem.

4.3. DEFINIÇÃO DAS CONDIÇÕES DE CONTRATAÇÃO

Para além da definição das condições para credenciar os particulares interessados, é preciso também que o edital de chamamento público contenha as “[...] *condições padronizadas de contratação* [...]”, bem como a definição do valor a ser pago pelo fornecimento do bem ou serviço^[21] (art. 79, parágrafo único, inc. III, da Lei nº 14.133/2021).

Mais ainda, nos casos em que o objeto do credenciamento não permitir a imediata e concomitante contratação de todos os credenciados, faz-se necessário estabelecer “[...] *critérios objetivos de distribuição da demanda* [...]” (art. 79, parágrafo único, inc. II, da Lei nº 14.133/2021).

Tais regras encontram fundamento constitucional no princípio da isonomia e na necessidade de tratar todos os interessados em contratar com a administração de maneira igualitária.

[20] JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 1129.

[21] Exceção feita à hipótese de credenciamento de objeto negociado em mercados fluídos que, conforme visto, terão seu preço definido no momento da formalização da demanda.

Com efeito, se todos os interessados que se mostrarem aptos serão selecionados, é importante que os critérios de aferição desta aptidão sejam rigorosamente os mesmos para todos os particulares.

Na mesma medida, se todos os credenciados serão demandados para fornecer bens ou serviços que atendam as mesmas especificações técnicas, não há justificativas para que a Administração Pública os remunere de maneira diversa.

Ainda, se a demanda por bens ou serviços é insuficiente para justificar a contratação imediata de todos os particulares previamente credenciados, há que se estabelecer, de antemão, critérios objetivos para divisão da demanda efetiva entre eles.

Esse assunto merece algum aprofundamento.

Ao tratar dos credenciamentos firmado com fundamento na Lei nº 8.666/93 – submetidos em igual medida ao princípio da isonomia – o TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO fixou como um dos requisitos para sua utilização a “[...] *contratação de todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições fixadas pela Administração, não havendo relação de exclusão* [...]”^[22].

Esse apego à necessidade de não estabelecer relação de exclusão entre os credenciados evidentemente entrou em contraste com situações nas quais a demanda efetiva pelos bens ou serviços desejados era inferior à oferta dos particulares.

Para resolver esse tipo de problema, e visando resguardar ao máximo o princípio da isonomia (encarado de forma um tanto ortodoxa), tornou-se habitual a eleição de critérios de distribuição de demanda não focados nas características dos próprios credenciados, tais como sorteios.

Havia receio de que o estabelecimento de critérios de classificação dos credenciados, pautados em aspectos técnicos relativos a eles próprios ou aos

[22] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.504/2017 – Primeira Câmara. Relator Ministro Augusto Sherman. j. em 02/05/2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 08/05/2017. *g.n*

objetos a serem fornecidos por eles, fossem encarados como uma ofensa à lógica de não exclusão inerente ao credenciamento.

Recentemente, esse ponto de vista foi revisitado em julgado do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, segundo o qual *“Não viola o princípio da isonomia a utilização de critérios técnicos objetivos, mediante pontuação, para definir preferência em contratações decorrentes de credenciamento”*^[23].

De acordo com o relator do processo, só haveria afronta à isonomia se a demanda por bens ou serviços fosse distribuída a partir de critérios subjetivos, ou ainda se a ordem de classificação fosse desrespeitada sem justificativa.

O entendimento está alinhado a uma percepção material de isonomia, e coloca nas mãos da Administração Pública uma ferramenta importante de planejamento e gestão dos credenciamentos, na medida em que a criação de um “ranking” de credenciados, estruturado a partir de critérios técnicos, pode resultar na seleção de fornecedores mais aptos, e num incremento na qualidade dos contratos efetivamente firmados.

5. APONTAMENTOS ACERCA DA GESTÃO DO CREDENCIAMENTO

No tocante à gestão do credenciamento, há 2 (dois) temas destacados na redação da Lei nº 14.133/2021 que merecem tratamento: a) o personalismo do vínculo instituído entre o particular credenciado e o órgão ou entidade credenciador; e b) a denúncia do credenciamento e o descredenciamento.

5.1. PERSONALISMO DO CREDENCIAMENTO

O inciso V, do parágrafo único, do art. 79, da Lei nº 14.133/2021, estabelece que em credenciamentos *“não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração”*.

[23] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 553/2022 – Plenário. Relator Ministro Antonio Anastasia. j. em 16/03/2022. *Diário Oficial da União*. Brasília.

Ao que tudo indica, a regra tem o condão de impedir que terceiros incapazes de preencher os requisitos para participarem do credenciamento, sirvam-se de interpostas pessoas para se beneficiarem os contratos a serem firmados com a Administração Pública.

Contudo, se interpretada de maneira radical, a regra em comento desconsidera em grande medida a realidade de mercado, caracterizada, dentre outros, pela intensa segmentação e especialidade das atividades produtivas.

Como bem lembra JOEL DE MENENEZES NIEBUHR,

[...] atualmente, em muitos segmentos, é quase improvável que uma empresa só consiga, por seus próprios meios, executar inteiramente [um] contrato administrativo, quer em virtude da complexidade das relações econômicas, quer em tributo ao avanço do processo de terceirização no setor privado ou quer por força da especialização das atividades.^[24]

O contexto econômico que se impõe torna pouco provável que um fornecedor de bens ou serviços desejados pela Administração Pública controle integralmente a cadeia de fornecimento responsável por viabilizar a solução desejada pelo órgão ou entidade contratante.

Um fornecedor de medicamentos, por exemplo, não necessariamente fabricará a integralidade dos itens a serem fornecidos e dificilmente terá uma rede logística própria, apta a viabilizar a entrega desses bens.

Os aplicativos de transporte individual de passageiros, por sua vez, sequer se responsabilizam pelo efetivo traslado do passageiro, limitando-se a intermediar a relação de fato travada entre os motoristas e o usuário.

Nesse contexto, vetar sumariamente qualquer participação de terceiros na viabilização das soluções desejadas pela Administração Pública que instrumentaliza um credenciamento implica, concomitantemente, em legislar contra a realidade e em retirar a efetividade daquele instituto.

[24] NIEBUHR, *op. cit.* p. 808.

O mais adequado é que o inciso V, do parágrafo único, do art. 79, da Lei nº 14.133/2021 seja interpretada sob as mesmas premissas da figura da subcontratação, que, como se sabe, é admitida, exceto quando serve de subterfúgio para a cessão total do objeto do contrato.

Com isso, tem-se que a vedação ao “cometimento a terceiros do objeto contratado” impede, na verdade, que o credenciado efetivamente contratado entregue a integralidade do objeto da contratação aos cuidados de terceiro.

5.2. DENÚNCIA E DESCRENCIAMENTO

Por fim, é preciso tratar, ainda que brevemente, no contido no art. 79, parágrafo único, inc. VI, da Lei nº. 14.133/2021, segundo o qual “*será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital*”.

O dispositivo em comento parte da acertada constatação feita por MARÇAL JUSTEN FILHO^[25] de que o particular credenciado ainda não firmou contrato com a Administração Pública.

A inexistência de vínculo bilateral, aliada à manutenção do credenciamento por tempo determinado, reclama uma maior liberdade das partes de se desvincular do credenciamento instituído pela Administração Pública.

É de todo recomendável, claro, que o órgão ou entidade credenciadora insira no edital de chamamento público regras estabelecendo o procedimento, a forma e os prazos para que a denúncia ocorra num ambiente de segurança jurídica, evitando que eventual abuso de direito cause sobressaltos e prejuízos a qualquer uma das partes.

Todavia, a simples denúncia não pode ser confundida com o descredenciamento de caráter sancionatório.

[25] JUSTEN FILHO. *op. cit.* p. 1130.

O particular que, no bojo de credenciamento, pratica ato contrário à ordem jurídica e que atenta contra os objetivos do procedimento, deve estar sujeito a ser excluído do rol de potenciais fornecedores da Administração Pública (desde que lhe seja conferida a oportunidade de exercer os seus direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Dada a sensibilidade do tema, bem como a disciplina suscinta conferida a ele pela Lei nº 14.133/2021, é de todo recomendável que o órgão ou entidade credenciador discipline a questão no edital de chamamento público, fixando os comportamentos passível de ensejarem o descredenciamento, e o procedimento a ser seguido para que ele ocorra de maneira legítima.

Vale lembrar ainda que a jurisprudência do TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO já reconheceu que atos irregulares praticados no âmbito de procedimentos de credenciamento podem reclamar a aplicação de sanções^[26].

Desse modo, o descredenciamento pode ser seguido ainda pela aplicação de outras sanções administrativas previstas na legislação vigente (em especial, na Lei nº 14.133/2021).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem a pretensão de esgotar o tema, o desenvolvimento deste trabalho denota que o esforço realizado pelo legislador com o objetivo de conferir maior concretude ao instituto do credenciamento gerou bons resultados.

A disciplina conferida ao credenciamento pela Lei nº 14.133/2021 é muito mais clara e objetiva do que aquela observada na legislação vigente até então.

Além de condensar experiências bem-sucedidas, ela inovou ao enumerar e detalhar

[26] “É cabível a aplicação da sanção de declaração de inidoneidade para participar de licitação na Administração Pública Federal (art. 46 da Lei 8.443/1992) a empresa que apresenta declaração falsa para fim de credenciamento.” (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.915/2019 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. j. em 04/12/2019. *Diário Oficial da União*. Brasília: DOU de 12/12/2019).

algumas das hipóteses de cabimento do credenciamento, incluindo entre elas a possibilidade de se lançar mão do instituto para fazer frente às dificuldades que os “mercados fluídos” historicamente impunham ao planejamento e à condução de processos de contratação pública.

O legislador também andou bem ao delegar para o plano do regulamento as especificidades relativas ao procedimento para instrumentalização do credenciamento, permitindo assim que estados e municípios adotem ritos aderentes às suas peculiaridades e dificuldades.

Pode-se dizer, em suma, que a partir da Lei nº 14.133/2021, a utilização do credenciamento se dará num ambiente de maior segurança jurídica, e tende a ocorrer de forma mais assertiva e eficiente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**. Brasília, DOU de 01/04/2021;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão de Relação nº 2.707/2014 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. j. em 15/10/2014. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 02/12/2014;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.150/2013 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. j. em 15/05/2013. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 28/03/2013;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.223/2017 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. j. em 14/06/2017. **Diário Oficial da União**. Brasília;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1.545/2017 – Plenário. Relator Ministro Aroldo Cedraz. j. em 19/07/2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 17/08/2017;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.504/2017 – Primeira Câmara.

Relator Ministro Augusto Sherman. j. em 02/05/2017. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 08/05/2017;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.915/2019 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. j. em 04/12/2019. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 12/12/2019;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 3.567/2014 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. j. em 09/12/2014. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 16/12/2014;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 352/2016 – Plenário. Relator Ministro Benjamin Zymler. j. em 24/02/2016. **Diário Oficial da União**. Brasília: DOU de 15/03/2016;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 436/2020 – Plenário. Relator Ministro Raimundo Carreiro. j. em 04/03/2020. **Diário Oficial da União**. Brasília: 2020;

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 553/2022 – Plenário. Relator Ministro Antonio Anastasia. j. em 16/03/2022. **Diário Oficial da União**. Brasília;

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006;

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters, 2021;

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

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013;

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles L. de. **A nova lei de licitações, credenciamento e e-marketplace o turning point da inovação nas compras públicas**. 2020. p. 8. Disponível em: <<https://olicitante.com.br/e-marketingplace-turning-point-inovacao-compras-publicas>>. Acesso em 02/06/2022;

SOUZA, Breno Almeida. A positivação do credenciamento e a minimização das inseguranças nos processos de contratação direta por inexigibilidade de licitação p. 6. *In.*: **Direito Público**. Disponível em <<https://direitopublico.com.br/wp-content/uploads/2021/12/Artigo-Jus.pdf>>. Acesso em 01/06/2022.

08

CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO DISPONIBILIZAÇÃO DE MÃO DE OBRA EXCLUSIVA NA LEI 14.133/2021

OUTSOURCING AGREEMENTS AVAILABILITY OF EXCLUSIVE LABOR IN LAW 14.133/2021

Por Madeline Rocha Furtado

É escritora, professora e consultora em Licitações e Contratos, com especialidade em Gestão e Fiscalização de Contratos Administrativos; Mestranda em Ciências Jurídicas pela UAL- Lisboa; Especialista em Gestão Logística na Administração Pública e em Direito Público; Graduada em Direito pela Universidade do Distrito Federal (UDF) e em Serviço Social pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Ex-Diretora do Departamento de Logística e Serviços Gerais da Secretaria de Logística Tecnologia e Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – MPOG; atuou como Assessora da Diretoria de Orçamento Finanças e Logística do INSS; e Assessora da Diretoria Financeira e Serviços Logísticos da Empresa de Tecnologia e Informação da Previdência (DATAPREV). Professora da Escola Nacional de Administração Pública (ENAP) e na iniciativa privada. Autora e coautora de vários artigos publicados em revistas especializadas; autora da obra “Gestão de Contratos de Terceirização na Administração Pública – Teoria e Prática” (7ª Edição – Editora Fórum, 2019); coordenadora técnica-científica e coautora da obra “A Nova Lei de Licitações e Contratos: Onde estamos? E para onde vamos?” (CONSULTRE, 2021).

ABSTRACT

Public contracting and Outsourcing are covered with a new model in Law No. 14,133/2021. The theme inserted in the new bidding law emphasizes outsourced services with the availability of manpower, however, Outsourcing is a broader theme. The Outsourcing of a series of investigations in the scope of Public Administration in view of the responsibilities of contracts contracts and this theme has been consolidating through awakening understandings by the TCU- Court of Auditors of the Union that in recent decades has brought interference in the modulation of these contracts through of your inspections. Thus, in view of the changes in the legislation that regulates public contracts, in particular the norms from the labor legislation that affect public contracts, and the new Law on Public Procurement, there is a need for a more attentive re-reading by public managers in the management of public contracts. of these. In spite of the subject, the General Law innovates not to be elaborated to the new normative text, however, still far from the in-depth discussion to the discussion. The outsourcing theme delicately inserted in the new law, especially in 48, however, when it was written, it brought in its wording a verification that the Outsourcing services of the Outsourcing were selected to include in the workforce, that, according to the rule provided in the caput of 48 and items. However, it is important to note that Outsourcing is not limited to this type of contracting, it also refers to the provision of services without labor. In the case of hiring with the availability of manpower, these are more complex and require control rules, as provided for in article 117. the most famous process in the selection phase, but maintains the formatting of administrative contracts with some small innovations, from which can be highlighted, the possibility of extinction through alternative disputes, solutions.

KEYWORDS:

Contracts. Outsourcing. Labor. Management and Supervision Regulations.

RESUMO

As contratações públicas e a Terceirização se revestem com nova modelagem na Lei nº 14.133/2021. O tema inserido na nova lei de licitações traz ênfase aos serviços terceirizados com mão disponibilização de mão de obra, porém, a Terceirização é tema mais amplo. A Terceirização desperta inúmeras discussões no âmbito da Administração Pública tendo em vista as responsabilidades decorrentes desses contratos e este tema vem se consolidando por meio de entendimentos manifestados pelo TCU – Tribunal de Contas da União que nas últimas décadas trouxe significativa interferência na modulação desses contratos por meio de suas fiscalizações. Assim, diante das mudanças nas legislações que regulam as contratações públicas, em especial as normas as provenientes das legislações trabalhistas que alcançam as contratações públicas, e a nova lei de Licitações, se faz necessário uma releitura mais atenta por parte dos gestores públicos no gerenciamento dessas atividades. Em que pese o tema não ser novo, a Lei Geral inova ao introduzir procedimentos em seu texto normativo, porém, ainda distantes dos aprofundamentos necessários à discussão. O tema Terceirização foi delicadamente inserido na nova lei, em especial no artigo 48, entretanto, ao inseri-lo, trouxe em sua redação uma evidência de que a Terceirização dos serviços se restringe àqueles com disponibilização de mão de obra, isto, conforme a regra disposta no caput do 48 e incisos. Mas, é importante destacar que a Terceirização não se resume a este tipo de contratação, essa também se refere a prestação de serviços sem mão de obra. N caso das contratações com disponibilização de mão de obra, estas se mostram mais complexas e exigem regras robustas de fiscalização, como as previstas no artigo 117. A nova Lei inaugura uma modelagem com grande impacto na fase interna, invoca o planejamento das licitações, torna o processo mais célere na fase da seleção, mas, mantém configurada a formatação dos contratos administrativos com algumas pequenas inovações, das quais se pode destacar, a possibilidade de extinção por meio de soluções alternativas de controvérsias, entre outras.

PALAVRAS-CHAVE:

Contratos. Terceirização. Mão de obra. Gestão e Fiscalização.

Sumário

Introdução. 1. A Terceirização no Brasil. 1.1. A Administração Pública e a Terceirização. 1.2. Considerações gerais acerca dos contratos. 2. O processo de contratação na Administração Pública. 2.1. O processo de contratação e a Terceirização. 2.2. Os contratos terceirizados e a forma contínua na prestação. 3. A Gestão e Fiscalização dos contratos terceirizados. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A tão esperada nova Lei de Licitações e Contratos, chegou. Por mais de vinte anos foi ansiosamente aguardada. A antiga lei, eternamente discutida, criticada e até mesmo responsabilizada injustificadamente pela má gestão de alguns operadores e gestores públicos, será em breve extirpada. Assim, a Lei nº 8.666/93, traz consigo o estigma de uma lei burocrática, atrasada, pesada, inoperante e ineficiente, mas, sendo ela mais uma vez e após 28 anos a base de vários dispositivos “novos” da Lei nº 14.133/2021.

Quando se estuda cada capítulo da Lei nº 14.133/2021 enfrenta-se gradativamente a mesma essência da anterior, e por mais evoluída e inovadora que possa parecer, e é, em alguns aspectos, no todo permanece a sistematização instituída no Direito Administrativo Brasileiro, visto que, mergulha em procedimentos institucionalizados fundamentados em entendimentos jurisprudenciais resultantes da aplicação da própria Lei nº 8.666/93. Ou seja, os contratos administrativos continuam sendo essencialmente os mesmos, as diretrizes foram mantidas, a supremacia do Poder público sobre o privado inalterado, e claro, sua base permanece em todas as cláusulas contratuais.

Neste contexto, destaca-se que o entendimento do desequilíbrio na relação contratual entre o Estado e o particular foi inalterado na nova Lei, ou seja, o desequilíbrio entre o público e o privado continua com as famosas cláusulas exorbitantes. Nas palavras^[1] de Niebuhr, Joel de Menezes: “O fato é que as relações contratuais da Administração

[1] Niebuhr, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. p.916. – 5.ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2022.1247 p.

Pública são desequilibradas ao seu favor. Ela dispõe de várias prerrogativas a fim de que os interesses públicos prevaleçam sobre os interesses meramente privados dos contratados”, isto é perceptível, ao analisarmos cada item do artigo 92 e sua equivalência com o artigo 55 da Lei 8.666/93, que só trazem mais rigor ao processo, salvo, pequenas, alterações que possibilitarão uma nova roupagem futurística, a exemplo, dos meios alternativos de solução de controvérsias, entre outros.

Neste compasso, chama-se a atenção para o caráter “inovador” da Lei nº 14.133/2021 (artigo 48) ao introduzir no texto a Terceirização^[2], trazendo um viés de serviços (atividades) terceirizados com disponibilização de mão de obra exclusiva. Porém, é relevante afirmar que na realidade a Terceirização pode ser entendida como gênero que contém duas espécies, são as contratações terceirizadas com e sem mão de obra exclusiva.

O termo “terceirização” é comumente associado aos contratos que disponibilizam mão de obra na execução do serviço à disponibilização do tomador, mas, a Terceirização que se traduz na própria execução indireta do objeto pode trazer vários formatos, como por exemplo, os contratos de fornecimento com serviços associados, inserido na nova lei; os contratos que permitem quarteirização (contratos de gerenciamento de frotas) em que o terceiro indica um outra empresa por meio de credenciamento; o contrato de facilities^[3].

-
- [2] BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado: I - indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado; II - fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado; III - estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado; IV - definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos; V - demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação; VI - prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm
- [3] Oliveira, Rafael Sérgio Lima de. **Mais Algumas Notas sobre a Contratação de Facilities nos Termos da Lei nº 14.011/2020**. O autor conceitua o termo facilities: “Partindo da simples tradução do termo inglês para o português se tem a palavra “facilidades”. O sentido empregado aqui é o do ponto de vista da organização contratante que, focada no seu objeto de negócio, busca viabilizar sua atuação pela contratação

Em sentido mais amplo, ainda é possível chegar ao fornecimento de bens inserido no termo da Terceirização. Deste modo, ao que parece, o novo estatuto não se preocupou de distinguir no dispositivo as características inerentes ao sinônimo da Terceirização^[4].

Não obstante a abordagem citada, a Lei Geral que rege as contratações expressa em variados momentos as regras que serão abordadas nos contratos, independente do objeto. Assim, os contratos firmados entre a área pública e particulares demandam procedimentos diversos que se iniciam na fase de planejamento da licitação, passando pelas exigências de seleção até a fase de contratação, assim como faz a Lei nº 8.666/93. Agora o novo estatuto traz uma nova roupagem que valoriza o procedimento, exalta a forma, valoriza temas fundamentais que impactam nos procedimentos iniciais do processo, esta nova formatação, incide sobre a terceirização que foi abraçada pelo artigo 48. A temática é ampla e a espécie “terceirização com disponibilização de mão de obra”, tema complexo e dinâmico, foi inserida ainda de forma sutil, o que se pode imaginar a demanda de futuras regulamentações.

No país das Leis e do Controle, acentuado pelos riscos de corrupção sistêmica, a proceduralização é necessária, embora, muitas vezes seja massacrante para uma operacionalização célere e eficiente. Assim, observando a evolução histórica da legislação que cerca o tema no Brasil, as regras processuais da contratação, a intensa interferência dos órgãos de controle, em especial, Tribunal de Contas da União,

de certos serviços que “facilitam” o desempenho de sua atividade principal”. Assim, depreende-se como Contratos de Facilities, “aqueles que consistem na prestação, em um único contrato, de serviços de gerenciamento e manutenção de imóvel” nos termos da Lei 14.011 de 10 de junho de 2020. Ver (...) “Art. 7º. A administração pública poderá celebrar contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. §1º. O contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos consiste na prestação, em um único contrato, de serviços de gerenciamento e manutenção de imóvel, incluído o fornecimento dos equipamentos, materiais e outros serviços necessários ao uso do imóvel pela administração pública, por escopo ou continuados”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14011.htm

[4] Terceirização. contratar terceiros, fazer a terceirização de (serviço ou atividade). “terceirizar”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], [consultado em 27-04-2022]. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/terceirizar> .

por meio de suas decisões e acórdãos, a significativa mudança comportamental da sociedade frente à pandemia, e a recente publicação da Lei 14.133, vê-se que muitos paradigmas estão sendo quebrados, e muitas mudanças ainda virão.

1. A TERCEIRIZAÇÃO NO BRASIL

O acontecimento da Terceirização surge em momento importante, e como é amplamente conhecido, o modelo foi introduzido no Brasil nos anos 50/60 pelo setor automobilístico^[5]. Entretanto essa formatação em sentido amplo e na iniciativa privada, exigia uma departamentalização e segmentação na produção, distribuição de insumos na linha de montagem e manutenção que fundamenta a sua essência. No caso específico da Administração Pública, a Terceirização não deixa de trazer essa essência, mesmo com suas características próprias, e em 1967, o Decreto-Lei 200, já estabelecia a execução amplamente descentralizada das atividades^[6].

A retrospectiva histórica da Terceirização nas atividades da área pública, seguem, concomitantemente com o desenrolar das características da atividade da própria Administração Pública, isto porque não há como dissociar a evolução das Teorias da Administração Brasileira da Terceirização. Deste modo, o setor público passou por vários anos, por inúmeras modificações, inserido em variadas teorias, nas quais

-
- [5] Furtado, Madeline Rocha. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública**: teoria e prática / Madeline Rocha Furtado... [et al.]. – 7. ed. revista e ampliada – Belo Horizonte : Fórum, 2019. (...) “O modelo foi trazido para o Brasil nas décadas de 1950 a 1960 pelas empresas multinacionais de automóveis, tendo se expandido ao longo dos anos para todos os setores, inclusive para a Administração Pública. O modelo de terceirização da indústria automotiva é o mais conhecido no mercado, pois as fábricas ficam responsáveis apenas pela montagem dos veículos, terceirizando toda a produção de peças de forma padronizada”.
- [6] Decreto-Lei nº 200/67. (...) “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. §1º A descentralização será posta em prática em três planos principais: a) dentro dos quadros da Administração Federal distinguindo-se claramente o nível de direção de Execução; b) da Administração Federal para a das Unidades Federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante Convênio; c) da Administração Federal para a órbita privada mediante Contratos ou concessões. (...)§7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante Contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

se destacam, cinco variáveis segundo Chiavenato, Idalberto, que são: “tarefas, estruturas, pessoas, ambiente e tecnologia” em diferentes momentos, e resultaram na TGA – Teoria Geral da Administração^[7]. Essas variáveis, repercutem nos processos de trabalho com focos diferenciados. Assim, a Terceirização pode ser compreendida neste contexto de reformas administrativas na qual o foco é o resultado das tarefas.

Mas, na origem, a Terceirização no Brasil não permitia a execução de tarefas inerentes ao objeto de negócio próprio das empresas, apenas era possível a realização por terceiros das atividades-meio das empresas. Realidade essa, alterada por meio da Reforma Trabalhista em 2017. Neste sentido, a terceirização também se consolida na Administração Pública restrita a área-meio.

1.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A TERCEIRIZAÇÃO

A Administração Pública após longos anos de adaptações ao mundo exterior, e mediante as reformas sistemáticas pelas quais passou, foi significativamente impactada pelos direcionamentos dos Governos, com relevante mudança a partir de 1995, por meio da Reforma Administrativa. Foi no Governo do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso que se iniciou o modelo gerencial, que trazia a modelagem da administração empresarial privada para o Estado na busca de resultados eficientes. É claro que foram muitas idas e vindas até se consolidar a prática administrativa dos dias atuais.

Pois, bem, foi então neste contexto^[8] de Reforma do Aparelho do Estado diante da necessária redução do déficit público, trazendo sérias medidas para racionalizar o

[7] Chiavenato, Idalberto. **Teoria Geral da Administração**: abordagens prescritivas e normativas, vol.I.7. ed.-Barueri, SP: Editora Manoele, 2014. p.21

[8] Furtado, Madeline Rocha. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública**: teoria e prática / Madeline Rocha Furtado... [et al.]. – 7. ed. revista e ampliada – Belo Horizonte :Fórum, 2019. (...) “Observem que a terceirização na Administração Pública, muito embora já fosse possível desde 1967 mediante o Decreto-Lei nº 200/67, se desenvolveu de uma maneira mais rápida na década de 1990, após aprovação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. O ex-presidente teve como política de pessoal a criação de novas carreiras de nível superior, extinguindo-se os cargos de nível médio e nível intermediário, não autorizando mais concurso público para esses cargos e adotando a política de contratação desses serviços, como se pode observar pelas legislações mencionadas a seguir: 1. Lei nº 9.632, de 07.05.1998” (...) “pela qual foram extintos aproximadamente 10 mil cargos públicos. 2. Decreto nº 4.547, de 27.12.2002” (...) “. 3. Decreto nº 9.262, de 9 de janeiro de 2018” (...).

funcionamento da máquina governamental visando promover o desenvolvimento. O que fortalece o processo de Terceirização na área pública, dada extinção de vários cargos públicos de nível médio e nível intermediário. Nasce então o Decreto nº 2.271/97 que tem como objeto a contratação de serviços na Administração Pública, e estabelece em seu art.1º a possibilidade de terceirização de serviços. Observa-se nesse momento, o nascimento da efetiva terceirização das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituem área de competência legal do órgão ou entidade, isto porque, foram centenas de cargos extintos, além da suspensão de concursos públicos.

Na sequência, entre os anos 90 e 2000, foi crescente a terceirização das classificadas como materiais acessórias, instrumentais ou complementares atividades no Brasil, e, o atual Ministério da Economia, conhecido à época, como MPOG- Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, reforça uma modelagem de procedimentos, que se fortalece com a IN nº 18/97, posteriormente, transformada na IN nº 02/2008, e mais uma vez, alterada com a IN 05/2017, a qual disciplina os contratos terceirizados.

A política implementada pelo Governo Federal em meados do ano 2000 teve severas consequências na Administração Pública, pois, segundo Furtado, Madeline^[9] esse momento foi significativamente humilhante para os servidores públicos federais, pois, muitos servidores efetivos foram afastados das suas atividades (área-meio) diárias para dar lugar ao empregado terceirizado (indicado) que iria realizar as

[9] Furtado, Madeline Rocha. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública**: teoria e prática /Madeline Rocha Furtado... [et al.]. – 7. ed. revista e ampliada. p.43/44. – Belo Horizonte: Fórum, 2019. (...) “os servidores federais contratados mediante concurso público se encontravam bastante desmotivados, visto que muitos deles estavam vivenciando uma contratação intensa de empregados terceirizados em seus órgãos. Havia órgãos que tinham aproximadamente 4000 (quatro mil) funcionários terceirizados realizando as mesmas atividades designadas aos servidores públicos, porém, os terceirizados recebiam salários superiores aos dos servidores públicos concursados. Dependendo do órgão, existiam situações piores, em que os servidores públicos tinham de ensinar aos funcionários terceirizados para que estes realizassem tarefas relativas às atividades pertinentes a sua categoria no plano de cargos e salários. A diferença salarial entre o terceirizado e o servidor público chegava, em alguns contratos, a ser três vezes superior ao do servidor. Situações constrangedoras e até humilhantes ocorreram em diversos órgãos, em que alguns parentes dos gestores públicos responsáveis pelas contratações de terceiros eram contratados sem nenhuma especialização ou mesmo qualificação mínima para exercer as funções, entre outras situações irregulares que foram detectadas nessas contratações.

“mesmas” atribuições, indevidamente. Isto porque no primeiro momento, uma certa confusão se fez, ao se contratar empresas para prestar serviços de apoio administrativo (recepção; entrega de documentos) direcionavam estes funcionários das terceirizadas para as atividades das áreas-meio, mas, pertencentes ao plano de cargos e salários do órgão, como: orçamentário; licitações; contratos; financeiros; etc. Mas, era um momento em que se apregoava a necessidade de uma nova gestão institucional focada em resultados, em que a terceirização desses serviços, tinha como finalidade “modernizar” a Administração e “enxugar a velha máquina”, contratando-se serviços realizados por terceiros particulares (empresas que seriam “especializadas” nas atividades) as quais iriam fazer melhor do que os servidores públicos, sendo reservado para estes as atribuições das atividades finalísticas “do negócio” da instituição.

Mas, com o passar do tempo as coisas foram evoluindo com a presença marcante do TCU- Tribunal de Contas da União que vai gradativamente determinando a modificação dessa realidade, e passa a exigir por meio de TAC-Termo de Ajuste de Conduta, prazos para a realização de concursos públicos. Já em 2012, o Tribunal determina mais uma vez a realização de concursos para substituição dos terceirizados em toda Administração Pública Federal, incluindo as Estatais Federais. Observa-se que toda essa movimentação é permeada por um conjunto de legislação, incluindo neste rol, a LC 101/00, denominada, Lei de Responsabilidade Fiscal. O TCU exarou diversas recomendações em 2013, por meio do Acórdão TCU- Plenário nº 1.214^[10] repercutindo em um maior controle nos serviços terceirizados continuados na Administração. Este Acórdão resultou dos trabalhos realizados por um grupo de servidores pertencentes à vários órgãos, e tinha como finalidade a análise das situações enfrentadas nessas contratações na busca de melhores soluções e encaminhamentos, assim, tais decisões se materializaram em diversos normativos que alteram à época e Instrução Normativa SLTI/MPOG n. 02/2008, em vigor e

[10] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO- Acórdão TCU- Plenário nº 1.214. [em linha]. [consultado em 27-04-2022]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1214%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520}desc/0/%2520>.

posteriormente revogada pela IN nº 05/2017. Assim, o Acórdão citado foi um divisor de águas e instituiu algumas regras relativas à vários aspectos dos contratos terceirizados e a sua gestão, assim, destacam-se os assuntos referentes aos seguintes aspectos:

- » a forma de exigência da documentação a ser exigida pelos gestores e fiscais durante a execução contratual;
- » a observância quanto aos procedimentos a serem adotados nos casos de descumprimento contratual por parte do contratado;
- » possibilidade de retenção de valores das faturas;
- » novas exigências documentais tais como: apólices de seguro específicas; rigor no controle dos encargos sociais, previdenciários e trabalhistas etc.

Entretanto, a novidade mais impactante se deu pela exigência da criação da conta vinculada instituída pelo Poder Executivo do Governo Federal e já instituída em alguns órgãos do Poder Judiciário. Essa conta objetiva resguardar a responsabilização futura da Administração, quando a empresa contratada não faz os devidos recolhimentos, assim, a Administração retém parte dos valores destinados aos encargos previdenciários e trabalhistas em uma conta vinculada bloqueada para movimentação, aberta em nome da empresa, mas, gerenciada pelo gestor do contrato, evitando assim, uma possível responsabilidade subsidiária.

Outras discussões foram realizadas pelo grupo acerca das questões referentes as contratações de serviços terceirizados, sendo inseridas e ou modificadas regras, relativas a:

- » qualificação econômico-financeira;
- » qualificação técnico-operacional;
- » exigências editalícias relativas à estrutura física e de pessoal;

- » atestados de capacidade técnica; prazo mínimo de comprovação de execução (3 anos);
- » garantia contratual;
- » parcelamento do objeto;
- » sanções; entre outras.

1.2 CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DOS CONTRATOS

Pelo que pode se observar, um número relevante de legislação é empregado para realizar as contratações públicas dos serviços terceirizados, mas, ainda assim, muitas situações ainda são resolvidas por meio de construção doutrinária e jurisprudencial. Filho, José dos Santos Carvalho^[11] traz a definição da terceirização como “um fato jurídico, e, portanto, idôneo a produzir a criação, alteração e extinção de relações jurídicas”, neste sendo entendido como sendo um “fato jurídico voluntário” e realizado por meio de um contrato.

É claro que esse contrato será moldado com base nas legislações vigentes, e assim, atualmente tem-se a Lei nº 8.666/93, o Decreto nº 9.507/2018 trazendo novos horizontes de controle na Terceirização. A Lei 14.133/2021 absorveu as regras definidas no decreto citado e na instrução normativa nº05/2017. Assim, a nova Lei de Licitações consolida no Art. 48^[12], as regras esparsas da terceirização, somando-se a isto, o entendimento do STF, acerca da subsidiariedade.

Deste modo, o que já se faz na prática foi reescrito, mas, muitas outras atividades intrínsecas a esta seara, infelizmente, ainda são prescritas em normativos internos.

[11] Filho, José dos Santos Carvalho. **Terceirização no setor público**: Encontros e Desencontros. Terceirização na Administração Pública: Boas Práticas e atualização à luz da nova Lei de Licitações. Coord. Cristiana Fortini e Flaviana Vieira Paim, - Belo Horizonte: Fórum, 2022.

[12] BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado.”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

Neste contexto, a Lei nº 14.133/2021 replica os normativos já conhecidos.

Os contratos da Lei 14.133 estão disciplinados a partir do artigo 89, em que reforça a regra da sua essência, ou seja, os contratos dessa lei seguem as regras de direito público, e sendo subsidiada pelas regras do direito privado.

2. O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Para que essa atividade de contratação (Terceirização) seja concretizada, a nova Lei estabeleceu um panorama prévio de Planejamento da licitação, o qual exige requisitos e procedimentos não previstos no texto legal, e, portanto, carece de regulamentações diversas.

Os processos de contratação seguem as regras do procedimento licitatório de acordo com o disposto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e claro que todas as suas diretrizes são provenientes da fase, intitulada de fase interna. Deste modo, todas as características são devidamente fundamentadas em Estudos Técnicos Preliminares – ETP, estes já previstos em outros normativos^[13].

De acordo com Furtado, Madeline e Restelatto Marinês, “Os Estudos Técnicos Preliminares – ETP permitem aos agentes responsáveis pela fase interna da licitação alcançarem o princípio do planejamento”, nesta linha de raciocínio o processo conterà vários documentos ou artefatos, que definirão o núcleo da contratação dos serviços terceirizados.

Deste modo é considerável a introdução do planejamento na nova lei, sendo este invocado como princípio, como finalidade, como sistema e materializado nos estudos preliminares que irão subsidiar a contratação. O processo de contratação é rígido e está entrelaçado com uma grande quantidade de normas, estas que se iniciam na fase de planejamento onde são levantados os requisitos da contratação.

[13] Normativos correlatos: Art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93; Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 2017 (alterado pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 49, de 30 de junho de 2020) e no art. 3º, inciso IV, do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019.

Tanto na lei antiga, como na nova Lei, a lógica da contratação segue os ditames do mercado, busca-se as especificações e detalhamentos que estão em oferta no mercado para configurar as regras de disputas isonômicas de licitação e o núcleo do futuro contrato. Para Furtado, esse núcleo se constitui “na composição de suas especificações e características permeadas pelos direitos e deveres das partes em consonância com todo aparato jurídico que o envolve”. Concebe-se então que a contratação está intrinsecamente ligada ao planejamento desta.

2.1 O PROCESSO DE CONTRATAÇÃO NA TERCEIRIZAÇÃO

Vários atos processuais se farão necessários à contratação de serviços terceirizados, com ou sem mão de obra exclusiva, que impactarão na produção dos documentos/artefatos do processo. Muitos subtemas não podem ser esquecidos, e o processo que envolve dezenas de normas jurídicas tem em seu escopo diversas informações, as quais se pode destacar recomendações a serem observadas, quanto:

- a) ao objeto:
 - » específico da terceirização
 - » motivação e justificativa da contratação
- b) aos serviços:
 - » comum ou especial
 - » com ou sem mão de obra exclusiva
- c) a definição da unidade de medida:
 - » os critérios de medição
 - » a justificativa da necessidade atrelada aos resultados pretendidos

- d) ao modelo de execução e fiscalização do contrato^[14] e exigências oriundas da IN nº 05/2017, a serem pormenorizadas:
- » prever a obrigatoriedade de capacitação dos responsáveis pela gestão e fiscalização dos contratos, nos moldes específicos e detalhados, respeitando-se a presença de 1 (um) ou mais fiscais, estes representantes da Administração para acompanhar e fiscalizar o contrato.^[15]
 - » definição das atribuições dos gestores e fiscais.
 - » estabelecer as sanções e formas de extinção contratual dos serviços terceirizados e sua implicação nas rescisões dos contratos de trabalho.
- e) a forma de alocação dos riscos (planejamento e execução contratual) em especial nas questões trabalhistas:
- » mapa ou matriz de riscos nos moldes da Lei^[16].
 - » opção pela conta vinculada ou pagamento pelo fato gerador^[17] nos casos de terceirização com mão de obra.
 - » presença do preposto na execução dos contratos com mão de obra exclusiva;

[14] FURTADO, Madeline Rocha. **Os contratos, a execução na NLLC – Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021**: o que vem por aí? Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 53-66, abr. 2021.

[15] BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

[16] Idem, ver art. 6º, inciso XXVII.

[17] Idem. ver art.142.

- » checar os ACT- Acordos Coletivos e as CCT- Convenções Coletivas de Trabalho na composição dos custos da contratação;
 - » análise dos dados pessoais (LGPD- Lei Geral de Proteção de Dados e LAI- Lei de Acesso à Informação) e o impacto nos contratos de serviços terceirizados.
 - » a indicação do sindicato apenas na elaboração do orçamento estimado.
- f) elaboração de planilhas com todo o aparato normativo correspondente:
- » planilhas de custos e formação de preços para todos os contratos com disponibilização de mão de obra.
 - » planilhas de custos e formação de preços para contratação de serviços de engenharia.
- g) Análise da configuração das alterações contratuais:
- » alteração qualitativa
 - » alteração quantitativa
 - » o reequilíbrio contratual
- h) a definição do reajuste/repactuação do contrato.
- j) aos entendimentos dos Tribunais sobre a composição dos custos da contratação; etc.

Mas, é importante enfatizar que a Terceirização no Brasil com dedicação de mão de obra exclusiva está configurada pela legislação do trabalho; assim, as Leis nº 13.429; 13.467 em 2017, alteraram significativamente a CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, estipulando novos paradigmas nos contratos de trabalho e com reflexo nas terceirizações dos serviços públicos. Lembrando que o modelo introduzido pela

legislação trabalhista citada trouxe um impacto direto no processo de terceirização na iniciativa privada, visto que possibilita a terceirização da atividade finalística, o que antes era vedada.

2.2 OS CONTRATOS TERCEIRIZADOS E A FORMA CONTÍNUA NA PRESTAÇÃO

Pode-se afirmar que as regras contratuais que possibilitam uma maior dificuldade aos gestores e fiscais, se encontra no prazo de duração da execução contratual. Aqueles contratos reconhecidos como de fornecimento de bens, ou até mesmo os serviços terceirizados quando iniciados e concluídos no próprio exercício orçamentário não traz tantas preocupações quanto àqueles que são realizados de forma contínua, estes exigem maiores cuidados e critérios em seu gerenciamento. A duração dos contratos administrativos regidos pela Lei nº 14.133 poderá se estender em até dez anos, e é claro que isso possibilitará a ocorrência de situações imprevistas ou até mesmo previstas, mas, que podem vir a interromper ou suspender sua execução.

Neste aspecto podem ser considerados os contratos de prestação de serviços terceirizados com maior grau de complexidade àqueles que se enquadrem nessa situação, ou seja, execução prolongada, além de deter no seu escopo: mão de obra com jornada exclusiva; serviços com fornecimento de materiais; serviços de manutenção preventiva e corretiva; serviços que envolvem novas tecnologias etc.

No âmbito das contratações de serviços terceirizados de engenharia, com ou sem mão obra, por exemplo, o gerenciamento pode ser mais impactado, se o gestor optar por uma contratação integrada ou semi-integrada, estas que demandarão mais cuidados, visto que a sua escolha pela Administração, implica na gestão de risco específica: a matriz de riscos.

Deste modo, sabendo que os contratos de natureza contínua são aqueles que ultrapassam o exercício financeiro, e que diante do novo estatuto jurídico, podem vir a ter seu prazo de duração decenal, e, eventualmente, também poderá ser amoldar à outras características

contratuais, como a citada contratação integrada ou semi-integrada, ou ainda, contratos de fornecimento com serviços associados, entre outras como; contratos de eficiência, estes específicos e com remuneração variável. Para ficar um pouco mais complexo para o gestor, a Lei ainda possibilita outros prazos de durações específicas de contratos na área de tecnologia com ou sem investimentos^[18].

3. A GESTÃO E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS TERCEIRIZADOS

No que diz respeito a Gestão de Contratos em linhas gerais, a gestão abrange todo e qualquer contrato, independente da sua natureza. O contrato pode ser formatado com vários objetos, seja de tecnologia, de fornecimento de bens, materiais de consumo, energia, de serviços de limpeza, vigilância, manutenção, obras e serviços de engenharia etc., e sua gestão envolve várias atividades, que vão desde a instrução processual ao gerenciamento da contratação como um todo, envolvendo inclusive a avaliação das fiscalizações realizadas pelos fiscais específicos.

A gestão por compor multirefências acaba absorvendo as demais fiscalizações específicas, assim, para cada contrato (objeto) uma forma de gestão e fiscalização. Ao tratar de contratos terceirizados sem mão obra, a gestão envolverá todos os cuidados com a contratação, desde recebimentos, alterações, sanções etc., mas quanto à fiscalização, esta se restringirá a fiscalização técnica da execução do objeto.

A Lei 14.133/2021 não especificou as atribuições de gestores e fiscais, mas, induz a necessidade de segmentação ao trazer no artigo 140^[19] que estabelece a forma

[18] BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de: I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento; II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

[19] BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 140. O objeto do contrato será recebido: I - em se tratando de obras e serviços: a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização,

de recebimento: provisório e definitivo. Da leitura se pode depreender que caberá o recebimento provisório ao responsável técnico e o recebimento definitivo ao (s) responsável (eis) por todas as regras contratuais, no caso, a pessoa do gestor.

Esta se refere a execução específica do objeto, carece de conhecimentos acerca da composição, especificações e detalhamentos da operacionalização e execução, relaciona-se com quantidade, desempenho, qualidade do objeto, entre outros.

No que se refere aos **contratos terceirizados com dedicação de mão obra exclusiva**, estes se apresentam mais complexos. Neste caso, uma fiscalização específica se faz necessária, a fiscalização administrativa que traz um rol de exigências bastante robustas para o agente. São variadas documentações relativas às contribuições previdenciárias, trabalhistas e sociais que demandam conhecimentos específicos. Tais atividades são de caráter fiscalizatório e demandam conhecimentos específicos da legislação previdenciária, tributária e trabalhista. Em que pese a administração pública realize controle prévio ao solicitar toda a documentação relativa a essas verbas no momento da habilitação, fiscalização “in eligendo”, ainda assim, a documentação é exigida durante toda execução contratual, configurando a fiscalização “in vigilando”.

De forma sucinta, realça-se no âmbito do processo de fiscalização após a edição do Acórdão 1.214^[20], maior rigor no processo fiscalizatório desses tipos de contratos, por parte dos fiscais de contratos, em especial “fiscais administrativos”, estes assim denominados pela IN 05/2017, quando fiscalizam as verbas relativas à mão de

mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico;b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais; II - em se tratando de compras: a) provisoriamente, de forma sumária, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, com verificação posterior da conformidade do material com as exigências contratuais; b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais”.

[20] TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – Acórdão TCU – Plenário nº 1.214. [em linha]. [consultado em 27-04-2022]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1214%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>.

obra terceirizada. Deste modo, são diversos documentos e procedimentos a serem observados que vão desde:

- » fiscalização dos recolhimentos individualizados dos empregados da contratada relativo às contribuições previdenciárias;
- » estabelecimento de regras de controle de tais verbas realizadas pelo próprio trabalhador, mediante disponibilização de condições pela contratada;
- » instituição em contrato administrativo de falta grave da contratada, para fins de sanções, pelo não recolhimento de tais contribuições;
- » retenção obrigatória de percentual (11%) sobre o valor da fatura de serviços realizados e exigência de certidão negativa de débitos para com a previdência – CND.

Observa-se que essas regras já foram implementadas na fiscalização administrativa dos contratos terceirizados com mão de obra, pelos órgãos que seguem a IN 05/2017, a qual define a documentação a ser observada, e essas regras têm como finalidade evitar a responsabilidade solidária e subsidiária da Administração. Lembrando que tais responsabilizações foram inseridas por meio da legislação previdenciária quanto à responsabilidade solidária e pela Súmula 331 do Superior Tribunal do Trabalho, quanto à responsabilidade subsidiária, entendimento alterado mediante a posição do STF – Supremo Tribunal Federal, o qual só incide tal responsabilidade se houver omissão na fiscalização desses contratos, com disponibilização de mão-de-obra, estas regras inseridas no artigo 121 da nova Lei^[21].

[21] BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1º. A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo. §2º. Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

A questão é: Qual a repercussão do direito do trabalho nos contratos terceirizados com mão de obra exclusiva executados no âmbito do tomador de serviços, sendo este a Administração Pública?

Pode-se inferir que a resposta se resume na responsabilidade subsidiária da Administração Pública, se desatendido tais direitos. Para isso, só a observância da aplicabilidade de tais direitos irá trazer a não responsabilização por parte do tomador.

Nesse sentido, é claro, que há uma “certa” flexibilização em razão da obrigatoriedade desse nível de fiscalização, possibilitando sua realização, por amostragem dos empregados terceirizados dos contratos, visto que nem sempre existem servidores habilitados em quantidade necessária a realizar tais fiscalizações pormenorizadas, e a amostragem permite a avaliação de todos ao longo do ano. Dentre as regras impostas, também foi exigido do órgão contratante que realize a comunicação aos órgãos responsáveis como o Ministério da Previdência Social e à Receita do Brasil na ocorrência de qualquer irregularidade verificada na prestação dos serviços quanto as obrigações do recolhimento das contribuições previdenciárias, bem como do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, qual é operacionalizado pela Caixa Econômica Federal, responsável pela emissão da Certidão de Regularidade, mas, gerenciado seu recolhimento pelo INSS. Em relação a outras verbas, caberá ainda aos fiscais observar o pagamento dos salários conforme o definido pelo ACT ou CCT, solicitando os documentos comprobatórios, além do vale-transporte e auxílio alimentação.

A Lei 14.133/2021 traz no artigo 117 a participação de vários atores para acompanhar e fiscalizar o contrato, sendo obrigatória a “anotação em registro próprio todas as ocorrências relacionadas à execução do contrato”, e as providencias subsequentes. Neste ponto, observa-se que a Lei não adentra no formato da atribuição, deixando de forma geral a responsabilidade na fiscalização, e claro, responsabilizando os superiores, pela tomada de decisão que ultrapasse sua competência. A nova Lei também chama a atenção para a participação efetiva junto ao fiscal do contrato dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, no sentido de auxiliar nas decisões acerca do contrato, o que pode trazer duas situações: celeridade ou retardamento no processo, a depender do objeto a ser discutido.

Talvez a recomendação mais impactante inserida na nova lei se refira a possibilidade de a Contratante prever nos contratos, de forma expressa, que na inadimplência da Contratada irá: “IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado”. O que traz dificuldades de ordem prática para os gestores.

CONCLUSÃO.

Todos os problemas de má gestão, falta de planejamento, incompetência ou outro qualquer que foram deflagrados nos processos de contratações públicas, muitas vezes trouxeram a indicação de que a causa estaria nas regras da Lei 8.666/93, que sempre foi dita como burocrática, engessada e retrógrada para muitos, assim, a responsabilização da ineficiência da Administração Pública tinha esse alvo. Porém, a ansiedade por um novo normativo foi suprida com a chegada da Lei nº 14.133/2021 que agora tem a responsabilidade de resolver todas as inconsistências da antiga legislação.

Assim, as regras das contratações públicas de bens, serviços e obras, em especial, os serviços terceirizados de uma forma geral, presentes na Lei nº 8.666/93, como “regime de execução indireta” não contempla a evolução no mundo jurídico do tema em seus diversos aspectos. A dinâmica das regras relativas à terceirização dos serviços com mão de obra, não foram absorvidas pela Lei nº 8.666/93, sendo agora previstas de forma expressa nos incisos do artigo 48 e 117 que incorporaram os ditames da Instrução Normativa nº 05/2017, do Decreto 9.507/2018 e o novo entendimento do STF- Supremo Tribunal Federal acerca da responsabilidade solidária e subsidiária.

A antiga Lei nº 8.666/93, é exemplo de uma Lei que foi declarada culpada por mais de 20 anos, por todo tipo de ineficiência na fase de licitação ou fase de execução contratual, e agora a Lei nº 14.133/2021, traz em seu texto vários dispositivos já consolidados da antiga Lei 8.666/93, além de mais procedimentos, e ainda promete múltiplos regulamentos para sua plena execução.

A nova Lei trouxe a essência da Lei nº 8.666/93 em seus contratos com a prevalência do interesse público sobre o privado, e nos contratos de serviços, trouxe expressamente

alguns tipos, como: contratos de fornecimento com serviços associados, de eficiência, de tecnologia etc.

Por fim, temática é ampla, dinâmica, extensa, procedimental, e na espécie “terceirização com disponibilização de mão de obra” tem correlação imediata com outros ramos do direito, como direito tributário, trabalhista, previdenciário por exemplo, matérias essas em constante ebulição que trarão em um futuro não muito distante mais mudanças no tema.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Chiavenato, Idalberto. **Teoria Geral da Administração**: abordagens prescritivas e normativas, vol.I.7. ed. – Barueri, SP: Editora Manoele, 2014. p.21

Filho, José dos Santos Carvalho. **Terceirização no setor público**: Encontros e Desencontros. Terceirização na Administração Pública: Boas Práticas e atualização à luz da nova Lei de Licitações. Coord. Cristian a Fortini e Flaviana Vieira Paim, - Belo Horizonte: Fórum, 2022.

Furtado, Madeline Rocha. **Os contratos, a execução na NLLC – Nova Lei de Licitações e Contratos – Lei nº 14.133/2021**: o que vem por aí? Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 20, n. 232, p. 53-66, abr. 2021.

Furtado, Madeline Rocha. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública**: teoria e prática /Madeline Rocha Furtado... [et al.]. – 7. ed. revista e ampliada – Belo Horizonte :Fórum, 2019. (...) “O modelo foi trazido para o Brasil nas décadas de 1950 a 1960 pelas empresas multinacionais de automóveis, tendo se expandido ao longo dos anos para todos os setores, inclusive para a Administração Pública. O modelo de terceirização da indústria automotiva é o mais conhecido no mercado, pois as fábricas ficam responsáveis apenas pela montagem dos veículos, terceirizando toda a produção de peças de forma padronizada”.

Furtado, Madeline Rocha. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública**: teoria e prática /Madeline Rocha Furtado... [et al.]. – 7. ed. revista e ampliada

– Belo Horizonte :Fórum, 2019. (...) “Observem que a terceirização na Administração Pública, muito embora já fosse possível desde 1967 mediante o Decreto-Lei nº 200/67, se desenvolveu de uma maneira mais rápida na década de 1990, após aprovação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, em 1995, pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. O ex-presidente teve como política de pessoal a criação de novas carreiras de nível superior, extinguindo-se os cargos de nível médio e nível intermediário, não autorizando mais concurso público para esses cargos e adotando a política de contratação desses serviços, como se pode observar pelas legislações mencionadas a seguir: 1. Lei nº 9.632, de 07.05.1998” (...) “pela qual foram extintos aproximadamente 10 mil cargos públicos. 2. Decreto nº 4.547, de 27.12.2002” (...) “. 3. Decreto nº 9.262, de 9 de janeiro de 2018” (...).

Furtado, Madeline Rocha. **Gestão de contratos de terceirização na Administração Pública: teoria e prática** /Madeline Rocha Furtado... [et al.]. – 7. ed. revista e ampliada. p.43/44. – Belo Horizonte :Fórum, 2019. (...) “os servidores federais contratados mediante concurso público se encontravam bastante desmotivados, visto que muitos deles estavam vivenciando uma contratação intensa de empregados terceirizados em seus órgãos. Havia órgãos que tinham aproximadamente 4000 (quatro mil) funcionários terceirizados realizando as mesmas atividades designadas aos servidores públicos, porém, os terceirizados recebiam salários superiores aos dos servidores públicos concursados. Dependendo do órgão, existiam situações piores, em que os servidores públicos tinham de ensinar aos funcionários terceirizados para que estes realizassem tarefas relativas às atividades pertinentes a sua categoria no plano de cargos e salários. A diferença salarial entre o terceirizado e o servidor público chegava, em alguns contratos, a ser três vezes superior ao do servidor. Situações constrangedoras e até humilhantes ocorreram em diversos órgãos, em que alguns parentes dos gestores públicos responsáveis pelas contratações de terceiros eram contratados sem nenhuma especialização ou mesmo qualificação mínima para exercer as funções, entre outras situações irregulares que foram detectadas nessas contratações.

Niebuhr, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. p.916. – 5.ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2022.1247 p.

Oliveira, Rafael Sérgio Lima de. **Mais Algumas Notas sobre a Contratação de *Facilities* nos Termos da Lei nº 14.011/2020**. O autor conceitua o termo *facilities*: “Partindo da simples tradução do termo inglês para o português se tem a palavra “facilidades”. O sentido empregado aqui é o do ponto de vista da organização contratante que, focada no seu objeto de negócio, busca viabilizar sua atuação pela contratação de certos serviços que “facilitam” o desempenho de sua atividade principal”. Assim, depreende-se como Contratos de *Facilities*, “aqueles que consistem na prestação, em um único contrato, de serviços de gerenciamento e manutenção de imóvel” nos termos da Lei 14.011 de 10 de junho de 2020. Ver (...) “Art. 7º A administração pública poderá celebrar contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. §1º. O contrato de gestão para ocupação de imóveis públicos consiste na prestação, em um único contrato, de serviços de gerenciamento e manutenção de imóvel, incluído o fornecimento dos equipamentos, materiais e outros serviços necessários ao uso do imóvel pela administração pública, por escopo ou continuados”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14011.htm

REFERÊNCIAS DOCUMENTAIS

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado: I - indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado; II - fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado; III - estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado; IV - definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos; V - demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação; VI - prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado”:

BRASIL. Art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666/93; Instrução Normativa SEGES/MPDG nº 5, de 2017 (alterado pela Instrução Normativa SEGES/ME nº 49, de 30 de junho de 2020) e no art. 3º, inciso IV, do Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019.

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 117. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por 1 (um) ou mais fiscais do contrato, representantes da Administração especialmente designados conforme requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, ou pelos respectivos substitutos, permitida a contratação de terceiros para assisti-los e subsidiá-los com informações pertinentes a essa atribuição”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

Idem. ver art. 6º, inciso XXVII.

Idem. ver art.142.

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 110. Na contratação que gere receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração, os prazos serão de: I - até 10 (dez) anos, nos contratos sem investimento; II - até 35 (trinta e cinco) anos, nos contratos com investimento, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contratado, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

BRASIL. Lei 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. [Em linha]. [Consult. 02 de abr. 2021]. Ver (...) “Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1º. A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo. §2º. Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado”. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm

Decreto-Lei nº 200/67. (...) “Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. §1º. A descentralização será posta em prática em três planos principais: a) dentro dos quadros da Administração Federal distinguindo-se claramente o nível de direção de Execução; b) da Administração Federal para a das Unidades Federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante Convênio; c) da Administração Federal para a órbita privada mediante Contratos ou concessões. (...) §7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante Contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.”

Terceirização. Contratar terceiros, fazer terceirização de (serviço ou atividade). “terceirizar”, in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], [consultado em 27-04-2022]. Disponível em: <https://dicionario.priberam.org/terceirizar>.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – Acórdão TCU – Plenário nº 1.214. [em linha]. [consultado em 27-04-2022]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>

#/documento/acordao-completo/1214%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520

TRIBUNALDECONTASDAUNIÃO-AcórdãoTCU-Plenário nº 1.214. [em linha]. [consultado em 27-04-2022]. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1214%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>

09

O PROCESSO SANCIONATÓRIO NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES: BREVES APONTAMENTOS SOBRE A LEI Nº 14.133/2021

THE SANCTION PROCEDURE UNDER THE NEW BIDDING LAW: BRIEF NOTES OF LAW Nº 14.133/2021

Por Felipe Cesar Lapa Boselli

Doutor e Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Autor do livro “A inadimplência no pagamento dos contratos administrativos” e organizador dos livros “Legislação de licitações” e “Legislação de licitações para obras e serviços de engenharia”. Consultor e sócio da Boselli Licitações e da Boselli & Loss Advogados Associados, Conselheiro de Administração do Porto de São Francisco do Sul e da Companhia Muller de Bebidas. É professor convidado de diversos cursos de pós graduação, além de ministrar cursos de Licitações e Contratos Administrativos a entidades públicas e privadas.

e por Carmen Iêda Carneiro Boaventura

Advogada. Consultora em Licitações e Contratos Administrativos. Pós graduada em Direito Administrativo e Pós graduada em Licitações e Contratos Administrativos. Especialista em Licitações na Effecti Tecnologia Web. Membro da Comissão de Estudos em Licitações e Contratos da OAB/Bahia. Instrutora de treinamentos in company, autora de diversos artigos jurídicos, notadamente sobre direitos das empresas licitantes e legislação da COVID-19 e idealizadora do perfil @direitosdolicitante no Instagram.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the structure of the new Law 14.133/2021 sanctioning process, in comparison with the existing Law 8.666/1993. Utilizing the deductive methodology and a bibliographic analysis, it is structured in four chapters, first an introduction to the topic of sanctioning directive, secondly an analysis of administrative infringements presented in Law 14.133/2021. The third chapter deals with the sanctions that may be applied to the tenderers and contractors and ultimately, the structure of the new liability process. Finally, the conclusions support the superiority of the procedural structure of the new lei, with greater legal certainty for the organs of the Public Administration and for contracted companies.

KEYWORDS:

Administrative process; sanctions; new bidding law.

RESUMO

O artigo busca fazer uma análise acerca da nova estrutura do processo sancionatório na Lei nº 14.133/2021, em comparação com aquela existente na Lei nº 8.666/1993. Utilizando da metodologia dedutiva e uma análise bibliográfica, estão estruturados quatro capítulos, primeiro uma introdução ao tema do direito sancionatório, o segundo uma análise das infrações administrativas previstas na Lei nº 14.133/2021. O terceiro capítulo trata das sanções que poderão ser aplicadas aos licitantes e contratados e o último, a estrutura do novo processo de responsabilização. Ao final, as conclusões apontam o avanço sobretudo da estrutura processual da nova lei, com maior segurança jurídica aos órgãos da Administração Pública e para as empresas contratadas.

PALAVRAS-CHAVE:

Processo administrativo; sanções; nova lei de licitações.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS. 3. DAS ESPÉCIES DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS. 4. DO PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO. 4. CONCLUSÃO

1. INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133/2021, conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLCA, estabelece no título IV – Das irregularidades, nos artigos 155 a 163, todas as disposições e regras relativas às infrações e sanções administrativas nas licitações e contratos regidos sob a égide deste novo diploma normativo. É perceptível que a nova lei incorpora o conteúdo disposto nas Leis nº 8.666/93, 10.520/2002 e 12.642/2011, com a presença de diversos acórdãos do Tribunal de Contas da União, de Instruções Normativas do Governo Federal e algumas regras novas no ordenamento jurídico.

O art. 155 é o primeiro artigo que trata da temática, envolvendo as infrações administrativas, com um rol de condutas que podem ensejar a instauração de procedimento administrativo de responsabilização e eventual aplicação de sanção administrativa por parte da Administração Pública. É importante salientar que, a Administração Pública possui o poder-dever de aplicar sanções administrativas, decorrente da supremacia do interesse público sobre o privado bem como da existência de cláusulas exorbitantes, característica nos contratos administrativos^[1].

É cediço que a Administração tem o poder-dever de apurar as condutas para eventual aplicação de sanção, mas é preciso reforçar que não necessariamente aplicá-la em todas as situações, pois pode ser que, ao final do processo de responsabilização, a empresa possa ter incidido, por exemplo, em uma das hipóteses excludentes de culpabilidade. Ademais, quando ocorre uma infração contratual, a Administração deve apurar o fato ocorrido – não sendo a abertura do processo sancionatório um ato discricionário nem uma faculdade conferida ao agente público.

Válido colacionar excerto sobre o tema na visão de Anderson Pedra^[2]:

O dever da Administração é de instaurar um devido processo administrativo para apurar o que ocorreu, e depois de toda análise dos elementos, diretos e indiretos (sustentabilidade

[1] BOAVENTURA. Carmen lêda Carneiro; MAFISSONI. Viviane. **Os institutos da reincidência e da reabilitação no processo sancionador**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/os-institutos-da-reincidencia-e-da-reabilitacao-no-processo-sancionador/>. Acesso em: 26/04/2022.

[2] PEDRA. Anderson Sant'Ana. **Sanções Administrativas nas contratações públicas**. IN TORRES, Ronny Charles L. de. **Licitações Públicas**: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016, p.259.

social, v.g.), envolvidos no caso, após o exercício da ampla defesa e do contraditório pelo licitante/contratado, decidir pela (in) aplicação de sanção proporcional. A Administração não tem o dever de punir, tem o dever de apurar e motivar sua decisão, trazendo todos os motivos que ensejaram sua decisão!

O objetivo do presente artigo é trazer breves apontamentos sobre o novo regime sancionatório previsto na Lei nº 14.133/2021, discorrendo sobre as principais inovações pertinentes a este novel regramento. *A priori* abordaremos as infrações administrativas no rol do art. 155, sobre as espécies de sanções administrativas, a respeito do processo de responsabilização, e ao final sobre a desconsideração da personalidade jurídica. Destaque-se que o presente artigo tem o objetivo de trazer breves reflexões no que se refere ao processo sancionatório, sem ter, no entanto, a pretensão de exaurir o vasto conteúdo normativo do capítulo relativo ao tema.

2. DAS INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Antes de adentrar no mérito das sanções administrativas trazidas na nova lei de licitações, premente é a necessidade de arrolar as infrações que podem ser cometidas, tanto pelo licitante, quanto pelo contratado, de acordo com a previsão do art. 155 da Lei nº 14.133/2021. Assim, diferentemente do disposto no art. 87 da Lei nº 8.666/93, na Lei nº 14.133/2021, o sancionamento é admissível em razão de atos ilícitos praticados tanto no certame licitatório quanto no transcorrer da execução contratual.^[3]

De acordo com a nova lei de licitações, as condutas passíveis de sancionamento, praticadas pelo licitante ou pelo contratado, são as seguintes:

- 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;

[3] TORRES. Ronny Charles Lopes de. *Leis de Licitações Públicas Comentadas*. 12ª ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p.755.

- 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 nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

É interessante destacar, inicialmente, que a infração administrativa é o descumprimento de uma norma administrativa com previsão de sanção correspondente. Conforme expressa Sidney Bittencourt^[4]:

(...) é possível afirmar que as infrações administrativas são condutas contrárias aos ditames normativos que autorizam a ingerência da Administração na vida do particular, com vistas à proteção de interesses tutelados pela sociedade, com penalizações de cunho administrativo.

[4] BITTENCOURT, Sidney. **Infrações e crimes licitatórios**: avaliando também sanções e penas. Curitiba: Íthala, 2019, p. 23.

O primeiro aspecto a ser pontuado em relação à redação do art. 155 acima descrito se deve ao fato de que há previsão textual de condutas praticadas pelo licitante e pelo contratado. Este fato resultou da inspiração do processo sancionatório do Pregão, disposto no art. 7º da Lei federal nº 10.520/2002^[5], que estabelece comportamentos e sanções para ambos os atores envolvidos, já que as condutas passíveis de sanção podem ocorrer na fase da disputa, durante a licitação, não somente na fase de execução contratual.

Não se está aqui a afirmar que na Lei nº 8.666/1993 não seria possível a aplicação de sanção ao licitante por conta de condutas ímprobas. Mas sim, que o tema era objeto de discussão na redação da Lei nº 8.666/1993, em razão do caput do artigo 87: *“Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções”*.

Essa dúvida foi dirimida com a redação da Lei nº 10.520/2002, com o conceito reiterado na nova lei de licitações. No novo texto, não há dúvida, são passíveis de sanção as condutas tanto de licitantes quanto de contratados.

O segundo aspecto, não menos importante, diz respeito ao fundamento jurídico da aplicabilidade de sanções nas licitações, conforme pontuado no introito do presente artigo. De acordo com os ensinamentos de Anderson Pedra, *“a imposição de sanções pela Administração Pública fundamenta-se nas características inerentes de um contrato administrativo, no qual este se apresenta em situação de supremacia em face do contratado, pelo interesse público que representa – cláusulas exorbitantes.”*^[6]

-
- [5] **Art. 7º. Lei 10.520/2002.** Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.
- [6] PEDRA, Anderson Sant’Ana. **Sanções Administrativas nas contratações públicas.** IN TORRES, Ronny Charles L. de. **Licitações Públicas:** homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016, p.252.

Os tipos infracionais são similares aos previstos na Lei nº 12.462/2011 que trata do Regime Diferenciado de Contratação, com duas 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 Pública, serviço ou interesse público; e, a segunda consiste na remissão às condutas do artigo 5º da Lei nº 12.846/2013^[7].

A instauração de procedimento administrativo para eventual aplicação de sanção tem como principal objetivo prevenir que licitantes e contratados (a depender do sujeito e do momento procedimental) possam praticar condutas consideradas ilícitas e entendam que determinados comportamentos podem atrapalhar, e muito, a sua atuação nas licitações, em caso de aplicação de penalidades – é o caráter pedagógico da sanção administrativa.

Assim, o efeito da aplicação de sanção, não é apenas punitivo, mas também preventivo, no sentido de ensinar aos proponentes como as regras devem ser seguidas, e que em caso de descumprimento, há consequências indesejadas. De acordo com os ensinamentos de Cauê Vecchia Luzia^[8], “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”.

3. DAS ESPÉCIES DE SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Ultrapassada esta fase preliminar tratando sobre as infrações, passaremos a descrever as espécies de sanções trazidas pela Lei nº 14.133/2021. De acordo com o texto da lei, 4 (quatro) são as espécies de sanções administrativas: advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade. Percebe-se que o legislador fez uma aglutinação entre as sanções da Lei nº 8.666/93 e as sanções da Lei nº 10.520/2002.

[7] LUZIA. Cauê Vecchia. Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas. IN **E-book Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Joel de Menezes Niebuhr (Coord.), p.232

[8] LUZIA. Cauê Vecchia. Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas. IN **E-book Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Joel de Menezes Niebuhr (Coord.), p.101.

É perceptível também que o legislador teve a intenção de demonstrar um grau de severidade na ordem do rol de incisos, sendo a advertência a sanção considerada mais leve e a declaração de inidoneidade a mais grave. Ademais, foi excluída a sanção de suspensão temporária prevista outrora, na Lei nº 8.666/93, no artigo 87, inciso III.

Importante salientar, que, diferentemente da Lei nº 8.666/93, na qual havia um elevado grau de discricionariedade na atribuição da pena, a Lei nº 14.133/2021 estabelece uma relação entre a conduta praticada e a sanção aplicável. Na Lei nº 8.666/93 não há hipóteses de incidência, limitando-se a mencionar o cabimento da multa de mora no caso de atraso injustificado e das demais, nos casos de inadimplemento total ou parcial do contrato^[9].

Na Lei nº 14.133/2021, se a conduta praticada for de dar causa à inexecução parcial do contrato, a sanção aplicável correspondente é a de advertência, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave. Ao mesmo passo que se a conduta é a prática de fraude à licitação a conduta a ser imposta é a declaração de inidoneidade.

Em relação à advertência, alguns autores, como Ronny Charles, entendem que a manutenção desta espécie de sanção é um erro grosseiro do legislador, uma vez que deveria ser vista como um procedimento de diálogo, para que pequenas irregularidades sejam desde já “advertidas”, imediatamente, como faz o pregoeiro no chat da licitação, como faz o fiscal durante o acompanhamento da execução contratual^[10].

Por outro lado, há também o entendimento, a exemplo do Anderson Pedra, de que a advertência é sanção administrativa inclusive porque faz parte do rol de sanções da lei, e para ser imposta, exige a observância do devido processo administrativo^[11].

[9] PÉRCIO. Gabriela Verona. **Contratos Administrativos**: manual para gestores e fiscais. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2020, p.275.

[10] TORRES. Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 759.

[11] PEDRA. Anderson Sant’Ana. **Sanções Administrativas nas contratações públicas**. IN TORRES, Ronny Charles L. de. **Licitações Públicas**: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016, p.262.

Em nossa opinião, a advertência constitui sanção administrativa, inclusive prevista no rol de sanções da Lei nº 14.133/2021, cuja aplicação exige regular processo administrativo de responsabilização, com necessária oportunidade de contraditório e ampla defesa, e também há, na prática, advertência do ponto de vista de admoestação verbal, por exemplo, quando o Pregoeiro adverte determinado licitante em face de conduta incoerente/inadequada ou quando o fiscal notifica diretamente a empresa por escrito sobre determinada providência.

Há importante distinção entre essas simples notificações e a penalidade de advertência. Enquanto as primeiras se traduzem em mera relação entre a Administração e o particular, a segunda compõe base para dosimetria de penalidades futuras, com a consideração da reincidência da empresa.

Em relação ao impedimento de licitar e contratar, a lei estabelece que essa sanção se impõe quando as condutas praticadas são: a) dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; b) dar causa à inexecução total do contrato; c) deixar de entregar a documentação exigida para o certame; d) não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; e) não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; e f) ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado^[12].

No tocante à aplicabilidade da sanção de declaração de inidoneidade, sendo a sanção mais grave, após regular processo de responsabilização, são passíveis de penalização as seguintes condutas: a) apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; b) fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; c) comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

[12] Vide § 4º do art. 156 da Lei 14.133/2021.

d) praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; e e) praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

No que se referem aos prazos em que podem ser aplicadas, a lei também determinou expressamente em seu texto: para a multa, foi definido que não pode ser aplicado um percentual inferior a 0,5% nem superior a 30% do valor do contrato, calculada na forma do edital ou do contrato. Para a penalidade de impedimento de licitar e contratar, o prazo máximo é de 3 (três) anos e por fim, para a declaração de inidoneidade, foi estabelecido o prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.

Destaque-se que, a Administração Pública deverá informar em seus instrumentos convocatórios, quando optar por utilizar o regime jurídico da Lei nº 14.133/2021, e definir quais percentuais serão aplicados em relação à determinada conduta infracional – no caso da multa – e nos demais casos (impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade), estabeleça os critérios de dosimetria para aplicação da pena. Assim, os licitantes e contratados podem participar de certames com segurança jurídica, conhecendo, de forma assertiva, pontual e objetiva, as regras e eventuais sanções que podem ser aplicadas em face de cada caso concreto.

Em relação à sanção de multa, a nova lei de licitações contém a mesma previsão do art. 86 da Lei nº 8.666/93, dispondo que o atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a multa de mora, na forma prevista em edital ou em contrato. Além disso, é válido destacar que todas as espécies de sanção trazidas pela nova lei de licitações podem ser cumuladas com a multa.

Oportuno rememorar que a sanção de declaração de inidoneidade prevista na Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União^[13] se difere da declaração de inidoneidade prevista na Lei 14.133/2021. Dessa maneira, não há violação ao princípio do *non bis in idem* se houver aplicação das duas penalidades, inclusive

[13] **Art. 46.** Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

quando se compara a declaração de inidoneidade da Lei 8.666/93 já havia entendimento neste mesmo sentido, vide Acórdão nº 300/2020 TCU – Plenário: *“É legítima a aplicação pelo TCU da sanção de declaração de inidoneidade prevista no art. 46 da Lei nº 8443/1992, mesmo que a Administração-contratante já tenha aplicado outra espécie de sanção”*.^[14]

Ainda sobre a declaração de inidoneidade a lei estabelece no § 6º do art. 156 que será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras: I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade; e II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

A Lei nº 14.133/2021 ainda estabelece no art. 156, em conformidade com o § 2º do artigo 22 da Lei de Introdução do Direito Brasileiro – LINDB, que na aplicação das sanções serão considerados: I - a natureza e a gravidade da infração cometida; II - as peculiaridades do caso concreto; III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes; IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública; e V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle^[15]. Nesse sentido também é o entendimento do Tribunal de Contas da União que estabelece, como critérios de dosimetria da aplicação das sanções, a natureza e a gravidade da infração, os antecedentes do agente envolvido, bem como os prejuízos causados.^[16]

[14] Já há entendimento nesse sentido quando se comparava a sanção de inidoneidade da Lei nº 8.666/93 com a declaração de inidoneidade da Lei orgânica do TCU. Nesse sentido, entendemos que também não há violação ao princípio do *non bis in idem* diante da declaração de inidoneidade da Lei 14.133/2021 em relação à sanção da Lei orgânica do TCU, por tratar-se de sanção distinta, com fatos geradores diferentes e instâncias também distintas. Vide Petição nº 3.606/DF AgR do STF.

[15] § 1º do art. 156 da Lei 14.133/2021.

[16] Acórdão TCU nº 2463/2019 – 1ª Câmara.

Sob esse viés, é interessante observar o destaque da Lei aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade^[17] na condução dos processos sancionatórios no tocante à aplicabilidade das sanções. Para aplicação de uma sanção que seja proporcional é necessário que o agente público avalie as situações atenuantes ou agravantes ocorridas, mas frise-se, que necessariamente deverão estar estabelecidas nas cláusulas do instrumento convocatório ou no Contrato. Marçal Justen Filho^[18] inclusive ensina que:

(...) o sancionamento do infrator deve ser compatível com a gravidade e a reprobabilidade da infração. São inconstitucionais os preceitos normativos que imponham sanções excessivamente graves, tal como é dever do aplicador dimensionar a extensão e a intensidade da sanção aos pressupostos de antijuridicidade apurados.

Imperioso reforçar que aos particulares, empresas licitantes ou contratadas, durante o processo sancionatório deverão ser resguardados os princípios constitucionais de ampla defesa e contraditório, proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das sanções, conforme veremos no tópico 4, do processo de responsabilização.

Assim, a Administração Pública deve considerar os parâmetros trazidos em lei, conforme descrito alhures, na aplicabilidade das sanções, inclusive oportunizando que as empresas possam defender-se e demonstrar os argumentos que levaram à prática de determinada conduta. A lei ainda menciona no parágrafo único do art. 161 que o Poder Executivo regulamentará a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.

Feitas essas considerações no que se referem às sanções definidas em lei, passaremos à abordagem do processo de responsabilização definido pelo legislador da nova lei de licitações e contratos administrativos.

[17] Anderson Pedra defende que são expressões sinônimas, em virtude da indefinição terminológica. (PEDRA, Anderson Sant'Ana. **O controle da proporcionalidade dos atos legislativos**: a hermenêutica constitucional como instrumento. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 209).

[18] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.P.849.

4. DO PROCESSO DE RESPONSABILIZAÇÃO

Antes de adentrarmos na temática que envolve o processo de responsabilização da nova lei de licitações, faz-se necessária a menção ao dispositivo constitucional que retrata o devido processo legal, de acordo com o art. 5º incisos LIV e LV:

- LIV.** ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
- LV.** aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Assim, torna-se indispensável diante da aplicabilidade de sanção administrativa, que haja precedência de processo específico de responsabilização. Assim, destacam-se duas premissas básicas: o devido processo e a garantia ao contraditório e à ampla defesa. É necessário, portanto, que a empresa, licitante ou contratada, quando sujeita à aplicabilidade de sanção administrativa, tenha a oportunidade de manifestar-se nos autos, para que possa expor seus argumentos fáticos e jurídicos que ensejaram a prática de determinada conduta. Inclusive, a Lei nº 14.133/2021 prevê expressamente os meios de defesa disponíveis aos licitantes e contratados, durante o processo de responsabilização, quais sejam: defesa prévia, alegações finais, recurso administrativo e pedido de reconsideração.^[19] Estabelecida e firmada essa premissa constitucional trataremos a respeito da previsão do processo de responsabilização previsto na nova lei de licitações. O art. 158 dispõe que nos casos de aplicação das sanções de impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade, há necessidade de 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.

[19] BOAVENTURA. Carmen lêda Carneiro. BRAGAGNOLI. Renila. **Os Meios de defesa no Procedimento Sancionatório previsto na NLLC**. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/os-meios-de-defesa-no-procedimento-sancionatorio-previsto-na-nllc/>. Acesso em 04/05/2022.

A primeira observação relativa a esta previsão diz respeito às espécies de sanções. A lei apenas destaca de forma expressa a necessidade de processo de responsabilização para o impedimento de licitar e contratar e para a sanção de declaração de inidoneidade, sem tratar da advertência e da multa.

Entretanto, no art. 157 há previsão de que no caso da multa, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação. Neste ponto, entendemos que muito embora a lei não tenha descrito expressamente, é direito do particular, seja ele licitante ou contratado, apresentar alegações finais e especificar provas que pretenda produzir, também em relação à sanção de multa, já que se trata de garantia constitucional.

Neste sentido, é fundamental lembrar que a multa, embora pareça uma pena mais branda que as demais, a depender do contrato, com o patamar máximo de 30% pode levar uma empresa à inviabilidade econômica. Logo, não se pode tratar essa penalidade com descaso e sem o devido direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório, o que abrange a produção de provas.

Ademais, a nova lei dispõe de um prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação para que a empresa possa se manifestar, através de defesa escrita e se desejar, apresentar provas. Este dispositivo, muito embora pareça aumentar o fluxo processual no que se refere ao tempo de duração, em nossa opinião, oferece maior amplitude e segurança jurídica às empresas, uma vez que, prazos muito curtos impossibilitam, muitas vezes, que a defesa possa ser elaborada com qualidade, sendo a abertura de prazo um momento apenas *pro forma* e não verdadeiramente um direito constitucionalmente previsto. Assim é que, acertadamente, a nova lei inova ao estabelecer o prazo de 15 (quinze) dias úteis para apresentação da defesa e produção de provas.

Em relação à composição da comissão do processo de responsabilização a lei prevê que em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade.

Essa comissão é um avanço com relação à legislação anterior, que não tratava do processo administrativo sancionatório, criando aberrações jurídicas, como a possibilidade de o próprio fiscal do contrato ou o pregoeiro da licitação aplicar a penalidade à empresa, agindo o mesmo servidor como acusador no processo e julgador da sanção, o que implica na quebra da necessária imparcialidade.

Na composição dessa comissão, deve a Administração se atentar para detalhes importantes como: a) não nomear o agente responsável pela acusação à empresa (pregoeiro, fiscal, gestor do contrato etc) para ser julgador das alegações da administração e da empresa; b) não nomear o jurídico do órgão que será responsável por eventual parecer em caso de recurso contra a decisão; e c) não nomear o agente público responsável por julgar o recurso administrativo contra a decisão da comissão, para garantir o duplo grau de jurisdição.

Nos parece uma boa prática, também, que essa comissão seja permanente dentro da Administração, agindo em todos os processos sancionatórios, de forma a garantir maior qualidade nos trabalhos, uma eficiência de aprendizado e, sobretudo, uma maior uniformidade nos julgamentos.

Outro aspecto relevante trazido pela lei é a possibilidade de apresentação de alegações finais, durante o processo de responsabilização. A lei estabelece que, na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação. Mais uma vez, acerta o legislador quando estabelece um prazo coerente para defesa das empresas, levando-se em consideração a necessidade de tempo para juntada de provas no curso do processo.

Por óbvio, a lei também destaca que serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

Esse cuidado deve ser tomado levando-se em consideração o caráter constitucional do direito às provas. Não pode o agente público em grau de alta subjetividade, em

situações dúbias, por já ter seu convencimento formado, negar o direito à dilação probatória. É fundamental que se tenha aqui um critério bastante cauteloso para negar as provas indicadas pelo acusado, de forma fundamentada, para evitar a anulação dos processos administrativo pelo Poder Judiciário.

No tocante à prescrição do processo sancionatório a lei determina no § 4º do art. 158 que ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será: I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo; II - suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013; III - suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

A previsão de prazo prescricional no texto legal evita a discussão sobre o tema e traz importante garantia de defesa de que os acusados não respondam por atos administrativos praticados décadas atrás, quando não existem mais provas possíveis de serem produzidas e, muitas vezes, as pessoas já não estão mais lá ou não se recordam mais dos fatos que serão apurados.

É relevante esclarecer ainda a respeito da aplicabilidade das regras do processo sancionatório estabelecido pela Lei nº 14.133/2021. Se há uma conduta infracional praticada nos contratos administrativos vigentes celebrados sob a égide da Lei nº 8.666/93, deve-se manter as mesmas regras aplicáveis a este contrato, ou seja, as regras da própria Lei nº 8666/93. Imperioso rememorar que o art. 191^[20] da Lei nº 14.133/2021 dispõe que, até 01 de abril de 2023, a Administração Pública poderá optar entre licitar ou realizar contratações diretas sob o regime da nova lei, ou sob a ótica dos demais diplomas ainda vigentes (8.666/93, 10.520/2002 e 12462/2011). Porém, uma vez escolhido o diploma jurídico aplicável, deve ser seguido até o final, sendo vedada, portanto, a combinação entre os regimes jurídicos.

[20] **Art. 191.** Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente 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 ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

5. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Por fim, o artigo 160 trouxe inovação que já havia surgido na jurisprudência, com a admissibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica nos casos em que ficar evidenciado o abuso de direito na tentativa de dissimulação por meio da criação de outra empresa para operar no mesmo segmento.

Já na Lei nº 8.666/1993 havia larga discussão acerca da possibilidade que uma empresa teria de, quando sancionada de forma a ficar proibida de participar de licitações, criar uma nova empresa que estaria liberada para participar e, com isso, ludibriar a penalidade sofrida, tornando-a inócua.

Com o avanço normativo, o gestor passa a ter a possibilidade de, por meio de um processo administrativo e concedido o direito à ampla defesa e ao contraditório, transbordar a sanção aplicada à segunda empresa criada de forma fraudulenta.

A Lei nº 14.133/2021 estabeleceu, para isso, que a penalidade se estenderá, quando evidenciado o abuso de direito, aos administradores, sócios, pessoa jurídica sucessora ou empresa do mesmo ramo com coligação ou controle.

Sobre o tema, dois pontos relevantes merecem ser destacados. O primeiro é a necessidade de configuração do abuso de direito para a desconsideração da personalidade jurídica. Não se poderia multiplicar a aplicação da pena simplesmente a todas as empresas que são coligadas de alguma forma ou que possuem sócios em comum. A desconsideração da personalidade jurídica e extensão dos efeitos somente é possível quando há a tentativa de fraudar a sanção.

Já tratamos dessa matéria quando do advento da Lei nº 13.303/2016, na qual, com texto bastante distinto da Lei nº 14.133/2021, possibilita-se a desconsideração da personalidade jurídica sem a constituição do abuso de direito, o que nos parece um equívoco^[21].

O segundo ponto importante é a provável complexidade com que se dará essa análise administrativa. É de se esperar que, tendo conhecimento das regras para

[21] BOSELLI, Felipe Cesar Lapa. **A desconsideração da personalidade jurídica na nova lei das estatais**. In: REIS, Luciano Elias; JUNIOR, Chiesorin Laerzio (Org). **Lei das empresas estatais: responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento econômico nacional**. Curitiba: OAB, Paraná, 2017. pp. 79 - 93.

desconsideração da personalidade jurídica, o empresário que está buscando fraudar a aplicação da penalidade tomará cuidados como a não utilização dos mesmos sócios ou administradores, a utilização de endereços distintos, a tentativa de ocultação dos interesses por meio de laranjas, dentre outros subterfúgios.

Caberá aos gestores, e ao mercado, apontar essas inconsistências quando existentes e constituir um processo administrativo que seja robusto o suficiente para a comprovação do abuso de direito.

6. CONCLUSÃO

Diante dos elementos analisados da Lei nº 14.133/2021 acerca das sanções nessa nova lei, é possível afirmar que houve expressivo avanço na construção do direito sancionatório no novo diploma legal, sobretudo com relação à construção do processo sancionatório.

A definição clara de uma estrutura processual composta de comissão processante, com a expressa indicação da possibilidade de produção probatória e alegações finais, além dos prazos mais adequados considerando o princípio do devido processo legal e da razoável duração do processo, são avanços no Estado Democrático de Direito que possibilitará, a nosso ver, maior segurança jurídica na defesa daqueles que estão sendo sancionados.

Ao mesmo tempo em que produz essa maior segurança jurídica, também acreditamos que a definição mais clara da estrutura processual facilitará a instauração de processos administrativos que antes não eram consumados pelo medo do gestor de errar ou por desconhecimento.

Mas também teremos desafios ainda existentes, como a justa atribuição da proporcionalidade da pena, a concessão de direito material de defesa, que não pode ser confundido com o direito formal à defesa (quando há a concessão formal dos prazos de defesa, mas sendo a defesa mera formalidade ignorada no efetivo julgamento) e, sobretudo, a construção de um direito sancionatório que venha a ter, de fato, capacidade de oferecer ao sistema a certeza de punibilidade das condutas ilegais com a consequente geração do efeito preventivo da pena.

REFERÊNCIAS:

BITTENCOURT, Sidney. Infrações e crimes licitatórios: avaliando também sanções e penas. Curitiba: Íthala, 2019.

BOAVENTURA, Carmen Iêda Carneiro; MAFISSONI, Viviane. Os institutos da reincidência e da reabilitação no processo sancionador. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/os-institutos-da-reincidencia-e-da-reabilitacao-no-processo-sancionador/>. Acesso em: 26/04/2022.

BOAVENTURA. Carmen Iêda Carneiro. BRAGAGNOLI. Renila. Os Meios de defesa no Procedimento Sancionatório previsto na NLLC. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/os-meios-de-defesa-no-procedimento-sancionatorio-previsto-na-nllc/>. Acesso em 04/05/2022.

BOSELLI, Felipe Cesar Lapa. A desconsideração da personalidade jurídica na nova lei das estatais. In: REIS, Luciano Elias; JUNIOR, Chiesorin Laerzio (Org). Lei das empresas estatais: responsabilidade empresarial e o impacto para o desenvolvimento econômico nacional. Curitiba: OAB, Paraná, 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LUZIA. Cauê Vecchia. Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas. IN E-book Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Joel de Menezes Niebuhr (Coord.). Curitiba: Zênite, 2021.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PEDRA. Anderson Sant'Ana. Sanções Administrativas nas contratações públicas. IN TORRES, Ronny Charles L. de. Licitações Públicas: homenagem ao jurista Jorge Ulisses Jacoby Fernandes. Curitiba: Negócios Públicos, 2016.

PÉRCIO. Gabriela Verona. Contratos Administrativos: manual para gestores e fiscais. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2020.

TORRES. Ronny Charles Lopes de. Leis de licitações públicas comentadas. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

10

AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E A NOVA LEI: EM BUSCA DE UM CENÁRIO RACIONAL PARA PENALIZAR AGENTES INFRATORES E PROPORCIONAR SEGURANÇA JURÍDICA AO AMBIENTE DAS COMPRAS PÚBLICAS

ADMINISTRATIVE SANCTIONS AND THE NEW LAW: IN SEARCH OF A RATIONAL SCENARIO TO PENALIZE VIOLATORS AND PROVIDE LEGAL CERTAINTY TO THE PUBLIC PROCUREMENT ENVIRONMENT

Por Luciano Elias Reis

Advogado, Árbitro e Parecerista. Doutor em Direito Administrativo pela Universitat Rovira i Virgili – Espanha. Doutor e Mestre em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

Professor de Direito Administrativo do UNICURITIBA. Diretor do Instituto Paranaense de Direito Administrativo. Presidente do Instituto Nacional de Contratações Públicas. Autor de livros e artigos.

Sócio do Reis & Lippmann Advogados Associados.

ABSTRACT

This article exposes the state of the art on administrative sanctions in the new bidding law. It presents the novelties in comparison with the previous law and critically explains the need for a more collaborative view of the Contracting Public Power and the private partner. The methodology used was the deductive one from the existing legal norms in Brazil and the doctrinal knowledge about the subject.

KEYWORDS:

Bidding, Contracts, Administrative sanctions, security, rationality.

RESUMO

O presente artigo expõe o estado da arte sobre as sanções administrativas na nova lei de licitações. Apresenta as novidades em comparação com a lei anterior e explana criticamente a necessidade de um olhar mais colaborativo do Poder Público Contratante e o parceiro privado. A metodologia usada foi a dedutiva a partir das normas jurídicas existentes no Brasil e dos conhecimentos doutrinários acerca do tema.

PALAVRAS-CHAVE:

Licitações, Contratos, Sanções administrativas, segurança, racionalidade.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O estado da arte do texto legal. 3. As infrações e as sanções administrativas na nova lei: como alinhar tipicidade, segurança jurídica e racionalidade na tomada de decisão. 4. As finalidades e os efeitos das sanções: necessidade de uma visão colaborativa do Poder Público junto ao parceiro. 5. Advertência. 6. Multa. 7. Impedimento de licitar e contratar. 8. Declaração de inidoneidade. 9. Quarentena de um ano. 10. Considerações finais

1. INTRODUÇÃO

Indubitavelmente, em que pese os poucos artigos retratando sobre as sanções administrativas em sede de licitações e contratos administrativos na novíssima lei de licitações, pode-se visualizar um elevado avanço para nortear os agentes públicos em sua atuação persecutória a partir de infrações cometidas e também para assegurar os direitos e as garantias aos terceiros assujeitados nesse regime jurídico de relação especial.

Se antes a falta de compreensão de como se devia procedimentalizar um processo administrativo sancionatório, ou também chamado de processo administrativo sancionador ou processo de apuração de responsabilidades, era motivo (ou “bengala”) para alguns órgãos e entidades públicas não instaurarem e sequer aplicarem sanções, agora a realidade muda.

Na nova lei foram prescritas desde a fixação de regras sobre a composição da comissão de agentes para conduzir o processo até o estabelecimento em norma (especial) de quem é a autoridade competente para aplicar a respectiva penalidade.

Portanto, a incerteza ou até desculpa para não sancionar aqueles que pratiquem infrações administrativas durante um certame ou na execução contratual não existe mais.

Doutro lado da moeda, os agentes econômicos que atuam com o poder público, sejam privados ou até públicos, devem ficar contentes com a previsibilidade de diversos pontos acerca do regime sancionador, já que a certeza do que e como poderão ser responsabilizados está prescrito na lei.

Apesar desse espectro favorável rapidamente esposado neste introito, não se pode deixar de fazer alguns apontamentos críticos sobre o texto legal e como será a melhor forma de extrair normas dali, razão pela qual se espera que as ideias aqui lançadas sirvam de reflexão aos milhares de operadores de compras públicas no Brasil.

2. O ESTADO DA ARTE DO TEXTO LEGAL

O texto normativo da Lei 14.133/2021, de 1º de abril de 2021, aportou sobre sanções em diversas oportunidades:

- (i) seu cabimento em caso de não assinatura do contrato nos termos do artigo 90, o que já acontecia no artigo 81 da Lei 8.666;
- (ii) aplicação de sanção administrativa, inclusive, para contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro com esteio no artigo 73, o que *a priori* não continha algo igual na Lei 8.666, mas similar no artigo 25, §2º;
- (iii) viabilidade de sancionar o contratado em um contrato de eficiência que porventura não tenha cumprido com a meta pactuada;
- (iv) sua explicitação como cláusula exorbitante no artigo 104, assim como ocorria com o artigo 58 da Lei 8.666/93;
- (v) previsão de sanção para aquele contratado que descumprir com o prazo ajustado em contrato de escopo, consoante regra do artigo 111, o que não encontra equivalência na Lei 8.666/93 e aparentemente foi colocado para evitar discussões (e até clemência) acerca dos efeitos da continuidade temporal de um ajuste de escopo após o termo final contratual, ou seja, difere adimplemento da “obrigação de fim” prevista com o das “obrigações de meio” e regulamentares como é o caso do prazo;
- (vi) o seu uso para situações de extinção unilateral do contrato por falha do contratado com base no artigo 139, o que possui equivalência à previsão do artigo 80 da Lei 8.666;
- (vii) um capítulo específico no título “Das Irregularidades” em que delineia sobre diversos aspectos sobre infrações e sanções administrativas, sendo que na Lei 8.666 havia algo mais sucinto nos artigos 81 a 88;
- (viii) os recursos cabíveis em face da aplicação de sanções administrativas nos artigos 166 e 167, o que possuía a Lei 8.666 em seu artigo 109;

Como se visualiza acima, alguns dispositivos encontram parença com o que já possuía na Lei Geral de Licitações e Contratos anterior^[1], no entanto algumas prescrições são novas e principalmente o capítulo específico de “infrações e sanções administrativas” é mais completo ao do regime pretérito.

3. AS INFRAÇÕES E AS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS NA NOVA LEI: COMO ALINHAR TIPICIDADE, SEGURANÇA JURÍDICA E RACIONALIDADE NA TOMADA DE DECISÃO

Infringir significa desrespeitar, violar ou descumprir com alguma previsão pactuada, já sancionar é uma resposta para aquele que infringe. Percebe-se uma interrelação entre infração e sanção como, respectivamente, antecedente e consequente. A sanção é um revide para aquele que pratica uma infração.

Como diz Daniel Ferreira, infração é o comportamento voluntário violador de uma norma de conduta que enseja no exercício da função administrativa uma consequência jurídica restritiva de direitos.^[2] Do ponto de vista analítico-formal, enuncia como “o comportamento, típico, antijurídico e reprovável que enseja a aplicação, no exercício de função administrativa, de uma sanção de mesma ordem”.^[3] Para que seja caracterizada uma infração é imprescindível que o comportamento querido pela norma e desrespeitado por algum agente tenha sido previamente estipulado como de cumprimento obrigatório. Quando se escreve “querido” pela norma é porque ficou prescrito o dever de obediência para fazer ou não fazer algo, deixar ou não deixar de entregar algo, agir ou abster de determinado comportamento, ou impedir ou não deixar de impedir algo. Podem existir previsões mais abertas ou mais fechadas como, respectivamente, agir eticamente perante os servidores do órgão contratante

-
- [1] Ainda que se saiba que o marco regulatório de licitações e contratos anterior à Lei 14.133 era mais amplo e não se resumia à Lei 8.666, tanto que por diversas vezes fiz esse apontamento crítico em artigos, livros, ensaios e palestras.
- [2] FERREIRA, Daniel. **Sanções administrativas**. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 63
- [3] FERREIRA, Daniel. **Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 231.

ou entregar até o dia 10 do mês o documento X. Assim como, estipulações em um edital ou contrato que demandem uma série de atuações além do contido na regra, por exemplo, possuir um sistema de compliance. Não basta que entregue uma declaração de que tem um programa de compliance em sua empresa, mas precisará demonstrar por meio de documentos e indicadores de que o seu sistema de fato existe, opera efeitos práticos e alcança a finalidade idealizada pela norma.

De todo modo, é inconteste que ninguém comete uma infração se não houver a fixação de que aquele comportamento deve ou não ser concretizado, conquanto o agente não tenha presciência de seu cometimento. Pode até ser que alguém não saiba da previsibilidade e cometa infração, o que por si não descaracteriza o enquadramento da conduta como infracional.

Feitos tais comentários iniciais, insta pontuar que a Lei 14.133 preceituou uma série de infrações passíveis de serem praticadas pelo licitante ou pelo contratado, mais precisamente quando: (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; ou (xii) praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

O *caput* do artigo 156 foi bastante explícito ao mencionar que o agente infrator pode ser um licitante ou um contratado, sendo que não se pode esquecer ainda que o artigo 90 também situa o adjudicatário como sujeito passível de ser responsabilizado

administrativamente. Quando da redação do artigo 87, *caput*, da Lei 8.666 poderia se aventar uma interpretação literal de que somente estariam passíveis de penalização os contratados, não ali abarcando os licitantes, salvo no que se refere ao contido no artigo 88. A Lei do Pregão na descrição infracional, conforme redação do artigo 7º, foi mais adequada ao contexto de descumprimento obrigacional em um processo complexo e amplo de uma contratação pública, que envolve a licitação (fases interna e externa) e o contrato (e sua execução), tanto que apontou diversas condutas que seriam típicas de licitantes.

O próprio Tribunal de Contas da União deliberou e decidiu por diversas vezes que condutas reprováveis de licitantes durante a condução do certame deveriam ensejar a abertura de processo sancionador e a aplicação da respectiva sanção, consoante se observa do paradigma Acórdão 754/2015 – Plenário.^[4] Com isso, os mais diversos atos colusórios, anticompetitivos, imorais e de simulação de disputa deveriam ser censurados, evitando assim “licitantes coelhos”, a figura do “sombra”, “desistentes de propostas profissionais”, entrega proposital de documentos faltantes de habilitação, dentre outros.

Ainda que o rol de infrações seja uma aspiração de muitos operadores do Direito para gerar a maior previsibilidade e consequentemente segurança jurídica a partir da tipicidade fechada, deve-se pontuar que diversas causas ali indicadas aludem a outros documentos normativos com uma plêiade de normas (não autônomas ou chamadas dependentes) de conduta fixadas (como é o caso de inexecutar alguma obrigação contratual prevista no contrato ou ainda no ato convocatório).^[5]

[4] “Os gestores das áreas responsáveis por conduzir licitações devem atuar processo administrativo com vistas à apenação das empresas que praticarem, injustificadamente, na licitação, na contratação ou na execução contratual, ato ilegal tipificado no art. 7º da Lei 10.520/02, sob pena de responsabilização.” (TCU, Acórdão 754/2015 – Plenário, TC 015.239/2012-8, relatora Ministra Ana Arraes, 8.4.2015).

[5] “Aí reside a principal função do tipo: conferir ao cidadão a possibilidade de escolher entre o certo e o errado bem como informa-lo sobre as consequências de suas opções. Assim, somente poderão ser consideradas infrações aqueles comportamentos anteriormente previstos na norma como tais. Trata-se da exigência de *lex previa*. Outra decorrência do princípio da tipicidade é a obrigação de definir ou descrever de forma satisfatória a conduta infracional e a sanção respectiva.” (ZARDO, Francisco. **Infrações e sanções em licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 74).

A mais, tem remissões inclusive de natureza aberta com significativa margem de amplitude e até discricionariedade administrativa, tal como ocorre na infração “coringa” que é “praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei Anticorrupção Empresarial. O referido dispositivo legal preceitua diversos conceitos juridicamente indeterminados ou, no mínimo, de ampla extensão hermenêutica ao aplicador, como se observa das tipificações: (a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; (b) impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; (c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; (d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; (e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; (f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou (g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública.

Se não bastasse a vastidão de significados práticos que podem ser extraídos do texto da lei para a inteligência da norma adequada, poder-se-ia colocar como ponto positivo que agora a tipicidade não seria mais mitigada, pois o legislador asseverou quais são as sanções de acordo com as infrações emolduradas consoante regra do artigo 156, §2º, §4º e §5º. Ainda que existam indicações nos referidos parágrafos, tais devem ser sempre obtemperadas de acordo com as condições do caso concreto e vistas como um parâmetro máximo (teto). Ou seja, se o enquadramento for no inciso I do artigo 156, deve ser aplicada no máximo advertência, que é o teto. Da mesma forma, se for inciso XII, máximo de declaração de inidoneidade. A lei ainda tentou flexibilizar esse teto ao indicar no §4º que as infrações postas nos incisos ali referidos poderiam desencadear uma sanção mais severa se as condições justificarem.

Por conseguinte, em que pese o entusiasmo visto por alguns estudiosos do tema, não creio que ficou afastada a tipicidade mitigada no processo administrativo sancionador em sede de licitações e contratos, por dois motivos: (i) em razão

dos conceitos e necessidade de interpretação de diversas infrações expostas nos incisos do artigo 156 e (ii) sempre haverá a necessidade de aplicar o direito com espeque nas regras e nos princípios do regime jurídico administrativo, o que impõe inclusive a observação dos princípios (ou regras) da proporcionalidade e da razoabilidade.

A proporcionalidade está expressamente preconizada na nova lei de licitações quando da redação do artigo 156, §1º, ao prever estândares que deverão ser testados na aplicação e calibração das sanções: (i) a natureza e a gravidade da infração cometida; (ii) as peculiaridades do caso concreto; (iii) as circunstâncias agravantes ou atenuantes; (iv) os danos que dela provierem para a Administração Pública; (v) a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. Em sentido prescritivo e balizador para a aplicação da legislação nacional, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro também ecoa que: (i) na aplicação de sanções serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para a administração pública, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes do agente; e (ii) serão levadas em conta na dosimetria das demais sanções de mesma natureza e relativas ao mesmo fato.

Compreender pela vinculação peremptória das penalidades arroladas às infrações dos tipos legais seria simplesmente aniquilar uma avaliação da conformidade do caso com os princípios do regime jurídico administrativo, uma vez que se ateriam tão somente ao princípio da legalidade. Deve-se pensar no princípio da juridicidade para perscrutar se a situação fática coaduna com a legalidade e com os demais princípios da ordem jurídica.

Por tais razões, impossível que um agente público quando da tomada de decisão para aplicar uma sanção administrativa com base na nova lei de licitações fique vinculado peremptoriamente às sanções arroladas nos parágrafos do artigo 156, mas sim que usem tais previsões como sanção teto que poderão ser arrefecidas a partir da análise dos princípios e das demais regras jurídicas aplicáveis ao caso.

4. AS FINALIDADES E OS EFEITOS DAS SANÇÕES: NECESSIDADE DE UMA VISÃO COLABORATIVA DO PODER PÚBLICO JUNTO AO PARCEIRO

As sanções administrativas têm a finalidade de proteger o interesse público ao alertar e/ou afastar potenciais fornecedores que venham a descumprir com as normas de comportamento designadas. O alerta e o afastamento ocorrem no momento pré-contratual, contratual e pós-contratual. Não é objetivo da sanção que a Administração Pública aufera renda patrimonial com multas ou venha a influenciar o mercado com alijamento de potenciais fornecedores ou publicização de maus comportamentos. Desse modo, o interesse público será preservado e protegido direta e indiretamente pelas sanções administrativas.

Por sua vez, os efeitos delas sobre os fornecedores é de repreender e de educar. Repreender para que o sujeito se sinta censurado por ter descumprido com o pactuado ao cometer uma infração. Educar para que o mesmo não reitere aquela conduta não querida pela Administração Pública contratante, assim como sirva de exemplo para outros players do mercado terem responsabilidade ao participarem de negócios públicos e o cometimento de infrações não haverá complacência.

Conseqüentemente, tanto pelas finalidades como pelos efeitos, é incontroverso que a atuação administrativa por meio de sanções em sede de licitações e contratos influencia os agentes no mercado quando sua ação sancionadora pode impactar com a diminuição patrimonial ou com impedimentos diretos e indiretos à seara de licitações e negócios com o Poder Público. Por isso, recomenda-se muita serenidade ao aplicar penalidades, já que a própria Administração Pública poderá produzir uma limitação ou uma distorção entre os players do mercado a partir de uma seleção adversa causada pelo uso equivocado (ou excessivo) da força sancionatória. O parceiro privado é um colaborador indispensável ao interesse público, razão pela qual não se pode fruir de prerrogativas legalmente conferidas (cláusulas exorbitantes), como é o caso das sanções, sem racionalidade e percepção holística de suas atividades, sob pena de a própria Administração Pública ser a causadora do engrandecimento exponencial de futuros transgressores via alijamento de bons fornecedores pelo uso exagerado e insciente do seu múnus.

5. ADVERTÊNCIA

A advertência é uma sanção administrativa. Advertir como mera notificação é completamente distinto de advertir como penalidade. De um lado no dia a dia da execução contratual é natural e habitual que o fiscal ou o gestor venha a notificar sobre algum problema nas obrigações de responsabilidade do contratado, até porque a formalidade no relacionamento público-privado é indispensável em razão do regime jurídico-administrativo (v. g. regra de necessidade de materialização dos atos administrativos por meio de atos escritos, publicidade, dentre outros) e também como um fator de segurança para o negócio em si. Doutro lado, a advertência como sanção administrativa deve ser utilizada para situações de infrações que ultrapassam meros ajustes ou irregularidades de operação da execução que são saneáveis por “advertência-notificação”.

Como penalidade administrativa leve deve ser usada para infrações de mesma estatura, qual seja, leve. O ato convocatório e/ou o contrato deverão inclusive fixar algumas hipóteses passíveis de aplicá-la. A sua aplicação é uma resposta da Administração Pública em face do fornecedor para mostrar que transgressões não serão toleradas, que está atenta à correição da execução contratual, que futuras penalidades a levaram em conta para fins de dosimetria, que poderá ser usada para fins de reincidência e que os fiscais e os gestores – inclusive em razão de possíveis substituições de servidores para tais missões – deverão estar “mais” vigilantes na atuação do fornecedor.

A própria publicização da advertência por meio de portais públicos, assim como acontece na inserção junto ao SICAF (Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores) no âmbito federal ou em outros similares dos demais entes federativos, corroboram com o viés repressivo e pedagógico da sanção. Ademais, quando futuramente os órgãos e entidades públicos fizeram um ranking de fornecedores (espécie de cadastro positivo ou “rating”) tal como acontece no âmbito da Petrobrás, as advertências servirão como critérios para a valoração.

O procedimento para aplicar uma sanção de advertência não ficou estabelecido na Lei de Licitações, o que tem gerado certas dúvidas sobre sua efetiva necessidade.

Mesmo silente, é inquestionável a imperiosidade de processo administrativo sancionador para aplicar uma advertência, até porque a Constituição da República Federativa do Brasil não criou essa exceção como se interpreta a partir do artigo 5º, incisos LIV e LV. Devem ser assegurados todos os direitos e garantias do fornecedor como contraditório, ampla defesa, devido processo legal, motivação, impessoalidade, dentre outros vetores principiológicos.

Observando o viés prático e operacional aos operadores de compras públicas no Brasil, recomenda-se que o ato convocatório e/ou contrato fixe as regras para o processo que aplicará advertência. Estabeleça principalmente qual será o prazo para a defesa e de quem será a competência para a sua imputação. Caso não se estipule, é possível vislumbrar duas alternativas: (i) o prazo para a apresentação de defesa prévia será de 05 cinco dias com esteio no artigo 24 da Lei de Processo Administrativo Federal (Lei nº 9.784/99) ou será de 15 dias úteis usando a simetria do prazo para a interposição de recurso administrativo nos termos do artigo 166 da Lei de Licitações; e (ii) a competência para aplicação da advertência deve ser da autoridade de menor grau hierárquico para decidir, com base no artigo 17 da Lei de Processo Administrativo Federal, ou será do gestor do contrato (a depender de suas atribuições normativamente previstas) ou de quem assinou o contrato.

E, por fim, o recurso administrativo a ser interposto em caso de decisão que aplica advertência é o recurso hierárquico, com fundamento no artigo 166, que tem o prazo de 15 dias úteis e, após juízo de retratação pela autoridade competente pela decisão inicial, será remetido para a autoridade superior competente. Salienta-se sempre que competência é atribuição normativa e constitucionalmente é de competência de cada ente fixá-la, já que decorre da capacidade de autoadministração e auto-organização nos termos do artigo 18 da Constituição da República Federativa do Brasil.

6. MULTA

A multa é a sanção administrativa que não possui em si uma estatura rígida. Pode ser aplicada tanto em caso de infrações leves, medianas, graves ou gravíssimas. É uma ablação de direitos geradora de uma restrição patrimonial ao assujeitado que

descumpre com uma obrigação. Incontestavelmente, a previsão do artigo 156, §3º, ao mensurar o percentual mínimo e máximo a ser colocado no ato convocatório e/ou no contrato revelou-se como um parâmetro para os agentes públicos quando da redação de tais documentos.

O artigo 162 prevê as duas hipóteses de multas optadas pelo legislador: moratória e compensatória. A moratória deve ser usada em caso de retardo, atraso, para o cumprimento da obrigação contratual.^[6] Não necessariamente é atraso da entrega do objeto, já que pode ser aplicada em retardo de uma obrigação acessória prevista contratualmente.

A compensatória, e que alguns a denominam como punitiva, é imputada nas situações em que há o descumprimento parcial ou total da obrigação e inexistente a vontade do contratante em continuar esperando o seu adimplemento por parte do atual contratado. Tanto é assim que adequadamente a lei enunciou a viabilidade de uma obrigação em atraso se transformar em inadimplida, possibilitando que o agente público converta a multa moratória em compensatória. Aqui merece uma ressalva. A conversão não é automática e deve ser proporcionalmente prevista no ato convocatório e/ou contrato. A referida conversão é a manifestação de vontade da Administração Pública de não mais acatar o cumprimento da obrigação com atraso, mas considerar que o atraso fez com que perdesse a vontade ou necessidade no caso em tela de cumprimento obrigacional pelo contratado para aquela obrigação.

No tocante aos percentuais tipificados na Lei de Licitações, a ordenação do mínimo e do máximo contribui demasiadamente para evitar despautérios e excessos, negativos ou positivos, dos redatores de editais e contratos. Na legislação anterior existiam situações de multas inócuas, uma vez que o percentual era tão ínfimo que não atingia o caráter repressivo e nem pedagógico de uma penalidade administrativa, já em outros casos eram insanas, porque praticamente sepultavam fornecedores com percentuais cavalares.

[6] O próprio Código Civil preceitua em seu artigo 411 que “Quando se estipular a cláusula penal para o caso de mora, ou em segurança especial de outra cláusula determinada, terá o credor o arbítrio de exigir a satisfação da pena cominada, juntamente com o desempenho da obrigação principal”.

De todo modo, alguns apontamentos devem ser obtemperados na parte das multas. A base de cálculo a ser adotada deve ser, excepcionalmente, do valor do contrato. Via de regra, deve ser a parcela inexecutada ou a obrigação descumprida. Do contrário, poder-se-á a chegar em casos extremos de um percentual sobre o valor total do contrato significar uma cifra mui significativa ante o lucro e as taxas operacionais de um fornecedor. Explica-se. Um contrato de terceirização pode representar um numerário extremamente alto, contudo ao perquirir a composição de seu custo, percebe-se que o lucro e a taxa administrativa percebida pela empresa são baixos se comparados com os valores despendidos com folha de pagamento e tributos do pessoal utilizado.

Portanto, a adoção, como regra, da base de cálculo sobre a parcela inexecutada é uma premissa para o respeito da proporcionalidade e da razoabilidade de atuação da Administração Pública contratante. A própria teoria do adimplemento substancial empregada em outros ramos do Direito também ecoa aqui nos contratos públicos. O Superior Tribunal de Justiça possui julgado mencionando a referida teoria para sanções em contratos administrativos.^[7]

A felonía na fixação dos percentuais de multa não representa a impossibilidade de revisão administrativa ou judicialmente futuramente quando da execução contratual, para que se entenda pela nulidade da cláusula. A previsão de uma multa pacóvia não ter sido questionada por meio de uma impugnação ao instrumento convocatório em momento processual anterior à realização do certame, isso não chancela ou gera uma presunção absoluta de validade da mesma. A ausência de prudência na redação

[7] “3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.” (STJ, REsp 914.087/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 29/10/2007, p. 190).

de uma multa ou na própria aplicação após um processo administrativo sancionador pode, e deve (assim espera), ensejar que os afetados propugnem os seus direitos.

No âmbito da teoria geral dos contratos, consoante se observa do regime dos contratos no Código Civil, o artigo 412 preconiza que a multa, por ser obrigação acessória, não pode ultrapassar o valor da obrigação principal. Ainda, deixa assente que o juiz quando do exercício da função jurisdicional poderá reduzir equitativamente o valor da multa caso compreenda que a mesma foi aplicada em montante manifestamente excessivo.

Seria possível essa admoestação na esfera administrativa pelo agente público quando decidir pela cominação de uma multa ou pela autoridade superior para decidir um recurso administrativo e minorar a multa? Entende-se que sim, pois o agente público deverá atuar com amparo no regime jurídico administrativo, inclusive com espeque nos princípios. Assim, ao apreciar a razoabilidade e a proporcionalidade para amenizar uma restrição de direitos de índole sancionatória patrimonial, assim como a eficácia e a utilidade do conteúdo de uma decisão administrativa, poderá o agente público ponderar tais vetores em conjunto com a legalidade em sentido estrito que estaria representada pela cláusula editalícia ou contratual em sua literalidade.^[8]

[8] Sobre o assunto, exemplifico o seguinte julgado: ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO CELEBRADO PELO TCU. AQUISIÇÃO DE COMPUTADORES E SERVIÇO DE ASSISTÊNCIA TÉCNICA. ATRASO INJUSTIFICADO NO ATENDIMENTO DE CHAMADAS E DE ENTREGA DE RELATÓRIOS. MULTA DE 10% DO CONTRATO. DESPROPORCIONALIDADE.

1. Não se conhece do agravo retido em razão de não haver pedido expresso para sua apreciação pelo Tribunal. 2. A apelante foi contratada em 26/10/2003, pelo TCU, para fornecer microcomputadores e prestar serviços de assistência técnica pelo prazo de 4 anos, comprometendo-se a emitir relatórios e a atender aos chamados nos prazo estipulados no contrato, sob pena de multa diária de 0,33% sobre o valor total do contrato em caso de atraso na entrega dos relatórios e de 0,01% sobre o valor total do contrato, por atraso no atendimento de “cada um dos chamados de assistência técnica”. 3. Devido a atrasos no total de 123 dias no atendimento de chamadas de serviços de assistência técnica e de atrasos de 76 dias na emissão de relatórios, a administração do TCU aplicou-lhe multa moratória equivalente a 10% do valor total do contrato (Lei 8.666/1993, art. 86), totalizando R\$ 123.518,77, quando, na literalidade do contrato, os atrasos correspondiam a 26,31% (25,08% em relação aos relatórios e 1,23% concernente às chamadas de assistência técnica). 4. A administração do TCU considerou excessiva a multa por atraso na entrega de relatórios no percentual de 25,08% do total do contrato, “posto que se por um lado sanciona a mora solvendi da contratada, noutra poderá implicar desequilíbrio da equação contratual”. 5. A apelante diz ser justificado o atraso no atendimento das chamadas, pois decorreu

Por fim, o procedimento legal para operacioná-la consiste na abertura de defesa prévia, consoante preceitua o artigo 157, pelo prazo de 15 dias úteis. Após a emissão da decisão, há a oportunidade de interposição de recurso hierárquico, com fundamento no artigo 166, no prazo de 15 dias úteis, sendo que haverá o juízo de retratação pela autoridade competente pela decisão inicial (15 dias úteis) e tão somente depois o feito será remetido à autoridade superior competente para decisão final em 20 dias úteis.

7. IMPEDIMENTO DE LICITAR E CONTRATAR

O impedimento de licitar e contratar, segundo a inteligência do artigo 156, é a sanção que, uma vez aplicada, impedirá o seu destinatário de participar de licitações ou contratações no âmbito federativo do órgão ou da entidade sancionadora por um prazo máximo de três anos. É uma sanção grave que deve ser cominada em casos de infração grave. Além disso, como se percebe, é uma previsão que possui similitude no impedimento prescrito na Lei do Pregão e na Lei do Regime Diferenciado de Contratação.

A obstaculização forçada de ficar temporariamente fora do mercado público deve servir como um atrativo inverso para que o sujeito não cometa infração grave. A escolha do legislador de marcar o limite territorial do ente federativo é notória. Logo, alguém apenado com esta sanção no âmbito do Município de Sinop poderá continuar participando de licitações e celebrando contratos nos demais municípios do Mato Grosso e demais Estados, no próprio Estado do Mato Grosso e no âmbito dos órgãos

de pane no sistema informatizado de registro, controle e acompanhamento dos chamados técnicos e de greve deflagrada pelos servidores da Receita Federal, o que teria impedido o recebimento de equipamentos importados, mas, de acordo com o apurado pela Secretaria de Tecnologia da Informação do TCU, a maior parte dos atrasos é anterior ao defeito no sistema da apelante, bem como “52% dos problemas relatados foram sanados por meio da substituição da fonte de alimentação ou do mouse dos equipamentos afetados”, produtos de fabricação nacional, de modo que a greve na Receita Federal em nada contribuiu para as ocorrências. 6. O ato administrativo está adequada e suficientemente motivado, não se justificando intervenção judicial de modo a substituir a discricionariedade da Administração. 7. Apelação a que se nega provimento.” (Tribunal Regional Federal da 1ª Região, AC nº 2006.34.00.004978-8 – Quinta Turma, Rel. Des. João Batista Moreira, j. em 13.04.2011).

e entidades federais. Essa interpretação decorre da literalidade da lei e não pode ser desprezada pelo aplicador, inclusive no exercício da função jurisdicional, sob pena de transcender os limites hermenêuticos os quais não podem abnegar palavras ou condições expressamente prescritas no ordenamento jurídico.

Quanto ao prazo, o ideal seria que os órgãos e entidades regulamentassem com critérios claros, objetivos e lógicos como será encontrado o tempo na dosimetria da sanção. Como dito alhures, a Lei de Licitações e a Lei de Introdução de Normas ao Direito Brasileiro impõem alguns patamares, mas incumbe às normas jurídicas de natureza derivada (ou secundária), por meio de atos normativos infralegais, a partir das diretrizes legais regulamentá-las.

Por fim, o procedimento legal para operacioná-lo consiste na abertura de defesa prévia, consoante preceitua o artigo 158, pelo prazo de 15 dias úteis. Após a emissão da decisão, há a oportunidade de interposição de recurso hierárquico, com fundamento no artigo 166, no prazo de 15 dias úteis, sendo que haverá o juízo de retratação pela autoridade competente pela decisão inicial (15 dias úteis) e tão somente depois o feito será remetido à autoridade superior competente para decisão final em 20 dias úteis.

8. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE

A declaração de inidoneidade é a sanção mais grave da Lei de Licitações. Deve ser adotada em casos de infrações gravíssimas com as observações do que foi asseverado nos tópicos anteriores. Impede o penalizado de participar de licitações e celebrar contratos com a Administração Pública Direita e Indireta de todos os entes federativos por um prazo mínimo de 03 e máximo de 06 anos.

A extensão dos efeitos recai sobre todos os órgãos e entidades da Administração Direta e Indireta de todos os entes federativos. É deveras questionável a possibilidade de um órgão ou entidade sancionar com efeitos perante outro ente federativo. Se compreender que o regime sancionatório de licitações e contratos está ao lado do regime disciplinar como espécie do regime sancionatório administrativo, poder-se-ia

raciocinar que os limites objetivos e subjetivos da declaração de inidoneidade deverá ficar no máximo adstritos ao ente que aplicou, até porque o federalismo cooperativo proposto pela Constituição da República Federativa de 1988 não prevê qualquer tipo de hierarquia ou sobreposição de um sobre o outro.

Exigir que a ordem decisória de um ente produza e repercuta efeitos diretos sobre outra esfera federativa pode ser enquadrada como interferência indevida, isso sem elucubrar a possibilidade, por exemplo, de um ente municipal alijar um agente econômico do mercado competitivo público em razão de uma “sanção indevida”, a qual precisará de uma intervenção do Poder Judiciário para declará-la inválida.

A priori, é indicado um termo final para os efeitos da sanção, entretanto nos casos em que houver a fixação de ressarcimento dos prejuízos como condição para o sujeito, logo pode-se concluir que a sanção somente deixará de produzir efeitos quando houver o implemento do termo final e da condição. Termo é um evento futuro e certo, já condição é um evento futuro e incerto. A incerteza no caso da declaração de inidoneidade não significa aleatoriedade ou pena perpétua, visto que o implemento da condição resolutive somente dependerá do destinatário da decisão ablatória. A pena perpétua vedada pela Constituição da República Federativa do Brasil é quando a decisão já a impõe para sempre, o que se reitera não ser o caso aqui. Quando ele pagar e fizer o ressarcimento, logo estará apto a retornar a participar de certames e celebrar contratos públicos, desde que passado o prazo previsto pela decisão mais a quarentena.

9. QUARENTENA DE UM ANO

Além do prazo legalmente mencionado anteriormente para as sanções de impedimento de licitar e contratar e também na declaração de inidoneidade, insta pontuar que a Lei de Licitações estabeleceu a quarentena e requisitos para a reabilitação. O artigo 163 enunciou que deverá ser requerida a reabilitação à mesma autoridade que aplicou a penalidade e comprovar que: (i) reparou integralmente os danos causados à Administração Pública; (ii) pagou a multa, se houver sido imposta; (iii) transcorreu o prazo mínimo de um ano da aplicação da penalidade de

impedimento de licitar e contratar ou de três anos da declaração de inidoneidade;
(iv) cumpriu com as condições de reabilitação impostas pelo ato punitivo; e
(v) parecer jurídico favorável ao cumprimento dos requisitos anteriores.

Alguns breves comentários se fazem necessários.

Um, no item (iv) que versa sobre o cumprimento das condições de reabilitação, não é possível que exista uma restrição maior do que a prevista legalmente. Ou seja, é completamente ilegal que se preveja alguma condição que tenha caráter sancionatório, sob pena de um ato infralegal (ato punitivo) criar uma (nova) sanção.

Dois, o parecer jurídico deverá ser tão somente para averiguar a presença dos requisitos e documentos ordenados pela Lei de Licitações, não havendo qualquer margem de discricionariedade do parecerista para posicionar-se favorável ou não, caso os requisitos tenham sido evidenciados por meio de protocolo administrativo formal.

O mesmo comentário se deve também à autoridade que chancelará a reabilitação. Não haverá juízo discricionário ou ainda um tipo de avaliação meritocrática sobre o comportamento ou não do agente solicitante.

E, por fim, quanto ao prazo, deve-se ter muita razoabilidade na fixação do prazo de quarentena, já que, por exemplo, o prazo máximo da sanção e também de quarentena em uma aplicação de declaração de inidoneidade significará afastar por nove anos um agente econômico do mercado competitivo, o que por óbvio significa um prazo extremamente significativo. Tanto é que prazos longos de penalidades impeditivas de alguma atividade econômica ensejam, na maioria dos casos, a falência da empresa e/ou alguma estratégia de abertura de nova empresa ou de repasse do *know how* para outra estrutura empresarial.^[9] Em outras palavras, esperar prazo longo de uma penalidade impeditiva para então o sujeito regressar ao mercado não é, normalmente, uma conduta habitual.

[9] É notório dizer que a estratégia empresarial tem que se adequar ao direito, não sendo lícito haver o abuso do direito e/ou transfiguração da finalidade sancionatória por meio de um comportamento fugaz, sob pena de haver a desconsideração da personalidade jurídica pela via administrativa ou judicial.

10. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova Lei de Licitações proporcionou um tratamento jurídico mais explícito ao discorrer sobre infrações e sanções administrativas. É indubitável que ainda persistem algumas lacunas e principalmente pontos críticos que necessitarão de uma interpretação racional e proporcional pelos atores das compras públicas – públicos e privados – para que se alinhe o poder sancionatório estatal e a imperiosidade de colaboradores qualificados para atenderem as necessidades públicas em um ambiente competitivo entre os players.

De todo modo, as presentes críticas e ponderações são feitas em um texto sancionado em abril de 2021 e que amadurecerá com o tempo, sempre respeitando as inovações alimentadas pelos agentes privados e públicos. Por isso, espera-se que esse ensaio colabore com o propósito de ter um ambiente seguro e colaborativo entre os seus agentes.

11

COMO FERRAMENTAS DE ANÁLISE DE DADOS E DE *MACHINE LEARNING* PODEM COLABORAR COM O PLANEJAMENTO DAS COMPRAS

HOW DATA ANALYTICS AND MACHINE LEARNING TOOLS CAN HELP WITH PURCHASE PLANNING

Por Rafael Soares Mota

Especialista em Gestão Pública pelo IBMEC. Graduado em Ciências Contábeis pela UnB. Certificado em Governança, Gestão de Riscos, *Compliance* e Liderança. Mais de 15 anos de experiência em compras públicas.

ABSTRACT

The public procurement process in Brazil is manual, slow and costly, with the planning phase being perhaps the most bureaucratic. Law 14.133/2021 gave special attention to the search for results and the importance of good planning, in addition to encouraging the use of information technology and open data. Thus, the concepts of data analysis and machine learning are presented, as well as proposals for using the tools in planning public purchases.

KEYWORDS:

Data analytics. Machine learning. Big data. Procurement. Planning.

RESUMO

O processo de compras públicas no Brasil é manualizado, lento e custoso, sendo a fase de planejamento, talvez, a mais burocrática. A Lei 14.133/2021 conferiu especial atenção à busca pelo resultado e à importância do bom planejamento, além de incentivar o uso da tecnologia da informação e de dados abertos. Uma vez isso explicado, são apresentados os conceitos de análise de dados e de machine learning, bem como propostas de utilização das ferramentas no planejamento das compras públicas.

PALAVRAS-CHAVE:

Análise de dados. *Machine learning*. *Big data*. Licitação. Planejamento.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO – 2. O PLANEJAMENTO DAS COMPRAS PÚBLICAS – 3. A PADRONIZAÇÃO – 4. O USO DE FERRAMENTAS DE ANÁLISE DE DADOS E *MACHINE LEARNING* APLICADO AO PLANEJAMENTO DAS COMPRAS PÚBLICAS – 4.1 *Big Data*, análise de dados e geração de valor – 4.2 O potencial do *machine learning* aplicado ao planejamento das compras públicas – 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. INTRODUÇÃO

Um dos maiores avanços alcançados pela Lei 14.133/2021, em relação à Lei 8.666/93, é a persecução de resultados como fator primordial do processo licitatório. Entenda-se aqui, resultado quase como que um sinônimo de efetividade, ou seja, de maximização do retorno à sociedade com o menor custo possível. Tanto é assim que, em seu artigo 11, inciso I, o legislador deixou claro que um dos objetivos do processo licitatório é assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública. Não mais se busca apenas o menor preço, mas sim, aquela proposta que, considerando todo o ciclo de vida do objeto, minimize riscos e seja vantajosa.

Complementarmente à busca por efetividade, a Lei 14.133/2021 inovou, ao tornar o planejamento em um princípio jurídico. Não seria demais afirmar que a Lei foi ancorada em tal princípio, na medida em que exige que todas as contratações estejam alinhadas ao planejamento estratégico e que afirma ser a alta administração do órgão ou entidade a responsável por assegurar tal alinhamento. Ao prever que os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual que balizará a lei orçamentária, o legislador buscou reduzir o revés da descontinuidade na execução dos projetos, problema crônico no Brasil e que gera enorme desperdício de recursos públicos.

Outro ponto que merece atenção, na NLLC, é o de que a padronização das compras, serviços e obras torna-se a regra. Tal exigência faz total sentido, vez que a contratação de bens e serviços padronizados acarreta redução dos custos processuais e aumento da produtividade da área de compras, além de proporcionar diversas vantagens durante a execução contratual, tais como: redução de erros e acidentes, melhor experiência do cidadão-cliente, escalabilidade nos treinamentos e a automação de processos.

De modo a dar suporte à modernização das compras públicas, o legislador previu ainda a incorporação de recursos de Tecnologia da Informação ao processo, na medida em que inseriu na Lei temas tais como dados abertos, catálogo eletrônico de padronização, sistemas informatizados e inovação tecnológica.

Diante do exposto, podemos avançar no entendimento de que o tripé planejamento – padronização – tecnologia oferece sustentação ao modelo centrado no resultado, conforme o esquema abaixo:

Esquema 1: Relação entre planejamento, padronização e tecnologia na geração de resultados.



Sob esta ótica, visando obter resultados efetivos no atingimento do interesse público, o gestor deve valer-se dos instrumentos de planejamento, padronização e tecnologia, sendo que este último possibilita a coleta e análise de grande quantidade de dados (*big data*) que, por sua vez, gera um efeito cascata de aperfeiçoamento do processo decisório e de melhoria constante das entregas, avançando rumo a resultados efetivos ao cidadão-cliente.

O processo de compras brasileiro ainda é manualizado, calcado em uma cultura jurídica em detrimento da gestão. No entanto, caso as compras públicas não avancem no uso das tecnologias disponíveis, o Estado tende a se tornar cada vez mais anacrônico e caro, dado que o prêmio de risco cobrado pelos fornecedores será ainda maior, ao passo que a sociedade exige paulatinamente mais qualidade

Reprodução Proibida. Art. 184 do Código Penal e Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

e agilidade. Assim, precisamos usar os dados a nosso favor, tornando o processo de compras rápido, barato e eficaz, assim como grandes corporações da iniciativa privada já fazem há alguns anos.

Nesta perspectiva, busca-se com esse trabalho fazer uma abordagem sobre como o uso de ferramentas de análise de dados e *machine learning* aplicadas ao processo licitatório pode contribuir, sobremaneira, já na fase de planejamento, proporcionando redução no tempo de contratação, economia de escala, mitigação de riscos, maior eficácia na execução contratual e profissionalização do mercado fornecedor. Antes, porém, faremos uma breve revisão sobre o tratamento conferido pela Lei 14.133/2021 ao planejamento e à padronização das compras públicas.

2. O PLANEJAMENTO DAS COMPRAS PÚBLICAS

Segundo Chiavenato (2006, p. 409), “planejamento é a função administrativa que define objetivos e decide sobre os recursos e tarefas necessários para alcançá-los adequadamente”. Segundo Maximiano (2007, p. 121), “planejamento é o processo de tomar decisões sobre o futuro”. Neste sentido, o gestor público deve buscar compreender quais as necessidades mais prementes dos usuários dos serviços públicos, bem como aquelas que poderão surgir caso determinadas condições se concretizem. A partir daí, considerando a escassez de recursos, deve estabelecer prioridades, definir objetivos e traçar planos para alcançá-los. Como bem pontuam Camelo, Nóbrega e Torres (2022, p. 20):

“Não se pode dar as costas à realidade que se impõe com os recursos do Estado cada vez mais escassos. A escassez é o ponto central da economia. A decisão sobre como administrar recursos escassos é a base da análise econômica, da ciência econômica.

Diante da constante evolução sobre a necessidade de ampliação da eficiência na atuação estatal, da crescente complexidade de sua atuação e das políticas públicas desenvolvidas, exigindo constante atuação e adaptação da máquina estatal, por que não se utilizar das ferramentas metodológicas dessa ciência para trabalhar com o direito administrativo, principalmente nas licitações e contratos?”

Com a mudança frequente vivenciada nos quadros gerenciais da Administração Pública brasileira, prioridades e objetivos acabam sendo alterados também de forma reiterada, o que gera desperdício de recursos humanos, materiais e financeiros. Obras são iniciadas e descontinuadas, aparelhos hospitalares são adquiridos e não são utilizados, e assim por diante.

Objetivando interromper esse ciclo pernicioso, a Lei 14.133/2021 apresentou um “dever legal de bem planejar as contratações a partir do princípio do planejamento”^[1]. De forma sutil, porém acertada, o legislador vinculou as contratações ao planejamento estratégico das organizações e atribuiu forte responsabilidade ao corpo diretivo, o que denota que o planejamento necessita de tratamento adequado e envolvimento dos tomadores de decisão. Vejamos o conteúdo do parágrafo único do artigo 11:

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Percebe-se que houve uma tentativa de mudança de comportamento, comprometendo a alta administração (tomadores de decisão de nível hierárquico elevado) com o atingimento de objetivos, com a busca por eficiência, eficácia e efetividade e com o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico. Ou seja, parte-se de um plano de longo prazo para um de curto prazo, a ser adequadamente materializado com boas contratações públicas. Logicamente, se seguido à risca, novos gestores não poderão mudar o curso das contratações ao seu alvedrio, cabendo-lhes dar

[1] SANTOS, José Anacleto Abduch. **Nova lei de licitações**: o princípio do planejamento, Zênite Fácil, categoria Doutrina, 18 dez. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 28.04.2022

continuidade ao planejamento anterior ou justificar as alterações efetuadas, pelo que se responsabilizarão.

A Lei nº 14.133/2021, em seu art. 12, inciso VII, trata acerca da elaboração de plano de contratações anual, deixando a cada ente federativo a decisão pela sua implantação. Visando preservar a organização e o nível de maturidade de cada ente federado, a Lei não previu a obrigatoriedade de elaboração do PCA, apenas trouxe uma orientação de boa prática. No entanto, como bem pontua Justen Filho (2021, p. 273), existe apenas uma aparente facultatividade do PCA. Vejamos:

A redação legal induz à facultatividade de elaboração do PCA. Mas essa interpretação exige cautela. A utilização do vocábulo “poderão” não deve ser o critério isolado para interpretação.

A interpretação mais adequada consiste em reconhecer a existência de um dever de elaborar o PCA, cujo atendimento será vinculado às circunstâncias e características da realidade. Caberá ao regulamento dispor sobre as condições para a elaboração do PCA, inclusive determinando a sua implantação de modo progressivo e compulsório.

Devo concordar com o professor Justen Filho sobre a aparente facultatividade de elaboração do PCA. Ora, se a Lei trouxe a obrigatoriedade de alinhamento das contratações ao planejamento estratégico, que é um instrumento de gestão que visa o longo prazo, não faria sentido deixar de lado o planejamento de curto prazo, como é o caso do PCA. Se o planejamento (estabelecimento de objetivos, recursos e metas) passa a ser um dos princípios a ser observado na aplicação da Lei de Licitações e Contratos, não pode o plano (estabelecimento de cronograma, custos e responsáveis) ser opcional. Parece-me, então, que a facultatividade do PCA está ligada à sua forma de elaboração, em respeito à organização e autonomia administrativa dos entes federados, mas efetivamente, será necessário para o bom cumprimento da Lei e a boa gestão dos recursos.

No que tange à instrução do processo licitatório, o planejamento também recebeu notável destaque na Lei 14.133/2021, vez que, conforme disposto no

caput do artigo 18, a fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual, sempre que existente, além de acompanhar o disposto nas leis orçamentárias. Vejamos:

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:

I. a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

(...)

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;

X. a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

Percebe-se, claramente, que o processo licitatório possui rito moroso e, por isso mesmo, deve ser iniciado com a necessária antecedência, de modo a não prejudicar a prestação do serviço público. O devido planejamento se faz necessário e é obrigatório, posto que devem ser avaliadas as soluções disponíveis no mercado, as vantagens e desvantagens de cada uma delas, os riscos existentes na licitação e execução contratual, além do custo total da contratação, levando-se em conta todo o ciclo de vida do objeto. Tal análise não se faz da noite para o dia, requer tempo e método, além de pessoal qualificado. A elaboração de um bom estudo técnico preliminar não garante, por si só, uma contratação eficiente, eficaz e efetiva, mas colabora para que os objetivos sejam atingidos com maior confiabilidade.

3. A PADRONIZAÇÃO

Padronização das compras públicas^[2] é a adoção de medidas e especificações que visam uniformizar os produtos e serviços contratados pela Administração. Segundo Justen Filho (2021, 567), “a padronização é um instrumento de racionalização da atividade administrativa, com redução de custos e otimização da aplicação de recursos”. Na NLCC, a padronização encontra-se essencialmente disciplinada no art. 43. Vejamos:

Art. 43. O processo de padronização deverá conter:

- I.* parecer técnico sobre o produto, considerados especificações técnicas e estéticas, desempenho, análise de contratações anteriores, custo e condições de manutenção e garantia;
- II.* despacho motivado da autoridade superior, com a adoção do padrão;
- III.* síntese da justificativa e descrição sucinta do padrão definido, divulgadas em sítio eletrônico oficial.

§1º. É permitida a padronização com base em processo de outro órgão ou entidade de nível federativo igual ou superior ao do órgão adquirente, devendo o ato que decidir pela adesão a outra padronização ser devidamente motivado, com indicação da necessidade da Administração e dos riscos decorrentes dessa decisão, e divulgado em sítio eletrônico oficial.

§2º. As contratações de soluções baseadas em software de uso disseminado serão disciplinadas em regulamento que defina processo de gestão estratégica das contratações desse tipo de solução.

A leitura do inciso I nos leva a crer que a padronização existe apenas para a aquisição de produtos, porém este não é o melhor entendimento. A padronização é possível

[2] Definição adaptada do conceito de padronização constante do dicionário Houaiss: “adoção de uma medida, especificação, paradigma ou tipo para uniformizar a produção ou avaliação de qualquer coisa”. Disponível em https://houaiss.uol.com.br/corporativo/apps/uol_www/v6-0/html/index.php#1. Acesso em 08.05.2022.

e desejável também na contratação de serviços, conforme podemos observar nos artigos 19 e 47 da NLCC:

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

(...)

II. criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

(...)

Art. 47. As licitações de serviços atenderão aos princípios:

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

Por mais que se possa tecer algum tipo de crítica à técnica legislativa empregada na NLCC, não se pode olvidar que a padronização pode e deve ser empregada nas suas mais diversas possibilidades, tanto na compra de bens quanto na contratação de serviços. Frise-se, não se trata aqui de definição de marca, mas sim de especificações técnicas, procedimentos, modelos de execução e fiscalização, nível de qualidade e desempenho.

Pontue-se que a padronização não deve levar necessariamente à impossibilidade de realização do processo licitatório. Sempre que existirem vários fornecedores ou prestadores de serviço aptos a contratar com a Administração, a licitação será a regra. Comumente, o que se busca com a padronização é:

- » economia de escala;
- » aumento do potencial de centralização das contratações;

- » compatibilidade de especificações estéticas, técnicas e de desempenho;
- » facilidade de manutenção;
- » facilidade de operacionalização;
- » melhoria da experiência do usuário dos serviços; e
- » automação de processos.

Quando pensamos em termos de saúde pública, por exemplo, é conveniente que o cidadão, que frequente dois ou mais postos de saúde diferentes, encontre os mesmos tipos de formulários a serem preenchidos para atendimento, acesse os resultados de seus exames via sistema único ou que seja tratado com os mesmos tipos de medicações, independente do posto. Quanto ao trabalho dos médicos e técnicos, é interessante que tenham à sua disposição materiais de qualidade idêntica, além de máquinas e equipamentos com a mesma configuração, pois isso reduz a probabilidade de erros e torna mais rápido o atendimento.

Quando falamos de repartições públicas, é conveniente que o mobiliário e equipamentos de informática sejam padronizados, pois isso reduz o custo de manutenção e facilita mudanças de leiaute e fusão/cisão de órgãos. Tal padronização permite, também, que as compras sejam feitas de forma centralizada, o que viabiliza a redução da quantidade de servidores atuando em compras e possibilita maior ganho de escala.

Importante frisar que o processo de padronização deve ser feito de forma planejada, dando tempo ao mercado para se adaptar. Não seria razoável que, de uma hora para outra, a administração resolvesse que apenas compraria notebooks ou tomógrafos do padrão X, visto que tal atitude poderia colapsar o mercado, causar aumento de preços e falta de insumos, o que seria prejudicial tanto para o Poder Público quanto para a iniciativa privada. A padronização bem-feita é precedida de um complexo processo de planejamento, com ações de curto, médio e longo prazos.

4. O USO DE FERRAMENTAS DE ANÁLISE DE DADOS E MACHINE LEARNING APLICADO AO PLANEJAMENTO DAS COMPRAS PÚBLICAS

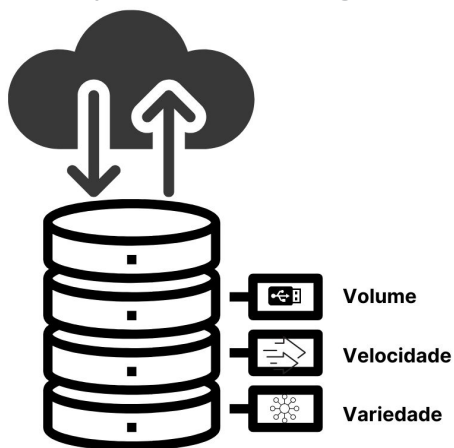
4.1 BIG DATA, ANÁLISE DE DADOS E GERAÇÃO DE VALOR

Todos os dias, é gerada uma quantidade massiva de dados pelo mundo^[3]. Empresas e governos produzem formulários, planilhas, cadastros, registros e informações fiscais; pessoas trocam mensagens via Whatsapp e Telegram, assistem a vídeos no Youtube, compartilham ideias no Twitter, fazem compras em lojas online e upload de fotos no Instagram. Como se não bastasse, cada vez mais dispositivos eletrônicos estão conectados à internet, reunindo padrões de comportamento dos usuários e armazenando esses dados na nuvem. A esse enorme volume de dados estruturados e não estruturados, gerados em velocidade e variedade cada vez maior, damos o nome de *big data*.

De forma simplificada, podemos definir como *big data* qualquer banco de dados que possua pelo menos um dos seguintes atributos, também conhecidos como “três Vs do *big data*”^[4]: volume massivo de dados, podendo chegar à casa dos petabytes; capacidade de troca de dados em altíssima velocidade, operando quase em tempo real; e variedade de tipos de dados, tais como áudio, imagens e textos. Via de regra, esses dados são mantidos na nuvem, ou seja, em provedores externos que gerenciam e operam o armazenamento físico dos dados, eliminando a necessidade de aquisição de infraestrutura própria e permitindo o acesso a qualquer momento, de qualquer lugar do mundo. O esquema abaixo representa os “três Vs do *big data*”:

-
- [3] Segundo o relatório *Data Never Sleeps*, publicado em 2017 pela *Domo Inc*, diariamente foram produzidos 2.5 quintilhões de bytes de dados no mundo. Disponível em <https://www.domo.com/learn/infographic/data-never-sleeps-5>. Acesso em 08.05.2022
- [4] Não há consenso entre os diversos estudiosos sobre os atributos do *big data*, sendo que alguns chegam a falar de sete Vs (volume, variedade, velocidade, veracidade, variabilidade, validade e volatilidade). No presente artigo, optamos por utilizar o padrão da Oracle, de três Vs, disponível em <https://www.oracle.com/br/big-data/what-is-big-data/>. Acesso em 04.05.2022.

Esquema 2: Os três Vs do Big Data.



O armazenamento desses dados, porém, é apenas uma parte do problema. Dados são inúteis se não gerarem valor e, para isso, eles precisam ser analisados. Diariamente, uma enormidade de dados relativos às compras públicas brasileiras é gerada, porém o foco está na transparência e auditabilidade, não na geração de valor. Pouco sabemos sobre comportamento dos licitantes, dinâmica de precificação, custos transacionais, qualidade da execução contratual, experiência dos usuários, giro de estoques, e assim por diante. O avanço em análise de dados certamente criará terreno profícuo para que haja consistente aumento de qualidade nas contratações, redução dos custos e, quiçá, regulação e jurisprudência totalmente orientadas ao resultado.

A análise de dados passa por diferentes técnicas, envolvendo desde análises diagnósticas até preditivas. Gera aprendizado com eventos passados e possibilita a aplicação dessas lições na antecipação do futuro. Em geral, a literatura destaca quatro tipos de análise:

- a) **Análise descritiva:** mostra os dados no presente ou num passado recente, ajudando a compreender o que está acontecendo no momento. Ex: quais as licitações do trimestre com maior quantidade de recursos, por tipo de objeto?

- b) **Análise diagnóstica:** concentrada no passado, tem como objetivo encontrar relações de causa e efeito para entender algum evento. Pode ser utilizada a correlação entre fatores para se chegar a um diagnóstico. Ex: existe correlação entre o aumento do tempo médio de conclusão das licitações de serviços terceirizados e a publicação da IN05/2017?
- c) **Análise preditiva:** analisa padrões e anomalias dos dados e busca antever e se preparar para o futuro. Com a análise preditiva é possível prever o que vai acontecer, com razoável nível de certeza, o que deve acontecer se determinadas condições se materializarem. Cada novo dado inserido no sistema é analisado em conjunto com os demais, podendo alterar o resultado da análise, ou seja, é um processo fluido que deve evoluir constantemente. Ex: qual o perfil de licitante com maior probabilidade de não cumprir o contrato no próximo ano?
- d) **Análise prescritiva:** permite a elaboração de recomendações para o futuro, com base nas análises anteriores, tentando avaliar as possíveis consequências de cada decisão futura. É a etapa final na parte analítica do processo, sendo por isso mesmo, a mais complexa. Ex: que providências tomar para evitar o descumprimento de contratos nos perfis X e Y de fornecedores?

Convém ressaltar, no entanto, que não basta às organizações possuir a posse dos dados. De acordo com a consultoria Gartner®, quase 97% dos dados não são utilizados pelas organizações^[5], o que demonstra baixa maturidade acerca do tema. Os Governos que pretendem fazer uso efetivo dos dados e avançar no uso de *big data* devem fomentar uma cultura orientada a dados, privilegiando a criação de política de governança geral de dados públicos que possibilite o acesso livre aos bancos de dados e a criação de treinamentos constantes acerca do tema nas escolas de governo.

[5] AWS, The Power Of Data Driven Enterprise. Disponível em https://d1.awsstatic.com/executive-insights/en_US/ebook-accenture-the-power-of-the-data-driven-enterprise.pdf. Acesso em 04.05.2022

4.2 O POTENCIAL DO *MACHINE LEARNING* APLICADO AO PLANEJAMENTO DAS COMPRAS PÚBLICAS

Machine Learning, também conhecido no Brasil como aprendizado de máquina, pode ser definido^[6] como uma tecnologia que possibilita aos computadores obter aprendizado contínuo por meio de associações de diferentes dados, coletados de uma ou mais fontes, produzindo decisões e resultados confiáveis, passíveis de repetição. É uma vertente da Inteligência Artificial, que treina máquinas para aprender com uma grande quantidade de dados e tomar decisões complexas, em pouquíssimo tempo.

A sequência de instruções (algoritmo) de *machine learning* é criada a partir dos dados que serão analisados e dos resultados esperados, sendo que a tecnologia permite que os modelos sejam treinados em conjuntos de dados antes de serem implementados. Ao final deste treinamento, o sistema cria suas próprias perguntas e regras, passando a aprender com os novos dados inseridos e a decidir, cada vez, com maior precisão.

No Brasil, as condições são bastante favoráveis ao uso de ferramentas de *machine learning* para o desenvolvimento das compras públicas, face à informatização ocorrida na última década e ao enorme arcabouço jurídico que possuímos. Geramos diariamente um alto volume de dados, tais como data de abertura das licitações, valor dos lances individuais, listagem de CNPJs participantes, relação de parentesco entre os sócios de diversas empresas, valor ofertado por objeto por cada licitante, contratos encerrados, contratos prorrogados, sanções aplicadas, valores pagos, e assim por diante. A grande maioria desses dados está armazenada em servidores dos próprios Governos, o que facilita muito o início e a continuidade dos trabalhos.

Uma vez que os dados forem devidamente preparados, ou seja, organizados de forma que se garanta a confiabilidade, estabilidade, disponibilidade e

[6] Adaptação do conceito criado pela IBM. Disponível em <https://www.ibm.com/br-pt/analytics/machine-learning>. Acesso em 01.05.2022

auditabilidade, podem ser criados modelos de *machine learning* que colaborem em todo o processo de compras, o que nos permitirá sair de um padrão reativo, que temos atualmente, para um padrão preditivo e automatizado, de risco reduzido, baixo custo e alta credibilidade.

Um dos campos mais proveitosos para o uso de *machine learning* é o planejamento da contratação. Atualmente, uma equipe multidisciplinar se dedica durante semanas (às vezes, meses) para escolher a melhor solução, definir o objeto, elaborar os artefatos (Estudo Técnico Preliminar, Termo de Referência e Mapa de Riscos) e efetuar a pesquisa de preços para, então, proceder com a licitação. Ocorre que boa parte do trabalho desenvolvido pela equipe de planejamento da contratação é repetitivo e procedimental, podendo facilmente ser operacionalizado e decidido por máquinas.

Como exemplos de uso possível da tecnologia de aprendizado de máquina aplicada ao planejamento das contratações públicas, cito:

- » Levantamento das soluções disponíveis: a partir da definição de qual problema precisa ser resolvido pela Administração, a máquina pode correlacionar dados de contratações de diversos órgãos, avaliar o nível de competitividade dos certames e, ao comparar o porte e características de cada um dos contratantes, sugerir soluções já utilizadas no mercado. Nesta etapa, a máquina já pode automatizar o processo e informar a existência de previsão daquele objeto no plano de contratações anual e qual o quantitativo ideal a ser contratado, considerando a situação financeira da organização.
- » Pesquisa de preços: o Governo brasileiro já possui uma base de dados preparada e com razoável nível de confiabilidade. Caberia à máquina realizar a pesquisa de preços no banco de dados e excluir do resultado aquelas licitações que geraram contratos cuja execução esteja comprometida. Ou seja, a máquina pode acessar bancos de dados de preços licitados e cruzá-los com as sanções aplicadas aos vencedores. Por via indireta, busca-se

mitigar o risco de contratações que não gerem o resultado esperado.

- » Ciclo de vida do objeto: conforme os sistemas forem avançando e a base de dados for sendo robustecida, ferramentas de *machine learning* poderão incluir, na análise da pesquisa de preços e no levantamento das soluções disponíveis no mercado, as informações sobre custos e problemas verificados durante todo o ciclo de vida do objeto, dando preferência àquelas soluções que sejam mais vantajosas para a Administração no longo prazo.
- » Elaboração do Termo de Referência: uma vez que a máquina possui conhecimento sobre as soluções existentes no mercado e qual delas foi a escolhida pela Administração, pode fazer a varredura no banco de dados e avaliar quais editais sofreram menor número de impugnações e recursos, correlacionar com a quantidade de licitantes e com o a disputa de preços e, a partir daí, sugerir a utilização de determinado Termo de Referência como modelo de sucesso provável.
- » Elaboração do mapa de riscos: uma vez disponíveis os dados referentes às contratações efetuadas por todos os órgãos, bem como o resultado de cada uma delas na etapa de execução contratual, a máquina consegue avaliar com alto nível de certeza quais os riscos envolvidos e suas probabilidades de materialização. Seria possível informar, por exemplo, a probabilidade de a licitação ser judicializada, de ser finalizada no prazo desejado, de ser fracassada, de existir processo sancionatório ao longo da execução contratual, e assim por diante. De igual maneira, ações de contingência bem-sucedidas podem ser compreendidas pela máquina e incorporadas ao mapa de riscos.

Como se pode perceber, as soluções propostas privilegiam a padronização processual, na medida em que o aprendizado da máquina é baseado em experiências de sucesso e do nível de acerto de suas sugestões e/ou decisões. Essa padronização possui aspectos positivos e negativos, visto que, como já

dito anteriormente, possibilita a redução de custos e melhora a experiência do usuário, mas também pode levar a uma concentração de mercado nas mãos de poucas empresas, o que pode se tornar um grande risco no longo prazo.

Importante frisar que as soluções propostas exigem, pelo menos num primeiro momento, supervisão e monitoramento contínuo, dado que falhas podem ocorrer no processo, inclusive durante a criação do algoritmo, sendo os efeitos refletidos na execução contratual. Além disso, a Lei 14.133/2021 traz em seu bojo a exigência de que o processo decisório seja realizado por agentes públicos. Vejamos:

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

- VI.** autoridade: agente público dotado de poder de decisão;
- L.** comissão de contratação: conjunto de agentes públicos indicados pela Administração, em caráter permanente ou especial, com a função de receber, examinar e julgar documentos relativos às licitações e aos procedimentos auxiliares;
- LX.** agente de contratação: pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

Obviamente, o que se pretende mostrar é a profusão de possibilidades de uso da inteligência artificial na melhoria do processo de contratação pública, em especial na fase de planejamento. Diante das exigências cada vez maiores da sociedade por rapidez e qualidade no atendimento, atrelado ao fato de que atividades repetitivas e procedimentais podem ser realizadas por supercomputadores em questão de segundos e com baixíssima margem de erro, é conveniente que o Estado implemente a análise de dados e o *machine learning* no planejamento das

compras públicas o quanto antes. Tal conduta tem o potencial de gerar economia tanto na alocação da mão de obra disponível quanto na redução da burocracia e do tempo do processo licitatório.

Se, nos anos que se seguem, conseguirmos avançar na discussão acerca da aferição de qualidade da execução dos contratos, criando um padrão de métricas que evolua para a criação de um ranking de qualidade dos licitantes, será possível a reprogramação do algoritmo, de modo que privilegie a qualidade em detrimento do preço, quando tal condição for necessária. Importante ressaltar que não seria um privilégio à qualificação das empresas, mas sim à qualidade dos bens e serviços ofertados, desde que tal qualidade superior fosse percebida pela sociedade como necessária. É o princípio da finalidade sendo posto em seu devido lugar de destaque.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O processo de compras públicas já avançou muito nos últimos anos, seja pela implementação de recursos de tecnologia da informação, seja pela adoção de ferramentas de planejamento da contratação. Quando houver a efetiva adoção da Lei 14.133/2021 por todos os entes federativos, a evolução será ainda maior, visto que a própria Lei traz consigo os conceitos de dados abertos, catálogo eletrônico de padronização, sistemas informatizados e inovação tecnológica.

Contudo, o processo também é extremamente burocrático, custoso e demorado, adjetivos que contrastam com a finalidade do interesse público e com a eficiência. Isto posto, urge a necessidade de implementação da análise de dados e de *machine learning* nas compras públicas, de forma a conferir o dinamismo que a sociedade atual exige.

Os riscos do uso da máquina no apoio à tomada de decisão existem, mas são pequenos frente ao imenso potencial de melhoria da qualidade processual e economia de recursos que se pode obter. Erros surgirão durante o processo, decerto, porém erros já existem, por consequência tal argumento não pode dominar a discussão e impedir

o progresso. Não resta dúvida de que o uso de algoritmos no planejamento das compras públicas será a regra, só nos resta saber se seremos indutores da mudança ou reativos a ela.

REFERÊNCIAS

AWS, The Power Of Data Driven Enterprise. Disponível em https://d1.awsstatic.com/executive-insights/en_US/ebook-accenture-the-power-of-the-data-driven-enterprise.pdf

CAMELO, Bradson; NÓBREGA, Marcos; CHARLES L. DE TORRES, Ronny. **Análise Econômica das Licitações e Contratos**: de acordo com a Lei nº 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações) (p. 20). Edição do Kindle.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 4.ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

DOMO, Data Never Sleeps. Disponível em <https://www.domo.com/learn/infographic/data-never-sleeps-5>

IBM, Machine Learning e Ciência de dados com IBM Watson. Disponível em <https://www.ibm.com/br-pt/analytics/machine-learning>

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: Lei 14.133/2021. 1.ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru. **Fundamentos de Administração**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2007.

ORACLE, O que é Big Data? Disponível em <https://www.oracle.com/br/big-data/what-is-big-data/>

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Nova lei de licitações**: o princípio do planejamento. Zênite Fácil, categoria Doutrina, 18 dez. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: 28.04.2022

12

DOS LIMITES IMPOSTOS AO ESTATUTO DAS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

ON THE LIMITS IMPOSED UPON THE COMPLEMENTARY LAW N° 123/2006 BY THE NEW FEDERAL LAW N° 14.133/2021

Por Felipe José Ansaloni Barbosa

Mestre em Administração pelo Centro Universitário Unihorizontes. Especialista em Direito Público pela Faculdade Milton Campos. Especialista em Gestão Pública pelo SENAC-MG. Graduado em Direito pela UFMG. Graduado em Administração pela Fundação João Pinheiro. CEO da 11E Licitações. CEO do Ansaloni Advogados.

e por Leonardo de Oliveira Thebit

Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Consultor Jurídico na 11E Licitações.

ABSTRACT

The present study aims to present and discuss the main changes brought by the Federal Law nº 14.133/2021 in relation to small business in Brazil, discussing their repercussions on the benefits of the Complementary Law nº 123/2006 (LC 123) and presenting its innovations, such as the creation of new benefits for small businesses and the restriction of the benefits created by the LC 123. For this, a legal-dogmatic research was carried out based on the referred legislations. In the end it was concluded that the Federal Law nº 14.133/2021 instituted a legal framework more favorable to smaller businesses, and more restricted to companies that are in better conditions within the spectrum of economic-financial resourcefulness of small business in relation to the previous legal regime.

KEYWORDS:

Federal Law nº 14.133/2021; Small Business; Complementary Law nº 123/2006; Benefits.

RESUMO

O presente estudo se propõe a apresentar e discutir as principais mudanças afetas às MPes, atribuídas pela Nova Lei de Licitações, discorrendo a respeito de suas repercussões nos benefícios da LC 123 e apresentando suas inovações, como a criação de novos benefícios para os pequenos negócios e a restrição da eficácia da LC 123. Para isso, foi realizada uma pesquisa de vertente jurídico-dogmática a partir das referidas legislações. Por fim, concluiu-se que a Nova Lei de Licitações instituiu um quadro mais favorável aos negócios de menor porte, e mais restrito às empresas que se encontram em melhores condições dentro do espectro de desenvolvimento econômico-financeira das MPes em relação ao regime jurídico anterior.

PALAVRAS-CHAVE:

Nova Lei de Licitações; Micro e Pequenas Empresas; Lei Complementar nº 123/2006; Tratamento Diferenciado.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. 1. O TRATAMENTO DIFERENCIADO NA LC 123. 2. MUDANÇAS TRAZIDAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES. 2.1 NOVOS BENEFÍCIOS CRIADOS EM FAVOR DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS. 2.2 RESTRIÇÕES IMPOSTAS AOS BENEFÍCIOS DA LC 123 COM A NOVA SISTEMÁTICA TRAZIDA PELA NLL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. ANEXO I – TABELA COMPARATIVA LC 123 X NLL. BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

O uso do poder de compra governamental como política pública (PEREIRA JUNIOR, DOTTI, 2012, p. 12) direcionada ao fortalecimento das microempresas e empresas de pequeno porte (MPEs) é, hoje, uma importante ferramenta para o desenvolvimento da economia nacional no Brasil, além de promover ativamente a redução das disparidades econômicas entre grandes e pequenos negócios no país (ASSAF NETO, 2012, p. 32). Tal tratamento diferenciado e favorecido para as pequenas empresas possui previsão constitucional (Art. 146, III, d; CFRB/88) já regulamentada pelo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006 (LC 123). Essa lei, além de implantar um regime diferenciado de tributação mais benéfico aos pequenos negócios, estabeleceu o tratamento favorecido às MPEs em licitações, abrindo espaço para a realização de diversas políticas públicas (MAMEDE, NOHARA, 2007, p. 10) e conferindo função social às aquisições e contratações públicas (JUSTEN FILHO, 2007, p. 55). Dessa forma, a lei visou reduzir a notória disparidade entre pequenos e grandes negócios no mercado das compras governamentais (BARBOSA, 2018, p. 15).

Presentemente, o regime jurídico disciplinado pela LC 123 já conta com mais de quinze anos de aplicação e vem produzindo resultados satisfatórios no sentido de fomentar a atividade econômica de MEIs, MEs e EPPs, que, segundo estudo do SEBRAE, são responsáveis por aproximadamente 27% do PIB e 52% da ocupação formal no Brasil (SEBRAE, 2014, pp. 6-7). A situação geral, contudo, ainda é de desequilíbrio em relação à fatia do mercado de compras governamentais destinada aos pequenos negócios e à contribuição dessas empresas para a economia nacional (JACOBY FERNANDES, 2009, p. 32), ressaltando a importância de políticas públicas de fomento nessa área. Atualmente, o quadro legislativo está em um momento de transformação, uma vez que a partir de 01/04/2023 haverá a plena aplicação da Lei Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021 – Nova Lei de Licitações (NLL). A NLL trouxe expressivas alterações ao tratamento diferenciado conferido às pequenas empresas, por um lado criando novos benefícios para esses negócios e, por outro, restringindo a produção de efeitos da LC 123.

Tendo em vista a relevância das micro e pequenas empresas na economia nacional, esse quadro de mudanças na legislação aplicável às MPes suscita a pergunta: quais são as principais alterações promovidas pela Nova Lei de Licitações no que tange ao tratamento jurídico diferenciado aplicado às MPes?

Nesse contexto, o presente estudo se propõe a apresentar e discutir as principais mudanças propostas às MPes pela Nova Lei de Licitações. Trata-se de uma pesquisa de vertente jurídico-dogmática (GUSTIN, 2002, p. 55), uma vez que possui como instrumental principal os elementos internos e normativos do regime jurídico do tratamento diferenciado fornecido às MPes. As fontes primárias utilizadas são a Nova Lei de Licitações, a Lei Federal nº 8.666/93 — ainda vigente — e a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Todas elas serão analisadas a partir de uma investigação de tipo jurídico-comparativo, ou seja, com enfoque na busca entre similitudes, diferenças, compatibilidade ou incompatibilidades entre as normas (GUSTIN, 2002, p. 60), com o intuito de clarificar as consequências da supracitada mudança legislativa no regime jurídico do tratamento favorecido das MEs e EPPs nas compras públicas.

Para isso, foram analisados os dispositivos da Nova Lei de Licitações que interferem na realidade das MPes, com o objetivo de apresentar e buscar um entendimento razoável a respeito das mudanças trazidas pela NLL.

1. O TRATAMENTO DIFERENCIADO NA LC 123

A Lei Complementar nº 123 apresenta a definição legal de microempresa e empresa de pequeno porte em seu art. 3º.^[1] É importante ressaltar, contudo,

- [1] **Art. 3º.** Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:
- I.* no caso da microempresa, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e
 - II.* no caso de empresa de pequeno porte, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

que a própria LC 123 impõe restrições aos seus benefícios, elencadas no §4º de seu art. 3º.^[2]

O tratamento diferenciado instituído pela LC 123 tem como objetivo principal a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional (SANTANA, 2014, p. 41), a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica (NASCIMENTO, 2015, p. 34). Para isso, essa lei criou uma série de mecanismos jurídicos que conferem às MPEs consideráveis vantagens competitivas em relação às empresas de médio e grande porte nos procedimentos licitatórios (BARBOSA, 2017, p. 10). Com essa finalidade em mente, a Administração deve, sempre que possível: 1) instituir cadastro próprio para identificar as MEs e EPPs; 2) estabelecer e divulgar o planejamento anual das contratações públicas a serem realizadas; 3) padronizar as especificações dos bens e serviços contratados; e

[2] **§4º.** Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

- I.** de cujo capital participe outra pessoa jurídica;
- II.** que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;
- III.** de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
- IV.** cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
- V.** cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;
- VI.** constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;
- VII.** que participe do capital de outra pessoa jurídica;
- VIII.** que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;
- IX.** resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;
- X.** constituída sob a forma de sociedade por ações;
- XI.** cujos titulares ou sócios guardem, cumulativamente, com o contratante do serviço, relação de pessoalidade, subordinação e habitualidade.

4) definir o objeto da contratação de forma que a participação das MEs e EPPs não seja indevidamente restrita (NASCIMENTO, 2015, p. 35).

Além disso, a lei prevê um regime favorecido para a comprovação de regularidade fiscal e trabalhista (art. 42, LC 123). As MPes, ao contrário das demais participantes do certame, somente podem ter a documentação exigida para a assinatura do contrato. Caso ocorra alguma irregularidade, a micro ou pequena empresa poderá ainda solicitar um prazo de 5 dias úteis (prorrogável por mais 5 dias úteis) para regularizar sua situação perante o órgão licitante, devendo ser justificada eventual negativa de prorrogação desse prazo por parte da Administração.

Outro instituto criado pela LC 123 é o chamado empate ficto (arts. 44 e 45, LC 123), que garante que nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as MEs e EPPs, e cria a margem de até 10% (5%, no caso de pregão) sobre o valor da proposta mais bem classificada para a configuração de empate. Ocorrendo o empate, a LC 123 criou o chamado direito de preferência para as MPes, possibilitando à microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame. Não ocorrendo sua contratação, serão convocadas as MPes remanescentes que também estiverem em situação de empate com a proposta vencedora, devendo ser realizado sorteio entre as MPes caso haja equivalência de valores apresentados nas propostas. Esse direito de preferência não deve ser confundido com a margem de preferência instituída pelo art. 26 da Nova Lei de Licitações, que não diz respeito às MPes, e afeta diretamente o valor pago pela Administração por determinados bens.

Há, ainda: a previsão de licitações obrigatoriamente exclusivas para MPes nos itens de contratação cujo valor não seja superior a oitenta mil reais (art. 48, I, LC 123), a possibilidade de se exigir dos licitantes em certames relativos à aquisição de obras e serviços que se subcontrate MPes (art. 48, II, LC 123) e a obrigatoriedade de se estabelecer uma cota de até 25% para MPes em certames para aquisição de bens de natureza divisível (art. 48, III, LC 123).

O §2º do art. 48 cria ainda o direito de que, nos casos de subcontratação de MPEs, os empenhos e pagamentos do órgão ou entidade da administração pública possam ser destinados diretamente às microempresas e empresas de pequeno porte subcontratadas. Já o §3º do mesmo artigo cria a possibilidade de se estabelecer prioridade de contratação para microempresas e empresas de pequeno porte sediadas local ou regionalmente, até o limite de 10% (dez por cento) do melhor preço válido.

Assim, a LC 123 buscou consolidar um regime jurídico voltado para o uso do poder de compra governamental como ferramenta para fomentar e desenvolver a economia regional por meio da contratação de empresas, com ênfase na redução das desigualdades econômicas e na manutenção de níveis razoáveis de emprego (BARBOSA, SILVA, 2017, p. 23).

2. MUDANÇAS TRAZIDAS PELA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Destarte, o *caput* do art. 4º da Nova Lei de Licitações manteve vigente o regime jurídico da Lei Complementar nº 123, dispondo que “aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006”. Assim, foram mantidos os regimes simplificado e favorecido em favor das MPEs no que diz respeito às licitações e contratações públicas.

Contudo, indo além da simples repetição do regime jurídico da LC 123, a NLL trouxe, ainda, mudanças e inovações que aqui dividimos em duas categorias: novos benefícios criados em favor de micro e pequenas empresas e restrições aos benefícios instituídos pela LC 123.

2.1 NOVOS BENEFÍCIOS CRIADOS EM FAVOR DE MICRO E PEQUENAS EMPRESAS

Em primeiro lugar, cumpre analisar as novas hipóteses de tratamento favorecido para as MPEs criadas pela Nova Lei de Licitações. Elas se encontram no §2º do

art. 15, §4º do art. 81, art. 141 e §2º do art. 60, que compatibiliza o sistema de desempate da LC 123 com a nova sistemática trazida pela NLL.

O art. 15 da Nova Lei diz respeito à participação de consórcios em licitações, estabelecendo a obrigatoriedade de comprovação de um valor de 10% a 30% superior para fins de habilitação econômico-financeira do consórcio, com relação ao valor exigido do licitante individual. Seu parágrafo 2º, contudo, isenta os consórcios constituídos integralmente por MPEs dessa exigência. Trata-se de uma inovação salutar, que favorece a capacidade técnica operacional de consórcios constituídos por microempresas ainda em formação ou em processo de amadurecimento e desenvolvimento no mercado.

O art. 81, por sua vez, possibilita à Administração solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento de manifestação de interesse, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública. A medida é de grande potencial para a promoção do potencial inovador da iniciativa privada direcionado à promoção de interesses públicos. Além disso, o §4º do mesmo artigo permite a realização de procedimentos desse tipo exclusivos para MPEs e MEIs de natureza emergente. Tais procedimentos dedicam-se à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto. Assim, fomentam-se a abertura de novos negócios de natureza inovadora e o desenvolvimento de soluções especializadas para demandas de alta complexidade técnica da Administração Pública.

Mais ainda, o art. 141 da NLL estabelece a possibilidade de ser alterada a ordem cronológica legal para o dever de pagamento da Administração em favor de MPEs quando houver risco de descontinuidade do cumprimento do objeto da contratação, sendo mais uma inovação legislativa muito salutar e de grande potencial social, pois se concede um regime jurídico condizente às especificidades econômicas das MPEs nas contratações públicas.

2.2 RESTRIÇÕES IMPOSTAS AOS BENEFÍCIOS DA LC 123 COM A NOVA SISTEMÁTICA TRAZIDA PELA NLL

O substrato normativo para a compatibilização dos dispositivos supracitados com o regime jurídico da Nova Lei de Licitações, qual seja o mencionado *caput* do art. 4º, apresenta também hipóteses de limitação da aplicação da LC 123 nas contratações disciplinadas pela NLL. Trata-se de três hipóteses taxativas de limitação da eficácia normativa da LC 123, as quais se encontram previstas nos incisos I e II de seu §1º, e em seu §2º:

Art. 4º. Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

§1º. As disposições a que se refere o *caput* deste artigo **não são aplicadas:**

- I.** no caso de **licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;**
- II.** no caso de **contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.**

§2º. A obtenção de benefícios a que se refere o *caput* deste artigo fica **limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte**, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

§3º. Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo. (grifos nossos)

O inciso primeiro do parágrafo primeiro diz respeito às licitações voltadas para a aquisição de bens ou contratação de serviços, não se aplicando o regime do tratamento diferenciado aos itens cujos valores superarem R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais). É importante ressaltar, contudo, que a LC 123 segue aplicável aos demais itens/lotes da licitação, não existindo óbice à sua eficácia em itens de menor valor. Essa restrição possui como lógica o próprio valor elevado do item, o que não impede a MPE de disputá-lo. Contudo, nesses itens em particular ela concorrerá em pé de igualdade com as demais empresas que superarem a receita bruta de R\$ 4,8 milhões, não podendo se valer das benesses da LC 123.

O inciso segundo do mesmo parágrafo, por sua vez, diz respeito às licitações voltadas para a contratação de obras ou serviços de engenharia, e tem como parâmetro o valor total da licitação. Assim, não se aplica o tratamento diferenciado a qualquer empresa caso a licitação exceda o valor de R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais, referente ao teto de receita bruta para o enquadramento como empresa de pequeno porte do Art. 3º, II da LC 123), seguindo a mesma lógica do inciso primeiro. Dessa forma, mesmo que, em tese, a empresa participante do certame se enquadre como MPE, o regime da LC 123 é inaplicável à licitação como um todo, não sendo possível usufruir de nenhum dos benefícios previstos nos arts. 42 a 49 do Estatuto das MPEs. Importante mencionar que, nas contratações com prazo de vigência superior a um ano, o valor considerado para fins de avaliação dos incisos I e II do parágrafo segundo do art. 4º da NLL será o valor anual do contrato, nos termos do §3º do mesmo artigo.

Já o parágrafo segundo do art. 4º possui estrutura diversa, embora imponha uma restrição semelhante. O critério para a imposição da restrição, ao contrário das anteriores, diz respeito à empresa participante, e não a elementos da licitação. Assim, não se aplica o regime da LC 123 às empresas que, no mesmo ano-calendário da licitação pretendida, já tenham celebrado contratos com a Administração cuja soma de valores extrapole o valor de R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais).

Todos os critérios de restrição apresentados pelo art. 4º da NLL são independentes, ou seja, mesmo que uma EPP participe de uma licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços de valor inferior àquele mencionado no inciso I do §1º, ela ainda terá seu direito ao tratamento diferenciado restrito, caso já tenha celebrado

contratos em valor superior a R\$4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) no mesmo ano-calendário da licitação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Nova Lei de Licitações trouxe mudanças expressivas para o tratamento jurídico das micro e pequenas empresas no contexto das licitações e contratos administrativos. Por um lado, foram criados benefícios, complementando o quadro normativo já regulamentado pelo Estatuto das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. Os novos benefícios criados vão no sentido de fomentar a atividade de MPEs em novos contextos das compras governamentais, os quais não foram contemplados no texto da LC 123. Tem-se, como exemplo, os procedimentos de manifestação de interesses e a maior participação de MPEs em consórcios. Por outro lado, a NLL trouxe expressivas restrições aos benefícios da LC 123, limitando sua eficácia e direcionando seu sistema de tratamento diferenciado às empresas que possuem não apenas receita, mas também histórico de contratações adequado com relação ao teto de receita bruta trazido pela LC 123, e apenas em licitações compatíveis com tal limite.

Assim, apresenta-se um quadro favorável aos negócios de menor porte, mais restrito às empresas que se encontram em melhores condições dentro do espectro de desenvolvimento econômico-financeira das MPEs. Sobre isso, se é bem verdade que a Nova Lei de Licitações não trata de forma pormenorizada das micro e pequenas empresas, buscou-se demonstrar que as suas contribuições foram, de toda forma, significativas para a realidade dos pequenos negócios.

O objetivo deste artigo foi tocar justamente nesse ponto, expondo as novidades trazidas pela NLL e destrinchando seus significados, repercussões e potenciais consequências. Este trabalho possui limitações, dentre as quais está o fato de serem ainda esparsas as experiências práticas e os dados empíricos relativos à repercussão da NLL sobre a participação das MPEs em compras públicas. Esperamos que o este texto possa contribuir para o avanço desse debate e colaborar para as discussões a respeito dos caminhos futuros a serem trilhados pelas MPEs no contexto da Lei

Federal nº 14.133, de 1º de abril de 2021, cuja plena produção de efeitos já se encontra dentro de vista no futuro próximo.

ANEXO I – TABELA COMPARATIVA LC 123 X NLL

Benefícios das MPES instituídos pela LC 123	Restrições impostas pela NLL aos benefícios da LC 123	Novos benefícios criados pela NLL
Regularidade fiscal e trabalhista simplificada (Art. 43, LC 123).	Em licitações para aquisição de bens ou contratação de serviços, aos itens cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, <u>não</u> se aplicam os benefícios da LC 123.	Habilitação econômico-financeira simplificada para consórcios formados por MPES (Art. 15, §2º, NLL).
Empate ficto e direito de preferência (Arts. 44 e 45, LC 123).	Em contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, <u>não</u> se aplicam os benefícios da LC 123.	Procedimentos de Manifestação de Interesse exclusivos para MPES e MEIs de natureza emergente (Art. 81, §4º, NLL).
Licitações exclusivas para MPES de até R\$80.000,00 por item (art. 48, I, LC 123).	Às MPES que, no ano-calendário de realização da licitação, já tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, <u>não</u> se aplicam os benefícios da LC 123.	Prioridade de pagamento para MPES nas situações em que haja risco de descontinuidade do cumprimento do objeto da contratação (Art. 141, NLL).
Possibilidade de se exigir a subcontratação de MPES, bem como realizar empenhos e pagamentos destinados diretamente às MPES (Art. 48, II e §2º, LC 123)		Compatibilização do sistema de desempate da LC 123 com a nova sistemática da NLL (Art. 60, §2º, NLL).
Cota de até 25% do objeto para MPES em licitações de bens de natureza indivisível (Art. 48, III, LC 123).		
Prioridade de contratação para MPES locais e regionais (Art. 48, §3º, LC 123).		

Reprodução Proibida. Art. 184 do Código Penal e Lei 9.610 de 19 de fevereiro de 1998.

BIBLIOGRAFIA

ASSAF NETO, Alexandre; **Estrutura e análise de balanços: um enfoque econômico-financeiro**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BARBOSA, Felipe José Ansaloni. **Avaliação da implementação da política pública do Estatuto das Micro e Pequenas Empresas**: um estudo das licitações realizadas pelo Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de Belo Horizonte entre 2004 e 2015. 2017. Dissertação (Mestrado em Administração). Faculdade Novos Horizontes, Belo Horizonte.

_____. Micro e pequenas empresas e licitações: estudo de caso da aplicação da Lei Complementar nº 123/2006 nos pregões realizados pelo centro de preparação de oficiais de reserva de Belo Horizonte. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 36, n. 2, pp. 23-41, 2018.

BARBOSA, Felipe José Ansaloni; SILVA, Wendel Alex Casto. Panorama da participação e contratação de micro e pequenas empresas em pregões eletrônicos de gêneros alimentícios: estudo de caso do Centro de Preparação de Oficiais da Reserva de Belo Horizonte no período entre 2007 e 2015. **Revista do Tribunal de Contas da União**, n. 140, pp. 84-93, 2017.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses. **O município contratando com a micro e pequena empresa**: o estatuto da micro e pequena empresa fomentando a economia dos municípios. Brasília: SEBRAE, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. Função social do contrato administrativo. **Revista Brasileira de Direito Público–RBDP**, Belo Horizonte, v. 9, n. 34, p. 27-28, 2007.

MAMEDE, Gladston; NOHARA, Irene. **Comentários ao estatuto da microempresa e da empresa de pequeno porte**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Simonelle Wivian. O fomento às micro e pequenas empresas por meio de tratamento diferenciado nas licitações realizadas pelos governos. **Revista do CEPE**, Santa Cruz do Sul, n. 42, p. 25-41, 2015.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres; DOTTI, Marinês Restelatto; **Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SANTANA, Jair Eduardo. **Novo estatuto da ME e EPP. Lei Complementar n. 147, de 7 de agosto de 2014**: essencialidades e orientações. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

SEBRAE – Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Participação das Micro e Pequenas Empresas na Economia Brasileira**. Brasília: 2014.

Disponível em: <https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>. Acesso em: 27 set. 2021.

13

O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL: UMA IMPORTANTE FERRAMENTA PARA IMPLANTAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

THE PRINCIPLE OF SUSTAINABLE NATIONAL DEVELOPMENT: AN IMPORTANT TOOL FOR IMPLEMENTING PUBLIC POLICY

Por Melissa Trento

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento - PUC-PR. Especialista em Direito Administrativo – Unicuritiba. MBA em Compliance e Gestão de Riscos: ênfase em governança e inovação – PólisCivitas. Tribunal de Contas do Estado do Paraná (Curitiba, Paraná, Brasil).
<https://orcid.org/0000-0003-0055-1673>. melissatrento@gmail.com.

e por Rodrigo Carvalho Polli

Advogado. Mestrando em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Especialista em Direito Administrativo e em Processo Civil pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.
<https://orcid.org/0000-0002-7504-2446?lang=pt>. e-mail: rodrigopolli@hotmail.com

ABSTRACT

This paper aims to analyze the imminent need for Public Administration to adopt practices aimed at preventing the environment, fulfilling obligations assumed before Environmental Conferences, the most recent being the 26th United Nations Conference on Climate Change – COP26, in Glasgow. As will be shown, the Public Administration has available legal means in order to implement sustainable purchases, which will impose environmentally recommendable participation conditions on bidders.

KEYWORDS:

Public Policy; Sustainability; Environment; Bids; Sustainable Purchase.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a iminente necessidade da Administração Pública adotar práticas que visem a prevenção do meio ambiente, concretizando obrigações assumidas perante Conferências Ambientais, sendo a mais recente a 26ª Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas – COP26, em Glasgow. Conforme se demonstrará, a Administração Pública possui meios legais disponíveis de implementar compras sustentáveis, as quais imporão aos licitantes condições de participação ambientalmente recomendáveis.

PALAVRAS-CHAVE:

Políticas Públicas; Sustentabilidade; Meio Ambiente; Licitações; Compra Sustentável.

SUMÁRIO

Introdução. A emergência do princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Licitações e o princípio do desenvolvimento nacional sustentável. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O mundo atravessa um cenário de transformação. Desde meados do final do século XVIII, quando iniciou-se a Revolução Industrial, o meio ambiente vem sofrendo com a ação humana de forma acelerada. Observou-se, a partir deste período, um uso desenfreado de recursos minerais esgotáveis e altamente poluentes, principalmente de carvão.

Em razão disso, conforme adiante demonstrado, movimentos ambientalistas surgiram ao redor do mundo, no intuito de proteger principalmente a flora e fauna existente.

O marco destes movimentos ambientais, foi a Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento em Estocolmo que discutiu amplamente a necessidade urgente em se buscar um equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e redução da degradação ambiental.

Posteriormente, surgiu o brilhante relatório Brundtland, escrito pela ex- primeira-ministra da Noruega, conhecido como “nosso Futuro Comum”, ocasião em que se propôs o desenvolvimento sustentável, que é “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades”.

A Constituição Federal Brasileira de 1988, incluiu importantes dispositivos, os quais estabelecem expressamente o dever do Poder Público e da própria coletividade em defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações, como por exemplo, o art. 225, *caput*^[1], do capítulo VI (Do Meio Ambiente), do título VIII (Da Ordem Social), que trata do Meio Ambiente.

Além disso, diversas são as normas infraconstitucionais que visam dar efetividade aos preceitos constitucionais, que tratam da prevenção do meio ambiente.

[1] **Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Nesse sentido, políticas públicas que estimulam e/ou impõe um dever para que a Administração Pública contrate serviços e adquira bens, observando a necessidade de se conservar o meio ambiente – as chamadas compras sustentáveis, se demonstram altamente relevantes para um futuro equilibrado e mais próspero às próximas gerações.

1. A EMERÇÃO DO PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL.

Indiscutível as benesses advindas com a Revolução Industrial, ocorrida em meados do final do século XVIII na Inglaterra. O referido movimento culminou numa revolução tecnológica antes jamais vista, com o surgimento de locomotivas e barcos a vapor, telégrafos, fotografia, dentre outros.

Ao passo em que se expandia o anseio da população em consumir, o mundo deparava-se com uma grande expansão dos mercados consumidores para bens manufaturados, com a produção em grande escala e maior poder de compra da população.

A logística de distribuição contava com o auxílio da Marinha Real Britânica, a maior de todas as existentes à época, possibilitando a venda de produtos em locais absolutamente longínquos.

No entanto, nem tudo foram flores. Com o crescimento do consumismo, aumentou-se a demanda de matéria-prima, e, com isso a degradação ambiental e as relações comerciais predatórias impuseram um colapso aos sistemas naturais.

Fato é que jamais observou-se uma modificação tão brusca na organização da produção, vida social e a relação homem-natureza.

O mesmo cenário de degradação ambiental repete-se ano após ano. Ocorre que, em meados dos anos 1950, vários movimentos ambientais ganharam espaço.

Nesse contexto, Rachel Carson escreve a obra “Primavera Silenciosa”, relacionando o uso de pesticidas na agricultura com problemas ocasionados às gerações

futuras^[2]. A escritura ganhou notoriedade ao desafiar a sabedoria de um governo que permitia que substâncias tóxicas fossem lançadas no meio ambiente antes de saber as consequências de seu uso a longo prazo.

Percebeu-se então que se fazia necessário pensar num modelo de desenvolvimento econômico no qual as gerações atuais tivessem as suas expectativas atendidas, mas de forma que as gerações futuras não fossem prejudicadas.

Esse foi o pensamento que deu origem à Primeira Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, em Estocolmo, na Suécia, em 1972 – a qual foi amplamente reconhecida como um marco na busca de melhoras na relação existente entre o homem e o meio ambiente que o circunda, além de ter inaugurado a busca por equilíbrio entre o desenvolvimento econômico e redução da degradação ambiental, que ensejaria a expressão desenvolvimento sustentável.

O relatório Brundtland, conhecido como “nosso Futuro Comum”, escrito pela ex-primeira-ministra da Noruega, finalizado em 1987 após várias reuniões da Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, foi o primeiro documento público a discorrer sobre o conceito de desenvolvimento sustentável. Ademais, o referido relatório trouxe dados relevantíssimos sobre o aquecimento global e a destruição da camada de ozônio, temáticas que também eram bastante novas para o momento de seu lançamento. Por fim, colocava uma série de metas a serem seguidas por nações de todo o mundo para evitar o avanço das destruições ambientais e o desequilíbrio climático.

Este relatório, portanto, ganhou extrema relevância ao emitir um modelo do que seria chamado de “desenvolvimento sustentável”, conceito fundamental para todas as negociações internacionais atuais sobre meio ambiente.

O relatório Brundtland definiu desenvolvimento sustentável como aquele que *“satisfaz as necessidades do presente sem pôr em risco a capacidade das gerações*

[2] Sem Autor. **United Nations**: Key conference outcomes in sustainable development. Extraído do site www.un.org. Acessado em 26 de outubro de 2021.

futuras de terem suas próprias necessidades satisfeitas”.[3] O conceito seria composto pela indissociabilidade entre viabilidade econômica, satisfação das necessidades sociais e sustentabilidade ambiental. Conforme esclarece Veiga, o relatório teria dirimido a confusão de significações que reinava até ali, fornecendo uma baliza internacional mais precisa.[4]

Aproveita-se o ensejo, para destacar os dizeres de Dworkin acerca do conceito do princípio do desenvolvimento sustentável, o qual “assume a feição de diretriz, norma-objetivo, dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação de políticas públicas.”[5]

Na Eco – 92, ou Cúpula da Terra, foram produzidas duas declarações, a Carta da Terra e a Declaração de Uso de Florestas, bem como a Agenda 21, que é um plano global de ação ambiental. Neste evento, discutiu-se o combate à desertificação, a diversidade biológica e as mudanças climáticas, delineando estratégias ambientais importantes para o futuro do mundo em que vivemos.

Posteriormente, outras importantes Conferências Ambientais foram realizadas, com destaque para a Rio+10, conhecida como Cúpula Mundial sobre o Desenvolvimento Sustentável – oportunidade em que discutiu-se, dentre outros, a afirmação do desenvolvimento sustentável como base no uso e conservação dos recursos naturais renováveis e a reafirmação dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM); bem como a Rio+20, conhecida como Conferência da ONU sobre o Desenvolvimento Sustentável, momento em que foram reavaliadas as políticas ambientais até então adotadas.

Mais recentemente, realizou-se a 26ª Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas – COP26, em Glasgow, na Escócia. Neste encontro, discutiu-se,

[3] BELTRÃO, Antônio G. **Curso de Direito Ambiental**, 2ª Ed., Método, 2014, p. 221.

[4] VEIGA, J. E. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005, p. 196.

[5] GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 252.

sobretudo, ações de desenvolvimento e preservação do meio ambiente, com foco na emissão de gases que provocam efeito estufa e aquecimento global.

O Brasil se comprometeu a reduzir emissões de carbono em 50% (cinquenta por cento), até o ano de 2030. Entre outras diretrizes, propôs-se o seguinte^[6]:

- » Zerar o desmatamento ilegal até 2028: 15% por ano até 2024, 40% em 2025 e 2026, e 50% em 2027, comparando com o ano de 2022;
- » Restaurar e reflorestar 18 milhões de hectares de florestas até 2030;
- » Alcançar, em 2030, a participação de 45% a 50% das energias renováveis na composição da matriz energética;
- » Recuperar 30 milhões de hectares de pastagens degradadas;
- » Incentivar a ampliação da malha ferroviária.

Como se vê, a busca por um desenvolvimento sustentável é assunto palpitante, que encontra-se arraigado em discussões sérias que preocupam-se com o bem-estar da sociedade de hoje, sem perder de vista a de amanhã.

A verdade é que, como muito bem observado por Gabriel Real Ferrer^[7], o crescimento do consumo de bens e serviços per capita, que quase toda humanidade aspira, conduz a um certo colapso ambiental, mesmo que não se fale em aumento da população do mundo. E, para que este colapso não ocorra, devemos urgentemente alterar nosso padrão de comportamento, adequando-o aos padrões de sustentabilidade.

Diante de toda esta mobilização nacional e mesmo internacional, o Poder Constituinte Derivado de Reforma, através da Emenda Constitucional n. 42, ainda no ano de 2003,

[6] Sem Autor. **Brasil se compromete a reduzir emissões de carbono em 50%, até 2030**. Extraído do site: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2021/novembro/brasil-se-compromete-a-reduzir-emissoes-de-carbono-em-50-ate-2030>. Acessado em 10 de novembro de 2021.

[7] FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Pamplona, n. 1, p. 73-93, 2002. Disponível em: Acesso em 20 abril. 2022.

promoveu a inclusão, no artigo 170, VI^[8] da Constituição Federal, do princípio do desenvolvimento sustentável como um dos princípios gerais da atividade econômica.

Ademais, insta destacar que o capítulo VI (Do Meio Ambiente), do título VIII (Da Ordem Social), que trata do Meio Ambiente, mais especificamente no art. 225, *caput*^[9], expressa o dever que o Poder Público e a própria coletividade possuem de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as futuras gerações.

Inclusive, o Direito Constitucional Ambiental possui a visão de que a Constituição Federal de 1988 é antropocêntrica, pois coloca o homem no centro das discussões e da titularidade do direito, haja visto ser o único capaz de respeitar as normas postas. “Por essa linha, a proteção ambiental serve ao homem, como se este não fosse integrante do meio ambiente, e os outros animais, as águas, a flora, o ar, o solo, os recursos minerais não fossem bens tuteláveis por si sós, autonomamente, independentemente da raça humana.”^[10]

2. LICITAÇÕES E O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL SUSTENTÁVEL.

Visando dar efetividade às previsões constitucionais ora mencionadas, ambas Leis Gerais de Licitações (nº 8.666/1993 e 14.133/2021) tipificaram a necessidade de que as compras públicas sejam sustentáveis. Veja-se que o art. 3º da Lei nº 8.666/1993^[11]

[8] **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

VI. defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

[9] **Art. 225.** Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

[10] AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquematizado**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 05.

[11] **Art. 3º.** A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

determinou que a licitação destina-se, dentre outros princípios, a garantir a promoção do desenvolvimento nacional sustentável.

Ao elevar-se à condição de princípio, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável passou-se a se tratar de um mandamento objetivo e absoluto, sendo que, segundo Luiz Alberto Blanchet, “a objetividade decorre da principal peculiaridade de sua formação: não resultam da vontade ou interesses subjetivos, ou individuais, mas da vontade objetiva da coletividade, determinada pelos imperativos da convivência em comunidade”, já o caráter absoluto dos princípios os diferencia das regras “enquanto o cumprimento destas condiciona-se à ocorrência concreta de situações que coincidam com hipóteses específicas previamente definidas pela lei, fenômeno a que denominamos de subsunção, os princípios aplicam-se obrigatoriamente em qualquer hipótese.”^[12]

Nessa perspectiva, aduz-se o conceito proposto por Juarez de Freitas, acerca da sustentabilidade como princípio: “trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar.”^[13]

Regulamentando o referido diploma legal, a Administração Pública Federal, através do Decreto Federal n.º 7.746/2012, passou a prever a sustentabilidade para os procedimentos licitatórios. A inclusão de ditames que perpetuem uma compra sustentável encontra-se em perfeita consonância com a finalidade da realização de uma licitação, com o “atendimento da situação fática cujo atendimento é do interesse público, em razão da qual se licitou.”^[14]

[12] BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., Curitiba: Juruá, 2011, p. 29.

[13] FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 41.

[14] *Idem*, p. 312.

O art. 2º do Decreto Federal n.º 7.746/2012, previu que na aquisição de bens e na contratação de serviços e obras, a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adotarão critérios e práticas sustentáveis nos instrumentos convocatórios, sendo que a adequação da especificação do objeto da contratação e das obrigações da contratada aos critérios e às práticas de sustentabilidade será justificada nos autos, resguardado o caráter competitivo do certame.

Já o artigo 4º do mesmo decreto, arrola os critérios e práticas sustentáveis, como sendo: 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.

Ademais, é possível que a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes façam constar no instrumento convocatório para a aquisição de bens que estes sejam constituídos por material renovável, reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade.

Caso o Poder Público opte pela compra sustentável, as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia deverão ser elaboradas, nos termos do art. 12 da Lei nº 8.666, de 1993 (I - segurança; II - funcionalidade e adequação ao interesse público; III - economia na execução, conservação e operação; IV - possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; V - facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço; VI - adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas; VII - impacto ambiental) de modo

a proporcionar a economia da manutenção e operacionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental.

Como forma de comprovar o atendimento às exigências apresentadas no instrumento convocatório poderá ser feita por meio de certificação emitida ou reconhecida por instituição pública oficial ou instituição credenciada ou por outro meio definido no instrumento convocatório, ao passo que em se configurando a inexistência da certificação referida, o instrumento convocatório estabelecerá que, após a seleção da proposta e antes da adjudicação do objeto, o contratante poderá realizar diligências para verificar a adequação do bem ou serviço às exigências do instrumento convocatório.

Neste mesmo sentido, mais recentemente o art. 5º da lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos)^[15] passou a determinar que na aplicação da referida lei serão observados, dentre outros, o princípio do desenvolvimento nacional sustentável.

Além disso, o inciso XII do parágrafo 1º do art. 18 da referida lei, indica que a fase de preparação do processo licitatório há de ser compatibilizada com o plano de contratações anual, as leis orçamentárias, abordando as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos, dentre outros, a descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável.

[15] **Art. 5º.** Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da proibidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Portanto, o procedimento licitatório deverá conter a planilha de aspectos e impactos ambientais, incluídos como parâmetros obrigatórios os requisitos de consumo de energia e outros recursos naturais (ex: água, combustíveis, plástico e papel), assim como a logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicáveis. Em termos de licitações de obras e serviços de engenharia, em seu art. 45, também foi reforçada a exigência de utilização de produtos, equipamentos e de serviços que reduzam o consumo de energia e de recursos naturais.^[16]

Como se percebe, é dever da Administração Pública promover compras sustentáveis, inclusive, no intuito de tornar possível o cumprimento dos objetivos assumidos na 26ª Conferência das Nações Unidas sobre as Mudanças Climáticas – COP26, em Glasgow, na Escócia, já discorridos neste artigo.

O Tribunal de Contas da União já se manifestou no sentido de que “ A aceitação de proposta de produtos com qualidade ou especificação inferiores às exigidas no edital, inclusive no que respeita aos requisitos de sustentabilidade ambiental, poderá ensejar a anulação dos respectivos atos praticados no certame”^[17].

Nas palavras de Juarez de Freitas, os entes políticos possuem o dever e não mera faculdade de incorporar, ao escrutínio das propostas, os incontornáveis critérios paramétricos de sustentabilidade para ponderar, de maneira motivada, os custos e os benefícios sociais, ambientais e econômicos:

“Assim, seriam premissas de fundo a serem aplicadas às licitações e contratações públicas: a) a sustentabilidade é valor supremo, trata-se de princípio constitucional que deverá ser aplicado sem exceções; b) existência de condições normativas suficientes para concretizar o referido princípio constitucional, com

[16] NASCIMENTO, Jaqueline Gonçalves. **Sustentabilidade** – Avanços na nova lei de licitação e contratação pública. Extraído do site: <https://portal.tce.go.gov.br/home>. Acessado em 15/03/2022.

[17] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 8482/2013. Primeira Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 26/11/2013. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/%2522sustentabilidade%2522/%2520score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/2/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 28 abr. 2022.

o investimento numa gestão adequada de riscos, no âmbito das contratações administrativas; c) as licitações sustentáveis, encontram-se forçadas a conferir, desde a tomada de decisão, prioridade àquelas políticas que ensejam o bem-estar às gerações presentes, sem impedir que as gerações futuras produzam o seu próprio bem-estar, sob pena de abuso de discricionariedade; d) as licitações sustentáveis utilizam-se de critérios paramétricos de estimativas razoáveis dos custos, de modo que o melhor preço é aquele que implica os menores impactos e externalidades negativas e os maiores benefícios globais.”^[18]

Certo é que o desenvolvimento nacional sustentável deve ser implementado através de sérias políticas públicas, que tornem possível o desenvolvimento almejado, mas sem perder de vista a preservação do meio ambiente.

Veja-se que, referentes às aquisições registradas, segundo dados extraídos do painel de compras do Governo Federal mostram que, no ano de 2017, mais de R\$ 47 bilhões (quarenta e sete bilhões) em bens e serviços foram adquiridos. Isso faz com que o Governo Federal seja considerado como o maior comprador de produtos e serviços do país.^[19]

Assim, é evidente o impacto possível de ser alcançado, nesse caso, pelo Governo Federal, caso faça constar nos instrumentos convocatórios cláusulas que direcionem as aquisições de produtos e serviços de maneira sustentável.

A Controladoria Geral da União sugere que o gestor deve buscar o equilíbrio entre os três princípios norteadores da licitação pública: sustentabilidade, economicidade e competitividade.^[20] As mesmas orientações ainda indicam a necessidade de observar as normas complementares, conforme o objeto da licitação, de modo que

[18] FREITAS, Juarez. Idem.

[19] COSTAS, Caio César de Medeiros, **Compras públicas**: para além da economicidade. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4277/1/1_Livro_Compras%20p%C3%BAblicas%20para%20a%C3%A9m%20da%20economicidade.pdf . Acessado em 12/04/2022.

[20] FEITOSA, Mateus Araújo. Critérios e práticas sustentáveis nas aquisições públicas. Disponível no site: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/camaras-setoriais-ematicas/documentos/camaras-setoriais/fibras-naturais/2018/19a-ro/apresentacao-compras-sustentaveis-cgu-copia.pdf> . Acessado em 11/04/2022.

produtos ou subprodutos florestais ou outras formas de vegetação utilizem-se de recursos oriundos de manejo florestal; supressão da vegetação natural devidamente autorizada; florestas plantadas; outras fontes de biomassa florestal definidas em normas específicas do órgão ambiental competente.

Fato é que cada vez são mais comuns os casos de editais que seguem estas orientações, no entanto, ainda muitos entes públicos, muito possivelmente diante do receio de se possivelmente minimizar a competitividade entre os participantes, se abstém de incluir tal previsão.

Acerca da necessidade de motivação fundamentada que justifique a definição das exigências de caráter ambiental, o Tribunal de Contas da União decidiu que deve constar expressamente nos processos de licitação, sendo legítima as contratações que a Administração Pública se adequem a novos parâmetros de sustentabilidade ambiental, ainda que com possíveis reflexos na economicidade da contratação. (Acórdão 1.375/2015 – Plenário, Relator Bruno Dantas).^[21]

Os Pregões Presenciais n. 31.01.01/2017 (para a aquisição de combustível no perímetro de Fortaleza/CE) e o n. 19.01.01/2017 (visando aquisição de gás oxigênio para uso medicinal), solicitaram, nas condições de habilitação, a Licença Ambiental expedida por órgão competente, por exemplo.

Segundo Leilane Kércia Barreto Soares, “a exigência dessa documentação poderia ser interpretada como uma maneira de reduzir a competição entre os interessados, contudo, ao contrário disso, é uma forma de garantir que as empresas participantes estejam aptas a atuar de forma que os serviços prestados ou os produtos entregues não causem danos nem impactos ambientais”.^[22]

[21] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1375/2015. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 03/06/2015. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/jurisprudencia-selecionada/%2522sustentabilidade%2522/%2520/score%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520a%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/5/sinonimos%253Dtrue>. Acesso em: 28 abr. 2022.

[22] SOARES, Leilane Kércia Barreto. **Licitação sustentável**: um estudo de caso das licitações de aquisições no município de Jaguaribe/CE. Disponível no site: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/654>. Acessado em 01/14/2022.

Ocorre que o licenciamento ambiental – que é o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental (art. 2º, I da Lei Complementar 140/2011^[23]) – se trata de um instrumento importante de gestão da Administração Pública, sendo que, por meio dele, é possível exercer o controle das ações humanas sobre o ambiente por parte dos órgãos competentes de fiscalização. Por esta razão, é possível compreender-se que as empresas e as atividades que usem recursos naturais ou que possam causar algum prejuízo ambiental estão sujeitas a essa exigência legal.

O Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução nº 400, de 16/06/2021, que dispõe sobre a política de sustentabilidade no âmbito do Poder Judiciário, determina que as unidades envolvidas no processo de contratação, em interatividade com a unidade de sustentabilidade, deverão incluir práticas de gestão sustentável, racionalização e consumo consciente, observando, por exemplo, o ciclo de vida do produto. Sendo que as aquisições e contratações efetuadas pelos órgãos do Poder Judiciário observarão os critérios de sustentabilidade quanto aos bens, serviços e obras, inclusive na execução de reformas, na locação, aquisição e manutenção predial de bens imóveis, tais como: I – rastreabilidade e origem dos insumos de madeira como itens de papelaria e mobiliário, a partir de fontes de manejo sustentável; II – eficiência energética; III – consumo racional de água; IV – nível de emissão de poluentes e ruídos de veículos, máquinas e aparelhos consumidores de energia; V – eficácia e segurança dos produtos usados na limpeza e conservação de ambientes; VI – certificações orgânicas, fomento à produção local e à agricultura familiar na aquisição de gêneros alimentícios; VII – eficácia e eficiência nos serviços de mobilidade, de vigilância e nos demais necessários ao apoio à atividade jurisdicional, considerando a relação custo/benefício da contratação; e VIII – racionalidade e consumo consciente quanto

[23] **Art. 2º.** Para os fins desta Lei Complementar, consideram-se:

- I. licenciamento ambiental: o procedimento administrativo destinado a licenciar atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental;

aos bens materiais, assim como o acondicionamento adequado com a utilização de materiais recicláveis, considerando o menor volume possível nas embalagens e respectiva proteção no transporte e armazenamento.

Assim, vemos que o meio ambiente exige a prática de condutas preventivas a serem tomadas pelo ser humano, de forma a garantir o bem-estar das futuras gerações, sem privar o desenvolvimento da geração de hoje.

Por isso, a Administração Pública, na condição de maior consumidora de bens e serviços, precisa adotar uma posição mais ativa na busca da implementação de políticas públicas sustentáveis. Isto é possível através da inserção de cláusulas editalícias que exijam dos participantes concorrentes condutas de gestão ambiental.

3. CONCLUSÃO

Buscou-se demonstrar no presente artigo, que a Administração Pública pode fazer muito pelo meio ambiente, a começar respeitando o princípio do desenvolvimento sustentável nacional.

Nesse sentido, a Nova Lei de Licitações arrolou como um dos princípios a serem observados pela Administração Pública Direta ou Indireta, o princípio do desenvolvimento sustentável nacional.

Certo é que já existem editais licitatórios que possuem previsão nesse sentido, contudo, o referido dispositivo deve ser utilizado de forma muito mais constante.

Talvez ainda haja receio do seu uso mais amplo, pelo momento em que vivemos, do chamado “direito administrativo do medo”^[24], onde existe o receio de que dispositivos editalícios – que determinem que concorrentes observem determinadas condutas ambientalmente corretas, sejam vistas como ofensa à concorrência.

Por isso que, talvez mediante um maior diálogo entre lideranças de instituições de controle e do próprio Poder Legislativo e Executivo, poderiam resolver este

[24] DOS SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do medo**: risco e fuga da responsabilidade dos agentes públicos. São Paulo: Revista dos Tribunais.

“impasse”, trazendo inúmeros benefícios à população de hoje, mas, principalmente, à de amanhã.

Fato é que, o homem e as demais espécies animais interagem com a natureza pelo simples fato de existirem, alterando o seu entorno. No entanto, os animais mudam a natureza visando atender as suas necessidades vitais, já os homens mudam a natureza visando atender muito além de suas necessidades vitais, atuando de acordo com o aumento da sua capacidade técnica e das novas necessidades chamadas de artificiais ou intelectuais^[25].

Contudo, o homem, é o único animal capaz de entender que a sua atuação no meio ambiente poderá ocasionar prejuízos, mas que poderão ser corrigidos a tempo de uma maior deterioração do Planeta.

3. REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. **Direito Ambiental Esquemático**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

BELTRÃO, Antônio G. **Curso de Direito Ambiental**, 2ª Ed., Método, 2014.

BLANCHET, Luiz Alberto. **Curso de Direito Administrativo**, 5ª ed., Curitiba: Juruá, 2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 1375/2015. Plenário. Relator: Ministro Bruno Dantas. Sessão de 03/06/2015.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 8482/2013. Primeira Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Sessão de 26/11/2013.

COSTAS, Caio César de Medeiros, Compras públicas: para além da economicidade. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/4277/1/1_Livro_Compras%20p%C3%BAlicas%20para%20al%C3%A9m%20da%20economicidade.pdf.

[25] FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Pamplona, n. 1, p. 87-98, 2002. Disponível em: Acesso em 20 abril. 2022.

FEITOSA, Mateus Araújo. **Critérios e práticas sustentáveis nas aquisições públicas**. Disponível no site: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/camaras-setoriais-ematicas/documentos/camaras-setoriais/fibras-naturais/2018/19a-ro/apresentacao-compras-sustentaveis-cgu-copia.pdf>.

FERRER, Gabriel Real. La construcción del Derecho Ambiental. **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, Pamplona, n. 1, p. 73-93, 2002.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica**. 13 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

NASCIMENTO, Jaqueline Gonçalves. **Sustentabilidade – Avanços na nova lei de licitação e contratação pública**. Extraído do site: <https://portal.tce.go.gov.br/home>.

Sem Autor. **United Nations: Key conference outcomes in sustainable development**». Extraído do site www.un.org.

Sem Autor. **Brasil se compromete a reduzir emissões de carbono em 50%, até 2030**. Extraído do site: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2021/novembro/brasil-se-compromete-a-reduzir-emissoes-de-carbono-em-50-ate-2030>.

SOARES, Leilane Kércia Barreto. **Licitação sustentável: um estudo de caso das licitações de aquisições no município de Jaguaribe/CE**. Disponível no site: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/654>

VEIGA, J. E. **Desenvolvimento sustentável: o desafio do século XXI**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

Sem Autor. **Brasil se compromete a reduzir emissões de carbono em 50%, até 2030**. Extraído do site: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/noticias/2021/novembro/brasil-se-compromete-a-reduzir-emissoes-de-carbono-em-50-ate-2030>. Acessado em 10 de novembro de 2021.

SOARES, Leilane Kércia Barreto. **Licitação sustentável**: um estudo de caso das licitações de aquisições no município de Jaguaribe/CE. Disponível no site: <https://revistacontrole.tce.ce.gov.br/index.php/RCDA/article/view/654>. Acessado em 1º de novembro de 2021.

VEIGA, J. E. **Desenvolvimento sustentável**: o desafio do século XXI. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

14

O EFEITO DEVOLUTIVO NO RECURSO ADMINISTRATIVO PREVISTO NA LEI FEDERAL N. 14.133/2021 E O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA REVISIONAL POR PARTE DA AUTORIDADE SUPERIOR

THE DEVOLUTIVE EFFECT OF ADMINISTRATIVE APPEL FORESEEN IN THE FEDERAL LAW N. 14.133/2022 AND THE EXERCISE OF THE REVISIONAL COMPETENCE OF THE HIGHER AUTHORITY

Por Maurício Pereira Colonna Romano

MBA em Mercados Regulados pela Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas.
Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Diretor Administrativo
da Associação Brasileira de Direito Administrativo e Econômico (ABRADADE). Diretor-adjunto da
União dos Juristas Católicos de São Paulo (UJUCASP). Advogado.

ABSTRACT

This study aims to analyze the devolutive effect of administrative appeals in the bidding procedure stipulated by the Federal Law n. 14.133/2021, especially regarding the legal limits for the higher authority to exercise its competence. It is argued that art. 1013 of CPC/15 should be used as a benchmark, as well as the theory of the mature cause. Thus, it is argued that the higher authority is not bound to appeal reasons, but should immediately carry out a broad analysis of the administrative process and exercise the powers provided for in art. 71 of Federal Law nº. 14.133/2021

KEYWORDS:

Federal Law n. 14.133/2021 – Public Procurement – Appel phase

RESUMO

Este estudo tem como objetivo analisar o efeito devolutivo dos recursos administrativos no procedimento licitatório pela Lei Federal n. 14.133/2021, especialmente quanto aos limites legais para que a autoridade superior exerça sua competência. Defende-se que o art. 1.013 do CPC/15 deve ser utilizado como baliza, bem como a teoria da causa madura. Assim, defende-se que a autoridade superior não está adstrita às razões recursais, mas deverá desde logo realizar uma análise ampla do processo administrativo e exercer as competências previstas no art. 71 da Lei n. 14.133/2021.

PALAVRAS-CHAVE:

Lei 14.133 – Licitação Pública – Fase recursal

SUMÁRIO

1 – Introdução; 2 – Breves considerações sobre a licitação; 3 – O devido processo legal administrativo, o recurso administrativo no procedimento licitatório e os seus efeitos; 4 – A natureza do recurso administrativo em licitação como recurso hierárquico: o limite para a análise da autoridade hierarquicamente superior; 5 – Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

A Lei Federal n. 14.133/2021 – a Nova Lei de Licitações e Contratos (“NLLC”) – fixou um marco importante na reforma do sistema de contratações públicas inaugurado pela Lei Federal n. 8.666/1993 (Lei Geral de Licitações ou “LGL/93”). Trata-se de mais um desdobramento do processo de modernização das licitações que teve início com a Lei do Pregão (Lei Federal n. 10.520/2001), e que teve como marcos importantes a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei Federal n. 11.079/2004) e Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC (Lei Federal n. 12.462/2011).

Essas reformas pretendiam desburocratizar e dar maior celeridade e eficiência às contratações públicas, visto que o regime inaugurado pela Lei Federal n. 8.666/1993 se mostrou excessivamente burocrático e enrijecido.

Elucida-se esse fenômeno pela chamada “inversão de fases”. Na previsão do art. 43 da LGL/93, o avanço de fases procedimentais era sempre precedido por uma fase recursal, que era excessivamente extensa na análise da habilitação dos concorrentes, sendo que apenas um deles teria a melhor proposta comercial.

Com a inversão, primeiro se analisam as propostas de preço e em seguida a documentação referente à habilitação apenas do vencedor, o que gerou a diminuição de trabalho burocrático e da litigiosidade.

O Município de São Paulo, por exemplo, editou o Decreto Municipal n. 52.689/2011, pelo qual determinou que todas “*as licitações realizadas no âmbito da Administração Municipal deverão ser processadas com a inversão de fases prevista no art. 16 da Lei nº 13.278, de 7 de janeiro de 2002*”.

Como bem sintetizou Marçal Justen Filho, “*a inversão das fases de habilitação e julgamento destina-se a agilizar o certame. Tendo obtido oferta satisfatória, seria extremamente problemático remeter a Administração a uma desgastante disputa acerca da idoneidade do licitação*”, afastando-se, assim, a “*litigiosidade indesejável*” (p. 18)

O que se percebeu dessa remontada na legislação de contratações públicas foi a tentativa de racionalização procedimental, o que incluía a diminuição da litigiosidade administrativa por meio da centralização de recursos.

No presente trabalho será tratado a regulamentação do sistema recursal da NLCC naquilo que se refere à fase competitiva do procedimento de licitatório, especificamente da fase recursal prevista em seu art. 17, VI.

Por isso não serão abordados os pedidos de esclarecimentos, as impugnações ao Edital e o recurso contra a aplicação das sanções do previstas no art. 156, também tratados no Capítulo II do Título IV da Lei.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A LICITAÇÃO

A licitação é um imperativo constitucional, disso não é possível escapar.

Como bem apontou André Rosilho, *“na tentativa de assegurar maior controle do poder estatal e melhor trato da coisa pública, a Constituição, dentre outras coisas, previu a licitação como pré-requisito ao estabelecimento de ajustes entre a Administração e terceiros que importassem aquisições ou alienações em geral, nitidamente inspirada pelo Decreto-lei 2.300/1986 (2013, p. 85)”*.

A exigência de realização de licitação consta em diversos dispositivos, como o art. 22, XXVII (que trata mais especificamente da competência legislativa), o art. 37, XXI, o art. 173, §1º, III (alterado pela Emenda Constitucional 19/1998, sobre o regime de contratação das empresas estatais) e o art. 175 (sobre a delegação de serviços públicos).

O inciso XXI do art. 37 acaba sendo o mais contundente nesse sentido ao apontar que *“(...) as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes(...)”*.

As normas constitucionais deixam clara a preponderância das licitações para as contratações públicas (embora haja exceções que não serão aqui analisadas), porém, para o leitor despretensioso, não esclarece o que entende por “licitação”.

Nesse momento é importante separar dois conceitos importantes: o “*What*” e o “*How*”^[1]. O que é a licitação e como ela ocorre, respectivamente.

O “*What*” é objeto típico de verificação doutrinária, que foi muito bem-feita por Adilson Dallari, que, após analisar as diversas correntes doutrinárias, chega à conclusão de que “*a licitação é verdadeiramente um procedimento administrativo que tem por objeto a seleção de um contratante com a Administração Pública. Após a licitação pode surgir um vínculo entre a Administração e o particular, todavia este vínculo tem um objeto diferente do objeto do eventual contrato de fornecimento ou prestação de serviço que possa vir a ser celebrado*” (1973, p. 25)^[2].

Assim, a licitação nada mais é do que um procedimento administrativo. Uma sucessão de atos ordenados e concatenados a um fim específico – a celebração de um contrato entre a Administração Pública e um agente privado. É por meio dela que o ajuste de vontade entre as partes signatárias do futuro instrumento contratual se concretizará e, conseqüentemente, gerará os efeitos jurídicos típicos^[3].

A forma de proceder a licitação (o seu “*como*”), dependerá especificamente da forma como ela vier a ser normatizada. Quer dizer, não existe um método aprioristicamente adequado de licitar.

Esse tema é extremamente complexo e gera até uma certa animosidade entre os setores que efetivamente se envolvem com os procedimentos licitatórios. Como

-
- [1] Aplicou-se, por analogia, a ferramenta de análise de gestão 5W2H, utilizada para dar maior eficiência em processos de escolha. A sigla consiste em “*What*” (o que será feito?), “*Why*” (por que será feito?), “*When*” (quando será feito?), “*Who*” (quem fará?), “*How*” (como será feito?) e “*How Much*” (quanto custará?).
- [2] O mesmo conceito continua sendo aplicado pela doutrina mais moderna, que trata a licitação como “*o processo administrativo por meio do qual a Administração Pública seleciona pessoas aptas a bem executar determinados contratos. É uma relação jurídica processual instalada entre sujeitos de direito (públicos e privados) – o que significa dizer que dá nascimento a conjunto de deveres e direitos públicos subjetivos*” (Moreira & Guimarães, 2012, p. 30)
- [3] No presente trabalho não se entrará em debates específicos sobre o contrato administrativo e seus desdobramentos. Não se escusa, no entanto, que há aqueles que entendem que sequer há contrato administrativo, como o Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. Para aprofundamento no tema, remete-se a obra de Fernando Dias Menezes de Almeida (2012).

aponta André Rosilho, *“o curioso é notar que são as mais variadas [paixões] possíveis, transitando, com espantosa frequência, entre dois opostos: amor e ódio”* (2013, p. 17).

O que importa é dizer que o procedimento licitatório deverá ocorrer segundo as normas vigentes. No presente momento histórico, estamos diante de uma transição de normas que, embora semelhantes, possuem diferenças.

Uma importante semelhança é o contexto histórico em que ambas ocorreram, em que havia um grande ceticismo social frente à Administração Pública pelos sucessivos casos de corrupção e desvio de verbas nas contratações públicas.

Quando da elaboração e da promulgação da LGL/93, o Brasil vivenciava o final do regime de redemocratização após o colapso da última Ditadura Militar – ou seja, havia um certo ceticismo no ar quanto a atuação do Estado. A situação se agravou com os escândalos do Governo Collor (90-92), especialmente do Caso “PC Farias” (Rosilho, 2013, p. 95).

Esse cenário gerou uma grave crise de confiança, que culminou com o aumento do controle sobre a atuação estatal. O mecanismo utilizado para isso foi a promulgação de uma norma detalhista e burocrática, recheada de instrumentos que não pretendiam dar efetividade ao procedimento, mas evitar máculas ou fraudes.

É pontual a síntese de Sergio Rezende Barros (1995, p. 181) sobre esse cenário: *“no cerne, essas ideias matrizes de reconduzem a uma idéia central: a superioridade do controle do exercício sobre a restrição da faculdade. Na verdade, em vez de restringir a faculdade de contratar mediante leis de arrocho e penalização, o mais eficiente é controlar o exercício dessa faculdade mediante fiscalização endógena e exógena, técnica e competente. Para reprimir a corrupção e o desgoverno da administração pública, não se requer legislação particularizada e exacerbada, formalista e rigorista. Mas bastam as atividades de controle e fiscalização, desde que instituídas e exercidas corretamente.”*

“O jogo licitatório foi generalizado no Brasil sem critério maior que o de afastar a corrupção, como se a licitação a afastasse. Mas a prática insiste em atestar o que

a doutrina já desiste de negar: como regra geral, esse jogo é péssimo negócio, às vezes, o pior imaginável, para a administração pública. Pelo que, traçadas as pautas da evolução, é chegado o momento de escrever nelas as alternativas de renovação”.

De fato, as evoluções normativa, indicada na seção anterior, e da literatura econômica e jurídica indicavam a inclinação por alternativas mais flexíveis e menos burocráticas para as contratações públicas.

A Operação Lava-Jato, entre outras, sepultou esses planos. Ela descortinou e expôs diversos escândalos de corrupção que operaram no Brasil especialmente nos Governos Lula (2003-2010) e Dilma (2011-2016)^[4].

Esses escândalos fortificaram a tendência de expansão do controle e da desconfiança sobre as contratações públicas e, como resposta, o Congresso Nacional editou a Lei Federal n. 14.133/2021.

Como bem aponta João Camillo de Oliveira Torres trata-se *“de um fenômeno geral, ainda não estudado e que continua sendo o mais grave de nossos males políticos: a incapacidade de reformar. Podemos fazer revoluções, aceitamos facilmente reformas atingindo à Constituição, às formas de governo, aos estilos de governar; apresentamos uma incapacidade quase doentia quando se trata de reformar regulamentos, leis de caráter prático, sistemas de administração. Parece que sofremos um tédio congênito por todas as tarefas que demandam atenção, gosto pelo pormenor de aplicação prática, solução de problemas puramente administrativos. Alguém já disse que faltam aos nossos políticos ‘imaginação administrativa’, isto é, interesse pelos problemas de caráter puramente executivo. Apreciamos as leis espantosas, aquelas que podem despertar entusiasmos; estamos prontos a morrer pelas grandes e belas ideias; continuamos, porém, a refugar todo o trabalho persistente e metucioso. O problema continua de pé – e se as revoluções, em seus primeiros dias, demonstram grande afã reformatório, afinal, todos se cansam e continua tudo na mesma”* (1962, pp. 143-144).

[4] Aqui não se faz juízo de valor sobre matéria política ou referente a Direito Processual e Direito Criminal. Trata-se de mera narrativa de fatos históricos.

A NLLC é um reflexo dessa inaptidão pelas reformas efetivas de problemas administrativos: se limitou a compilar o *status quaestionis* das contratações públicas no Brasil. Compilou as diversas normas esparsas que tratavam sobre modalidades de licitação (LGL/93, Lei do Pregão, RDC) em um único diploma, incorporou entendimento dos Tribunais de Contas, entre outros.

A palavra de ordem da licitação pública continuou a ser o controle. A verificação da forma como a contratação pública é feita, adotando-se marcações procedimentais e regras rígidas, de modo a facilitar a auditoria de atuação dos participantes (agentes públicos e privados) para eventual e futura responsabilização.

Perdeu-se uma oportunidade de evoluir determinadamente rumo a uma legislação mais eficiente em licitações públicas e escapar da “penalose”^[5] nas contratações públicas.

Porém algumas melhorias foram incorporadas, de modo que o novo regime legal dos procedimentos licitatórios parece ter ganho de eficiência em relação ao anterior. Um deles é o objeto do presente artigo, o sistema recursal inaugurado pela Lei Federal n. 14.133/2021.

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL ADMINISTRATIVO, O RECURSO ADMINISTRATIVOS NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E OS SEUS EFEITOS

A análise de um sistema recursal consiste em verificar o tratamento normativo dado ao instituto jurídico do recurso em um procedimento específico. Para isso, é importante que se realize algumas considerações quanto ao processo administrativo envolvendo a licitação, o duplo grau de jurisdição administrativa e a Teoria Geral do Recurso.

Ensina José Carlos Barbosa Moreira, que o recurso é “*o remédio voluntário idôneo a ensejar, dentro do mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração de decisão judicial que se impugna*” (2009).

[5] “Mas o que é a penalose? É uma doença jurídica. Consiste em transformar tudo em infrações penais para aterrorizar todos com punições penais.” (Barros, 1995, p. 14)

Por sua vez, Adilson Dallari e Sergio Ferraz apontam que *“recurso é uma manifestação fundamentada de inconformidade com alguma decisão proferida, visando à sua alteração. Nesse sentido, o vocábulo ‘recurso’ comporta diferentes significados, mais amplos ou mais estritos, como gênero ou como espécie, conforme a natureza da decisão recorrida, as circunstâncias de sua interposição e a competência para o reexame postulado* (Ferraz & Dallari, 2020, p. 424)”.

O recurso, portanto, é o mecanismo de insurgência contra uma certa decisão; o seu conteúdo, as razões recursais, pretende atacar a fundamentação do ato pela discordância quanto à matéria de fato ou de direito que o motivaram.

A origem teleológica do recurso é a falibilidade humana, mais precisamente a possibilidade sempre presente de que o agente competente para exarar certa decisão o faça de forma que suscite discordância de uma parte legítima – seja por razão de fato ou de direito.

No campo jurídico o recurso decorre do princípio do duplo grau de jurisdição, previsto no art. 5º, LV, da CF^[6], especificamente da locução final *“...com os meios e recursos a ela inerentes”*, que tem *“o significado de garantia de reexame de decisão proferida em processo administrativo ou judicial”* (Ferraz & Dallari, 2020, p. 176)^[7].

Disso decorre que a existência de um sistema recursal em procedimentos administrativos é um pressuposto de nosso sistema jurídico.

Os procedimentos licitatórios, nada mais são do que procedimentos administrativos específicos, com regras próprias, mas com as lacunas normativas preenchidas supletivamente pelas lei de processo administrativo do respectivo ente federativo.

Torna-se essencial que se verifique o ordenamento jurídico de uma forma mais ampla para que se possa delimitar o sistema recursal que se aplicará a um certo

[6] Art. 5º, LV, CF/88: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e os recursos a ela inerentes”.

[7] Não fosse por isso, o princípio também possui previsão na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana de Direitos Humanos, dos quais o Brasil é signatário.

procedimento licitatório, visto que poderá haver divergências em razão da lei de processo administrativo local.

Merece especial atenção aos efeitos dos recursos administrativos, especialmente o efeito devolutivo e o efeito suspensivo.

O efeito devolutivo se refere a possibilidade de que uma matéria ser reapreciada por outra autoridade que possua a competência para revisá-la total ou parcialmente. É importante ressaltar que, em sede de recursos administrativos, o recurso sempre deverá ser analisado por uma autoridade hierarquicamente superior.

Já o efeito suspensivo consiste no óbice de que a decisão ou ato recorrido gere os efeitos que lhe seriam típicos.

Quanto a este último efeito, é interessante verificar que na maior parte dos processos administrativos ele não se verifica de ofício – exemplo disso são o art. 61^[8] da Lei de Processo Administrativo Federal, do art. 46^[9] da Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo e até da recentíssima Lei de Processo Administrativo do Estado do Paraná de 2021, em seu art. 80^[10].

A NLLC, no entanto, foge à regra. A existência de uma fase recursal específica e com procedimentos próprios – inclusive com possibilidade de saneamento de vícios –

[8] Lei de Processo Administrativo Federal: **Art. 61.** Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo. **Parágrafo único.** Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

[9] Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo: **Art. 46.** O recurso será recebido no efeito meramente devolutivo, salvo quando: *I.* houver previsão legal ou regulamentar em contrário; e *II.* além de relevante seu fundamento, da execução do ato recorrido, se provido, puder resultar a ineficácia da decisão final. **Parágrafo único.** Na hipótese do inciso II, o recorrente poderá requerer, fundamentadamente, em petição anexa ao recurso, a concessão do efeito suspensivo.

[10] Lei de Processo Administrativo do Estado do Paraná: **Art. 80.** Salvo disposição legal em contrário, o recurso não tem efeito suspensivo. **Parágrafo único.** Havendo justo receio de prejuízo de difícil ou incerta reparação decorrente da execução da decisão, a autoridade recorrida ou a imediatamente superior poderá, de ofício ou a pedido, dar efeito suspensivo ao recurso.

torna inerente ao recurso a impossibilidade lógica de que se prossiga para a próxima fase do procedimento (homologação e adjudicação) sem que estes sejam apreciados.

Dessa forma, o efeito suspensivo do recurso em procedimento licitatório é um pressuposto da própria sistemática legal adotada, daí a previsão expressa do art. 168 da NLLC^[11].

Ocorre que a análise do efeito devolutivo acarreta uma dúvida importante – se é inerente a ele a devolução da competência a autoridade superior para apreciar a matéria do recurso, é importante considerarmos se o teor do recurso gera a limitação da competência revisional pelo superior hierárquico.

Quando se fala da interposição do recurso, este deve ser feito de maneira expressa no momento do ato que se pretende impugnar – é o que a lei chama de manifestação do interesse de recorrer (art. 165, §1º, I). Em um momento posterior, deverão ser apresentadas as razões do recurso.

Disso depreende-se que a matéria recorrida deve ser especificada pelo recorrente – matéria que estará sujeita à reconsideração da autoridade que prolatou a decisão antes de seu encaminhamento para a autoridade superior.

Recebido o recurso pela autoridade superior surge o problema do limite do efeito devolutivo em questão – o efeito devolutivo abrange toda a competência para a revisão da decisão administrativa recorrida ou apenas para o capítulo impugnado?

Como isso pode ser interpretado à luz da segmentação de fases prevista pela NLLC?

Se o efeito devolutivo for total, na prática a autoridade superior exercerá uma competência idêntica àquela reservada para a fase de homologação, regulamentada pelo Capítulo VII da NLLC, composto pelo art. 71.

[11] NLLC: **Art. 168.** O recurso e o pedido de reconsideração terão efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente. Parágrafo único. Na elaboração de suas decisões, a autoridade competente será auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias.

Por outro lado, caso a opção hermenêutica seja restritiva, estar-se-ia diante de um novo gargalo. O recurso seria analisado pela autoridade superior e devolvido à instância inferior para mera adoção da providência indicada na decisão. Quando iniciada a fase de homologação, a constatação de irregularidades pode acarretar a devolução dos autos à autoridade inferior para saneamento (art. 71, I), de modo que o procedimento se encontrará em um verdadeiro “ping-pong”.

Na hipótese de a autoridade superior julgar o recurso e improcedente, ela poderá analisar os autos e, não verificando outros vícios, homologar o procedimento e adjudicar o objeto?

Parece que há uma dificuldade a ser saneada especificamente quanto à transição entre as fase recursal e de homologação e que exigirá esforço hermenêutico.

Também é preciso considerar que as licitações serão promovidas principalmente por meio eletrônico, de modo que esse tipo de solução deverá ser informado à organização responsável pela programação do *software*, permitindo ou não a homologação antecipada pela autoridade superior.

4. A NATUREZA DO RECURSO ADMINISTRATIVO EM LICITAÇÃO COMO RECURSO HIERÁRQUICO: O LIMITE PARA A ANÁLISE DA AUTORIDADE HIERARQUICAMENTE SUPERIOR

Como visto na seção anterior, a abrangência do efeito devolutivo do recurso administrativo na licitação tem desdobramentos práticos importantes, que se estendem desde o programação do sistema eletrônico até o próprio exercício da competência pela autoridade superior.

É importante salientar que o rito previsto no art. 165, §2º, da NLLC traz indicações de como será feita a tramitação do recurso – do que se destaca (i) o seu endereçamento à autoridade que prolatou a decisão ou praticou o ato recorrido, (ii) a possibilidade de juízo de retratação, (iii) a ausência de juízo de prelibação.

Privilegiou-se, assim, o duplo grau de jurisdição administrativa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Persiste a dúvida apresentada na seção anterior – a autoridade superior deve apreciar apenas a matéria circunscrita nas razões de recursais ou, ao contrário, estará sob sua discricionariedade analisar os demais elementos do procedimento, podendo ir além? Ou, mais do que isso, a mera apresentação do recurso obriga o hierarca a realizar uma revisão ampla de todo o procedimento?

O fato de a fase recursal ser sucedida pela fase de homologação pode nos auxiliar nessa questão.

O art. 71 da NLLC prevê que *“encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá: I – determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades; II – revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade; III – proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável; e IV – adjudicar e homologar a licitação”*

Percebe-se, portanto, que tal dispositivo fixa os momentos para que a autoridade superior exerça as suas competências.

O hierarca do procedimento licitatório sempre terá resguardada a competência material, porém o exercício dessa competência, ou seja, o seu aspecto formal, deverá respeitar os limites impostos pela lei.

As normas processuais e procedimentais em alguns momentos podem aparentar ineficiência e burocracia inútil, porém o seu objetivo não é agradar gregos ou troianos. É fixar as regras que deem previsibilidade à atuação administrativa.

A interpretação conjunta do art. 17 e do art. 71 não permite a identificação clara da melhor solução hermenêutica possível. No entanto, há muito Lucia Valle Figueiredo ensina que *“se os recursos (administrativos) forem interpostos de decisões, emanadas em procedimentos administrativos (nominados ou inominados), que não relativos a punições disciplinares ou sanções administrativas, devemos entender que as garantias deverão ser as do processo judicial civil”* (1991, p. 26) – o que guarda pertinência com o art. 15 do Código de Processo Civil de 2015 e com o art. 69 da Lei de Processo Administrativo Federal.

A solução proposta passa pela aplicação supletiva do art. 1.013 do CPC/15, como se verá.

Partindo de uma premissa mais formalista, a autoridade superior sempre terá a competência para analisar e rever irregularidades, apontar vícios e nulidades etc. Porém a lei teria fixado *o momento específico* para tanto, que seria o encerramento das fases de julgamento e habilitação, seguidas pelo exaurimento dos recursos administrativos.

Ou seja, em um momento processual se analisam as razões do recurso administrativo, em outro se exerce a competência revisional ampla.

O efeito devolutivo do recurso administrativo em licitação vincularia o exercício da competência revisional da autoridade superior apenas às razões dos recursos apresentadas a ela. O efeito devolutivo cingiria o processo e permitiria à autoridade superior, naquele momento, apenas analisar os temas ali apresentados.

Essa opção privilegiaria a previsibilidade e o formalismo procedimental, porém – e é um grande porém –, tornaria o feito mais burocrático. Adotando como parâmetro o Direito Processual Civil, estar-se-á diante do efeito devolutivo que retorna a competência apenas para a análise de um capítulo da decisão ou ato administrativo.

Essa matéria é trazida pelo art. 1.013 do CPC/15, *caput* e §§1º e 2º. Veja-se:

Art. 1.013. A apelação devolverá ao tribunal o conhecimento *da matéria impugnada*.

§1º. Serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que não tenham sido solucionadas, *desde que relativas ao capítulo impugnado*.

§2º. Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao tribunal o conhecimento dos demais.

Por essa ótica, a competência revisional da autoridade superior estaria adstrita às razões do recurso administrativo – de modo que não seria lícito uma avanço para outras matérias.

No entanto, parece mais adequado analisar a questão por uma ótica instrumentalista, que permitiria o exercício da competência material para a revisão do procedimento administrativa de forma ampla.

A autoridade superior, ao receber os autos do processo licitatório (decorrência do art. 165, §2º da NLLC), deverá se pautar pelos princípios gerais do processo, dos quais damos destaque aos da eficiência e da eficácia da razoabilidade (para listar aqueles previstos no art. 37 da CF e 5º da NLLC), e do resultado útil do processo (ou economia processual) – que é um princípio geral do Direito Processual (Cintra, Grinover, & Dinarmco, 2011, p. 79).

Por essa ótica, a autoridade superior sempre deverá revisar integralmente os autos do procedimento licitatório que recebeu em conjunto com o recurso. Com isso trará maior efetividade a todo o andamento do procedimento.

O próprio §3º do art. 165 da NLLC nos induz a esse sentido por determinar que o *“acolhimento do recurso implicará invalidação apenas de ato insuscetível de aproveitamento”*. Em sentido contrário, os demais atos (ou elementos do ato impugnado) permanecerão válidos – ora, atestar a validade dos demais atos é o mesmo que homologa-los.

Pois bem, caso a autoridade superior indefira o recurso administrativo, ela deverá analisar a integridade dos autos e, não constatando nenhuma irregularidade, dar por iniciada a fase homologatória, podendo exercer qualquer das faculdades do art. 71 da NLLC.

Caso julgue o recurso procedente, total ou parcialmente, ou improcedente, mas constate outra irregularidade não suscitada, a autoridade superior deverá determinar o saneamento das irregularidades; se verificar algo de fato insanável, deverá anular a licitação. Trata-se do exercício das competências dos incisos I e III do art. 71 da NLLC, respectivamente.

O supramencionado art. 1.013 do CPC/15 também auxilia na análise da matéria, especialmente no seu §3º, que positivou a teoria do julgamento da causa madura. Veja o teor do dispositivo:

Art. 1.013. (...)

§3º. *Se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidir desde logo o mérito quando:*

- I.* reformar sentença fundada no art. 485 ;
- II.* decretar a nulidade da sentença por não ser ela congruente com os limites do pedido ou da causa de pedir;
- III.* constatar a omissão no exame de um dos pedidos, hipótese em que poderá julgá-lo;
- IV.* decretar a nulidade de sentença por falta de fundamentação.

A teoria do julgamento da causa madura é um dos corolários do Direito Processual moderno – o que se busca em um processo nada mais do que o seu resultado útil. A mera repetição de fases procedimentais não interessa a nenhum agente de boa-fé, mas apenas aqueles que pretendem postergar resultados devidos e, assim, nada mais fazem do que abusar de direitos legítimos.

Também o procedimento licitatório busca um resultado útil, que são aqueles listados no art. 11 da NLLC, e que devem ser lidos à luz do princípio da eficiência. Isso significa que a interpretação a ser adotada deve sempre prestigiar a contratação mais vantajosa, e não o formalismo puro.

Parece que há amparo normativo para o entendimento de que a autoridade superior possui capacidade revisional ampla para rever não apenas a matéria recursal que lhe foi apresentada, mas todo o processo administrativo.

Desse modo, a remessa do procedimento licitatório à autoridade superior para análise do recurso já permite que se exerça a competência prevista no art. 71 da NLLC.

5. CONCLUSÃO

Diante do quanto exposto, parece que a melhor interpretação quanto à abrangência do efeito devolutivo do recurso administrativo em procedimentos licitatórios é a de que a competência revisional da autoridade superior é ampla.

O hierarca não deverá se restringir às razões recursais (que deverá expressamente enfrentar na motivação de sua decisão superveniente), mas deverá iniciar a revisão ampla prevista no art. 71 da NLLC.

Os sistemas eletrônicos que instrumentalizarão o procedimento também deverão ser configurados para permitir que isso ocorra, sem impor limitações à autoridade superior.

REFERÊNCIAS

- Barbosa Moreira, J. C. (2009). *Comentários ao Código de Processo Civil* (Vol. 5). Rio de Janeiro: Forense.
- Barros, S. R. (1995). *Liberdade e Contrato: a crise da licitação* (2ª ed.). Piracicaba: UNIMEP.
- Cintra, A. C., Grinover, A. P., & Dinarmco, C. R. (2011). *Teoria Geral do Processo* (27ª ed.). São Paulo: Malheiros.
- Dallari, A. A. (1973). *Aspectos Jurídicos da Licitação*. São Paulo: Juriscredi.
- Ferraz, S., & Dallari, A. A. (2020). *Processo Administrativo* (4ª ed.). São Paulo: Malheiros Editores.
- Figueiredo, L. V. (1991). *Controle da Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Justen Filho, M. (2000). Pregão: nova modalidade licitatória. *Revista de Direito Administrativo*, 221, 7-45. doi:<https://doi.org/10.12660/rda.v221.2000.47554>
- Mello, O. A. (2007). *Princípios Gerais de Direito Administrativo* (3ª ed., Vol. I). São Paulo: Malheiros Editores.
- Menezes de Almeida, F. D. (2012). *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin.
- Moreira, E. B., & Guimarães, F. V. (2012). *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações - LGL e o Regime Diferenciado de Contratações*. São Paulo: Malheiros.
- Oliveira Torres, J. C. (1962). *O Presidencialismo no Brasil*. Rio de Janeiro: O Cruzeiro.
- Rosillo, A. (2013). *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros.




**NEGÓCIOS
PÚBLICOS**
Editora

ISBN: 978-65-990139-2-8



CP

9 786599 013928