

**MENEZES
NIEBUHR**

SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

2ª edição

[e-book]

Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Joel de Menezes Niebuhr (Coordenador)

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


ZENITE

Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Autores

Joel de Menezes Niebuhr (Coordenador)

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

2ª Edição

Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos / Joel de Menezes Niebuhr et al. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021. 1. 283p.

Direito Administrativo – Brasil. 2. Licitação. 3. Contrato Administrativo. I. Assis, Luiz Eduardo Altenburg de II. Ferraz, Renan Fontana III. Ferreira, Otávio Sendtko IV. Lahoz, Rodrigo Augusto Lazzari V. Luzia, Cauê Vecchia VI. Isaac Kofi Medeiros VII Niebuhr, Joel de Menezes VIII Niebuhr, Pedro de Menezes IX Oliveira, Murillo Preve Cardoso de X Quint, Gustavo Ramos da Silva XI Eduardo de Carvalho Rêgo XII Fernanda Santos Schramm.

ISBN 978-65-87239-01-9

Sumário

Apresentação

Joel de Menezes Niebuhr.....5

Capítulo 1 - Vigência e Regime de Transição

Joel de Menezes Niebuhr.....7

Capítulo 2 - Princípios Jurídicos Previstos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Eduardo de Carvalho Rêgo.....19

Capítulo 3 - Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública

Joel de Menezes Niebuhr.....33

Capítulo 4 - Fase Preparatória das Licitações

Joel de Menezes Niebuhr.....80

Capítulo 5 - Licitações Sustentáveis

Pedro Niebuhr.....96

Capítulo 6 - Regime de Execução

Gustavo Ramos da Silva Quint.....112

Capítulo 7 - Modalidades de Licitação e Procedimentos Auxiliares

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz.....123

Capítulo 8 - Critérios de Julgamento das Propostas

Isaac Kofi Medeiros.....136

Capítulo 9 - Fase de Habilitação

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz.....148

Capítulo 10 - Recursos e Encerramento da Licitação

Otávio Sendtko Ferreira.....164

Capítulo 11 - Formalização dos Contratos	
Isaac Kofi Medeiros.....	173
Capítulo 12 - Duração dos Contratos	
Gustavo Ramos da Silva Quint.....	180
Capítulo 13 - Alteração dos Contratos Administrativos	
Luiz Eduardo Altenburg de Assis.....	189
Capítulo 14 - Equilíbrio Econômico-Financeiro da Relação Contratual Lei De Licitações	
Renan Fontana Ferraz.....	200
Capítulo 15 - Extinção dos Contratos	
Luiz Eduardo Altenburg de Assis.....	209
Capítulo 16 - Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas	
Cauê Vecchia Luzia.....	230
Capítulo 17 - Reabilitação das Empresas	
Fernanda Santos Schramm.....	242
Capítulo 18 - Do Controle das Contratações	
Salomão Ribas Junior.....	250
Capítulo 19 - Meios Alternativos de Resolução	
Murillo Preve Cardoso de Oliveira.....	258
Capítulo 20 - Alteração no Código de Processo Civil: tramitação prioritária dos procedimentos judiciais em que se discute a aplicação da lei de licitações	
Renan Fontana Ferraz.....	274

Apresentação

Licitações e contratos administrativos são assuntos de extrema relevância, porque é por meio deles que a Administração Pública dispõe de insumos, materiais, serviços e obras para a realização de suas atividades. A Lei n. 14.133/2021, a nova Lei de licitações e contratos administrativos, atrai a atenção na medida em que promove mudanças no cotidiano de milhares de órgãos e entidades administrativas e nas milhares de empresas que contratam com a Administração Pública.

A intenção deste livro é a de compartilhar as reflexões dos autores sobre a Lei n. 14.133/2021, abordando-a de forma sistematizada. A primeira edição foi publicada logo com a aprovação da nova lei pelo Congresso Nacional, antes mesmo da sanção presidencial. Agora, depois de passar pela Comissão Diretora do Senado Federal, que fez diversos ajustes no texto a pretexto de dar-lhe a redação final, pelos vetos parciais e pela sanção presidencial e pela sua publicação, lança-se a segunda edição, bastante ampliada. Não se trata, no entanto, de obra definitiva, se é que existem obras definitivas sobre licitações e contratos.

Os autores são advogados que compõem o Núcleo de Licitações e Contratos do Escritório Menezes Niebuhr Sociedade de Advogados, à exceção de Fernanda Santos Scharamm, que fez parte da mesma equipe e hoje exerce a função de Diretora de Integridade e Governança da Secretaria de Integridade e Governança do Estado de Santa Catarina, e de Murilo Preve Cardoso de Oliveira, também ex-integrante do Escritório. Todos trabalham cotidianamente com licitações e contratos e já vinham por anos, inclusive academicamente, acompanhando as discussões sobre o projeto da nova Lei.

Aliás, é bom frisar que a Lei n. 14.133/2021 entrou em vigência na data da sua publicação, dia 1º de abril de 2021, sem período de vacância. O tempo urge, embora o legislador tenha estabelecido um inusitado período de 2 (dois) anos de convivência da nova Lei com a Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002 e a Lei n. 12.462/2001 (RDC) – tema já enfrentado no primeiro capítulo deste livro.

A Lei n. 14.133/2021 está muito longe do ideal, a Administração Pública merecia algo melhor, especialmente depois de décadas sofrendo nas mãos da Lei n. 8.666/1993. Há avanços pontuais, entretanto a nova Lei reproduz a mesma gênese

excessivamente burocrática, excessivamente formalista, excessivamente engessada e excessivamente desconfiada da Lei n. 8.666/1993. Esse é o maior pecado de uma Lei que caiu na armadilha burocrática de tratar tudo em pormenor, de amarrar, de exigir punhados de justificativas para qualquer coisa, documentos e mais documentos, até para compras simples e usuais.

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

Há sim qualidades na Lei n. 14.133/2021, porém elas não são transformadoras ou decisivas. O legislador não inaugurou um novo modelo de contratação, não trouxe novas alternativas que mirassem e oferecessem munição para enfrentar o futuro. As novidades são periféricas, como, por exemplo, a tão falada modalidade diálogo competitivo, que passa longe do dia a dia da Administração Pública e que será aplicada muito raramente. Está-se diante do paradoxo de uma nova Lei construída com olhos no passado, que não dá conta do presente e, é quase certo, não dará conta do futuro.

De modo geral, em sua maior parte, a Lei n. 14.133/2021 representa uma espécie de consolidação de leis, decretos, portarias, instruções normativas e principais acórdãos do Tribunal de Contas da União sobre licitações e contratos administrativos. O legislador, até com competência nesse particular, juntou diversas normas esparsas e entendimentos que iam e vinham, meio que soltos, e os reuniu em um texto terrivelmente extenso, dividido em 193 artigos, muitos e muitos parágrafos, incisos e alíneas.

Vida que segue, não adianta ficar reclamando, a Lei n. 14.133/2021 está aí e já é vigente. Agora é estudar, abraçar-se ao que ela tem de bom e tentar construir uma interpretação positiva que mire o futuro.

Florianópolis, 5/04/2020.

Joel de Menezes Niebuhr

Advogado, Doutor em Direito.

Capítulo 1

Vigência e Regime de Transição

Joel de Menezes Niebuhr

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

1.1. Vigência

O artigo 193 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que ela entra em vigor logo que sancionada e publicada. Portanto, não haverá a chamada *vacatio legis* (vacância da lei), cuja regra geral, conforme o artigo 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é de 45 (quarenta e cinco) dias a contar da publicação. Esse prazo de vacância costuma ser dado para que as pessoas tenham tempo de compreender a lei nova e adequarem os seus comportamentos a ela. No caso da Lei n. 14.133/2021, a vigência é imediata, o que significa que com a publicação, que se deu em 1º/04/2021, ela já está apta a produzir efeitos, ou seja, ela pode ser aplicada pela Administração imediatamente.

1.2. Período de convivência entre a Lei n. 14.133/2021 e o regime anterior

Sem embargo, o legislador previu que a Lei n. 14.133/2021, uma vez sancionada e publicada, conviverá por dois anos com as leis que compõem o regime antigo. A Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 10.520/2002, que trata da modalidade pregão, e os dispositivos da Lei nº 12.462/2001 que versam sobre o Regime Diferenciado de Contratações Públicas somente serão revogadas depois de 2 (dois) anos da publicação da Lei n. 14.133/2021. Ou seja, haverá dois anos de convívio entre os regimes antigo e novo de licitação e contratação.

Quer dizer que durante esses dois anos a Lei n. 14.133/2021 será vigente ao mesmo tempo da Lei n. 8.666/1993, da Lei n. 10.520/2002 e dos dispositivos da Lei n. 12.462/2012 sobre licitações e contratos. Nesse intervalo de tempo, a Administração poderá aplicar qualquer dos regimes, o antigo ou o novo, conforme

sua preferência. Isso fica muito claro no *caput* do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021, cuja redação é a seguinte:

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.

Portanto, durante os dois anos que seguem à publicação da Lei n. 14.133/2021 a Administração dispõe de três opções: (i) aplicar o regime novo, (ii) aplicar o regime antigo ou (iii) alternar os regimes, ora promovendo licitações sob o regime antigo e ora promovendo licitações sob o regime novo.

Na prática, é permitido à Administração permanecer com o regime antigo de licitações e contratos por até dois anos, tempo bem alargado. Supõe-se que neste intervalo à Administração faça os estudos necessários sobre a Lei n. 14.133/2021, adapte os seus processos internos, qualifique os seus servidores e passe a aplicar o novo regime.

No entanto, repita-se que a Lei n. 14.133/2021 já entrou em vigência com a sua publicação, o que significa que desde então é permitido à Administração adotá-la. Logo, as entidades e órgãos que se sentirem preparados, estão autorizados a passar a adotar o regime novo a partir de quando entenderem conveniente. Não precisam esperar os dois anos.

Essa solução é muito parecida com a oferecida pelo Legislador na Lei n. 13.303/2016, que disciplina as estatais, inclusive suas licitações e contratos, como preceitua o seu artigo 91¹. No caso das estatais, a grande maioria resolveu mexer-se em cima do laço, quando os 2 (dois) anos já estavam prestes a vencer. Nada impede que aconteça o mesmo com a Lei n. 14.133/2021.

Há, no entanto, uma diferença importante na Lei n. 14.133/2021 em comparação com a Lei n. 13.303/2016: as estatais tinham o prazo para passarem a adotar a Lei n. 13.303/2016. Num dado momento, passavam a adotar a Lei n. 13.303/2016 e deixavam o regime antigo, mesmo que o fizessem antes dos 2 (dois) anos. Não lhes foi permitido usar os dois regimes ao mesmo tempo.

A Lei n. 14.133/2021 inovou nesse sentido, porque permitiu que a

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

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

Portanto, o fato de órgão ou entidade lançar licitação pelo regime novo não significa que abandonou totalmente o antigo. É como se fosse uma fase alongada de 2 (dois) anos de test drive, até que a Administração pegue confiança e decida de uma vez ou seja forçada a abandonar o regime antigo.

Projeta-se um belo salseiro nesse biênio. Uns órgãos e entidades no velho, outros no novo, outros intercalando o velho e o novo. Isso deve gerar muita insegurança jurídica para os agentes administrativos, para os licitantes e para os contratados. Períodos de transição são por si só difíceis. Este vai e vem inusitado da Lei n. 14.133/2021 deve dificultar bem mais as coisas, embora permita à Administração uma certa experimentação e uma transição mais suave.

1.3. O regime de transição dos contratos

O *caput* do artigo 190 da Lei n. 14.133/2021 preceitua que o contrato assinado antes da entrada em vigor da lei nova continua seguindo o regime antigo, até porque se configura como ato jurídico perfeito, não podendo ser alterado pela lei nova, como reconhece o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Daí que, tudo que foi contratado até a publicação da lei nova, segue o regime antigo, baseado na Lei n. 8.666/1993.

Em adição, o parágrafo único do artigo 191 esclarece que, mesmo depois da entrada em vigência da Lei n. 14.133/2021, nas situações em que a Administração preferir licitar com o regime antigo, dentro dos 2 (dois) anos autorizados pelo *caput* do mesmo artigo 191, os contratos que lhe sejam decorrentes seguem o regime antigo.

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

Sendo assim, pode vir a ocorrer de licitação ser concluída antes do marco final de 2 (dois) anos e demorar-se para assinar o contrato, por qualquer razão, de modo que passe o prazo sem que ele tenha sido adequadamente formalizado. O contrato, nesse caso, deve seguir o mesmo regime antigo, que foi o adotado na licitação, em vista do parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021. Não há impedimento de que seja assinado sob o regime antigo depois que decorridos os 2 (dois) anos.

O mesmo raciocínio se aplica para os registros de preços. Suponha-se licitação para registro de preços iniciada e concluída dentro do prazo de 2 (dois) anos. A ata de registro de preços pode perfeitamente ser assinada depois do biênio e os contratos dela decorrentes da mesma forma. O fundamental é o regime da licitação, que se aplica sobre tudo o que decorre e está vinculado a ela, tanto ata de registro de preços, quanto os respectivos contratos. A redação do parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021 causa controvérsia, porque prescreve que, se a licitação segue o regime antigo, "o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência". Ou seja, previu-se que o contrato segue enquanto for vigente. A dúvida é se a vigência, por sua vez, pode ser estendida.

A resposta é positiva, porque a Lei n. 8.666/1993 prevê situações em que o prazo de vigência pode ser prorrogado. Além disso, a prorrogação do prazo de vigência pressupõe que ele não tenha se exaurido. Ou seja, o contrato não perde a vigência e depois é prorrogado. Ele é prorrogado dentro da sua vigência, por efeito do que a prorrogação não representa solução de continuidade de vigência, o contrato prorrogado, para que pudesse ser prorrogado, jamais deixou de ser vigente.

O resultado prático é que contratos podem ser firmados em acordo com o regime antigo dentro do prazo de 2 (dois) anos da publicação da Lei n. 14.133/2021 ou mesmo depois, se as licitações respectivas forem iniciadas dentro desse biênio, sendo que, uma vez firmados, podem ser prorrogados segundo às disposições da Lei n. 8.666/1993.

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

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

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

Haverá um sem número de licitações em curso antes da entrada em vigor da lei nova. Essas licitações prosseguem em acordo com os seus regimes, não mudam no meio do caminho, até porque o inciso II do artigo 193 da Lei n.

14.133/2021 prescreve que o regime antigo só é revogado depois de 2 (dois) anos. Significa que licitações em curso não precisam ser desfeitas no meio do caminho. Elas seguem, são concluídas, os contratos assinados e executados normalmente, tudo pelo regime antigo.

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

A Lei n. 14.133/2021 não é clara sobre o assunto, mas o *caput* do seu artigo 191 prescreve que, dentro dos 2 (dois) anos, é permitido licitar pelo regime antigo. Na sequência, o parágrafo único do mesmo artigo prescreve que, nessas situações, "o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência".

Ora, como o parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021 autoriza licitar sob o regime antigo dentro do biênio, é razoável entender que as licitações que tenham sido iniciadas possam ser concluídas e os respectivos contratos assinados, ainda que vencido o biênio e o regime antigo revogado. O argumento chave é que a autorização para licitar pelo regime antigo dentro do biênio dada pelo parágrafo único do artigo 191 traz implícita a autorização para concluir a licitação e assinar o contrato que lhe seja decorrente.

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

O importante, sob essa premissa, é que as licitações tenham sido iniciadas dentro do prazo de 2 (dois) anos a contar da publicação da Lei n. 14.133/2021. Se iniciadas sob o regime antigo, como autoriza o parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021, seguem o regime antigo até o seu final, pouco importa que o prazo de 2 (dois) anos venha a ser exaurir no meio do caminho.

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

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

Repita-se que a questão é saber quando se considera que se inicia uma licitação. De acordo com o artigo 17 da Lei n. 14.133/2021 o processo licitatório inicia-se na etapa preparatória, referido no seu inciso I, seguido pela divulgação do edital, conforme inciso I. Noutros termos, quando aberto o processo administrativo para a preparação da licitação considera-se que foi iniciada a licitação. A publicação do edital dá início à fase externa da licitação, não à licitação no seu todo – iniciada anteriormente com a etapa preparatória.

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

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

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

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

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

16. Apesar dessa controvérsia ter perdido importância, uma vez decorrido neste momento o prazo máximo de transição previsto em lei, a equipe técnica deste Tribunal identificou que os procedimentos licitatórios do "Edital de Concorrência 02/2018 do Metrô-DF", tiveram como base a Lei 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos da Administração Pública), em detrimento da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais).

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

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

19. E os motivos para essa interpretação são simples. Em primeiro lugar, não seria razoável supor que o legislador fornecesse tempo indeterminado para a utilização da lei antiga, pois, caso prevalecesse a tese encampada pela equipe técnica do Metrô, qualquer objeto que tivesse seus estudos iniciados anteriormente à data de publicação da Lei 13.303, 1º/7/2016, poderia ser licitado por uma empresa estatal com base na Lei 8.666/93, mesmo que decorrido um prazo elevado. Seria ampliar em demasia uma flexibilidade pensada pelo legislador para harmonizar a transição dos comandos de uma lei nova.

20. Em segundo, o prazo de dois anos definido para a mencionada transição foi suficiente para que todos os procedimentos de adaptação tivessem sido incorporados pelas estatais, seja em relação à definição de seus regulamentos internos, seja no tocante aos ajustes dos estudos desenvolvidos na fase interna. Não seria razoável a alegação de que houve surpresa para a equipe técnica por comandos exigidos em uma Lei n. 14.133/2021 ou de que haveria custos de ajustes para um suposto "inédito" normativo, decorridos 24 meses de sua publicação.

21. Em terceiro, é da data de publicação do edital que as empresas concorrentes têm ciência do objeto a ser licitado e, automaticamente, começam a investir recursos na preparação de suas propostas. A preservação dos comandos contidos em lei anterior visou manter o equilíbrio econômico nos contratos firmados pela Administração com particulares no interregno transitório. Passado esse período, natural que as empresas submetidas à Lei n. 14.133/2021 já tivessem adaptado todos os seus procedimentos.²

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

Insista-se que a situação é muito parecida com a do Lei n. 14.133/2021 e o Tribunal de Contas da União deixou claro o seu entendimento de que apenas as licitações com editais publicados podem prosseguir ao final do prazo de 2 (dois) anos. Quer dizer que, na visão do Tribunal de Contas da União, diferente da aqui defendida, as licitações cujas etapas preparatórias tenham sido iniciadas no biênio, porém não concluídas e os editais não publicados, não poderão mais sê-lo com o encerramento do biênio. As etapas preparatórias terão que ser revistas e adaptadas, porque os editais terão que seguir e serem publicados sob o regime novo depois de encerrados os 2 (dois) anos.

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

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

Todos os três argumentos do Tribunal de Contas da União tangenciaram o fato de que o § 2º do artigo 71 a Lei n. 13.303/2016 autoriza o emprego do regime antigo às licitações iniciadas no prazo de dois anos da publicação da Lei n. 13.303/2016 – opção muito semelhante à externada no parágrafo único do artigo 191 da Lei n. 14.133/2021, ainda que com redação diferente. Todos os três argumentos tangenciam o fato que a licitação não se inicia com a publicação do edital, porém com a abertura do respectivo processo administrativo, já na sua fase

preparatória. Apesar da divergência, que o leitor tenha claro o entendimento do Tribunal de Contas da União.

1.5. Contratação direta

Em sua redação aprovada por ambas as casas, o projeto de lei não previa o regime de transição para as contratações diretas, apenas para as licitações. É o que constava do § 2º do artigo 191 do projeto, cujo texto foi alterado e remunerado sob o pretexto de revisão para consolidar a redação final. O dispositivo passou a ser o *caput* do artigo 191, porém com outra redação. Veja-se a tabela comparativa:

PROJETO DE LEI APROVADO	LEI N. 14.133/2021
Art. 191 [...] § 2º - Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do <i>caput</i> do art. 190, a Administração poderá optar por licitar de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.	Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do <i>caput</i> 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.

Bem se vê que se previu um prazo de 2 anos de convivência entre a lei nova e as leis velhas (Lei n. 8.666/93, Lei n. 10.520/02 e Lei n. 12.462/2011). Nesse prazo, de acordo com o texto aprovado, é possível licitar adotando a lei nova ou as leis velhas, que permanecem vigentes. A Administração, nessa linha, pode escolher entre licitar pelo regime novo ou velho e pode ir alternando as licitações, ora pelo novo, ora pelo velho.

Essa faculdade, pelo menos conforme o projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, foi aberta para “licitar” e não para contratar diretamente. Logo, as normas sobre contratação direta da Lei n. 14.133/2021 deveriam ser aplicadas de imediato, já com a publicação dela. A questão é que o redator final resolveu mudar o teor da norma e incluir a possibilidade de alternar também a contratação direta nesse período de 2 anos. Na redação final, que prevaleceu e foi sancionada, o *caput* do artigo 191 passou a permitir a opção “por licitar ou contratar diretamente [...]”. A todas as luzes, o redator final inovou a ordem jurídica, passou a permitir que

a parte da contratação direta da Lei n. 8.666/1993 continuasse a ser aplicada por mais 2 anos, o que não constava do projeto aprovado pelo Congresso Nacional.

Sem entrar no acerto ou desacerto do discernimento jurídico do redator final do projeto, o que causa espanto é que novas normas jurídicas sejam criadas depois da aprovação do projeto por ambas as casas. A redação final deveria ter se limitado a inserir as modificações deliberadas na sessão que aprovou o projeto, corrigir algum erro ortográfico, a ordem da numeração dos artigos ou mesmo rearranjá-los, porém sempre limitada a aspectos formais. Em direção oposta, não deveria reiniciar o debate sobre o mérito das normas jurídicas já aprovadas, promovendo alterações substanciais meio que sorradeiras, ainda que a intenção tenha sido boa e que a redação final tenha passado pelo crivo do Plenário do Senado. Aliás, a Comissão Diretora, responsável pela redação final, fez a seguinte introdução quando a apresentou:

"A **Comissão Diretora**, em **Plenário**, apresenta a redação final do Projeto de Lei n. 4.253, de 2020 (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado no 559, de 2013 – PL n. 6.814, de 2017, naquela Casa), *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, nos termos do voto do Relator, aprovado pelo Plenário na Sessão Deliberativa Remota do dia 10 de dezembro de 2020, promovendo a padronização de terminologias, bem como adequações redacionais para clareza, precisão e ordem lógica do texto, nos termos da Lei Complementar n. 95, de 26 de fevereiro de 1998."

Pondera-se que, de acordo com o inciso I do artigo 325 do Regimento do Senado, se verificado erro no projeto cuja correção importe alteração de sentido, é necessário que a proposta de correção do erro seja examinada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, o que não aconteceu no caso em tela. No caso do projeto da lei nova, pelo menos no § 2º do artigo 191, não havia erro nenhum a ser corrigido. O que houve, sem rodeios, foi alteração de conteúdo normativo mesmo, porque o redator final não concordou com a solução dada pelo Congresso Nacional ou achou que poderia melhorar o seu conteúdo – coisas que não se confundem com erro, o que autorizaria a correção com alteração de sentido, nos termos do Regimento.

Como reconhecido pela Comissão Diretora, a redação final deveria se prestar apenas a "adequações redacionais para clareza, precisão e ordem lógica do texto". A redação final foi muito além, houve inovação jurídica material e expressiva, solapando o processo legislativo democrático, o que pode gerar questionamentos no futuro e causar ainda mais insegurança jurídica, que é tudo o que não se precisa, especialmente na fase de transição.

De todo modo, do jeito que foi sancionada e publicada, a Lei n. 14.133/2021, consoante o *caput* do seu artigo 191, permite que a Administração Pública alterne entre os regimes novo e antigo durante o prazo de 2 (dois) anos e que essa alternância compreende as licitações e as contratações diretas.

É de supor que os agentes administrativos queiram logo utilizar a Lei n. 14.133/2021 para as contratações diretas, até porque os incisos I e II do seu artigo 75 ampliaram substancialmente os limites para as dispensas de licitação e o inciso VIII do mesmo artigo estendeu os prazos das contratações emergenciais, outra hipótese de contratação direta bastante usada, de 180 (cento e oitenta) dias para 1 (um) ano. Advirta-se apenas que, ao utilizar as dispensas e inexigibilidades da Lei n. 14.133/2021, o contrato administrativo delas decorrentes não poderão seguir a Lei n. 8.666/1993. Será preciso aplicar o regime dos contratos administrativos da Lei n. 14.133/2021, o que demanda a atenção dos agentes administrativos.

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

Em tom diferente, sem qualquer período de transição, o inciso I do artigo 193 da Lei n. 14.133/2021 revogou imediatamente os artigos 89 a 108 da Lei n. 8.666/1993. Quer dizer que a seção dedicada aos crimes e às penas da Lei n. 8.666/1993, que corresponde aos artigos 89 a 99, e a seção que trata do processo e do procedimento judicial, que corresponde aos artigos 100 a 108, saíram de cena imediatamente. É que a Lei n. 14.133/2021 promoveu no seu artigo 177 uma série de alterações no Código Penal, instituindo o Capítulo II-B, intitulado "Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos", com aumento substancial das penas. Então, os crimes em licitações e contratos deixam de ser tratados na lei de licitações e contratos e são inseridos no Código Penal.

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

A Lei n. 14.133/2021 estabelece uma série de obrigações e procedimentos novos para a Administração Pública Nacional, para todos os órgãos e entidades, de todas as esferas federativas, salvo para as estatais, disciplinadas pela Lei n. 13.303/2016.

Muitas dessas obrigações e procedimentos novos são especialmente difíceis de serem cumpridos pelos órgãos e entidades menos estruturados, como ocorre com a maioria dos municípios de médio e pequeno porte. Por essa razão, o artigo 176 da Lei n. 14.133/2021 concede prazo adicional de 6 (seis) anos para o que os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes cumpram os requisitos dos artigos 7º e 8º da Lei, relacionados aos agentes responsáveis pela condução das licitações e à segregação de funções, à obrigatoriedade de licitações eletrônicas

e às regras sobre divulgação em sítio eletrônico.

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

No mesmo passo, para a aplicar a Lei n. 14.133/2021, todos os entes terão que se estruturar e contar com gente qualificada. Não faz sentido dispensar os municípios menores da obrigação de contar com gente qualificada e, ao mesmo tempo, exigir deles o cumprimento de todas as obrigações e procedimentos novos. Sem gente qualificada, não conseguirão cumpri-los.

Talvez a maior utilidade do artigo 176 da Lei n. 14.133/2021 seja adiar por 6 (seis) anos a obrigação dos municípios de tomar as medidas para a segregação de funções, em conformidade com o § 1º do artigo 7º, cujo texto veda "[...] a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos [...]". É que, para cumprir essa ordem, os municípios precisariam ampliar os seus quadros, difícil de se fazer em curto ou médio espaço de tempo, por todas as restrições financeiras enfrentadas.

O parágrafo único do mesmo artigo 176 prescreve aos Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes que, enquanto não se inserirem no Portal Nacional de Contratações Públicas, devem publicar em diário oficial as informações exigidas pela Lei n. 14.133/2021 e disponibilizar as versões físicas dos documentos em suas repartições. A propósito, o Portal é previsto no artigo 174 da Lei e deve servir para centralizar a divulgação eletrônica de todos os atos tocantes às licitações e contratos em âmbito nacional, o que representa medida audaciosa e muito positiva na direção de maior transparência.

Capítulo 2

Princípios Jurídicos Previstos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Eduardo de Carvalho Rêgo

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

2.1. Breves considerações sobre os princípios jurídicos

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

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

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

¹ ESPÍNDOLA, R. S. Conceito de princípios constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmá-

Atualmente, pelo menos desde a publicação das obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy, para citar apenas dois dos principais especialistas no tema, parece haver consenso no sentido de que os princípios jurídicos, ao lado das regras, preenchem o conceito mais abrangente de "normas jurídicas". Assim, é plenamente possível, e até comum, que princípios resolvam diretamente os casos concretos, sem a necessidade da invocação de uma regra de Direito específica. Inclusive, a própria jurisprudência tem entendido que, no conflito entre regra e princípio, utilizando-se a técnica da "ponderação", o princípio pode muito bem prevalecer, justamente por ser dotado de uma maior densidade valorativa a ser explorada no caso concreto.

Do exposto, fica desde já evidenciado que o objetivo aqui não foi aprofundar uma teoria dos princípios. Pelo contrário, o pequeno introito tem a pretensão apenas de chamar a atenção para a necessidade de não subestimar a força normativa dos princípios regentes da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, até mesmo porque, com base neles, certamente muitas decisões judiciais serão tomadas nos casos concretos, formando a já aguardada jurisprudência aplicável à Lei n. 14.133/2021.

2.2. O rol do artigo 5º da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

O Capítulo II do Título I da Lei n. 14.133/2021 é composto exclusivamente pelo artigo 5º, que elenca um extenso rol de princípios jurídicos a estruturar as licitações e as contratações públicas no Brasil. São eles: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável. Ainda, o legislador fez questão de indicar que as disposições constantes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro integram, para todos os fins, a principialística da novel Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

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

tica constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 55.

2.3. Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência

Como visto, a lista constante no artigo 5º da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos tem início com a reprodução, em ordem fidedigna, dos princípios constitucionais previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.²

Tais princípios constitucionais, que condensam os valores básicos da Administração Pública brasileira, não precisariam ter sido expressamente contemplados também no ordenamento infraconstitucional pátrio para gozarem de imperatividade perante as licitações e as contratações públicas. É que, considerando a força normativa da Constituição Federal³, tais valores impõem-se automaticamente a todos os âmbitos regidos pelo Direito Administrativo, obviamente aí incluído o contexto das licitações e, conseqüentemente, das contratações públicas.

Não obstante, a presença de tais princípios no rol do artigo 5º da Lei n. 14.133/2021, publicada no último dia 1º de abril, reforça a sua normatividade e desperta o olhar para aspectos específicos aplicáveis às licitações e às contratações públicas, conforme será abordado nos parágrafos seguintes.

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

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

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

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

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

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

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

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

Na lição de Joel de Menezes Niebuhr:

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

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

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

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

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

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

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

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

2.4. Interesse público e probidade administrativa

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

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

O princípio em questão pode ser analisado em contraposição ao interesse privado, na medida em que este último, por sua própria natureza, visa à prevalência de uma vontade individualizada, por vezes egoísta, e que não leva em consideração o todo. Salientando esse aspecto, Celso Antônio Bandeira de Mello chega a falar em princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado⁶.

É natural e imperativo que, nas licitações e nas contratações públicas, prevaleça o interesse público em detrimento do interesse privado. Valendo-se de tal

5 Idem, p. 55.

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

princípio, pode a Administração Pública, por exemplo, revogar uma licitação cujo resultado não tenha sido satisfatório, ou então empreender contratação emergencial dispensando a realização do certame. Tudo dependerá das circunstâncias e da demonstração da prevalência do interesse público em jogo.

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

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

2.5. Segurança jurídica, razoabilidade e proporcionalidade

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

Sem pretender adentrar nessa espinhosa discussão, isto é, se tratar-se-iam de princípios com envergadura constitucional ou não, cumpre reconhecer a elevada relevância de tais princípios para o Direito Administrativo brasileiro, até pelo fato de estarem expressamente previstos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

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

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

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

APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. METODOLOGIA DE CÁLCULO DAS TARIFAS. REVISÃO TARIFÁRIADE2002ATÉ2009.REPETIÇÃODEINDÉBITO.IMPOSSIBILIDADE. ATO JURÍDICO PERFEITO. PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E SEGURANÇA JURÍDICA. - A superveniente alteração da metodologia dos cálculos das tarifas de energia elétrica, após a constatação pelo TCU de equívocos da

fórmula, não autoriza a revisão retroativa da sistemática então vigente, com a repetição dos valores pagos, em razão do ato jurídico perfeito, garantia constitucional, expressa no art. 5º, XXXVI, da CF - Ademais, o acolhimento da pretensão repetitória geraria afronta não apenas ao princípio da legalidade, mas especialmente ao da segurança jurídica, pois as fórmulas de cálculo e de reajuste das tarifas discutidas estavam previstas em lei, no edital e nos contratos firmados pelas concessionárias de energia - Precedentes do STJ e TJRS. APELO DESPROVIDO.⁷

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

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

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

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

Na lógica da licitação pública, será proporcional o ato que se apresentar adequado, necessário e proporcional em sentido estrito, conforme, aliás, já

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

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

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

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

assentado pela jurisprudência.¹¹

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

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

Na sequência, um breve comentário sobre cada um deles.

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

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

Note-se como a igualdade, embora relacionada à impessoalidade, com esta não se confunde, uma vez que o tratamento impessoal visa impedir favoritismos

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

e benefícios aos apaniguados, enquanto a igualdade visa garantir um tratamento isonômico aos envolvidos no certame público, mesmo que não fique configurada qualquer intenção de beneficiar um ou outro licitante em específico.

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

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

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

Embora com ele possua relação, o princípio da transparência não se confunde com o princípio da publicidade. É que o princípio da transparência visa não

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

apenas garantir a publicidade dos atos oficiais, mas também coibir os arranjos secretos que se entabulam nos bastidores da Administração Pública, fora dos autos. Bem entendido: não significa que todo e quaisquer contatos entre licitantes e Administração Pública sejam ilícitos. Porém, o princípio da transparência recomenda que tais contatos sejam feitos abertamente, às claras, até para que os demais licitantes possam ter a oportunidade de fazer contatos semelhantes, caso assim desejem.

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

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

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

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

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

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

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

O princípio da vinculação ao edital garante que os licitantes não sejam pegos de surpresa ao longo das mais diversas fases do certame. Como o próprio nome sugere, a Administração Pública está vinculada ao edital, não podendo dele se afastar em qualquer circunstância. Conforme já decidido pelo Poder Judiciário, "O procedimento licitatório é regido pelo princípio do formalismo e pela vinculação ao instrumento convocatório, devendo todas as fases do certame obedecer rigorosamente o edital, sob pena de nulidade".¹³

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

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

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

Finalmente, o princípio da motivação prescreve que todos os atos proferidos pela Administração Pública no contexto das licitações e das contratações públicas devem ser motivados, fundamentados. Não basta que as decisões sejam tornadas

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

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

públicas, é preciso que elas externem os seus motivos determinantes, até para viabilizar possíveis impugnações e questionamentos por parte dos interessados.

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

2.8. Desenvolvimento nacional sustentável

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável aplicado às licitações e às contratações públicas decorre da ideia de que é preciso observar critérios sociais, ambientais e econômicos nas contratações públicas. Ou seja, a consideração de tais valores pode acabar redundando na flexibilização de outros princípios igualmente constantes no ordenamento jurídico, tais como o princípio da economicidade.

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

Art. 4º [...].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵ "AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO. SENAC. ENTIDADE DO SISTEMA \S\X. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA

No mais, considerando que o tema "licitações sustentáveis" será abordado em capítulo específico desta obra, a ele remetemos o leitor.

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

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

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

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

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

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

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

Eis algumas disposições constantes na LINDB aplicáveis às licitações e às contratações públicas:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

[...]

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

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

Capítulo 3

Dispensa e Inexigibilidade de Licitação Pública

Joel de Menezes Niebuhr

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

3.1. Considerações gerais

A licitação pública é obrigatória em tributo aos princípios regentes da Administração Pública, que visam proteger o interesse público de atos imorais, marcados pela pessoalidade e, com destaque, que imputem aos membros da coletividade tratamento discriminatório. A causa maior da licitação pública é o princípio da isonomia, uma vez que o contrato implica benefício econômico ao contratado e, por isso, todos aqueles que tiverem interesse em auferir o aludido benefício devem ser tratados de modo igualitário por parte da Administração Pública, pelo que se impõe a ela realizar procedimento administrativo, denominado licitação pública. Como o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal¹ abriga o princípio da isonomia, ele já fornece subsídio normativo suficiente para que se conclua pela obrigatoriedade de licitação pública.

Além disso, o constituinte houve por bem, para não permitir espaço a interpretações distorcidas, realçar que a licitação pública é efetivamente obrigatória, inserindo, no capítulo referente à Administração Pública, o inciso XXI do artigo 37².

1 “Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]”.

2 “Artigo 37. [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica

É como se o constituinte reforçasse a dicção geral do princípio da isonomia contida no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, dando-lhe concreção especial.³

O inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal não deixa a mais estreita margem à dúvida no que tange à obrigatoriedade de licitação pública que assegure igualdade de condições, pelo que se alinha ao *caput* do artigo 5º, também da Constituição Federal. Em paralelo a isso, o dispositivo em comento prevê hipóteses em que não se deve proceder à licitação pública, dado que já no início do texto os casos especificados na legislação são excluídos da aludida obrigatoriedade.

Observe-se que o constituinte adotou técnica estranha ao iniciar o dispositivo com a ressalva, para, em seguida, estabelecer a regra. Isto é, o texto começa dando conta que "ressalvados os casos especificados na legislação", para, depois, consignar a regra, segundo a qual "as obras, serviços compras e alienações serão contratadas mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes".

O fato é que, de modo muito claro, a regra é a obrigatoriedade de licitação pública, e a exceção se refere aos casos especificados pela legislação, que, como visto, redundam em inexigibilidade e dispensa. Bem se vê que o constituinte atribuiu competência ao legislador para integrar o dispositivo, declinando os casos em que a licitação pública não se impõe. Entretanto, o constituinte não permitiu que o legislador criasse hipóteses de dispensa não plausíveis, pois, se assim tivesse procedido, este último poderia subverter a própria regra constitucional relativa à obrigatoriedade de licitação.

Para a sistemática constitucional, repita-se, a obrigatoriedade de licitação pública é a regra, e a contratação direta, a exceção. E essa relação apresenta-se ao legislador como espécie de norma programática, uma diretriz que ele deve seguir sob pena de inconstitucionalidade.

Aliás, contratação sem licitação pública costuma ser chamada de contratação direta, porque a Administração Pública contrata diretamente, sem antes realizar a licitação pública. Em geral, a contratação direta dá-se por duas maneiras, por meio de inexigibilidade, quando a competição é inviável, e de dispensa, quando a competição é viável, porém a realização da licitação importaria prejuízos ao interesse público.

indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

3 "A Constituição, em seu artigo 37, XXI, enuncia o princípio da exigibilidade de licitação para a Administração Direta e Indireta e, ao fazê-lo, incluiu as empresas públicas e as sociedades de economia mista. O Estatuto, portanto, não poderia dispor de forma contrária. Por tal motivo, deixa expresso que os contratos dessas entidades com terceiros, tendo variados objetivos, serão precedidos obrigatoriamente de licitação, com a ressalva estabelecida na própria lei" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 552).

É evidente que o legislador, diante do prescrito na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, não pode inverter a sistemática adotada pela Constituição Federal: o que sucederia se ele passasse a prever tantas hipóteses de contratação direta a ponto de já não mais desenhá-la como exceção, porém assumindo inconstitucionalmente o status de regra. Ocorre que o legislador é obrigado a tratar a regra como regra e a exceção como exceção, isto é, excepcionalmente. A exceção não pode passar à regra, não nesse caso, em que o constituinte enfeixou um programa a ser seguido pelo legislador. A este não é dado optar por tomar a licitação pública como regra ou como exceção, uma vez que a opção já foi feita pelo constituinte.

O problema não se põe com intensidade no que toca à inexigibilidade, porque ela ocorre nas hipóteses em que a competição é inviável, o que impossibilita a licitação pública, independentemente da vontade do legislador. Sempre que se verifica a inviabilidade de competição, está-se diante de inexigibilidade, queira o legislador ou não. Destarte, se a inexigibilidade independe do legislador, no que tange a ela a norma programática que prescreve a tarefa de tratá-la como exceção aplica-se com suave amplitude, dirigindo-se especialmente ao agente administrativo.

Noutro lado, a questão é robustecida ao versar dispensa, que, por seu turno, vem à tona nas hipóteses em que a realização de licitação pública importaria prejuízos a valores concernentes ao interesse público, conforme critério do legislador, então, dependente de expressa disposição legal. Para a dispensa é que se dirige com ênfase o comando programático do constituinte, pois nela o legislador é quem vai decidir o que se sujeita e o que não se sujeita à licitação pública.

Além disso, a norma programática que implica tratar os casos de contratação direta como exceção incide também sobre os agentes administrativos, que devem interpretar os casos autorizados pelo legislador e dar-lhes aplicação prática. Sob essa perspectiva, os agentes administrativos devem nortear-se pela obrigatoriedade de licitação pública para que somente em casos justificados optem pela contratação direta. Quer-se dizer que a interpretação dos casos de contratação direta, na mesma linha, também deve ser restritiva, tomada como exceção, para que se harmonize à norma programática contida na Constituição Federal.

Entretanto, deve-se ponderar que a interpretação restritiva não autoriza a adoção de entendimentos radicais, apegados apenas ao método literal, que muitas vezes retiram qualquer utilidade da contratação direta ou lhes impõem tantas dificuldades que sua operacionalização se torna inviável.⁴

4 A interpretação exageradamente restritiva das hipóteses de dispensa de licitação fez com que dois autores de escol, Renato Geraldo Mendes e Egon Bockmann Moreira, se propusessem a "repensar a contratação pública e o dever de licitar": Quem atua na área de contratação pública se depara constantemente com a afirmação

Não há sentido em obstaculizar hipóteses de inexigibilidade e de dispensa legítimas, tanto que o constituinte, na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, não as proíbe, mas, ao contrário, oferece a elas fundamento de validade, desde que dentro de certos parâmetros. A interpretação restritiva não pode deitar a perder a razoabilidade, o bom senso, não pode levar ao absurdo, ao comprometimento dos interesses públicos, a recusar hipóteses legítimas de contratação direta amparadas na Constituição Federal e na Lei.

Por fim, convém registrar que as dispensas e inexigibilidades representam em seu conjunto parcela significativa das contratações da Administração Pública Nacional. De acordo com dados da Controladoria-Geral da União,⁵ no ano de 2020, de um total de R\$ 35,53 bilhões atinentes a recursos federais, as dispensas de licitação somaram 24,33% do total das contratações, as inexigibilidades 16,59% e as contratações sem processo licitatório associado chegaram a 10,45%⁶, perfazendo expressivos 51,37% do total das contratações. É provável que o volume das contratações diretas em 2020 seja decorrente das dispensas por emergência correlacionadas ao enfrentamento da pandemia de COVID-19. De todo modo, o fato objetivo é que em 2020 a maior parte das contratações foi direta, sem licitação, tendo-se subvertido a ordem do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. Na prática, pelo menos em 2020, é possível dizer que a contratação direta foi a regra e a licitação foi a exceção.

de que a licitação é a regra, e a dispensa e a inexigibilidade são exceções. Mas, fato é que isso se tornou uma espécie de mantra na área da contratação pública ou uma frase pronta, que todos repetem sem refletir melhor sobre seu conteúdo. Ao afirmar que uma coisa é regra e a outra sua exceção, definimos uma ordem de prevalência de uma sobre outra. No entanto, esse não é o ponto mais relevante. O problema maior está em adotar a ideia de regra e exceção imaginando que há apenas um único pressuposto aplicável para toda a realidade normatizada. Com isso, passamos a crer, por exemplo, que o certo, o comum é licitar, e que não licitar é incomum, é errado. Cria-se, assim, uma ideia de que se valer da exceção é não fazer o que deveria ter sido feito. Gera-se a errada concepção de que se deveria evitar a dispensa e a inexigibilidade. Mas é preciso dizer que não é nada disso. Primeiro, porque não há apenas um único pressuposto para definir o cabimento da regra e o da exceção. Segundo, porque a legalidade depende tanto da aplicação da regra quanto da exceção. Ademais, em razão de tal equívoco de concepção, amplia-se demasiadamente o dever de licitar e, por via de consequência, o cabimento da contratação sem licitação é reduzido consideravelmente (MENDES, R. G.; MOREIRA, E. B. Inexigibilidade de licitação: repensando a contratação pública e o dever de licitar. Curitiba: Zênite, 2016. p. 51).

5 Disponível em: <http://www.portaltransparencia.gov.br/contratos>. Acesso em: 2 jul. 2020.

6 A Controladoria-Geral da União não esclarece que tipo de contratação se enquadra na categoria "sem processo de licitação associado". Supõe-se que se trate das hipóteses de pagamento antecipado ou supressão de fundos, previstas no artigo 60 da Lei n. 8.666/1993, no artigo 68 da Lei n. 4.320/1964 e no artigo 45 do Decreto Federal n. 93.872/1986.

3.2. Inexigibilidade de licitação pública

A exigibilidade de licitação pública tem por causa o princípio da isonomia e, indiretamente, acaba por respaldar os princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa. Portanto, antes de celebrar contratos, a Administração Pública, por regra, deve realizar licitação pública. Em paralelo a isso, há casos em que, legitimamente, a licitação pública é afastada, delineando-se inexigibilidade e dispensa.

A obrigatoriedade de licitação pública encontra limites, porque há casos em que ela não poderia se desenvolver regularmente. Eis as hipóteses de inexigibilidade de licitação pública, ou seja, hipóteses em que não se poderia exigir que se procedesse à licitação pública, uma vez que, mesmo se a Administração Pública quisesse realizá-la, tal empreendimento estaria fadado ao insucesso por força da inviabilidade de competição.

O *caput* do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que "é inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial: [...]". Salienta-se que as hipóteses de inexigibilidade listadas no *caput* do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 são apenas exemplificativas, pois a licitação pública é inexigível sempre que se estiver diante de inviabilidade de competição, conforme prescreve o próprio dispositivo legal. Portanto, além dos incisos arrolados no artigo em tela, percebe-se existirem outras situações que poderiam implicar inexigibilidade. Sempre que se constatar a impossibilidade de se realizar licitação pública decorrente de inviabilidade de competição, está-se diante de caso de inexigibilidade, independentemente de qualquer previsão legal. A inexigibilidade denota as limitações da licitação pública, demarcando a linha extrema de seus préstimos.

3.2.1. Exclusividade do fornecedor

O inciso I do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 prescreve a inexigibilidade para a "aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos".

A inexigibilidade prevista no inciso I do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 dirige-se aos contratos celebrados com pessoas que detenham técnica própria, que dispõem com exclusividade do objeto que a Administração Pública pretende adquirir. Nessa linha, se só elas dispõem do objeto, não há o que se licitar, delineando-se a inviabilidade de competição – porque não há competidores – e, por consequência, a inexigibilidade.

É frequente que os produtos ou serviços de qualquer empresa, fabricante ou fornecedor tenham características especiais, que os distingam dos demais produtos ou serviços ofertados por seus concorrentes. Sob esse contexto

– enfocando a questão de modo bastante débil –, quaisquer produtos ou serviços poderiam ser reputados como exclusivos, na medida em que possuem características que os diferenciam de seus concorrentes, e, por efeito disso, ensejariam a inexigibilidade de licitação pública. Esse argumento acabaria por inverter a norma programática estabelecida na parte inicial do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, segundo a qual a licitação pública é a regra, e a contratação direta, quer por inexigibilidade, quer por dispensa, a exceção, uma vez que qualquer produto ou serviço poderia ser considerado exclusivo e sua contratação realizada por meio de inexigibilidade.

Em virtude disso, o bem só pode ser considerado exclusivo, autorizando a inexigibilidade, se as suas características peculiares, não encontradas em outros bens que lhe são concorrentes, forem decisivas ao interesse da Administração Pública. Se essas características não forem relevantes, salientá-las como requisito para a contratação a fim de justificar inexigibilidade é ilegítimo e ilegal, devendo-se reputá-la inválida.

Tudo gira em torno da delimitação do interesse da Administração Pública, que é discricionária. Contudo, para tanto, durante a descrição do objeto do contrato, o agente da Administração Pública, a priori, não deve se preocupar com miudezas, com características que não sejam relevantes para o interesse da Administração Pública. Em sentido oposto, antes de tudo, ele deve atentar para a utilidade pretendida com o contrato, a função a ser cumprida pelo objeto a ser contratado.

A Administração Pública deve descrever o objeto com todas as características que definem o seu gênero. Trata-se das características principais ou essenciais do objeto, que definem a sua funcionalidade básica; das características que definem a própria natureza do objeto que se pretende contratar. Vai-se atentar às funções que se pretendem do objeto e descrevê-las de modo a assegurar o seu cumprimento. Sob essa perspectiva, todas as especificações que se fizerem necessárias são lícitas, mesmo que restrinjam o objeto a tal ponto de inviabilizar a competitividade e de justificar a inexigibilidade. Logo, se alguém dispõe com exclusividade da funcionalidade básica de dado objeto, é permitida a contratação por inexigibilidade amparada no inciso I do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, dado que somente ele pode oferecer à Administração Pública o resultado e o efeito pretendido por ela.

Além disso, a Administração Pública também volta os seus olhos às características periféricas do objeto, cuja ausência não compromete a sua funcionalidade básica. Trata-se de características que maximizam as funções do objeto, melhoram o conforto ou até a sua estética. Tais características agregam ao objeto funcionalidade secundária. Por exemplo, um veículo automotor com ar-condicionado. O ar-condicionado produz espécie de funcionalidade secundária. A ausência do ar-condicionado não compromete a funcionalidade básica do veículo automotor.

É em relação às características periféricas, produtoras de funcionalidades secundárias, que residem as controvérsias mais agudas. O problema reside em precisar quais características periféricas podem ser tomadas em consideração para concluir que dado objeto é exclusivo e contratar-se com inexigibilidade de licitação.

Pois bem, em primeiro lugar, as características periféricas não podem ser aleatórias. Em sentido oposto, elas devem preencher a função de propiciar certa utilidade em favor da Administração Pública, mesmo que não seja essencial, porém sempre relevante.

A relevância depende de justificativas de ordem técnica, que desnudem a necessidade de a Administração Pública valer-se da funcionalidade secundária do objeto do contrato propiciada por suas características periféricas. O fundamental é esclarecer, com argumentos técnicos, que o interesse da Administração Pública demanda objeto que ofereça dada funcionalidade secundária, que é produzida apenas por certas características periféricas, havidas em produto específico, disposto por única pessoa; que os produtos dispostos por outras pessoas, ainda que com a mesma funcionalidade básica, não atenderiam ao interesse da Administração Pública. Enfim, que sem as aludidas características periféricas, dispostas em produto comercializado com exclusividade por alguém, o interesse público seria sacrificado ou prejudicado.

Outrossim, a Administração Pública deve ser cuidadosa na instrução de tais processos de inexigibilidade, especialmente no que tange ao conjunto de provas sobre a exclusividade do fornecedor. É que a inexigibilidade se configura com a efetiva inviabilidade de competição, o que depende de uma condição de fato. Nesse sentido, só é lícito contratar diretamente ao argumento da exclusividade do fornecedor se ele for, verdadeiramente, exclusivo. Aí vale todo tipo de prova, especialmente, a resultante dos esforços empreendidos na pesquisa dos produtos ofertados no mercado.

O § 1º do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 trata de como comprovar a exclusividade:

Artigo 74 [...] § 1º Para fins do disposto no inciso I do *caput* deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

O Tribunal de Contas da União, a pretexto da Lei n. 8.666/1993, editou a Súmula n. 255, que se aplica, pela similaridade, também à Lei n. 14.133/2021:

Súmula n. 255 - Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.

A mensagem do Tribunal de Contas da União, acertada, é que o mero atestado ou declaração de exclusividade não é o suficiente para justificar a inexigibilidade de licitação, que a exclusividade é uma questão de fato que precisa ser demonstrada efetivamente pela Administração Pública quando da contratação por inexigibilidade baseada no inciso I do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993 e, agora, porque não há razão para ser diferente, no inciso I do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021.

Sugere-se aos agentes administrativos valerem-se de pareceres técnicos de especialistas, sobretudo de acadêmicos que não tenham qualquer interesse na contratação. Esses especialistas, que conhecem a área ou segmento relacionado ao objeto do contrato, normalmente têm condições de afirmar se o produto que se pretende contratar por meio de inexigibilidade de licitação realmente é exclusivo ou não.

É interessante, também, consultar outras entidades administrativas que atuam no mesmo segmento, requerendo a indicação, se houver, de outros produtos que visem à utilidade pretendida pela Administração Pública. A declaração de entidades administrativas de que não conhecem outro produto análogo presta-se a corroborar a caracterização da exclusividade.

Na mesma linha, recomenda-se instruir o processo com cópia de extratos de inexigibilidade e pareceres de outras contratações do mesmo objeto com inexigibilidade realizada por outras estatais ou entidades administrativas. Ora, se outras entidades também contrataram por meio de inexigibilidade, é porque o fornecedor, na avaliação delas, era exclusivo. Isso também corrobora a caracterização da exclusividade.

É bastante útil também juntar cartas de patentes, se, evidentemente, a pessoa que se pretende contratar dispôr delas, o que justifica a exclusividade com base no inciso XXIX do artigo 5º da Constituição Federal⁷ e nas disposições da Lei n. 9.279/1996,⁸ porque terceiros não podem colocar à venda, sequer oferecer

7 Art. 5º. [...] XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

8 Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos: I - produto objeto de patente; [...]

proposta de equipamento ou produto similar ao objeto da patente, especialmente quando se trata de patente de invenção.

E, o mais importante, os agentes administrativos devem ir ao mercado, baixar diligência junto a outros possíveis fornecedores, realizando, inclusive, se for o caso, visitas. Tudo para verificar, na realidade, a exclusividade do fornecedor que se pretende contratar por intermédio da inexigibilidade.

3.2.3. Serviços artísticos

A contratação de serviços artísticos por parte da Administração Pública revela outra hipótese que enseja a inexigibilidade de licitação pública, haja vista que, sob determinadas condicionantes, torna inviável a competição, mormente tomando-se em conta que o critério para comparar os possíveis licitantes é a criatividade, portanto em tudo subjetivo. A arte não é ciência, não segue métodos, não é objetiva. Dessa maneira — é imperativo ressaltar em virtude de ser muito frequente a confusão —, a inexigibilidade para a contratação de serviços artísticos não depende da inexistência de outros artistas que também possam prestar o serviço. Aliás, pode e costuma haver vários artistas capazes e habilitados, mas, mesmo assim, inexigível é a licitação pública, em tributo à singularidade da expressão artística.

Pois bem, o inciso II do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 reconhece a inexigibilidade para a "contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;". Bem se vê que, a teor do dispositivo supracitado, não é qualquer serviço de natureza artística que deve ser contratado diretamente por meio de inexigibilidade de licitação pública. Tanto é assim que o legislador prescreveu três requisitos para a inexigibilidade referente aos serviços artísticos, estabelecendo parâmetros a serem levados em apreço pelos agentes administrativos. Por ordem: em primeiro lugar, é vedada a contratação de artistas amadores. Em segundo lugar, o contrato deve ser realizado diretamente com o artista ou por intermédio de empresário exclusivo. Em terceiro lugar, o artista contratado deve ser consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública. Note-se que não é necessária a consagração pela crítica e pelo público: um ou outro já é o suficiente.

Tem havido muitos questionamentos sobre a condição de empresário exclusivo, especialmente porque artistas emitem declarações de exclusividade para

Art. 184. Comete crime contra patente de invenção ou de modelo de utilidade quem: I - exporta, vende, expõe ou oferece à venda, tem em estoque, oculta ou recebe, para utilização com fins econômicos, produto fabricado com violação de patente de invenção ou de modelo de utilidade, ou obtido por meio ou processo patentado; ou [...] Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

empresários restritas a temporadas ou a datas e localidades específicas. O Tribunal de Contas da União vem considerando que, nessas situações, o empresário não é verdadeiramente exclusivo e, sendo assim, a contratação por inexigibilidade é ilegal. Veja-se, por ilustração:

Na contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade de licitação a apresentação de atestado de exclusividade restrito aos dias e à localidade do evento, em vez do contrato de exclusividade entre o artista e o empresário contratado, caracteriza grave infração à norma legal e regulamentar, ensejando, ainda que não configurado dano ao erário, condenação em multa e julgamento pela irregularidade das contas, haja vista que o contrato de exclusividade é imprescindível para caracterizar a inviabilidade de competição de que trata o art. 25, inciso III, da Lei 8.666/1993.⁹

O § 2º do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, em atenção à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, prescreve o seguinte:

Art. 74 [...] § 2º Para fins do disposto no inciso II do *caput* deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

Portanto, como vinha decidindo o Tribunal de Contas da União diante da Lei n. 8.666/1993, não se admite a exclusividade do empresário para temporadas ou eventos específicos ou datas e lugares específicos. A exclusividade, nos termos do § 2º do artigo 74, deve ser "permanente e contínua", e a representação deve ser de dimensão nacional ou, na hipótese menos restritiva, de dimensão estadual. Quer dizer que não se admite exclusividade de âmbito municipal ou referente a um conjunto de municípios.

3.2.4. Serviços técnicos profissionais especializados

O inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 prescreve a inexigibilidade para:

9 TCU, Acórdão n. 5180/2020. Segunda Câmara. Rel. Min. Marcos Bemquerer. Julg. 07.05/2020.

Artigo 74. [...]

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
- b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
- c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;
- h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

A Lei n. 8.666/93 veicula hipótese de inexigibilidade de licitação muito parecida, conforme o inciso II do seu artigo 25, "para a contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação".

Sem embargo, há um ponto de dissonância expressivo entre a hipótese de inexigibilidade do inciso II do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993 e a do inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021. Sucede que o inciso II do artigo 25 da Lei n. 8.666/1993 exige que o serviço objeto da inexigibilidade seja qualificado como singular. Por sua vez, o inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 exige apenas que o serviço seja considerado técnico especializado de natureza predominantemente intelectual e não, necessariamente, singular. O dispositivo, pelo menos em sua literalidade, não restringe a inexigibilidade ao serviço singular.¹⁰

¹⁰ "[...] Portanto, para a contratação dos serviços descritos no artigo 13 da Lei 8.666/93 sem a respectiva licitação, é necessário que sejam de natureza singular e exijam a contratação de profissional notoriamente especializado, cuja escolha está adstrita à discricionariedade administrativa. Não obstante seja certo que a recorrida detenha tais requisitos, não é a única, havendo tantos outros igualmente hábeis [...]" (STJ, 2ª Turma. REsp nº 488.842. Rel. João Otávio de Noronha, j. 17.4.2008). "O artigo 25, II, da Lei de Licitações não autoriza a contratação direta com base no simples fato de o serviço ser técnico e pressupor conhecimentos específicos por parte do prestador (pessoa física ou jurídica). É imprescindível que o serviço tenha natureza singular, o qual,

O mesmo ocorreu, é bom registrar, com o inciso II do artigo 30 da Lei n. 13.303/2016, que trata da mesma hipótese de inexigibilidade para as empresas estatais, cujo teor não prescreve expressamente a singularidade como condição para a inexigibilidade de licitação, bastando que o contratado seja notório especialista e que o serviço seja técnico especializado.

Abriu-se, já diante da Lei n. 13.303/2016 a controvérsia, que se reproduz, pela semelhança, para a Lei n. 14.133/2021. Há quem entenda que, sobremodo diante da redação do inciso II do artigo 30 da Lei n. 13.303/2021, a inexigibilidade se desenha com a mera contratação de serviço técnico especializado por meio de profissionais ou empresas de notória especialização, sem que o serviço precise ser qualificado como singular.¹¹ Serviços rotineiros e comuns poderiam ser contra-

nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, é aquele que se individualiza 'por um estilo ou por uma orientação pessoal [...], que as diferenças advindas da singularidade de cada qual repercutam de maneira a autorizar a presunção de que o serviço de um é mais indicado do que o serviço de outro'. Prossegue o autor (Curso de Direito Administrativo. 24ª edição, Malheiros Editores Ltda., SP, 2007. p. 526-536): a singularidade é relevante e um serviço deve ser havido como singular quando nele tem de interferir, como requisito de satisfatório atendimento da necessidade administrativa, um componente criativo de seu autor, envolvendo o estilo, o traço, a engenhosidade, a especial habilidade, a contribuição intelectual, artística, ou a argúcia de quem o executa, atributos, estes, que são precisamente os que a Administração reputa convenientes e necessita para a satisfação do interesse público em causa" (STJ, 2ª Turma. REsp nº 942.412/SP. Rel. Herman Benjamin, j. 9.3.2009).

11 É a opinião, sempre abalizada, de Ivan Barbosa Rigolin: "Uma importantíssima novidade desta L. 13.743/16 nesta questão é a de que a lei não mais se refere à natureza singular do objeto como requisito para a contratação direta. Eliminou-se um pesadelo da legislação, nunca compreendido nem por iminentes juristas, juízes e estudiosos, nem por quem quer que seja - sobretudo por quem tem competência para ingressar com ações civis públicas contra contratantes de objetos com ou sem natureza singular - quem sabe? -, e que o faz a torto e a direito contra culpados e contra inocentes em igual medida, e que quanto aos últimos rouba a saúde, destrói a economia e arruína reputações profissionais como um tornado que eclode sem aviso prévio. Ao não prestigiar essa praga asquerosa que a lei de licitações denomina natureza singular do objeto e que ninguém jamais soube o que significa nem com mínima nitidez - porque é um conceito abstrato, indeterminado, necessariamente impreciso e inteiramente subjetivo, etéreo como o fogo de santelmo e na prática similarmente fantasmagórico -, exalçou-se o legislador, nesse passo, a uma grandeza inesperada. Pode ter sido boa a intenção do legislador ao referir-se à natureza singular do objeto, porém o que ensejou foi uma genuína desgraça na prática da lei, que dura ainda e não se sabe por quanto tempo. Lei não é poesia nem discurso filosófico, e também o inferno legislativo está cheio de boas intenções [...]. Cumpre entretanto, aqui novamente, dizer algo sobre aqueles específicos serviços. O primeiro a repisar é que na lei das estatais não existe a figura da natureza singular do serviço, como requisito à sua contratação direta. Assim, por exemplo, qualquer treinamento e aperfeiçoamento de pessoal pode ser contratado diretamente, desde apenas que o contratado seja notoriamente especializado nesse assunto" (RIGOLIN, Ivan Barbosa. As licitações nas empresas estatais pela Lei nº 13.743, de 74 de junho

tados por meio de inexigibilidade de licitação desde que os profissionais ou empresas sejam qualificados como notórios especialistas. Argumentam, de maneira geral, que é isto que está prescrito literalmente no dispositivo legal, praticamente reproduzido pelo inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, e que não se deve interpretar o sobredito dispositivo com olhos na Lei n. 8.666/1993.

Essa não é a melhor interpretação, em que pese a deferência aos seus defensores. Acontece que qualquer hipótese de inexigibilidade depende da inviabilidade de competição. O próprio *caput* do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 condiciona as hipóteses previstas nos seus incisos à inviabilidade de competição.

E o ponto é que não há inviabilidade de competição para a contratação de serviços ordinários e comuns, ainda que eventualmente se pretenda contratar profissional ou empresa de notória especialização. Como sabido, serviços ordinários e comuns, que não são serviços singulares, podem ser prestados por quaisquer profissionais ou empresas e não necessariamente por profissionais ou empresas de notória especialização. Portanto, todos os profissionais ou empresas, qualificados para prestar tais serviços, por força do princípio da isonomia, têm o direito de disputar os respectivos contratos com igualdade, o que depende da licitação pública.

Dito de outro modo, se o serviço é ordinário ou comum e quaisquer profissionais ou empresas podem prestá-lo, não se visualiza a inviabilidade de competição, que é a premissa lógica de qualquer hipótese de inexigibilidade de licitação. Dessa forma, ainda que isto não esteja escrito de forma direta, a hipótese de inexigibilidade do inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 é sim condicionada e depende de serviços singulares, e não encontra lugar para a contratação de serviços ordinários e comuns.

Convém frisar que o Tribunal de Contas da União já se posicionou acerca da controvérsia com vistas ao inciso II do artigo 30 da Lei n. 13.303/2016, exigindo para a configuração da inexigibilidade a caracterização do serviço como singular. Por coerência, porque a redação é praticamente idêntica, é de supor que mantenha o mesmo entendimento em face do inciso III do artigo 174 da Lei n. 14.133/2021. Leia-se:

de 2.016. Rigolin Advocacia. Disponível em: <https://rigolinadvocacia.com.br/artigos/detalhes/14>. Acesso em: abr. 2018). Nessa mesma linha, Murilo Queiroz Melo Jacoby Fernandes pontua: "Na inexigibilidade, destaca-se a supressão da singularidade como condição para contratação do notório especialista. Na Lei nº 8.666/1993, para a contratação de especialista, exigia-se tanto a notoriedade desde quanto a singularidade do objeto. Para as estatais, a partir de agora, basta que o serviço se enquadre entre algum daqueles trazidos no inciso II do artigo 74" (FERNANDES, Murilo Queiroz Melo Jacoby. Lei nº 13.743/2016: novas regras de licitações e contratos para as Estatais. Revista IOB de Direito Administrativo, São Paulo, v. 12, n. 134, p. 9-15, fev. 2017).

A contratação direta de escritório de advocacia por empresa estatal encontra amparo no art. 30, inciso II, alínea "e", da Lei 13.303/2016, desde que presentes os requisitos concernentes à especialidade e à singularidade do serviço, aliados à notória especialização do contratado.¹²

Advirta-se que, diferentemente da inexigibilidade fundada no reconhecimento de fornecedor exclusivo, os serviços enunciados no inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 podem ser prestados por vários especialistas. Isto é, não se faz necessário que somente uma pessoa disponha da técnica pretendida pela Administração Pública, outros também podem dominá-la; no entanto todos eles a realizam com traço eminentemente subjetivo, em razão do que, repita-se, a inexigibilidade tem lugar pela falta de critérios objetivos para cotejá-los.

A rigor, a hipótese de inexigibilidade prevista no inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 não depende da exclusividade do contratado. A inexigibilidade é cabível ainda que várias pessoas tenham condições técnicas para executar o contrato. O pressuposto da inexigibilidade do inciso I do artigo 74 é diverso do pressuposto do inciso III. O inciso I requer exclusividade. O inciso III apenas singularidade.

A propósito, Eros Roberto Grau afirma:

Singulares são porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa [...]. Ser singular o serviço, isso não significa seja ele necessariamente o único. Outros podem realizá-lo, embora não o possam realizar do mesmo modo e com o mesmo estilo de um determinado profissional ou de uma determinada empresa.¹³

Ora, a licitação pública serve para tratar com igualdade os possíveis interessados nos contratos da Administração Pública. Para tratá-los com igualdade e, em virtude disso, para que seja minimamente útil a licitação pública, é essencial que se antevejam critérios objetivos para comparar um a outro. Se o critério é subjetivo, então os interessados não são tratados com igualdade, dado que a disputa vai se resolver pelo sabor do julgador. Nesses casos, o interessado preterido não tem em que se amparar para exigir tratamento igualitário, mormente porque, insista-se, o critério determinante é a livre vontade do julgador. Vale aquilo que aprecia o julgador, sem que se possa cogitar de igualdade, ao menos num plano

12 TCU, Acórdão nº 2761/2020, Plenário. Rel. Min. Raimundo Carreiro. Julg. 14/10/2020.

13 GRAU, Eros Roberto. Inexigibilidade de licitação: serviços técnico-profissionais especializados: notória especialização. Revista de Direito Público – RDP, v. 25, n. 99, jul./set. 1991.

objetivo, que se pretende aportar com a licitação pública. Se os serviços versados no inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 são prestados com características subjetivas, por dedução, são julgados de modo subjetivo, afastando realmente a objetividade, com ela, a competitividade e, enfim a licitação pública, fundamentando a inexigibilidade.

Registre-se, por oportuno, que a jurisprudência do Tribunal de Contas da União, ainda que com base na Lei n. 8.666/1993, foi controvertida a respeito desse aspecto, mas nos últimos anos pacificou-se no sentido de reconhecer que a singularidade é o bastante para a inexigibilidade de licitação, prescindindo da exclusividade. A título ilustrativo, leia-se a seguinte passagem:

O conceito de singularidade de que trata o art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993 não está vinculado à ideia de unicidade, mas de complexidade e especificidade. Dessa forma, a natureza singular não deve ser compreendida como ausência de pluralidade de sujeitos em condições de executar o objeto, mas sim como uma situação diferenciada e sofisticada a exigir acentuado nível de segurança e cuidado.¹⁴

Afora o serviço singular, a inexigibilidade de licitação do inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 depende, também, da qualificação do contratado como notório especialista. O §1º do artigo 74 da Lei n. 8.666/1993 esclarece:

Artigo 74. [...]

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do *caput* deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

De acordo com o texto supracitado, os agentes administrativos devem analisar o desempenho anterior do profissional ou empresa, que, por dedução lógica, deve ser favorável aos resultados visados pelo contrato, ou seja, o contratado deve ser alguém cuja experiência seja cercada de méritos. Ao mesmo passo, impõe-se avaliar os estudos, os trabalhos publicados, especialmente se o serviço a ser contratado se referir à matéria que seja objeto de estudos acadêmicos. Além

14 TCU, Plenário. Acórdão n. 2993/2018. Rel. Min. Bruno Dantas. Julg. 12/12/2018.

disso, se a natureza do serviço demandar a intervenção de equipe de profissionais, importa apurar a estrutura organizacional de que o futuro contratado dispõe, bem como, se pertinente, apurar se a equipe dispõe do aparelhamento tecnológico adequado para a produção dos resultados pretendidos.

A notória especialização é pertinente às qualidades do profissional ou empresa a ser contratada, que deve demonstrar experiência, estudos aprofundados, trabalhos científicos, publicações, cursos de pós-graduação etc. É que os critérios objetivos, que demandariam a licitação, somente falecem diante de profissionais cuja experiência os singulariza, uma vez que já não é possível cotejá-los com a equidade que se requer em licitação pública. Logo, exige-se que o profissional ou empresa a ser contratada apresente realmente experiência bastante para singularizá-la.

A notória especialização deve ser apreciada no meio em que atua o profissional ou a empresa, sem que haja razão em pretender que os contratados tenham de ostentar popularidade generalizada.

A contratação firmada com base no inciso III do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 é de natureza personalíssima, por efeito do que se deve adotar postura restritiva em relação à possibilidade de subcontratação ou de atuação de terceiros na execução dos sobreditos contratos. A respeito disso, o § 4º do artigo 74 prescreve:

Art. 74 [...] § 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do *caput* deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

O enunciado do § 4º do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 é exagerado, porque, muitas vezes, o notório especialista atua em conjunto com equipe que é coordenada por si. O dispositivo não deve ser lido como que proibisse o notório especialista de valer-se do auxílio de sua equipe de apoio, não raro fundamental para a execução dos serviços. Da mesma forma, não se deve proibir em absoluto a subcontratação, desde que limitada a parcelas do serviço contratado que lhe sejam assessórias ou secundárias ou meramente operacionais. O proibido é que o notório especialista transfira, por qualquer meio ou estratégia, a execução do contrato ou de suas partes principais e substanciais para terceiros. O serviço deve ser prestado pelo notório especialista e não por outros profissionais.

3.2.5. Credenciamento

Outra hipótese de inexigibilidade de licitação pública relaciona-se ao denominado credenciamento, porquanto todos os interessados em contratar com a Administração Pública são efetivamente contratados, sem que haja relação de exclusão. Como todos os interessados são contratados, não há que se competir

por nada, forçando-se reconhecer, por dedução, a inviabilidade de competição e a inexigibilidade de licitação pública

A Lei n. 8.666/1993 não trata expressamente da hipótese de credenciamento. Uma das novidades da Lei n. 14.133/2021 foi a de prevê-la no inciso IV do artigo 74, reconhecendo a inexigibilidade "para objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;"

A propósito, o inciso XLIII do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021 define credenciamento:

Art. 6º [...] XLIII – credenciamento: processo administrativo de chamamento público em que a Administração Pública convoca interessados em prestar serviços ou fornecer bens para que, preenchidos os requisitos necessários, se credenciem no órgão ou na entidade para executar o objeto quando convocados;

Fora de lugar, dentro dos procedimentos auxiliares, o credenciamento é melhor delimitado no artigo 79 da Lei n. 14.133/2021, que permite sua utilização para dadas hipóteses de contratação, prescreve que os seus procedimentos devem ser regulamentados e define algumas premissas para tanto, questões que são melhor enfrentadas no capítulo deste livro destinado aos procedimentos auxiliares.

De toda sorte, o credenciamento envolve situação oposta à prevista no inciso I do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021, pertinente à contratação de fornecedor exclusivo. Nela, só uma pessoa dispõe do bem que a Administração Pública pretende, que acaba compelida a contratá-la diretamente, inviabilizando a competição. Agora, com o credenciamento, todos aqueles que pretendem contratar com a Administração são contratados, por efeito do que falta o objeto da disputa. Em resumo: a inexigibilidade consagrada no inciso I do artigo 74 funda-se no fato de que só uma pessoa pode ser contratada; já a inexigibilidade que ocorre com o credenciamento pressupõe que todos os interessados sejam contratados.

A licitação pública só é viável nas hipóteses em que há relação de exclusão, isto é, em que a Administração Pública escolhe uma pessoa ou um grupo limitado de pessoas para firmarem contrato administrativo, excluindo outras tantas interessadas. Desse modo, alguém acaba por colher os benefícios econômicos do contrato administrativo e outros não, pelo que é necessário garantir a todos o mesmo tratamento, preservando, ademais, o interesse público e a moralidade administrativa.

Seguindo essa linha de raciocínio, nas hipóteses em que o interesse público demanda contratar todos os possíveis interessados, todos em igualdade de condições, não há que se cogitar de licitação pública, porque não há competição, não há disputa. Em apertadíssima síntese: a licitação pública serve para regrar a disputa de um contrato; se todos são contratados, não há o que se disputar, inviável é

a competição e, por corolário, está-se diante de mais um caso de inexigibilidade, quer queira ou não queira o legislador.

O credenciamento vem sendo utilizado com grande frequência, destacando a contratação de laboratórios médicos, serviços de saúde em geral, serviços bancários, serviços de inspeção em automóveis etc.¹⁵ Nada obstante esse extenso rol, é relevante destacar que o credenciamento só tem lugar nas hipóteses em que verdadeiramente não houver relação de exclusão. Ocorre que, para tanto, é imperativo observar certos parâmetros, evitando que a possibilidade de credenciamento seja deturpada e utilizada indevidamente como escusa da Administração Pública para se ver livre dos rigores do procedimento de licitação pública e para direcionar os benefícios resultantes de contratos administrativos.

3.2.6. Compra e locação de imóvel

O inciso V do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 prescreve hipótese de inexigibilidade de licitação para "aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.". É curioso que na Lei n. 8.666/1993 a mesma hipótese foi qualificada pelo legislador como de dispensa de licitação, de acordo com o inciso X do seu artigo 24. A rigor, a qualificação dada pela Lei n. 14.133/2021 é a correta, porque se trata realmente de inexigibilidade.

Note-se que só é lícito comprar ou locar imóvel cujas necessidades de instalação e de localização condicionem a escolha da Administração Pública. Portanto, se a Administração Pública quiser comprar ou locar imóvel em região central de determinado município e existirem vários imóveis que podem atender aos seus propósitos, em princípio ela deve proceder à licitação pública. A contratação direta encontra lugar nas situações em que houver somente um imóvel cujas características atendam aos interesses da Administração Pública, pelo que, a rigor jurídico,

¹⁵ Adilson Abreu Dallari é autor de estudo precursor sobre o tema, publicado em obra coletiva em homenagem a Geraldo Ataliba. Logo na introdução, o Professor inventaria casos em que legislação esparsa admite o credenciamento. Nessa linha, acentua: (a) a alínea "c" do §2º do art. 9º da Lei nº 4.024, de 20.12.61, que diz respeito ao credenciamento de instituições de ensino superior; (b) o inciso I do art. 149 da Lei nº 7.210, de 11.07.84, pertinente ao credenciamento de entidade ou programa comunitário para a realização de trabalho gratuito por condenados; (c) o §2º do art. 1º da Lei nº 8.010, de 29.03.90, que versa sobre as importações realizadas por entidades credenciadas pelo CNPq; (d) a alínea "a" do inciso I do art. 3º do Decreto nº 1.691, de 28.9.95, que envolve o credenciamento de serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde; (e) a Resolução nº 809, de 12.12.95, do CONTRAN, que dispõe sobre a vistoria de veículos a ser realizada por entidade credenciada; (f) além de ressaltar projetos de lei que tratavam do assunto (DALLARI. Credenciamento. In: BANDEIRA DE MELLO (Org.). Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba, v. 2, p. 38-40).

está-se diante de hipótese em que ocorre inviabilidade de competição e, por conseguinte, inexigibilidade em vez de dispensa de licitação.¹⁶

O aspecto mais controverso sobre a contratação por parte da Administração Pública de aquisição ou locação de imóveis diz respeito aos critérios que são levados em conta para avaliar se o imóvel é o único que atende às suas necessidades. Ocorre que na compra ou locação de imóvel – principalmente na locação – há vários aspectos que devem ser ponderados. É plausível que existam dois imóveis próximos, com dimensões semelhantes, porém com características diferentes, pelo que apenas um deles atenda às necessidades da Administração Pública.

Imagine que um deles esteja situado em prédio novo, com portaria 24 horas, com rede lógica, elétrica, sem necessidades de muitas reformas. O outro prédio é antigo, sem portaria 24 horas, sem vigilância, sem rede lógica e elétrica, com problemas hidráulicos, em péssimo estado de conservação. A comparação entre os dois prédios, muito embora estes sejam semelhantes em metragem e localização, autoriza concluir que o primeiro é o único que atende à Administração Pública. Sendo assim, o inciso V do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 andou bem ao prescrever que a inexigibilidade depende das características de instalações e de localização. Ou seja, enfatizando-se, as instalações importam e podem ser decisivas.

Ressalta-se que, nos casos concretos, vários elementos podem e devem ser considerados pela Administração Pública. Ademais, é forçoso reconhecer grau de discricionariedade para avaliar tais elementos. Dessa sorte, diante da discricionariedade, o inciso III do § 5º do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 exige da Administração Pública “justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.”

A propósito, o mesmo § 5º do artigo 74 estabelece outras duas condicionantes à discricionariedade da Administração Pública. De acordo com o inciso I, é necessária a “avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo

16 “Acerca da dispensa de licitação, prevista no artigo 24, X, da Lei 8.666/93, leciona Marçal Justen Filho, in Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Ed. Dialética, São Paulo, 2005, litteris: ‘16) Compra ou Locação de Imóvel (Inciso X): A ausência de licitação deriva da impossibilidade de o interesse sob tutela da Administração Pública ser satisfeito através de outro imóvel, que não aquele selecionado. As características do imóvel (tais como localização, dimensão, edificação, destinação etc.) são relevantes, de modo que a Administração localiza o imóvel que se presta a atender seus interesses ou não o encontra. Na primeira hipótese, cabe-lhe adquirir (ou locar) o imóvel localizado; na segunda, é impossível a locação ou aquisição. A aquisição ou locação de imóvel destinado a utilização específica ou em localização determinada acarreta inviabilidade de competição. Trata-se de hipótese de inexigibilidade de licitação e o caso sujeita-se ao disposto no artigo 25’ [...]” (STJ, 1ª Turma. Recurso Especial nº 797.671/MG. Rel. Luiz Fux, j. 11.3.2008).

de amortização dos investimentos;" O inciso II, por sua vez, demanda a "certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;"

Diante desses elementos, advirta-se que os órgãos de controle não devem tomar para si a discricionariedade dos agentes administrativos e pretender intrometer-se no mérito das decisões, sobremaneira em situações dúbias. A dúvida, nestes casos, milita em favor da Administração Pública, em homenagem ao atributo dos atos administrativos que importa na presunção de legitimidade destes.

Aliás, em vista das variáveis que determinam a escolha de imóveis pela Administração Pública, a experiência prática denota que a maioria dos contratos de locação são firmados sem licitação. É realmente difícil, em razão de tantas variáveis, estruturar licitação para a seleção de imóvel destinado à aquisição ou locação, muito embora seja possível, tudo dependendo das especificidades de cada caso.

Perceba-se que o inciso X do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 exige que o imóvel a ser adquirido ou comprado se destine ao atendimento das finalidades precípua da Administração Pública. Essa exigência, acertadamente, não foi reproduzida no inciso V do artigo 74 da Lei n. 14.133/2021. Sucede que a finalidade da Administração Pública é definida por lei, sempre com vista a contemplar o interesse público. O fato é que não há finalidade precípua em contraposição à finalidade acessória. Ou a Administração Pública foi incumbida de aportar a dadas finalidades e, logo, tudo o que for relacionado a isso é legítimo, inclusive a compra ou locação de bens imóveis por meio de contratação direta; ou à Administração Pública não foi atribuída dada finalidade e, então, ela não pode fazer nada que vise a ela, sob pena de desvio de finalidade. Dessa sorte, a exigência contida na Lei n. 8.666/1993, que condiciona a contratação direta ao fato de o imóvel se destinar ao atendimento das finalidades precípua da Administração Pública, não traz utilidade alguma, porque, em sentido oposto, ela não poderia comprá-lo ou locá-lo de modo nenhum, mesmo por meio de licitação pública, haja vista que, só por isso, já estaria incorrendo em desvio de finalidade.

3.3. Dispensa de licitação pública

Afora as hipóteses de inexigibilidade, percebe-se existirem situações em que, conquanto fosse viável a competição, não haveria utilidade em empreender licitação pública, já que o interesse público seria comprometido, afigurando os casos em que ela é dispensada ou dispensável. Em síntese: a inexigibilidade relaciona-se à impossibilidade de proceder à licitação pública por ser inviável a competição; a dispensa, ao seu turno, à inutilidade da licitação pública para a consecução do interesse público subjacente à atuação da Administração Pública.

A licitação pública, em determinados casos, em vez de proteger o interesse público, acaba impondo-lhe agravos e prejuízos. Sucede que, ao lado da

necessidade de se imprimir tratamento impessoal, que não inflija discriminações apartadas do razoável, outros valores se referem ao interesse público, podendo ser postos em xeque se for realizada licitação.

A licitação serve para preservar o interesse público, não para prejudicá-lo. Se ela compromete a satisfação do interesse público, desde que prevista pelo Legislativo, já não deve ser realizada, ela é dispensada. Tudo que a Administração Pública faz visa contemplar o interesse público, revelando-se um contrassenso adotar procedimento que o contrarie.

Percebe-se que só é pertinente aludir à dispensa de algo que poderia ser realizado. Só se dispensa aquilo de que se dispõe, não o que está fora do alcance. Assim, dispensa de licitação pública ocorre só quando seria possível a competição, porém, se dessa maneira se procedesse, impedir-se-ia a satisfação do interesse público.

A dispensa de licitação pública pressupõe invariavelmente a possibilidade de realizá-la, mesmo que isso impusesse sacrifício ao interesse público. Ela é, em última análise, o mecanismo de que se vale o legislador para salvaguardar o interesse público, sopesando os valores que o circundam, evitando que a realização de licitação pública erga barreiras à sua plena consecução.

As hipóteses de dispensa são taxativamente criadas pelo legislador, em obediência ao inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal. Os artigos 75 e 76 da Lei n. 14.133/2021 prescrevem as hipóteses de dispensa, que são taxativas. Quer dizer que os agentes administrativos não gozam de competência para criar novas hipóteses de dispensa de licitação, estando limitados às criadas pelo legislador.

O artigo 75 trata das dispensas em geral e é dividido em 16 incisos, sendo que um deles, o inciso IV, é dividido em 13 alíneas. Então, há pelo menos 28 hipóteses de dispensa de licitação apenas no artigo 75, sendo que muitas delas são bastante específicas e excepcionais, direcionadas a setores particulares da Administração Pública. O artigo 76 versa sobre a alienação de bens móveis e imóveis e estabelece também hipóteses de dispensa a ela relacionadas. Neste capítulo, serão abordadas as principais hipóteses de dispensa de licitação, as consideradas pelo Autor como as mais usuais e impactantes para a Administração Pública e cujo tratamento dado pela Lei n. 14.133/2021 veicula maiores novidades em comparação à Lei n. 8.666/1993. São as hipóteses de dispensa prescritas no artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, nos seus incisos I e II, que tratam da dispensa em razão do valor econômico dos futuros contratos, do inciso III, que remete às situações de licitações fracassadas, e a do inciso VIII, que versa sobre as contratações emergenciais.

3.3.1. Dispensa em razão do valor do contrato

A dispensa de licitação pública em razão do valor econômico do contrato encontra fundamento no princípio da economicidade, cujo teor é conexo com o princípio da proporcionalidade, na medida em que deve haver relação proporcional entre os gastos da Administração Pública com o procedimento e as vantagens a serem auferidas com ele. Nas hipóteses em que as vantagens econômicas pretendidamente produzidas pela licitação pública rivalizam com os custos a serem assumidos para levar a cabo o procedimento, passa a ser desproporcional mantê-lo obrigatório, compelindo a Administração Pública a arcar com custos financeiros para firmar contratos de pouquíssima repercussão, que não lhe trazem contrapartida.

De acordo com o critério legislativo, a licitação pública é obrigatória apenas para contratos acima de determinado patamar econômico, que justifique os gastos a serem efetuados com o respectivo procedimento. Abaixo desse patamar, o agente da Administração Pública está autorizado a contratar diretamente, por dispensa de licitação pública, com amparo nos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021.

O inciso I do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 reputa dispensável a licitação "para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;" O inciso II do mesmo artigo prescreve a dispensa para "para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;" O § 2º do artigo 74, menciona-se desde já, duplica os tais valores quando contratados por consórcio público, autarquia ou fundação qualificada como agência executiva.

Na Lei n. 8.666/1993 o tratamento é diverso. O inciso I do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 prescreve a dispensa "para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;" O inciso II do mesmo artigo, por sua vez, afasta a licitação "para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;" O § 1º do artigo 24 também dobra tais valores para consórcio público, autarquia ou fundação qualificada como agência executiva.

Põe-se os dispositivos lado a lado, para melhor perceber suas diferenças:

Lei n. 8.666/1993	Lei n. 14.133/2021
<p>Art. 24. É dispensável a licitação: I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;</p>	<p>Art. 75. É dispensável a licitação: I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;</p>
<p>Art. 24. É dispensável a licitação: [...] II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;</p>	<p>Art. 75. É dispensável a licitação: [...] II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;</p>

Destacam-se as diferenças:

1. Valor – Na Lei n. 14.133/2021 os limites da dispensa são de R\$ 100.000,00 e de R\$ 50.000,00, respectivamente para as hipóteses dos incisos I e II do artigo 75. Na Lei n. 8.666/1993 os limites remetem aos valores constantes no seu artigo 23, atualizado pelo Decreto Federal n. 9.412/2018, por efeito do que o limite do inciso I é de R\$ 33.000,00 e do inciso II é de R\$ 17.600,00. Logo, a Lei n. 14.133/2021 aumentou substancialmente os limites de valor para a dispensa.

2. Objetos – O inciso I do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 refere-se a obras e serviços de engenharia e, também, aqui a novidade, a serviços de manutenção de veículos automotores. O inciso II, de natureza residual, abrange os demais objetos não mencionados no inciso I. Na Lei n. 8.666/1993 a sistemática é parecida, no entanto o inciso I do artigo 24 trata apenas de obras e serviços de engenharia e não inclui no seu objeto serviços de manutenção de veículos automotores, que, como visto, foram destacados e receberam deferência especial na Lei n. 14.133/2021.

3. Parcelamento indevido do objeto – Na Lei n. 8.666/1993 o tema do

parcelamento indevido do objeto é enfrentado já na redação dos respectivos incisos I e II do artigo 24. Já na Lei n. 14.133/2021, o parcelamento indevido é abordado no § 1º do artigo 75, indicando outros parâmetros que são abordados na sequência deste texto.

Antes de outras considerações, importa esclarecer que os limites econômicos previstos nos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 não condicionam a ocorrência das outras hipóteses de dispensa prescritas nos demais incisos do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021. Por exemplo, o inciso VIII do mesmo artigo 75 autoriza a dispensa nos casos de emergência. Os contratos realizados com fundamento nesse inciso podem ultrapassar os valores consignados nos incisos I e II, já que estes revelam hipóteses de dispensa autônomas e inconfundíveis.

O ponto jurídico mais relevante no que tange a essas hipóteses de dispensa fundadas no valor econômico dos futuros contratos reside na proibição de parcelamento de contrato para alcançar em cada parcela os valores autorizadores da dispensa, conforme deflui da redação do § 1º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021:

Art. 75 [...] § 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do *caput* deste artigo, deverão ser observados:
I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;
II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

Ou seja, não é permitido fragmentar o objeto do contrato, para, em vez de firmar um só, firmar vários, visando esquivar-se da obrigatoriedade de licitação pública, já que, por hipótese, cada parte isoladamente não ultrapassaria o montante máximo previsto para a dispensa. De acordo com a redação do supracitado § 1º do artigo 75 deve-se tomar em conta tudo o que for gasto por cada unidade gestora no mesmo exercício financeiro em relação a objetos que tenham a mesma natureza, entendendo-se como tal objetos do mesmo ramo de atividade.

Para aplicar o § 1º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 é preciso compreender alguns termos. Primeiro o termo "unidade gestora", não definido na Lei n. 14.133/2021, embora comumente utilizado para designar "Unidade orçamentária ou administrativa investida do poder de gerir recursos orçamentários e financeiros, próprios ou sob descentralização."¹⁷ Esse sentido parece ser adequado à referência realizada pelo legislador. O outro termo é "exercício financeiro", que diz respeito ao período de tempo entre 01 de janeiro a 31 de dezembro. Por fim, também é de

17 <https://www12.senado.leg.br/orcamento/glossario/unidade-gestora>.

entender o que são objetos da “mesma natureza”. O legislador considerou que objetos da mesma natureza são os que pertencem ao “mesmo ramo de atividade”. O conceito não é bom, porque abrangente demais. O que seria um “ramo de atividade”? Engenharia, por exemplo, poderia ser entendido como um ramo de atividade. Então, se fosse assim, um tijolo e um elevador seriam da mesma natureza. Evidentemente que não são e seria mesmo absurdo considerar que fossem. Então, seguindo a jurisprudência já existente sobre o assunto,¹⁸ propõe-se que objetos da mesma natureza sejam compreendidos como aqueles que guardam semelhanças entre si e que visam aos mesmos propósitos. O conceito de objeto de mesma natureza é bastante subjetivo e incerto e não há, pelo menos para a doutrina, como fugir disso. A Administração, se quisesse, poderia produzir regulamento e elaborar listas indicando casuisticamente os objetos considerados da mesma natureza. A tal lista nunca seria exaustiva, mas poderia servir como norte.

A título ilustrativo, imagine-se que a Administração Pública necessite adquirir quantidade de computadores, cujo valor total seja de R\$60.000,00. Tal valor não justifica a dispensa prevista no inciso II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, cujo limite, repita-se, é de R\$50.000,00. No entanto, o agente da Administração Pública, para se ver livre dos rigores da licitação pública, em vez de proceder a ela, divide o contrato em duas parcelas, cada qual no valor de R\$ 30.000,00, realizadas com suposto fundamento na dispensa encartada no inciso II do artigo 75. Esse procedimento é incompatível com a legislação, mesmo porque, se admitido fosse, os contratos poderiam ser sucessivamente repartidos, repartindo-se, por consequência, os seus respectivos valores, tudo para subsumi-los aos limites que autorizam a dispensa, que seria multiplicada quantas vezes fosse necessário para não realizar licitação pública.

Então, para aplicar os incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, as unidades gestoras devem somar os valores a serem despendidos com contratos que tenham objetos da mesma natureza, que são aqueles que têm identidade entre si e servem às mesmas finalidades, para todo o exercício financeiro, o que abrange

18 “A [...] irregularidade consistiria na contratação de diversas pequenas obras e serviços de engenharia mediante dispensa de licitação, quando a soma dos valores contratados exigiria a realização de convite. Acontece que, embora os procedimentos em questão refiram-se a obras e serviços de engenharia, não se vislumbra que essas obras pertençam a um mesmo objeto de modo a ensejar uma única licitação. Trata-se por exemplo de serviços de roçagem e limpeza em barragem, serviços de pintura em salas de aula, serviços de manutenção de rede elétrica de diversos setores da instituição, troca de piso da quadra de esportes, dentre outros. São sim pequenas obras com natureza diversa a serem prestados em diferentes locais. O fracionamento estaria evidente caso, por exemplo, fosse efetuada uma contratação para cada prédio objeto dos serviços de energia elétrica, o que não ocorreu.” (TCU, Acórdão n. 120/2007. Segunda Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julg. 13/02/2007).

o período de 01 de janeiro a 31 de dezembro. A dispensa é devida se o valor resultante da soma não ultrapassar os limites dos incisos I e II do artigo 75.

Pontua-se que, na Lei n. 8.666/1993, conforme vem sendo aplicada há anos, os parâmetros são bastante parecidos, ainda que os incisos I e II do seu artigo 24 refiram-se a termos diferentes dos empregados nos incisos I e II e § 1º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021. Há, no entanto, uma diferença relevante, que vale a pena ser mencionada. O inciso I do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 prescreve que os valores das obras da mesma natureza e executadas no "mesmo local" devem ser somados. Ou seja, na sistemática da Lei n. 8.666/1993, os valores concernentes a obras da mesma natureza, porém executadas em locais diversos, não precisam ser somados. O § 1º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 não reproduziu a expressão "mesmo local", que deixou de ser um fator a ser levado em consideração para avaliar se há ou não parcelamento indevido. Na prática, diante da Lei n. 14.133/2021, os valores das obras e serviços de engenharia da mesma natureza, contratadas pela mesma unidade gestora para o mesmo exercício, devem ser somadas, pouco importando se executadas no mesmo local ou em locais diferentes. Desse modo, a aplicação do inciso I do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 é mais restritiva do que a do inciso I do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993.

Convém registrar, por fim, que o § 7º do artigo 75 prescreve que "não se aplica o disposto no § 1º deste artigo às contratações de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças.". Logo, as regras do § 1º, que versam sobre as medidas a serem tomadas para evitar o parcelamento indevido das contratações, não valem para os serviços de manutenção de veículos automotores de até R\$ 8.000,00. Significa que a Administração foi autorizada pelo dispositivo a firmar diversos e sucessivos contratos de manutenção, desde que cada um deles não ultrapasse os R\$ 8.000,00, pouco importando o valor total de todos os serviços havidos no exercício financeiro. O dispositivo é casuístico e equivocado, pressuporia a impossibilidade de planejar e modular licitação para tais serviços, o que não se verifica, tanto que, até o advento da Lei n. 14.133/2021, os mesmos são licitados pela Administração Pública.¹⁹ E, aliás, continuarão a ser licitados, haja vista que muitos destes serviços ultrapassam o valor de R\$ 8.000,00.

3.3.1.1. Dispensa de licitação em razão do valor do contrato e a preferência a microempresas e empresas de pequeno porte

A Lei Complementar n. 123/2006 trata do denominado Estatuto das

19 Confira-se: TCU, Acórdão n. 1456/2014, Plenário. Rel. Min. Augusto Shermann. Julg. 06/04/2014.

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, com normas que as privilegiam em licitação pública e contrato administrativo. Esse regime jurídico sofreu alteração substancial com o advento da Lei Complementar n. 174/2014. O artigo 4º da Lei n. 14.133/2021 prescreve que a Lei Complementar n. 123/2006 aplica-se às licitações e contratos por ela disciplinados.

O ponto é que os artigos 47 e 48 da Lei Complementar n. 123/2006 prescrevem tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte em licitações públicas e contratos administrativos.

O inciso I do artigo 48 da Lei Complementar n. 123/2006 obriga que se realize licitação exclusiva para microempresas e empresas de pequeno porte nos casos em que o valor do contrato não ultrapasse R\$80.000,00.²⁰

Boa parte dos contratos firmados com base nas dispensas de licitação dos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 não ultrapassa R\$80.000,00. Relembre-se que os limites para as dispensas dos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 são, para engenharia e manutenção de veículos automotores para engenharia, R\$100.000,00, e, para os demais objetos, R\$50.000,00. Dessa sorte, embora o texto do inciso I do artigo 48 da Lei Complementar n. 123/2006 refira-se expressamente à licitação e não à dispensa, é de estender a sua aplicação, também, para as hipóteses de dispensa, sobretudo às dos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021.

O artigo 49, da mesma Lei Complementar, versa sobre hipóteses que afastam o dito tratamento diferenciado e simplificado. Entre as hipóteses, interessa, para este tópico, a prevista no inciso IV:

Artigo 49. [...] IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, excetuando-se as dispensas tratadas pelos incisos I e II do artigo 24 da mesma Lei, nas quais a compra deverá ser feita, preferencialmente, de microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do artigo 48.

O inciso IV do artigo 49 enuncia que o tratamento diferenciado e simplificado não se aplica às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, salvo as hipóteses dos incisos I e II do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993, que são os dispositivos da Lei n. 8.666/1993 que tratam da dispensa de licitação pelo valor econômico do

20 "Artigo 48. Para o cumprimento do disposto no artigo 47 desta Lei Complementar, a Administração: I - deverá realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens de contratação cujo valor seja de até R\$80.000,00 (oitenta mil reais)".

contrato e que devem ser estendidos para as hipóteses dos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, na forma do artigo 189 da Lei n. 14.133/2021²¹. Nessas hipóteses, deve-se dar preferência às microempresas e empresas de pequeno porte, aplicando-se o disposto no inciso I do artigo 48 da Lei Complementar n. 123/2006.

Sob essa interpretação, o inciso IV do artigo 49 da Lei Complementar n. 123/2006 prescreve que as dispensas de licitação fundadas nos incisos I e II do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 sejam realizadas apenas e exclusivamente com microempresas e empresas de pequeno porte. Empresas médias ou grandes já não podem mais ser contratadas com base nas hipóteses de dispensa em comento, salvo se, pressupõe-se, não se encontrar microempresas ou empresas de pequeno porte dispostas a fazê-lo, dentro das condições e preços considerados aceitáveis pela Administração Pública, o que, se acontecer, depende de justificativas.

3.3.2. Dispensa em razão de licitação fracassada

O legislador criou hipóteses de dispensa relacionadas a casos em que a licitação pública não foi bem-sucedida e que, em razão disso, a repetição do procedimento pode ser danosa ao interesse público. Tratam-se de situações causadas pelo comportamento daqueles que participam de licitação pública e que podem ser danosas ao interesse público, que, ao critério do legislador, agrega densidade para afastar a obrigatoriedade de nova licitação pública.

Sob essa perspectiva, o inciso III do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 prescreve o seguinte:

Art. 75. É dispensável a licitação: [...] III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação: a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas; b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

É de registrar, já de início, que a Lei n. 8.666/1993 prescreve hipóteses semelhantes de dispensa de licitação, versadas nos incisos V e VII do seu artigo 24:

²¹ Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1.º a 47-A da Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011.

Art. 24. É dispensável a licitação: [...]

V - quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas; [...]

VII - quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do art. 48 desta Lei e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

Embora semelhantes, há diferenças substanciais entre os dispositivos da Lei n. 14.133/2021 e da Lei n. 8.666/1993, sobre as quais se deve atentar:

1. Prazo – O inciso III do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 condiciona a dispensa de licitação ao prazo de 1 ano da realização da licitação, em sentido diverso da Lei n. 8.666/1993, que não cogita de prazos. A nova Lei exige, então, que a licitação fracassada seja relativamente recente, não admitindo que se aproveite de licitação que foi fracassada há mais de 1 ano. A restrição não tem muita aplicação prática, porque é realmente difícil que a Administração Pública espere tanto tempo, a contar da realização da licitação, para proceder às dispensas.

2. Licitação deserta e fracassada – O inciso V do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 refere-se à hipótese que ocorre "quando não acudirem interessados à licitação anterior", o que remete à denominada licitação deserta, em que não há licitantes. Daí que o dispositivo sempre causou polêmica sobre sua aplicação para as licitações fracassadas, que ocorrem quando há licitantes, porém em que todos eles são inabilitados ou desclassificados.²² A redação da alínea

²² Hely Lopes Meirelles afirmava: "Caracteriza-se o desinteresse quando nenhum licitante acode à licitação, ou todos são inabilitados, ou nenhuma proposta é classificada, muito embora, neste último caso, a Administração possa convidar os proponentes para reformular suas ofertas (artigo 48, §3º)" (MEIRELLES, Hely Lopes. Licitação e contratos administrativos: de acordo com as Leis 8.666, de 21.06.1993, 8.833, de 8.06.1994 e 9.648, de 27.5.1998. 12. ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Célia Marisa Prendes e Maria Lúcia Mazzei de Alencar. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 100). Sidney Bittencourt compartilha a mesma exegese: "Entendemos que tal enquadramento também abrange hipóteses de 'licitação fracassada', ou seja, na hipótese de os possíveis interessados não conseguirem ultrapassar as fases da licitação (nesse sentido também entende Hely Lopes Meirelles)" (BITTENCOURT, Sidney. Licitação passo a passo: comentando todos os artigos da lei nº 8666/93 totalmente atualizada, levando também em consideração a Lei Complementar nº 123/06, que estabelece tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas. 6.

“a” do inciso III do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 desfaz a maior parte da controvérsia ao admitir a dispensa quando “não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas”, logo também abrangendo as licitações fracassadas. Pondera-se, no entanto, que a passagem “não foram apresentadas propostas válidas” deve ser lida em um sentido mais amplo para contemplar situações em que as propostas são desclassificadas por qualquer razão e também para os casos em que todos os licitantes são inabilitados ou sequer admitidos a participar da licitação. É que, por quaisquer das razões mencionadas, no fim das contas, ao encerrar a licitação, a Administração não dispõe de proposta válida para que possa proceder à contratação.

3. Prejuízo - O inciso V do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 condiciona a dispensa à demonstração de que a repetição da licitação lhe causa prejuízo, o que causa dificuldades com relação à aplicação da dispensa, dado que, evidentemente, não basta alegar qualquer sorte de prejuízo. Isso porque a realização de licitação pública sempre implica algum dispêndio e, por conseguinte, poder-se-ia dizer, algum prejuízo. Sem embargo, o inciso V requer prejuízo qualificado, não o pretensamente decorrente da própria licitação. Sob essa luz, é necessário que a repetição de licitação inviabilize ou provoque gravame a algum bem jurídico visado pela Administração Pública. Por isso, no âmbito da Lei n. 8.666/1993, é comum que a Administração Pública repita ao menos uma vez a licitação fracassada, para que não seja questionada pelos órgãos de controle. A alínea “a” do inciso III do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, diferentemente, não condiciona a dispensa à demonstração de prejuízo com a repetição da licitação. Isso significa que, sendo a licitação fracassada, a Administração Pública já está autorizada a proceder à dispensa, sem necessidade de repetir a licitação, desde que, insista-se, a dispensa reproduza as condições que foram licitadas.

ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 109). Em sentido contrário, leiam-se as palavras de Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “A licitação deserta não se confunde com a licitação fracassada, em que aparecem interessados, mas nenhum é selecionado, em decorrência da inabilitação ou da desclassificação. Neste caso, a dispensa de licitação não é possível” (DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Direito administrativo. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 370). Também Roberto Ribeiro Bazilli e Sandra Julien Miranda assinalam: “Essa é a hipótese da chamada licitação deserta, que não se confunde com a fracassada. Ambas levam ao mesmo resultado, ou seja, a impossibilidade de contratar o objeto licitado e pretendido pela Administração. Porém, na licitação deserta não acorrem interessados ao procedimento licitatório, enquanto que na fracassada os interessados comparecem ao certame mas não preenchem os requisitos para habilitação ou, quando qualificados, suas propostas são desclassificadas, ou, então, desistem de participar” (BAZILLI, Roberto Ribeiro; MIRANDA, Sandra Julien. Licitação à luz do direito positivo: atualizado conforme a Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998, e a Lei 9.648, de 27.5.1998. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 166).

4. Oportunidade para que licitantes ofereçam novas propostas – O inciso VII do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993, ao se referir ao seu artigo 48, condiciona a dispensa à concessão de oportunidade para que os licitantes apresentem novas propostas com preços aceitáveis. A alínea “b” do inciso III do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 não formula a mesma exigência, por efeito do que a dispensa não depende da concessão dessa oportunidade para reapresentar propostas.

Cumprido destacar que a dispensa do inciso III do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 só tem lugar diante dos casos em que a Administração Pública não recebe nenhuma proposta válida. Em sentido oposto, se a Administração Pública recebe proposta válida, compatível com o edital, o autor dela é o vencedor da licitação e com ele deve ser assinado o contrato. É ilícita a conduta da Administração Pública que desfaz a licitação em virtude de ter recebido apenas uma proposta ou de ter restado válida uma só proposta. Isso não é o bastante para revogar a licitação, nem para aplicar o inciso III do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021.

Salienta-se que o inciso III do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, para evitar fraudes, exige que o contrato firmado com base na dispensa reproduza as mesmas condições licitadas. Sucede que é comum que a licitação fracasse por causa das condições exigidas no edital, às vezes por demais onerosas. Em vista dessas condições, ninguém se propõe a participar da licitação ou os que participam não conseguem atender o edital ou oferecem preços mais elevados. Nesse contexto, a dispensa só faz sentido se o contrato a ser firmado guardar as mesmas condições da licitação, o que requer a aceitação, do contratado, das aludidas condições. Não é razoável que o agente da Administração Pública realize a licitação sob condições tais que acabem por gerar o fracasso, afastando interessados ou onerando suas propostas, e, depois, pretenda travar negociações diretas com possíveis interessados, porém em outros termos, mais brandos. Se as condições forem atenuadas, por dedução lógica, é imperativo que se faça nova licitação, sob pena de fraude à licitação e violação ao princípio da isonomia. Sendo assim, para evitar fraude à licitação, em obediência ao princípio da isonomia e em consonância ao previsto no inciso III do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, a dispensa de licitação deve reproduzir as condições da licitação que resultou fracassada.

3.3.4. Dispensa em razão de emergência

O inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 versa sobre a hipótese de dispensa diante de situações emergenciais:

Art. 75. É dispensável a licitação: [...]

VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar

prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

Para os fins de dispensa, o vocábulo emergência quer significar necessidade de contratação que não pode aguardar os trâmites ordinários de licitação pública, sob pena de perecimento do interesse público, consubstanciado pelo não atendimento ou ao atendimento de alguma demanda da Administração Pública, pela solução de continuidade ou prejuízos à execução de atividade da Administração Pública. Com o escopo de evitar tais gravames, autoriza-se a contratação direta, com dispensa de licitação pública.

A caracterização da situação emergencial depende da avaliação dos impactos de determinados fatos sobre o interesse da Administração Pública e suas atividades, o que normalmente guarda espaço para competência discricionária.²³ A situação emergencial não precisa ser radical ou absoluta, ela varia em grau, maior ou menor. A falta de um serviço irrelevante, por exemplo, não é bastante para justificar a situação emergencial. No entanto, devem-se evitar juízos abstratos e apriorísticos sobre quais serviços são ou não relevantes, mesmo porque, repita-se, há graus de relevância, que dependem das peculiaridades de cada caso e de cada Administração Pública. Repita-se que a avaliação é, em princípio, discricionária e, nesse sentido, por força do atributo da presunção de legitimidade e veracidade dos atos administrativos, deve-se partir do pressuposto de que o juízo qualificador da situação emergencial foi produzido em conformidade com os ditames legais.

A priori, a situação de urgência não deve ser provocada pela negligência da Administração Pública, que tem o dever de planejar e prever todas as suas

23 "7. Sabe-se que uma situação emergencial justificadora da dispensa de licitação só se caracteriza se restar demonstrado que a contratação direta é o único meio adequado, necessário e efetivo de eliminar iminente risco de dano ou o comprometimento de segurança. No caso em exame, verifico que, seguindo recomendações técnicas (peça 61, fls. 31 e 48), bastaria que o estádio fosse interditado ao público, para que o iminente risco de dano e, conseqüentemente, a situação emergencial fossem afastados, possibilitando tempo suficiente para que o procedimento licitatório fosse planejado e realizado. A existência de graves problemas estruturais, por si só, não autoriza a contratação direta, muito menos a ascensão de importante time de futebol local para a série 'A' do Campeonato Brasileiro" (TCU, Plenário. Acórdão nº 27/2016. Rel. Raimundo Carreiro, j. 20.1.2016).

demandas. É obrigatório que ela controle seus estoques, procedendo à licitação pública antes que os produtos visados corram o risco de faltar. No entanto, se o interesse público demanda realizar a contratação direta, sem que se possa aguardar a conclusão de licitação, é forçoso reconhecer a licitude da dispensa, mesmo que a desídia de agente administrativo tenha dado causa à demanda. Não é razoável desautorizar a dispensa e, com isso, prejudicar o interesse da Administração Pública, que, sem o objeto a ser contrato, acabaria desatendido.²⁴

24 O Tribunal de Contas da União, por muito tempo, entendeu que a emergência provocada pela omissão ou desídia dos agentes administrativos não seria o bastante para justificar a contratação direta fundada no inciso IV do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 – hipótese análoga à do inciso XV do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021. A título ilustrativo, leia-se: “12. A equipe de auditoria destacou, ainda, acerca do assunto, a interpretação da referida norma dada pelo TCU, consubstanciada na Decisão no 347/94 - TCU - Plenário, quando a Corte de Contas estabeleceu pressupostos da aplicação do caso de dispensa preconizado no artigo 24, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, a saber: ‘a.1) que a situação adversa, dada como de emergência ou de calamidade pública, não se tenha originado, total ou parcialmente, da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos disponíveis, ou seja, que ela não possa, em alguma medida, ser atribuída à culpa ou dolo do agente público que tinha o dever de agir para prevenir a ocorrência de tal situação; [...]’ (TCU. Acórdão nº 1.266/2007, Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. Sessão de 27.06.2007). Seguindo a mesma exegese, Lucas Rocha Furtado preconiza: ‘É preciso que essa situação de urgência ou de emergência seja imprevisível. Seria absolutamente descabido que o administrador, sabendo que determinada situação iria ocorrer, e que sua ocorrência obrigaria a celebração do devido contrato, não adotasse as medidas necessárias à realização do procedimento licitatório. Jamais a inércia do administrador poderá justificar a adoção de contratos emergenciais, conforme já observamos’ (FURTADO. Curso de Licitações e Contratos Administrativos, p. 76). Em sentido contrário, o Tribunal de Contas da União, em belíssimo voto do Ministro Aroldo Cedraz, decidiu: ‘1. A situação prevista no artigo 24, VI, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares. 2. A incúria ou inércia administrativa caracteriza-se em relação ao comportamento individual de determinado agente público, não sendo possível falar-se da existência de tais situações de forma genérica, sem individualização de culpas.’ [...]. Voto: [...] 13. De fato, se caracterizada a existência de situação em que a demora no atendimento possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, faz-se não apenas recomendável, mas imperativa a adoção de imediata solução, ainda que implique na realização de contratação direta, sem licitação. 14. Consoante bem definiu o Voto acima referenciado que sustentou a Decisão nº 138/98-Plenário, a ausência de planejamento e a contratação direta fundamentada em situação de emergência caracterizam situações distintas, não necessariamente excludentes. Estará incorrendo em duplo erro o administrador que, ante a situação de iminente perigo, deixar de adotar as situações emergenciais recomendáveis, ainda que a emergência tenha sido causada por incúria administrativa. Há que se fazer a clara definição da responsabilidade: na eventual situação aludida, o responsável responderá pela incúria, não

Tanto mais, para evitar tais situações, é imperativo que sobre os ombros do agente da Administração Pública relapso recaia reprimenda, para o efeito de desencorajar comportamentos similares, desde que respeitados os princípios informadores do processo administrativo, entre os quais os do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal. Esse é o teor da parte final do § 6º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021:

Art. 75 [...] § 6º Para os fins do inciso VIII do *caput* deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

O contrato a ser firmado com base no inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, além de pressupor a urgência provocada por emergência, revela caráter provisório, na medida em que serve apenas para evitar o perecimento de interesse da Administração Pública, concedendo tempo à Administração Pública para concluir o regular processo de licitação. Nesse sentido, o § 6º do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que, nos casos de dispensas emergenciais, devem ser “adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório”.

Diante do caráter provisório do contrato emergencial, a parte final do inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que, mediante tais contratos, é permitido somente adquirir os bens necessários ao atendimento da situação emergencial e receber prestação de serviços ou parcelas de obras que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 ano, contado da ocorrência da emergência, vedada a sua prorrogação.

Nesse ponto, a Lei n. 14.133/2021 traz novidade importante em comparação com a hipótese de dispensa análoga da Lei n. 8.666/1993, que é a versada no inciso IV do seu artigo 24, cujo prazo máximo é de 180 dias. Repita-se, na forma do inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, o prazo foi estendido para 1 ano.

Agregue-se que o prazo de 1 ano se conta da data da emergência ou calamidade pública. Portanto, não é correto afirmar que o prazo de duração do contrato é de 1 ano, dado que normalmente, mesmo diante de situações urgentes, a Administração Pública leva algum tempo para firmá-lo.

pela contratação emergencial” (TCU, Plenário. Acórdão nº 1.876/2007. Rel. Aroldo Cedraz, j. 12.9.2007).

O inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 veda, terminantemente, que esses contratos sejam prorrogados. E o legislador impediu a prorrogação em virtude da pressuposição de que 1 ano constitui período suficiente para ultimar o devido processo de licitação, em razão do que, ao final do prazo, se deve firmar novo contrato, dessa vez com o selecionado por meio do certame. Contudo, importa atentar que, por uma série de circunstâncias, muitas delas inimputáveis à Administração Pública, o processo de licitação talvez não seja ultimado nesse período.

Por exemplo, diante de situação de emergência, a Administração Pública firma contrato com fundamento no inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, cujo prazo de duração é de 1 ano. A partir de então, a Administração Pública, imediatamente, dá início à licitação, que, todavia, é suspensa por decisão prolatada por juiz de direito, em vista de ação judicial proposta por um dos licitantes. Então, por força de decisão judicial, a Administração Pública é impedida de concluir a licitação no prazo de 1 ano. O contrato outrora firmado com dispensa está prestes a se encerrar, sem que se possa prorrogá-lo e sem que a licitação tivesse sido concluída. Essa situação poderia sacrificar o interesse da Administração Pública, já que, em princípio, a Administração Pública ficaria sem a utilidade recebida mediante o contrato, que não pode ser prorrogado. Sem embargo, percebe-se que o legislador proibiu apenas a prorrogação, não a celebração de novo contrato amparado pelo mesmo dispositivo, ainda que regido pelas mesmas cláusulas. Daí que, para proteger o interesse da Administração Pública, em vez de prorrogar o contrato, é lícito celebrar um novo, não importa se com o mesmo objeto que lhe antecedeu.²⁵

Advirta-se que, consoante o inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, nessas hipóteses, é proibida "a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso". Então, pode-se firmar novo contrato emergencial, também com prazo máximo de 1 ano, porém não com a mesma pessoa contratada na primeira oportunidade. Essa é outra novidade da Lei n. 14.133/2021 em relação à Lei n. 8.666/1993, que não prescreve restrição do tipo, o que propicia em muitas ocasiões que sucessivos contratos emergenciais sejam firmados com o mesmo contratado, cujo interesse, não raro, acaba sendo de postergar o lançamento da licitação ou impedir sua conclusão, por meio de questionamentos, impugnações, recursos e outras medidas. A limitação contida no inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 visa evitar essas situações de perpetuação de contratações

25 Para Ivan Barbosa Rigolin e Marco Tullio Bottino: "Caso outro estado emergencial ou calamitoso ocorra dentro dos cento e oitenta dias do primeiro, outra aquisição, devidamente justificada, através de outra contratação direta, sempre poderá ser realizada – e ainda que seja com a mesma pessoa física ou jurídica; o que se veda é a prorrogação de um mesmo contrato, para além de cento e oitenta dias" (RIGOLIN, Ivan Barbosa; BOTTINO, Marco Tullio. Manual prático das licitações: Lei nº 8.666/93. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 759).

emergenciais com a mesma pessoa, tomando-se em conta, também, que o prazo foi ampliado, de 180 dias para 1 ano. Em que pese eventuais boas intenções, o fato é que essa restrição pode causar prejuízos à Administração Pública, especialmente naqueles casos em que a situação emergencial se posterga no tempo sem culpa dela. É que, com a necessidade de novo contrato emergencial e de novo contratado, impõe-se transição de prestadores de serviços, o que, na prática, costuma ser problemático e prejudicial à própria Administração Pública.

Imagine-se o contrato conhecido como de fábrica de *software*. Licitação em curso foi suspensa por decisão judicial, o que levou a Administração Pública a firmar contrato emergencial com o atual prestador do serviço, pelo prazo de 1 ano. A decisão judicial, no entanto, persiste e é necessário firmar novo contrato emergencial. A Administração Pública, nos termos do inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, não pode contratar o mesmo prestador para o novo contrato emergencial, vê-se forçada a contratar outro, com transição de equipes de programadores, programações não concluídas que precisam ser assumidas por outros programadores etc. As perdas para a Administração Pública nesse processo podem ser relevantes.

É de ponderar que, muitas vezes, os contratos emergenciais são firmados, sobretudo nos casos de contratos de escopo, e os contratados não conseguem cumprir o prazo de execução em razão de eventos da natureza ou provocados por terceiros ou mesmo pela Administração Pública, que, de todo modo, não possam ser imputados a eles. Nessas situações, de maneira geral, sob a Lei n. 8.666/1993, a jurisprudência vem, acertadamente, admitindo a prorrogação dos contratos emergenciais.²⁶ O mesmo entendimento deve ser mantido diante do inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021, porque a vedação nele contida à prorrogação dos contratos emergenciais não diverge, nesse aspecto, da vedação contida no inciso IV do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993.

Registra-se que há alguns julgados do Tribunal de Contas da União em que ele entende que o prazo máximo para a assinatura do contrato fundado no inciso IV do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 – hipótese de dispensa análoga à do inciso VIII

26 Nesse sentido, confira-se julgado do TCU: "Consoante registrado anteriormente, a Lei determina que ocorrendo situação calamitosa ou emergencial, as obras e serviços deverão ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, vedada a prorrogação dos respectivos contratos. No entanto, a superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere as condições do respectivo contrato, é razão suficiente para alteração do contrato, a teor do disposto no artigo 57, §1º, item II, da Lei nº 8.666/93. [...] é possível, quando da dispensa [...], o retardamento do início e a devolução da contagem do prazo de 180 dias, desde que as ações tomadas pela Administração tenham sido prejudicadas pela superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes" (TCU, Plenário. Acórdão nº 820/1996. Rel. Bento José Bugarin, j. 12.12.1996).

do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 – é de 30 dias a contar da data do fato que produziu a calamidade ou a emergência.²⁷ A tese é que, se a Administração Pública permitiu que transcorressem 30 dias dos fatos, a situação não é, verdadeiramente, urgente e pode aguardar a conclusão de licitação pública.

Esse entendimento do Tribunal de Contas da União é equivocado e não encontra qualquer base legal, sobretudo porque pretende ser aplicado de maneira geral e abstrata para todas as situações, sem ponderar as suas peculiaridades. Ora, muitas vezes, ainda que diante de situação emergencial, a tramitação da contratação direta consome mais do que 30 dias, o que não desfaz, em absoluto, o sentido de urgência. Ademais, tal prazo de 30 dias foi inventado. Ele foi tomado de maneira aleatória. Em vez de 30 dias poderiam ser 20, ou 40. O órgão de controle tomou para si competência que é do Legislativo, inovando a ordem jurídica de maneira inconstitucional, em desalinho ao princípio da legalidade, encartado no inciso II do artigo 5º da Constituição Federal.²⁸

Uma última palavra: percebe-se que a hipótese de dispensa de licitação por emergência vem sendo equivocadamente estigmatizada, sobretudo pelos órgãos de controle. Nessa visão, a contratação emergencial por si só caracteriza ilícito ou desídia administrativa, pressuporia deficiência de planejamento e levaria, quase que inevitavelmente, à responsabilização dos agentes administrativos. Reconhece-se que há abusos e desvios, no entanto, não é acertado generalizar. A dispensa por emergência constitui instrumento legal importantíssimo para a satisfação do interesse público, para preservar os serviços públicos e as atividades administrativas. Ela não revela, por si, qualquer ilícito, bem ao contrário, tanto que encontra previsão no inciso IV do artigo 24 da Lei n. 8.666/1993 e no inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021 e, ao fim e ao cabo, escora-se no princípio da continuidade dos serviços públicos. Essa compreensão estigmatizada da dispensa por emergência por parte dos órgãos de controle faz com que muitos agentes administrativos, receosos, evitem-na a todo custo, muitas vezes em prejuízo

27 "3.16.4. O Tribunal de Contas da União dá um parâmetro importante: se a contratação emergencial demorar mais que trinta dias da ocorrência do fato que a justifica, o TCU não considerará que existiu emergência, já que em trinta dias teria sido possível realizar ao menos um convite, que suprisse ao menos parte da necessidade, que a seguir poderia ser licitada em sua totalidade pela modalidade adequada, se essa não for o próprio convite. Não quer dizer o TCU que irá aceitar que contratação ocorrida em uma semana do fato será acatada como emergencial, mas uma coisa é certa: passaram-se mais de 74 dias do fato, então emergência não existiu. Esse dado do TCU, é claro, vale para a esfera federal apenas, mas já é um importante parâmetro, porque com ele o TCU nos indica o que entende como contratação emergencial em tempo razoável" (TCU, 2ª Câmara. Acórdão nº 158/2010. Rel. Aroldo Cedraz, j. 26.1.2010).

28 "Artigo 5º [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei".

à continuidade dos serviços públicos, o que é inadmissível. Deve-se fugir de percepções radicais, lembrando que a avaliação do grau de emergência de dada situação depende usualmente de juízo discricionário dos agentes administrativos.

3.4. Processo de contratação direta

A licitação pública é o procedimento que antecede a celebração de contrato administrativo, cujo objetivo é legitimá-lo, preservando o interesse público e assegurando a todos os interessados as mesmas oportunidades em disputá-lo. Para tanto, o procedimento de licitação pública é composto por vários atos distintos, todos formais, que em conjunto apontam à Administração Pública com quem e em quais condições ela deve firmar contrato administrativo.

A licitação pública, conquanto em regra deva preceder o contrato, não cabe em todas as espécies dele, revelando os casos de inexigibilidade e dispensa. Nestes, é natural que se imprima tratamento desnivelado entre supostos interessados. Entretanto, a Administração Pública não é livre para firmar a contratação direta, realizada diante de inexigibilidade ou de dispensa, sem que se possa tolerar qualquer arbitrariedade, discriminações apartadas da razoabilidade, posturas subjetivas e alheias ao interesse público. Por isso, mesmo para as contratações diretas, a Administração Pública deve pautar-se por determinado procedimento, a fim de não permitir que se perca o prumo do interesse público.

Contratos firmados sem licitação pública também devem guardar conformidade aos princípios norteadores da atividade administrativa, entre os quais se destacam os da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência, pois previstos no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, e outros, como os listados no artigo 5º da Lei n. 14.133/2021. Tudo porque a ausência de licitação pública não derroga os princípios jurídicos administrativos que incidem em todos os quadrantes de atuação da Administração Pública.

O fato é que a contratação direta não reúne forças suficientes para desproteger o interesse público, que continua indisponível. Quem o gerencia, fá-lo em proveito da coletividade, jamais em proveito próprio, para contemplar suas aspirações pessoais. A ação administrativa, inclusive a contratação direta, mira à satisfação do interesse público.²⁹

29 É isso que afirma Oswaldo Aranha Bandeira de Mello: "Embora dispensada a licitação, nos casos acima focalizados, não está desobrigado o contratante de atender aos requisitos legais para perfeição do acordo de vontades. Destarte, deve comprovar a sua habilitação ou qualificação, bem como satisfazer outras formalidades, acaso exigidas, nos termos de direito, para concorrer à licitação e à efetivação do contrato, e, então, se considera a compra, a execução da obra ou a prestação do serviço isentos da utilização do instituto da licitação" (BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Da licitação. São Paulo: José Bushatsky, 1978. p. 50-51). Adilson Abreu

Em homenagem aos princípios administrativos e, sobretudo, ao interesse público, a contratação direta deve seguir determinado procedimento,³⁰ mais tênue, é verdade, do que o da licitação pública. Aliás, realmente esse procedimento não pode medir forças com o da licitação pública: aquele deve ser sumário, mais simples do que este, a ser concluído com a máxima brevidade.

A Lei n. 8.666/1993 não prescreve procedimento próprio para as contratações diretas nem oferece indicativos mais concretos. Encontram-se nela, propriamente no seu artigo 26, apenas uma espécie de sinalização de algumas medidas a serem observadas, abertamente insuficiente para se compreender o que é necessário observar no tocante à contratação direta, o que causa grande insegurança jurídica.³¹ É comum ver-se processos em órgãos de controle sobre contratação direta em que os questionamentos não são direcionadas ao cabimento ou não da contratação direta, porém a aspectos procedimentais, como ausência de delimitação do objeto ou de justificativas sobre a escolha do contrato, defeitos no orçamento e conseqüente sobrepreço etc.

Dallari: "Começando pela parte final do que foi dito acima, é evidente que a dispensa de licitação não pode levar a uma contratação aventureira, insegura, ilícita e imoral. Não só o contratado deve ter idoneidade jurídica, técnica e financeira como o contratante deve estar atento aos princípios constitucionais (artigo 37 da CF) da impessoalidade e da moralidade. A contratação não pode ser um meio para socorrer amigos de situação ruínosa, nem de saldar dívidas das campanhas eleitorais. Nem pode haver contratação quando houver exigência legal de outros requisitos além da licitação, como é o caso, por exemplo, da situação do contratado perante o sistema de seguridade social (artigo 195, §3, da CF)" (DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 56).

30 Para Marçal Justen Filho: "A contratação direta se submete a um procedimento administrativo, como regra. Ou seja, ausência de licitação não equivale à contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta exige um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível" (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 391).

31 Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 20 e 40 do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8o desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos: I - caracterização da situação emergencial, calamitosa ou de grave e iminente risco à segurança pública que justifique a dispensa, quando for o caso; II - razão da escolha do fornecedor ou executante; III - justificativa do preço. IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

Pois bem, uma das boas novidades da Lei n. 14.133/2021 é a Seção I do Capítulo VIII, do Título II, intitulada "Do Processo de Contratação Direta". Ou seja, antes de tratar das hipóteses de inexigibilidade (artigo 74) e de dispensa (artigo 75), o legislador, acertadamente, dispôs sobre o processo para a contratação por inexigibilidade e por dispensa (artigos 72 e 73). Não o fez de forma muito detalhada, mas trouxe elementos mais consistentes do que os havidos na Lei n. 8.666/1993.

É conveniente, a essa altura, transcrever o artigo 72 da Lei n. 14.144/2021:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

O primeiro passo da contratação direta é definir o seu objeto, o que precisamente atende a demanda da Administração Pública e as condições técnicas que sejam relevantes para sua execução, até para que se possa saber se é caso de inexigibilidade, de dispensa ou de licitação pública. A Administração Pública precisa saber o que pretende com o futuro contrato, o que o contratado será obrigado a realizar e em quais condições. Em razão da definição do objeto, praticamente de forma sequencial, a Administração Pública deve motivar a contratação direta.

Sendo assim, o inciso I do artigo 72 prescreve que o processo de contratação direta inicia com o "documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo". Tais documentos, em seu conjunto e de modo geral,

prestam-se a definir o objeto e justificar a futura contratação, inclusive se é ou não caso de contratação direta. Os mesmos documentos são também exigidos no artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, que trata da etapa preparatória dos processos de licitação pública.

É de notar que o inciso I do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021 prescreve como necessário o documento de formalização de demanda e, na sequência, antes de referir-se aos demais, ressalva que os mesmos devem ser produzidos "conforme o caso". No entanto, o inciso I do artigo 72 não esclarece em quais casos os demais documentos devem ou não ser produzidos.

Sabe-se que, em regra, projetos básico e executivo são utilizados em obras e serviços de engenharia e termo de referência é empregado para os demais objetos que não de engenharia, por efeito do que eles são excludentes - ou se tem projetos básico e executivo ou se tem termo de referência. Essa é a regra, que, contudo, é ressalvada pelo § 3º do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, cujo teor admite que a especificação de obras e serviços comuns de engenharia seja realizada por meio de "termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos."

Em que pese isso, estudo técnico preliminar e análise de riscos podem, em tese, ser produzidos em qualquer caso, para qualquer objeto e contratação. A redação do inciso I do artigo 72 dá a entender, sob essa perspectiva, que estudo técnico preliminar e análise de riscos podem ser dispensados em casos de contratação direta, que a Administração Pública goza de competência discricionária para decidir produzi-los ou não. Isso faz sentido, porque não seria proporcional exigir estudo técnico preliminar e análise de riscos para contratações de pequena envergadura, como acontece, por exemplo, nos casos das dispensas dos incisos I e II do artigo 75. Sem embargo, o fato é que o inciso I do artigo 72 não indica quais as situações em que os documentos nele referidos poderiam não ser produzidos, o legislador deixou as hipóteses em aberto, não os relacionou ao valor dos contratos ou a qualquer outra situação.

É importante que neste momento inicial do processo de contratação direta, na elaboração dos documentos indicados no inciso I do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021, a Administração Pública motive o ato de dispensa ou de inexigibilidade, apontando os fatos e as justificativas que lhe fundamentam, inclusive indicando o suporte legal tomado em consideração.³² É preciso caracterizar a situação de

32 Segundo Roberto Dromi: "La autoridad competente que decida contratar por alguno de los procedimientos de excepción, debe ponderar, objetiva y fundadamente, las razones que posibilitan encuadrar los casos determinados en el procedimiento elegido. Estas motivaciones constituyen, por lo tanto, los presupuestos o razones del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión de contratar por un procedimiento de excepción" (DROMI, Roberto. Licitación pública. 2. ed. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1995. p. 138)

dispensa e de inexigibilidade.

O segundo passo para a Administração Pública é o de apontar a “estimativa de despesa” e demonstrar que dispõe de “recursos orçamentários” para a contratação, o que é exigido nos incisos II e IV do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021. Logo, deve-se proceder à pesquisa de preços, em conformidade com os parâmetros do artigo 23 da Lei n. 14.133/2021, cujo propósito é dispor de uma referência dos valores envolvidos na futura contratação, inclusive para que se tenha condições de selecionar o futuro contratado e aceitar o preço proposto por ele.³³ De maneira geral, o artigo 23 prescreve que a pesquisa deve ser realizada apurando-se valores de outros contratos de outras entidades da Administração Pública e, no caso de obras e serviços de engenharia, com base em sistemas referenciais oficiais.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação guardam peculiaridade no que atine à pesquisa de preços, porque pressupõem inviabilidade de competição. Nesses casos, é difícil ou inviável para a Administração Pública comparar preços, haja vista que o objeto é executado com exclusividade por aquele que se pretende contratar ou os serviços são singulares - o que significa, nas hipóteses em que o contratado é exclusivo, que os preços existentes são os praticados por ele próprio ou que, nos casos de singularidade, os preços não seguem necessariamente padrões objetivos de mercado. Para essas situações, a justificativa de preços ocorre com a juntada de outros contratos da mesma pessoa que a Administração Pública pretende contratar. Esse entendimento vem de algum tempo, mesmo diante da Lei n. 8.666/1993.³⁴ Agora, no entanto, o § 4º do artigo 23 da Lei n. 14.133/2021 é expresso:

Art. 23 [...] § 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em

33 “9.3.1.2. o preço a ser pago deve ser compatível com aquele praticado no mercado, situação essa a ser comprovada pelo Banco do Brasil S/A mediante a juntada da documentação pertinente nos respectivos processos de dispensa, incluindo, no mínimo, três cotações de preços de empresas do ramo, pesquisa de preços praticados no âmbito de outros órgãos e entidades da Administração Pública ou justificativa circunstanciada caso não seja viável obter esse número de cotações, bem como fazendo constar do respectivo processo a documentação comprobatória pertinente aos levantamentos e estudos que fundamentaram o preço estimado” (TCU, Plenário. Acórdão nº 522/2014. Rel. Benajamin Zymler, j. 12.3.2014).

34 A justificativa de preço em contratação decorrente de inexigibilidade de licitação (art. 26, parágrafo único, inciso III, da Lei 8.666/1993) pode ser feita mediante a comparação do valor ofertado com aqueles praticados pelo contratado junto a outros entes públicos ou privados, em avenças envolvendo o mesmo objeto ou objeto similar. (TCU, Acórdão n. 2993/2028. Plenário. Rel. Min. Bruno Dantas. Julg. 12/12/2018)

contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

Em seguida, a Administração Pública deve escolher com quem contratar e em quais condições. O inciso V do artigo 72 da lei n. 14.133/2021 exige a "comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária", o inciso VI do mesmo artigo a "razão da escolha do contratado", e, em seguida, o inciso VII demanda a "justificativa de preço". Então, depois de definir o objeto e as condições de execução do futuro contrato (inciso I do artigo 72), depois de definir o preço de referência (inciso II do artigo 72) e de realizar as previsões orçamentárias (inciso IV do artigo 72), a Administração Pública deve escolher com quem contratar e justificar a sua opção (inciso VI do artigo 72), o que passa pela apuração da proposta para si mais vantajosa (inciso VII do artigo 72) e pela investigação das qualificações do futuro contratado (inciso V do artigo 72).

Nesta fase, ela não precisa tratar todos os possíveis interessados com igualdade, o que seria necessário se ela devesse proceder à licitação pública. Repita-se, nos casos de dispensa e de inexigibilidade são aceitos agravos à isonomia, que cede parcialmente em face da impossibilidade de realizar a licitação pública ou da proteção de outros valores relacionados ao interesse público. Contudo, no mesmo passo, não se quer afirmar que a isonomia é derogada por completo, porque a Administração Pública não pode fazer valer discriminações desproporcionais e desnecessárias. Portanto, para escolher o contratante, a Administração Pública não é obrigada a tratar todos os possíveis interessados com igualdade, todavia deve fazê-lo na maior medida possível.

É usual, porém nem sempre necessário, lançar uma espécie de cotação de preços entre possíveis interessados, a fim de apurar a proposta mais vantajosa e, sob essas bases, escolher o futuro contratado. Sem embargo, repita-se, esse procedimento de cotação de preços não é necessário diante de inúmeros casos, sobretudo nas situações em que a definição é realizada preponderantemente sob aspectos qualitativos, como ocorre na maior parte dos casos de contratações por meio de inexigibilidade de licitação.

Daí, há de se separar duas questões: uma é a escolha do futuro contratado, que não precisa amparar-se decisivamente no preço, outra é a justificativa do preço do futuro contrato, que deve ser compatível com o mercado. Demonstrado que o preço é compatível com o mercado, em face da pesquisa de preços que é realizada com antecedência e que pode ocorrer independentemente da consulta direta a qualquer fornecedor ou interessado, a Administração Pública goza de discricionariedade para a escolha do futuro contratado, desde que de maneira

motivada. Sob essa perspectiva, não é obrigatório que em contratação direta haja alguma espécie de disputa entre possíveis interessados. Basta, apenas, que a escolha do futuro contratado seja motivada e que o preço seja compatível com o mercado, o que não depende, insista-se, de cotação direta de preços com outros fornecedores ou interessados.

Do Tribunal de Contas da União:

5. O primeiro conjunto de ocorrências consiste no fato de que, em 22 processos de dispensa de licitação, de um total de 65, a definição da empresa contratada teria ocorrido anteriormente à apresentação das propostas apresentadas para a orçamentação do objeto.

6. A unidade técnica argumenta que esses fatos caracterizariam fraude na condução do processo de dispensa, em razão do direcionamento da contratação para determinada empresa e a consequente violação do princípio da isonomia.

7. A respeito, observo que o raciocínio estaria correto, caso se estivesse a tratar da realização de licitação. Nesse caso, sim, poder-se-ia falar em direcionamento ilícito da contratação e violação aos princípios da isonomia e da moralidade.

8. Entretanto, trata-se aqui de contratação direta. Ora, a essência desse instituto é exatamente a escolha do futuro contratado pela Administração Pública. Trata-se de opção do legislador, com expresso amparo no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, em que se entende que o interesse público será melhor atendido caso a Administração Pública efetue contratações sem a realização de prévia licitação.

9. Nessas situações, o princípio da isonomia tem a sua aplicação pontualmente afastada em prol de outros interesses públicos. No caso concreto, de acordo com o disposto no artigo 24, inciso IV, da Lei 8.666/1993, a urgência em atendimento de situações de calamidade pública provocou a necessidade de realização de contratações por dispensa de licitação.

10. Em sendo assim, não vislumbro sentido em se falar em direcionamento ilícito para a realização de contratações diretas.

11. É certo que a situação motivadora da contratação direta deve ser devidamente evidenciada, a escolha da contratada deve ser justificada e os preços praticados devem ser os de mercado, sempre de acordo com o disposto nos incisos I, II e III do parágrafo único do artigo 26 da Lei 8.666/1993.

12. Nessa linha, a existência de outras propostas de preços, além daquela contratada, possui por objetivo justificar o preço a ser contratado. Não há que falar, como aponta a unidade técnica, na realização de um

procedimento de disputa para se averiguar a proposta mais vantajosa. Caso assim fosse, não se estaria falando de dispensa de licitação, mas de licitação propriamente dita.

13. É bem verdade que, caso a contratação não ocorra pela proposta de menor preço, o gestor deve justificar o preço praticado e demonstrar as razões de seu procedimento. Nos casos em tela, entretanto, não há indicativos de que não tenha sido contratada a proposta mais vantajosa economicamente e tampouco os gestores foram instados a se manifestar a respeito.³⁵

Isso ocorre com larga frequência nos casos de inexigibilidade de licitação. Por exemplo, a Administração Pública motivadamente pretende contratar advogado para a prestação de um serviço singular, suponha-se, a confecção de um parecer jurídico de alta complexidade. Não é obrigatório abrir uma espécie de cotação pública ou consulta pública, basta explicar as razões pelas quais o advogado escolhido é o adequado para a prestação dos serviços pretendidos, em juízo que é discricionário, e que o preço oferecido por ele é compatível com o praticado no mercado.

Pondera-se que, em dadas situações, especialmente em relação à inexigibilidade de licitação, o Tribunal de Contas da União entende que a realização de cotação de preços e a obtenção de propostas de mais de um potencial fornecedor ou prestador de serviços é indicativo de que haveria possibilidade de competição e que, portanto, a inexigibilidade de licitação seria indevida. Confira-se:

A realização de cotação de preços junto a potenciais prestadores dos serviços demandados, a fim de justificar que os preços contratados estão compatíveis com os praticados no mercado, afasta a hipótese de inexigibilidade de licitação, por restar caracterizada a viabilidade de competição.³⁶

O entendimento do Tribunal de Contas da União é equivocado, especialmente diante das hipóteses de inexigibilidade que não pressupõem a exclusividade do contratado, que são todas as previstas no artigo 74 da Lei n. 14.133/2021 à exceção da hipótese do seu inciso I. Ainda que o serviço seja prestado por notório especialista, como é o caso do inciso III, seria possível obter propostas de outros notórios especialistas e tomá-las como referência para a justificativa do

35 TCU, Plenário. Acórdão n° 1157/2013. Rel. Benjamin Zymler, j. 15.3.2013.

36 TCU, Acórdão n. 2280/2019, Primeira Câmara. Rel. Min. Benjamin Zymler. Julg. 12/03/2019.

preço contratado, sem que isso desfaça a situação de inviabilidade de competição. Em que pese isso, vale a advertência que, diante da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, talvez seja melhor, para evitar questionamentos futuros, que a Administração Pública se contente para a justificativa do preço apenas com outros contratos da própria pessoa que se pretende contratar nos casos de inexigibilidade de licitação.

De todo modo, embora não seja obrigatório, nas situações em que a escolha do fornecedor é orientada pelo preço, o que ocorre diante de produtos padronizados ou relativamente padronizados, é de todo recomendável que seja precedida de cotação de preços, junto a mais de um fornecedor, inclusive, se possível, por meio de chamamento público ou medida do gênero. Se o preço é o critério determinante, faz todo sentido que a Administração Pública ofereça oportunidade para pretensos interessados apresentarem as suas propostas de acordo com as suas possibilidades. Esse procedimento de cotação justificaria a escolha do fornecedor por parte da Administração Pública, que, sob essa condição, não precisaria estender-se sobre aspectos mais subjetivos atinentes à qualidade.

Convém registrar que o Governo Federal dispõe de instrumento de cotação eletrônica de preços, chamado de dispensa eletrônica pelo artigo 51 do Decreto 10.024/2019, que regulamenta o pregão eletrônico. Ele deve ser utilizado, para as unidades gestoras integrantes do SISG, para a contratação de bens e serviços comuns, inclusive de engenharia, nas hipóteses em que os valores não ultrapassam os limites das dispensas dos incisos I e II do artigo 24 Lei n. 8.666/1993 e nas demais hipóteses de dispensa de licitação do mesmo artigo 24, desde que os objetos sejam qualificados como comuns e não envolvam engenharia. Em essência, trata-se de um meio para ampliar a cotação de preços, estendendo-o para um número expressivo de fornecedores, de maneira rápida e eficaz. Não há nada que impeça a adoção da dispensa eletrônica nos processos fundados na Lei n. 14.133/2021. Bem ao contrário, tudo recomenda.

Além do preço, com base no inciso V do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021, é importante que a Administração Pública avalie as qualificações do futuro contratado, que deve ter habilidade para prestar o objeto do contrato, devendo a Administração Pública buscar elementos que retratem a experiência anterior dele. Não é lícito à Administração Pública, sob o argumento da dispensa e da inexigibilidade, agir imprudentemente, contratando alguém que não tenha aptidão para tanto. É fundamental cercar-se de cuidados e demandar do futuro contratado a comprovação das condições consideradas adequadas para o cumprimento das obrigações contratuais.

Os documentos a serem exigidos em habilitação nas licitações são tratados no Capítulo VI do Título II da Lei n. 14.133/2021, divididos, conforme artigo 62, em habilitação jurídica, técnica, fiscal, social e trabalhista, e econômico-financeira. O

inciso III do artigo 70 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que a documentação de habilitação pode ser "dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)." Quer dizer que nas demais hipóteses, não referidas no inciso III do artigo 70, os documentos de habilitação exigidos na Lei n. 14.133/2021 para as licitações também devem ser exigidos para as contratações diretas.

Com a escolha do contratado, parte-se para a finalização do processo de contratação direta, que ocorre com a avaliação da assessoria jurídica (inciso III do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021) e com a autorização da autoridade competente (inciso VIII).

O § 4º do artigo 53 da Lei n. 14.133/2021 exige do órgão de assessoramento jurídico o "controle prévio de legalidade de contratações diretas", que pode ser dispensada, nos termos do § 5º do mesmo artigo, "nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico."

Passado pelo crivo da assessoria jurídica, o processo de contratação direta segue para o seu ato derradeiro, que é a autorização da autoridade competente, conforme o inciso VIII do artigo 72 da Lei n. 14.133/2021, que deve avaliar sua legalidade, conveniência e oportunidade. O ato autorizador ou o extrato do contrato deve ser divulgado e mantido em sítio eletrônico oficial, consoante exige o parágrafo único do artigo 72. O artigo 73 da Lei n. 14.133/2021, por derradeiro, adverte que a contratação indireta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro gera a responsabilidade do contratado e do agente público, que devem arcar solidariamente com o dano causado, sem prejuízos de outras sanções legais.

Capítulo 4

Fase Preparatória das Licitações

Joel de Menezes Niebuhr

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

4.1. Princípio do planejamento das licitações e dos contratos e a fase preparatória das licitações

O planejamento foi elevado a princípio das licitações e dos contratos, em conformidade com o *caput* do artigo 5º da Lei n. 14.133/2021, e o legislador houve por bem dedicar à fase preparatória, em que ocorre o planejamento, um capítulo inteiro da nova Lei, o Capítulo II do Título II. Bem se vê que o planejamento das licitações e dos contratos foi bastante realçado na Lei n. 14.133/2021, constituindo-se num dos seus pilares fundamentais.

Como preceitua o inciso I do artigo 17 da Lei n. 14.133/2021, a licitação inicia-se numa fase preparatória ou interna, em que a Administração Pública justamente trata de planejar a futura licitação e contrato, definindo os seus objetos e todas as suas condições, o que deve, ao final, ser retratado no edital de licitação e documentos que lhe são anexos e partes integrantes.

Um dos princípios mais basilares da licitação é o da vinculação ao edital, previsto no *caput* do artigo 5º da Lei n. 14.133/2021, em virtude do qual a Administração Pública e os licitantes estão adstritos às disposições contidas no edital, sem que possam exigir mais ou menos do que nele está prescrito. Em síntese, o edital rege a licitação

Nesse sentido, a Administração Pública deve consignar no edital o que pretende contratar, ou seja, qual o objeto do contrato e, por dedução, da licitação pública, com todas as suas especificidades. Os licitantes, ao analisarem o edital, devem ter condições de identificar tudo o que serão obrigados a fazer, caso saiam vencedores do certame. E, por outro lado, a Administração Pública só pode exigir aquilo que efetivamente estiver no edital, salvo se posteriormente alterar o

contrato, dentro das balizas legais, restabelecendo o equilíbrio econômico-financeiro. Demais disso, o edital deve indicar os documentos a serem apresentados pelos licitantes para que eles sejam habilitados no certame. E, ainda, em linha geral, deve enunciar os critérios objetivos a serem levados em conta para comparar as propostas.

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

4.2. A inspiração nas instruções normativas federais

O Governo Federal, já de algum tempo, vem editando instruções normativas para disciplinar o planejamento das suas licitações e contratos, muito influenciado por acórdãos do Tribunal de Contas da União. Pode-se destacar, dentre outras:

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

burocratização e Governo Digital do Ministério da Economia, que regula o procedimento administrativo para a pesquisa de preços no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

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

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

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

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

O fato é que a Lei n. 14.133/2021 encampou em linhas gerais o fluxo procedimental para o planejamento contido nestas instruções normativas federais, pelo que a origem é bem identificada: plano anual de contratações (inciso VII do artigo 12), estudo técnico preliminar (inciso I do artigo 18), termo de referência ou projetos (inciso II do artigo 18), orçamentação (inciso III do artigo 18), análise de riscos (inciso X do artigo 18) e aprovação jurídica (artigo 52).

A crítica que desde logo se faz à Lei n. 14.133/2021 é pertinente ao excesso de burocracia, porque cada uma dessas providências demanda, pela redação do projeto, diversos levantamentos, investigações e definições, algo muito complicado de ser cumprido, especialmente por órgãos e por entidades menos estruturadas. Também chama a atenção que tais exigências burocráticas, de modo geral, são exigidas para a preparação de todas as licitações e contratos, até mesmo para aqueles cujos objetos são simples e usuais ou que não envolvam valores muito elevados.

Falando-se claramente: as regras sobre a etapa preparatória prescritas na Lei n. 14.133/2021 condenam as licitações e os contratos brasileiros à burocracia exagerada e disfuncional, exigindo procedimentos muito pesados e amarrados para tudo, difíceis de serem realmente cumpridos pela grande maioria dos órgãos

e entidades da Administração Pública nacional, porque muito distantes de suas realidades e das suas efetivas disponibilidades, inclusive de pessoal qualificado.

O erro do legislador foi o de acatar a ideia de impor à Administração Pública nacional o planejamento a fórçipes sob a premissa de que regras complexas precisariam ser prescritas em pormenor para todos e para todas as licitações, num modelo bastante pesado e amarrado. O planejamento das licitações e contratos seria mais eficaz se fosse mais simples.

4.3. Plano de contratação anual

O inciso VII do artigo 12 da Lei n. 14.133/2021 autoriza que cada ente federativo elabore um plano de contratação anual, "com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias." O § 1º do mesmo artigo prescreve que o plano "deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos."

O *caput* do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021 estabelece que a fase preparatória das licitações "deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual" e o estudo técnico preliminar, que é um dos seus documentos, deve conter "demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração".

O planejamento das licitações inicia e parte do plano de contratações anual. A ideia do plano é ótima e já vem sendo implementada com sucesso por muitos órgãos e entidades, especialmente federais, dado que já vinha sendo disciplinado e exigido pela Instrução Normativa nº 01/19, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia.

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

De toda sorte, é importante ressaltar que o plano de contratações anual do inciso VII do artigo 12 da Lei n. 14.133/2021 é bastante diferente do plano que vem sendo realizado pela Administração Pública Federal, notadamente daquele disciplinado pela Instrução Normativa nº 01/19, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia.

Nessa linha, ressoa que, nos termos da Instrução Normativa, o plano é obrigatório e cada órgão ou entidade deve fazer o seu. Na Lei n. 14.133/2021, o plano não é obrigatório, é meramente facultativo, e é feito pelo ente federativo, não por

cada órgão ou entidade. De toda sorte, não está proibido que órgãos e entidades façam os seus próprios planos. Aliás, trata-se de medida altamente recomendada, apesar de não exigida pela Lei n. 14.133/2021.

4.4. Estudo técnico preliminar

Conforme o fluxo procedimental definido no artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, a etapa preparatória da licitação inicia-se propriamente com o estudo técnico preliminar, que, na redação do seu inciso I, presta-se a caracterizar "o interesse público envolvido".

O inciso XX do artigo 8º da Lei n. 14.133/2021 esclarece que o estudo técnico preliminar é o "documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação."

O § 1º do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021 dedica-se de forma específica ao estudo técnico preliminar, que deve "evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação [...]". Na sequência, o dispositivo divide-se em 13 (treze) incisos, bem detalhados e burocráticos, prestantes a indicar o que deve estar contido no estudo técnico preliminar:

Art. 18 [...] § 1º [...]

- I - necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;
- II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;
- III - requisitos da contratação;
- IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;
- V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;
- VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

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

O § 2º do mesmo artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, em redação que no seu todo é bem confusa, determina que o estudo técnico preliminar deve conter obrigatoriamente apenas o exigido nos incisos I (necessidade da contratação), IV (estimativa de quantidades), VI (estimativa de valor), VIII (justificativas para o parcelamento ou não do objeto) e XIII (posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina) do § 1º do mesmo artigo.

As exigências contidas nos demais incisos são, portanto, facultativas. No entanto, de acordo com o § 2º, acaso dispensadas, precisam ser justificadas, deve-se demonstrar que são impertinentes, desnecessárias ou inviáveis. Logo, por regra, os estudos técnicos preliminares devem contemplar todas as exigências externadas nos incisos do § 1º do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021.

O ponto é que o cumprimento de todas as exigências ou quiçá parte das exigências do § 1º do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021 é tarefa bastante complexa, como a realização de algum tipo de orçamento, pesquisa de mercado, previsão de quantidade, descrição da solução como um todo e levantamento de impactos ambientais e medidas mitigadoras.

No final de tudo, contraditoriamente, requer-se da Administração, já no estudo supostamente preliminar, um posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina. A contradição, para ser mais claro, ocorre porque o resultado de um estudo preliminar deveria ser também preliminar. A Lei n. 14.133/2021 exige posicionamento conclusivo, o que denota que o estudo técnico *preliminar*, de verdade, de preliminar só tem o nome.

4.5. Termo de referência e projetos

Como definido no inciso XX do artigo 8º da Lei n. 14.133/2021, o estudo técnico preliminar “[...] dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados [...]” Daí que, depois de concluído o estudo técnico preliminar, passa-se à elaboração do termo de referência ou projetos, conforme o caso, em acordo com o inciso II do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, cujos propósitos são de descrever em detalhe o objeto das futuras licitações e contratos, com todas as suas especificações.

Segundo o artigo 8º da Lei n. 14.133/2021, o conteúdo do termo de referência é indicado no seu inciso XXIII, o do anteprojeto no seu inciso XXIV, o do projeto básico no inciso XXV e o do projeto executivo no inciso XXVI. Todos esses documentos, repita-se, guardadas suas particularidades, prestam-se a descrever detalhadamente o objeto da licitação e do futuro contrato. Em resumo, o termo de referência é utilizado para a contratação de bens e serviços e o projeto básico para obras e serviços. O anteprojeto é uma espécie de documento preliminar com subsídios para o projeto básico, utilizado no regime de contratação integrada (§ 2º do artigo 46 da Lei n. 14.133/2021). O projeto executivo versa sobre os elementos para a execução completa da obra, detalhando ainda mais as soluções contidas no projeto básico.

Registra-se que, consoante o § 3º do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, o estudo técnico preliminar que tenha por objeto obras e serviços comuns de engenharia pode indicar que a Administração deve elaborar termo de referência e não projetos, desde que “[...] demonstrada a inexistência de prejuízos para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados [...]”. Ou seja, faculta-se à Administração, conforme sua análise discricionária, descrever o objeto das licitações e contratos que envolvem engenharia em termos de referência ou em projetos básicos.

4.5.1. Proibição de aquisição de artigos de luxo

É de salientar, sobre a especificação do objeto, o artigo 20 da Lei n. 14.133/2021, cujo texto exige que os itens de consumo adquiridos pela Administração sejam de “qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo”.

A redação do dispositivo não é das melhores, porque associa objetos que não sejam de qualidade comum com artigos de luxo. A associação é indevida e a Administração pode, obviamente, contratar objetos com qualidade superior àquela considerada comum. O dispositivo não pode ser interpretado como uma espécie de proibição à contratação de objetos de qualidade ótima, de ótimo desempenho e performance. O que se veda é a contratação de artigos de luxo, supérfluos e, nessa medida, desnecessários e desproporcionais.

O § 1º do mesmo artigo 20 prevê que “os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.” Na sequência, o § 2º determina que, “a partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.”

No texto aprovado pelo Congresso Nacional havia também o § 3º do artigo 20, que acabou acertadamente vetado pelo Presidente da República. O dispositivo prescrevia que os limites dos três poderes nas esferas federal, estadual, distrital e municipal não poderiam ser superiores os limites do Executivo federal. Ocorre que é fragorosamente inconstitucional submeter os poderes judiciário e legislativo, bem como os demais entes federativos, ao Poder Executivo federal, por ofensa à separação de poderes, princípio consagrado no artigo 2º da Constituição Federal, e à autonomia dos entes federativos, hospedada no *caput* do artigo 18, também da Constituição Federal.

Embora a intenção seja legítima, as prescrições contidas no artigo 20 da Lei n. 14.133/2021 são bem atrapalhadas, para dizer o mínimo. É muito difícil fazer-se uma lista com todos os artigos possíveis de serem adquiridos pela Administração e estabelecer-se valores máximos para todos eles ou mesmo definir outros parâmetros de limite que os qualifiquem como de luxo.

4.6. Orçamento

Depois da definição e especificação do objeto da licitação e do futuro contrato é necessário orçá-lo, na letra do inciso IV do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, dispor de licitações, dispor de “orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação”.

Pela redação dos dispositivos da Lei n. 14.133/2021 é um tanto quanto confuso precisar o momento em que se deve proceder ao orçamento. De acordo com ordem dos incisos do artigo 18, o processo inicia com o estudo técnico preliminar, depois termo de referência/projetos e, na sequência, o orçamento estimado. A lógica confirmaria essa sequência: primeiro define-se exatamente o que se quer e depois vai-se apurar o preço desse objeto no mercado. Sem definir o objeto é difícil apurar preços, porque, por óbvio, os preços variam conforme as variações dos objetos.

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

simples. É digno de nota que o dispositivo, contudo, não se contenta com algo mais simples, porque exige a indicação de preços referenciais e memórias de cálculo.

Para complicar ainda mais, a alínea "i" do inciso XXIII do artigo 8º da Lei n. 14.133/2021 exige que o termo de referência também "aponte as estimativas do valor da contratação, acompanhadas dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, com os parâmetros utilizados para a obtenção dos preços e para os respectivos cálculos, que devem constar de documento separado e classificado;"

Para não perder o passo, a alínea "f" do inciso XXV do artigo 8º da Lei n. 14.133/2021 exige que o projeto básico, por sua vez, apresente "o orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados".

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

Diante de toda essa confusão, propõe-se a seguinte interpretação: faz-se um orçamento preliminar quando do estudo técnico preliminar, mais simples, sem pesquisa aprofundada de mercado, podendo-se valer de comparativo com contratos antigos do próprio órgão ou entidade ou, no caso de engenharia, utilizando-se de metodologia expedita ou paramétrica. Depois, como uma das atividades necessárias para a elaboração do termo de referência ou do projeto básico, definida a especificação do objeto a ser licitado e contratado, faz-se o orçamento definitivo e mais rigoroso, de acordo com os critérios definidos na Lei n. 14.133/2021.

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

O artigo 23 da Lei n. 14.133/2021 prescreve as regras sobre como fazer o orçamento. O *caput* anuncia que o valor deve ser "compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto."

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

O Tribunal de Contas da União, de muito tempo, é contrário à realização de pesquisa de preços diretamente junto a fornecedores:

“1.6. Determinar à (...) que:

(...)

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

Em linha abertamente divergente à jurisprudência do Tribunal de Contas da União, a Lei n. 14.133/2021 prescreve como um dos critérios à disposição da Administração Pública a pesquisa direta junto a fornecedores e não estabelece qualquer ordem de preferência entre os parâmetros listados nos incisos do § 1º do seu artigo 23 para a orçamentação, tanto que se autoriza, expressamente, que eles sejam “adotados de forma combinada ou não”. Daí que a Administração goza de discricionariedade para eleger os parâmetros que lhe parecem mais adequados para cada caso, inclusive a pesquisa direta com fornecedores, já de muito desestimulada, insista-se, pelo Tribunal de Contas da União.

O § 1º do artigo 23 da Lei n. 14.133/2021 determina que o preço estimado será o melhor preço obtido num dos parâmetros referidos acima. A intenção é balizar para baixo o preço estimado, o que gera o risco de induzir condições inexequíveis para a licitação. Advirta-se que se deve ter muito cuidado em adotar como referência o menor valor coletado, porque ele pode refletir alguma peculiaridade da empresa ou pessoa que lhe ofereceu e não corresponder às práticas de mercado. Nesse cenário, se adotado o menor valor coletado, pode ser que as demais empresas interessadas sejam desestimuladas ou afastadas da licitação, em prejuízo à competitividade. Seria mais prudente que o preço de referência fosse resultante de média ou mesmo seja a mediana, mas essa não foi a opção, deixe-se claro, do legislador.

O § 2º do artigo 23 da Lei n. 14.133/2021 aborda a orçamentação de obras e serviços de engenharia, que deve seguir a composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de

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

Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia (inciso I); referências havidas em mídias especializadas, tabelas ou sites (inciso II); em contratações similares da Administração Públicas em execução ou concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano (inciso III); e pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, o que ainda deve ser regulamentado (inciso IV).

Para obras e serviços de engenharia os parâmetros devem ser utilizados na ordem definida nos supracitados incisos, como determina o § 2º do artigo 22 da Lei n. 14.133/2021. Logo, esses parâmetros devem ser entendidos como subsidiários e não adicionais ou alternativos. Ou seja, só se utiliza o parâmetro do inciso II se o do inciso I não for adequado. Aqui, então, não há a mesma discricionariedade outorgada pelo § 1º do mesmo artigo para as licitações que não envolvem engenharia.

O § 3º do artigo 23 da Lei n. 14.133/2021 reconhece que Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que em contratações que não envolvam recursos da União, podem utilizar sistemas próprios.

4.7. Orçamento sigiloso

O artigo 24 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que, “desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso [...]”. Entretanto, não pode haver sigilo para os órgãos de controle, como adverte o inciso I do mesmo artigo 24.

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

Anote-se que essa competência discricionária sobre o momento da divulgação do orçamento precisa ser motivada. O *caput* do artigo 24 condiciona o orçamento sigiloso à motivação. Repita-se a redação: “desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso [...]”. Nesses termos, é de concluir que o orçamento sigiloso não é a regra. A regra é que ele seja público e divulgado. Se houver justificativa para o sigilo, logo uma boa razão para o sigilo, então se pode decidir pelo orçamento sigiloso. Falando de outra maneira, se não houver justificativa para o sigilo, o orçamento deve vir junto com termo de referência ou projetos ou com o próprio edital. Na mesma linha, o inciso XI do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021 também exige “motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação [...]”

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

Registre-se que no texto aprovado pelo Congresso Nacional havia o inciso II no artigo 24, que, no entanto, foi vetado pela Presidência da República. O dispositivo vetado previa que o orçamento "será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas". A Presidência considerou, mais uma vez de forma acertada, que seria melhor à Administração gozar de competência discricionária para decidir o momento da divulgação do orçamento sigiloso, porque seria vantajoso ao interesse público, em muitas situações, não o divulgar antes de encerrada a negociação. A premissa é procedente, especialmente nos casos em que a proposta objeto da negociação está muito próxima ou mesmo abaixo do orçamento. Nesses casos, divulgar o orçamento antes da negociação poderia desestimular uma redução de preços mais substancial por parte do licitante, o que corresponde ao cerne da razão do veto.

4.8. Edital, minuta de contrato e motivação sobre as condições do edital

Depois do estudo técnico preliminar, termo de referência ou projetos, conforme o caso, e definição de preço estimado, a Administração passa a cuidar da elaboração do edital (inciso V do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021), com o estabelecimento das regras sobre a licitação pública, desde a modalidade, condições para participação de interessados, requisitos de habilitação e critérios para julgamento das propostas. Na mesma oportunidade, a Administração deve produzir a minuta do contrato (inciso VI do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021), que é documento que segue anexo ao edital, como o termo de referência ou projetos (§ 3º do artigo 25).

O artigo 25 da Lei n. 14.133/2021 estabelece que o edital contenha "as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento." O § 1º do mesmo artigo 25 prescreve, como medida para quebrar um pouco a orientação burocrática, que, "sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes."

² Confira-se: (i) TCU, Acórdão nº 2.989/2018. Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Julg. 12/12/2018.; (ii) TCU, Acórdão nº 903/2019. Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Julg. 16/04/2019.

Voltando ao seu padrão burocrático e desconfiado, o inciso IX do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021, demanda:

Art. 18 [...] inc. IX: a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio",

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

O intento em exigir tais justificativas consiste em evitar o direcionamento de editais, o que costuma ocorrer em razão da disposição de cláusulas arbitrárias, especialmente no que tange ao objeto do certame e às exigências de habilitação. A necessidade de justificar as definições requeridas no IX do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021 é um modo para controlá-las, na medida em que se deverá apontar quais os pressupostos de fato ou quais as circunstâncias que levaram a Administração a tomar tal ou qual postura. Então, partindo-se desse pressuposto, devem ser justificadas somente as cláusulas que estabeleçam limites à competição, que excluam a participação de pessoas virtualmente interessadas na licitação.

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

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

da Administração com tais exigências.

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

4.9. Análise de riscos e matriz de riscos

Seguindo a mesma batida burocrática e desconfiada, o inciso X do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021 exige que a Administração, ao final da fase preparatória, produza análise de riscos para todas as suas licitações, inclusive para aquelas com objetos simples e usuais, bem como para aquelas cujos valores não sejam expressivos. A crítica é que uma análise de riscos minimamente séria demanda muito tempo e a mobilização de muitos recursos, especialmente de pessoal. Logo, a análise de riscos deveria ser exigida apenas para as licitações mais vulneráveis e estratégicas, não para todas as licitações, o que representa entrave burocrático muito pesado.

A exigência da Lei n. 14.133/2021 sobre análise de riscos é herança clara das orientações normativas federais. Veja-se, por exemplo, que a Instrução Normativa n. 05/2017, que trata da terceirização e serviços, prevê como uma das etapas fundamentais do planejamento das contratações o "gerenciamento de riscos".

De toda sorte, chama a atenção que o inciso X do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021 exige a análise de riscos, porém o legislador não se prestou a prescrever regras ou diretrizes mínimas de como ela deve ser realizada. De maneira bem resumida, a análise de riscos pressupõe a identificação, a avaliação, a qualificação e o tratamento dos riscos e costuma se materializar em algum tipo de documento, mapa de riscos ou documento equivalente.

Ligada à gestão dos riscos, o artigo 22 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que o edital pode contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e contratado. Trata-se, de forma bem clara, de uma faculdade para a Administração e não de uma obrigação. O § 3º do mesmo artigo 22, no entanto, obriga a matriz de riscos nas situações em que a contratação envolver "[...] obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada [...]".

A matriz de riscos, ressalva-se, não se confunde com a análise de riscos exigida no inciso X do artigo 18 da Lei n. 14.133/2021. A análise, que é obrigatória, serve para que a Administração identifique e trate os riscos da licitação e da contratação. A matriz de risco é documento contratual, que distribui os riscos da contratação entre contratante e contratado. A análise de riscos é essencialmente uma atividade de planejamento. A matriz de riscos é documento essencialmente contratual, ainda que sua minuta seja produzida na fase etapa preparatória da licitação.

4.10. Medidas de racionalização dos procedimentos

O artigo 19 da Lei n. 14.133/2021 obriga os órgãos da Administração com competências regulamentares a instituir uma série de medidas para a racionalização das licitações, de certa forma atenuando a opção legislativa pelo modelo da burocracia disfuncional. As medidas são: centralização de procedimentos (inciso I); criação de catálogo eletrônico (inciso II); sistema informatizado de acompanhamento de obras, com recursos de imagem e vídeo (inciso III); minutas padronizadas de editais, contratos, termos de referência e de outros documentos (inciso IV); e adoção de modelos digitais para obras e serviços de engenharia (inciso VI). Tratam-se de medidas que podem ser bastante benéficas para a Administração Pública, de modo a aproveitar a economia de escala, conferir agilidade e maior transparência.

4.11. Aprovação jurídica

O *caput* do artigo 53 da Lei n. 14.133/2021 prescreve que, "ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação." Também se sujeita à análise da assessoria jurídica, como estatue o § 4 do artigo 53, os processos de "contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos." Permite-se, no entanto, em alinhamento ao § 5º do artigo 53, que a autoridade jurídica máxima competente, dispense a análise jurídica em razão de baixo valor, baixa complexidade da contratação, entrega imediata do bem ou utilização de minutas padronizadas.

O legislador não se contentou com meros vistos ou pareceres genéricos por parte da assessoria jurídica. O § 1º do artigo 53 da Lei n. 14.133/2021 formula condicionantes para a manifestação da assessoria jurídica, que deve ser externada em parecer jurídico, com a obrigação de "apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade" (inciso I); e "redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica" (inciso II).

É importante salientar que a Lei n. 14.133/2021, conforme o seu artigo 53, não exige apenas a apreciação do edital e dos documentos que lhe são anexos. Passa-se a exigir, expressamente, a avaliação de todo o processo licitatório, logo a revisão jurídica de todos os atos praticados na etapa preparatória. Essa nova percepção aproxima a assessoria jurídica de um órgão de controle interno ou de auditoria, porque os advogados terão que analisar a correção dos procedimentos dos agentes administrativos que atuaram no curso de todo o processo. Por exemplo,

terão que analisar se os documentos como estudo técnico preliminar e termo de referência contêm as informações exigidas pela Lei, se o orçamento foi elaborado em acordo com os critérios estabelecidos, se o objeto da licitação não se qualifica como artigo de luxo, etc.

O § 2º do artigo 53 do projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional foi vetado pela Presidência da República. O dispositivo era útil porque deixava claro que o parecer jurídico não seria vinculante, porque ele poderia "ser motivadamente rejeitado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, hipótese em que esta passará a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem eventualmente imputadas." O veto foi infeliz e não se deu em razão da não vinculação do parecer, mas por receio de responsabilização indevida de advogados pelos seus pareceres. O receio foi exagerado e o veto do § 2º fez com que a questão da vinculação ou não do parecer permanecesse em aberto, perpetuando controvérsia de muito tempo.

Por fim, o § 6º do artigo 53 do projeto aprovado pelo Congresso Nacional também foi vetado. Ele trazia ponto relevantíssimo, porque qualificava a culpabilidade dos advogados públicos, que somente podem ser responsabilizados em casos de dolo ou fraude, como já disposto pelo artigo 184 do Código de Processo Civil. Entendeu-se que o dispositivo seria redundante, o que é verdade. No entanto, o veto foi infeliz, porque a redundância aqui seria bastante útil, diante da insistência dos órgãos de controle em responsabilizar advogados por erro grosseiro (culpa grave), que é diferente de dolo ou fraude³.

3 A ausência de critério de aceitabilidade dos preços unitários em edital de licitação para contratação de obra, em complemento ao critério de aceitabilidade do preço global, configura erro grosseiro que atrai a responsabilidade do parecerista jurídico que não apontou a falha no exame da minuta do ato convocatório, pois deveria saber, como esperado do pareceristas médio, quando as disposições editalícias não estão aderentes aos normativos legais e à jurisprudência. (TCU, Acórdão nº 615/2020, Plenário. Rel. Min. Ana Arraes. Julg. 18/03/2020)

Capítulo 5

Licitações Sustentáveis

Pedro Niebuhr

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

5.1. A evolução normativa em matéria de licitações sustentáveis

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

A possibilidade de a Administração Pública incorporar variáveis ambientais na definição do objeto, no julgamento das propostas ou nas cláusulas contratuais não é prevista de forma expressa na concepção original da Lei n. 8.666/1993. Quando a Administração Pública se propõe, portanto, a usar de seu poder discricionário para orientar suas contratações por algum critério ecológico, na sistemática

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

da Lei n. 8.666/1993 corre o risco de a iniciativa ser reputada ilegal pelas instâncias de controle, mormente nos casos em que a opção adotada possa repercutir na competitividade (reduzindo o universo de potenciais competidores) ou no incremento do custo do produto/serviço a ser pago pela Administração.

Ainda sob a égide da Lei n. 8.666/1993 deflagrou-se um movimento normativo para emprestar fundamento suficiente (e, por consequência, segurança jurídica) para a incorporação de uma inteligência ambiental nas contratações públicas. Em 1999, o Governo Federal editou a Agenda Ambiental na Administração Pública (A3P), um conjunto de iniciativas cuja compilação foi coordenada pelo Ministério do Meio Ambiente, com o objetivo de estimular os agentes públicos a incorporar critérios de gestão ambiental em suas atividades rotineiras. Nove anos depois da A3P, o Ministério do Meio Ambiente editou a Portaria Ministerial n. 61/2008, com a finalidade de introduzir as licitações sustentáveis naquela pasta.

O marco legal pioneiro quando se trata de licitações sustentáveis foi a Lei Federal n. 12.187/2009 - Política Nacional sobre Mudança do Clima² - que passou a prever, no inciso XII do seu artigo 6º, o estabelecimento de critérios de preferência nas licitações para as propostas que proporcionassem maior economia de recursos naturais, redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.³

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

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

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

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

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

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

O assunto foi tratado de modo um pouco mais detalhado na Lei n. 12.462/2011, que institui o Regime Diferenciado de Contratações (RDC). O §1º do artigo 4º exige que as contratações realizadas com base no Regime Diferenciado de Contratações devam respeitar normas relativas à disposição final adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras, a mitigação por condicionantes e compensação ambiental definidas nas licenças ambientais, a utilização de produtos, equipamentos e serviços ecologicamente eficientes, a avaliação do impacto de vizinhança, a proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e a acessibilidade. A mesma Lei prevê ainda que, na fase de habilitação das licitações disciplinadas pelo Regime Diferenciado de Contratações, podem ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental. São também estipuladas previsões sobre remuneração variável ao desempenho e contratos de eficiência.

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

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

Visando regulamentar o artigo 3º da Lei n. 8.666/1993 (na forma veiculada pela redação proposta pela Lei n. 12.349/2010), a Presidente da República editou o Decreto Federal n. 7.746/2012.⁴ O artigo 4º enumera as diretrizes de sustentabilidade que poderiam ser consideradas nas licitações, como menor impacto sobre recursos naturais, preferência por fornecedores locais, maior eficiência ecológica,

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

maior geração de empregos, maior vida útil, preferência por inovações que reduzissem pressão sobre meio ambiente e origem regular dos recursos naturais usados na produção dos bens e na execução de serviços e obras.

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

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

Por fim, a exemplo das previsões havidas no Regime Diferenciado de Contratações, a Lei n. 13.303/2016, Lei das Estatais, também incorporou o desenvolvimento nacional sustentável como princípio das licitações realizadas em

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

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

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

seu âmbito. A Lei n. 13.303/2016 igualmente reproduz as previsões do Regime Diferenciado de Contratações sobre a disposição final adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras, a mitigação por condicionantes e compensação ambiental definidas nas licenças ambientais, a utilização de produtos, equipamentos e serviços ecologicamente eficientes, a avaliação do impacto de vizinhança, a proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e a acessibilidade. Dentre outros dispositivos disciplinou também a possibilidade de se solicitar certificação da qualidade do produto e processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental e a possibilidade de estabelecimento de remuneração variável do contratado vinculada ao seu desempenho com base também em critérios de sustentabilidade ambiental.

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

A Lei n. 14.133/2021, para além de manter o desenvolvimento nacional sustentável como um dos princípios da licitação, endereça soluções para alguns dos entraves havidos na Lei n. 8.666/1993 nessa seara. A Lei n. 14.133/2021 tem o mérito de ser bem mais detalhado sobre o assunto que a Lei n. 8.666/1993, adotando um modelo parecido, pontualmente, ao Regime Diferenciado de Contratações e à Lei das Estatais. Muitas das disposições da Lei n. 14.133/2021 são, todavia, bastante desafiadoras.

5.2. Ciclo de vida do objeto da licitação/contrato

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

Na Lei n. 8.666/1993 não há previsão expressa orientando a necessidade de se considerar o ciclo de vida inteiro do produto ou serviço no processo de contratação. Considerando essa lacuna e orientada por uma noção restrita de

economicidade, a Administração Pública poderia inclusive sujeitar-se a maiores riscos quando se propusesse a pagar nominalmente mais caro por um produto/serviço lançando como justificativa a economia gerada ao longo do tempo, até seu descarte final.

A Lei n. 14.133/2021 incorpora, de forma definitiva, o ciclo de vida do objeto da licitação/contrato como importante variável de sustentabilidade das licitações. O ciclo de vida aparece como (i) um componente da vantajosidade da licitação, outro dos objetivos da licitação previstos no inciso I do artigo 11 e no inciso VIII do artigo 18⁷; além de (ii) variável que compõe os custos indiretos da proposta a serem considerados, a critério da autoridade administrativa, no julgamento pelo critério menor preço ou maior desconto, no §1º do artigo 34.⁸ O artigo 6º exige, em complemento, que todo o ciclo de vida do objeto seja considerado na descrição da solução, no termo de referência.⁹

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

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

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

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

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

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

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

duráveis. Isso é possível se deduzir de forma direta, quase que aritmética.

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

As inserções na Lei n. 14.133/2021 a propósito do ciclo de vida de produtos/serviços exigirão, é certo, grande esforço por parte da Administração Pública e seus agentes. O desafio é menor quando já estiverem disponibilizadas, previamente, informações suficientes sobre o ciclo de vida de determinadas soluções para auxiliar os agentes na definição dos termos de referência e auferir a vantajosidade das propostas. Situação distinta é nos casos em que essa informação não é previamente disponível, hipótese em que, numa interpretação possível dos dispositivos citados, haveria de ser cogitada a necessidade de se providenciar uma avaliação específica do ciclo de vida do produto. Adianta-se que essa avaliação é uma tarefa de acentuada complexidade técnica, que dificilmente os agentes encarregados de licitações e contratos administrativos teriam condições de conduzir.

A opção encartada na Lei n. 14.133/2021 é de autorizar a consideração do ciclo de vida dos produtos como critério de aferição do menor dispêndio, "sempre que objetivamente mensuráveis". A forma como isso será feito ainda deve ser definida em regulamento. Ainda assim, objetivamente mensurável ou não, o ciclo de vida deve ser considerado na elaboração do termo de referência. A dúvida é saber como se comportará o controle diante desses casos, em que a Administração Pública tem dificuldade de considerá-lo na descrição do bem e serviço a ser licitado.

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

No artigo 26 da do então projeto da nova lei de licitações eram instituídas duas novas modalidades de margem de preferência, em acréscimo à previsão ainda vigente (mas pendente de regulamentação) contida na Lei n. 12.187/2009 (Política Nacional sobre Mudança do Clima) - de preferência para propostas que gerassem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e a redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos.

A primeira era a preferência para bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis. Ela foi mantida na publicação final do inciso II do artigo 26 da Lei nº

14.133/2021.¹⁰

Frise-se que a previsão do inciso II do artigo 26 da Lei n. 14.133/2021 é diferente da hipótese de dispensa prevista na alínea "j" do inciso IV do artigo 75 da mesma Lei - de dispensa de licitação para contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis.¹¹

De acordo com o inciso II do artigo 26 da Lei n. 14.133/2021, os licitantes que ofertarem produtos reciclados, recicláveis ou biodegradáveis terão preferência na contratação em relação a licitantes ofertantes de bens comuns, caso as propostas daqueles sejam até 10% superior à destes.

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

No âmbito da Lei n. 8.666/1993 é vedada sem qualquer ressalva a preferência ou o estabelecimento de critérios de discriminação em função do domicílio

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

11 "Art. 75. É dispensável a licitação: [...] IV – para contratação que tenha por objeto: [...] j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública".

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

do licitante.¹³ Na versão da lei de licitações aprovada pelo Legislativo, apesar da alínea "b" do inciso I do artigo 9º do projeto da nova lei de licitações repetir a vedação de preferências em função da sede dos licitantes, o §4º do artigo 26 abria uma exceção para preferência de empresas sediadas em Municípios com até 50.000 (cinquenta mil habitantes)¹⁴. O limite da margem de preferência era o mesmo, 10%, em relação aos licitantes sediados em outros Municípios.

Ocorre que o §4º do artigo 26 foi vetado pela Presidência da República ao argumento de que o dispositivo violaria "a vedação de criação de distinção entre brasileiros ou preferências entre si, consoantes art. 19, III, da Constituição da República", bem como contrariaria "o interesse público ao trazer percentual da margem de preferência a fornecedores sediados no Estado, Distrito Federal ou Município sendo um forte limitador da concorrência, em especial nas contratações de infraestrutura".

Sobre o assunto permanece vigente, portanto, apenas a preferência prevista no inciso II do artigo 26 da Lei nº 14.133/2021. Em relação a ela, o artigo 27 da Lei n. 14.133/2021 dispõe que a relação de empresas favorecidas em decorrência da aludida preferência (bem como de todas as demais) deve ser divulgada anualmente em sítio eletrônico oficial.

Para além da margem de preferência, o inciso IV do §1º do artigo 60 do Lei n. 14.133/2021 estabelece como um critério de desempate entre duas ou mais propostas (dos últimos critérios, registre-se), a preferência por "empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei n. 12.187, de 29 de dezembro de 2009". A Lei n. 12.187/2009 é a já aludida Política Nacional sobre Mudança do Clima. Mitigação, nos termos definidos no inciso VII do artigo 2º da Lei n. 12.187/2009, são:

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

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

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

A Lei n. 14.133/2021 não antecipa a forma de comprovação da adoção de medidas de mitigação, o que deve ser objeto de superveniente regulamentação.

A diferença entre o direito de preferência em caso de empate previsto no artigo 60 em relação à margem de preferência estatuída no artigo 26, todos da Lei n. 14.133/2021, é que no primeiro o empate deve ser real. Havendo duas ou mais propostas com o mesmo valor, o desempate é resolvido da seguinte forma (artigo 60): disputa final (inciso II); avaliação do desempenho contratual prévio (inciso II); desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade de gênero no ambiente de trabalho (inciso III); existência de programa de integridade pelo licitante (inciso IV). Se ainda assim o empate persistir, na forma do §1º, aí será assegurada preferência: às empresas estabelecidas no território do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou no Estado em que se localiza o órgão ou entidade municipal licitante (inciso I); às empresas brasileiras (inciso II); às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País (inciso III) e, só então, às empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei n. 12.187/2009.

É possível antever um cenário de extrema dificuldade para os agentes encarregados da licitação em aplicar as sucessivas regras de desempate e preferência nos termos definidos no artigo 60 da Lei n. 14.133/2021.

5.4. Certificações ambientais

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

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

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

qualidade ou quaisquer outras não previstas em lei”¹⁷

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

À semelhança do que passou a ser expressamente admitido no inciso III do artigo 7º da Lei do Regime Diferenciado de Contratações e no inciso III do artigo 47 da Lei das Estatais, a Lei n. 14.133/2021 contemplou as certificações ambientais por meio do inciso III do artigo 42¹⁸, ao disciplinar os requisitos e procedimentos da prova de qualidade dos produtos ofertados pelos licitantes. A previsão resolve

17 Em comentários à referida Súmula, Ivan Barbosa Rigolin assinala:

“Essa súmula seguramente vem a propósito, sem o dizer de modo expreso, dos comuns e usuais certificados ISO, de numeração variada conforme a codificação da atividade atestada.

Já nos manifestamos nesse exato sentido em consultas e artigos, pois que, tanto quanto o e. TCE/SP, pensamos que tais certificações de qualidade – seja ISO ou quaisquer outras expedidas por institutos particulares – podem ocasionalmente significar um efetivo e palpável diferencial qualitativo em favor de quem as detém, como igualmente podem pouquíssimo significar sob qualquer ponto de vista.

É certo que frequentemente se inverte o papel desses certificados, que de uma mera consequência de bom trabalho realizado pela empresa passam muitas vezes a constituir ou a serem vistos como objetivo ou meta da empresa. Nessa hipótese, esta empresa, a partir de dado momento, passa a preocupar-se apenas, antes que em trabalhar bem, em única e exclusivamente obter a certificação – como se ela só em si lhe assegurasse um salto de qualidade ou uma conquista inesperada e extraordinária.

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

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

18 “Art. 42. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios: [...] III – certificação, certificado, laudo laboratorial ou documento similar que possibilite a aferição da qualidade e da conformidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitido por instituição oficial competente ou por entidade credenciada.”

pelo menos o problema do fundamento de legalidade para esse tipo de exigência.

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

O inciso III do artigo 42 da Lei n. 14.133/2021 atribuiu tratamento distinto. Admite, além da certificação, que a qualidade ou conformidade seja atestada por "certificado, laudo laboratorial ou documento similar". O dispositivo parece ter duas conotações. A primeira interpretação, mais restrita, prestar-se-ia a resolver um problema semântico, dado que nem sempre, pelo menos não em todos os casos, a qualidade ou conformidade do produto ou processo de fabricação é atestada por uma certificação. A possibilidade de apresentação de um laudo laboratorial ou documento similar teria espaço, portanto, nos casos em que a qualidade/conformidade do produto ou processo não é atestada por processos de certificação ou certificados.

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

O objetivo de que a prova da qualidade ou conformidade possa ser feita por "certificado, laudo laboratorial ou documento similar", contida no inciso III do artigo 42 da Lei n. 14.133/2021, parece ser no sentido de viabilizar a exigência mesmo nos casos em que o produto/serviço não seja objeto de uma certificação própria, na acepção restrita da palavra. No entanto e ainda assim, a Administração Pública deve ter o cuidado para não instituir preferências injustificadas por um tipo ou entidade certificadora específica em detrimento de outras possíveis, o que pode restringir indevidamente a competição.

5.5. Tratamento dos impactos ambientais e urbanísticos em contratos de obras e serviços de engenharia

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

O artigo 45 da Lei n. 14.133/2021 basicamente incorpora as previsões havidas no Regime Diferenciado de Contratações e da Lei das Estatais, em referência

às obras e serviços de engenharia, acerca da (i) disposição final adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras, (ii) mitigação por condicionantes e compensação ambiental definidas no licenciamento ambiental, (iii) utilização de produtos, equipamentos e serviços ecologicamente eficientes, (iv) avaliação do impacto de vizinhança, (v) proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e (vi) acessibilidade.¹⁹

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

O comando, na Lei n. 14.133/2021, é no sentido de que as licitações respeitem referidas variáveis. Para se atribuir algum significado útil ao dispositivo há que se ler "o dever de respeito" como obrigação de sua previsão na estruturação do instrumento convocatório (notadamente na definição do objeto) e/ou na estipulação de obrigações contratuais relacionadas.

Algumas dessas variáveis - como a utilização de produtos, equipamentos e serviços ecologicamente eficientes que comprovadamente reduzem o consumo de energia e de recursos naturais, a avaliação do impacto de vizinhança, a proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial e/ou a previsão de soluções de acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida - são incumbências a cargo da própria Administração Pública enquanto contratante, ainda na definição do escopo e das características da obra. Isso não quer dizer que a Administração Pública só está vinculada a essas diretrizes quando

19 "Art. 45. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:

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

ela própria é encarregada de elaborar o projeto básico da obra, mas também nos casos em que essa incumbência é transferida ao particular (vide contratação integrada), porque ainda nessas hipóteses cabe à Administração Pública a estipulação pelo menos do anteprojeto.

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

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

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

4.6. Contrato de eficiência e remuneração variável por desempenho

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

A primeira possibilidade é o contrato de eficiência, por meio do qual “o contratado assume a obrigação de reduzir as despesas da Administração, sendo

que sua remuneração corresponderá a um percentual da economia gerada”.²⁰ No âmbito privado é relativamente comum a pactuação de contratos de eficiência energética no qual o contratado concebe, custeia e implementa as alterações estruturais e logísticas necessárias, sendo remunerado (para amortização do investimento e retorno financeiro) pela economia em água ou luz, por exemplo, gerada.

O artigo 39 da Lei n. 14.133/2021 estabelece que, no julgamento por maior retorno econômico, celebrado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerar-se-á “a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato”. Trata-se de importante previsão comparativamente em relação aos critérios até então vigentes na Lei n. 8.666/1993, em que a remuneração pela maior economia gerada decorria de um exercício de interpretação do critério de menor preço.

Já o artigo 144 da Lei n. 14.133/2021 prevê a possibilidade, em abstrato, de remuneração variável vinculada ao desempenho (inclusive ambiental) nos seguintes termos:

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

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

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

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

sustentabilidade ambiental. A não progressão ou não atendimento de índices mais elevados não ensejam o sancionamento do contratado; apenas, não aumentarão sua remuneração.

Capítulo 6

Regime de Execução

Gustavo Ramos da Silva Quint

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

6.1. Conceitos gerais

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

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

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

A Lei n. 14.133/2021 trata da execução direta uma única vez, de forma bastante isolada e específica. Na verdade, diferentemente da Lei n. 8.666/1993, a lei sequer conceitua o regime de execução direta, o que, em certa medida, até faz sentido diante da natureza da lei de licitações. A execução direta é mencionada nas hipóteses de rescisão do contrato administrativo por culpa do particular, na forma do § 1º do artigo 139:

§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do *caput* deste

artigo ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.

Os incisos I e II do artigo 139 tratam, respectivamente, da prerrogativa da Administração Pública de: "I – assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração" e "II – ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade".

Ou seja, pela lógica da Lei n. 14.133/2021, a execução direta pressupõe falha no regime de execução indireta que tenha ocasionado a rescisão do contrato e a necessidade de que a Administração Pública assuma a execução do contrato ela mesma, facultando-lhe, naturalmente, a escolha por nova execução indireta na forma da parte final do § 1º do artigo 139.

A execução indireta pressupõe, por outro lado, a atuação do particular. No que se refere a esse regime, a lei estabeleceu sete formas distintas, previstas em sequência no rol do artigo 46: (i) empreitada por preço unitário; (ii) empreitada por preço global; (iii) empreitada integral; (iv) contratação por tarefa; (v) contratação integrada; (vi) contratação semi-integrada e (vii) fornecimento e prestação de serviço associado.

A maioria das modalidades não é novidade no mundo jurídico, já estava prevista na Lei n. 8.666/1993, na Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) e na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). O que a Lei n. 14.133/2021 parece ter feito é consolidar todas essas modalidades em um único rol, reunindo os regimes de execução – com algumas diferenciações e limitações.

Há, no entanto, uma especial diferenciação na Lei n. 14.133/2021 em relação a que tipo de contratação em que tais regimes são aplicados. Veja-se que a Lei n. 8.666/1993 dispõe, na forma do artigo 10, que "tais obras e serviços poderão ser executados nas seguintes formas [...]". A Lei n. 14.133/2021, contudo, relegou tais regimes de execução apenas às "obras e serviços de engenharia". Ou seja, enquanto na Lei n. 8.666/1993 o regime de execução era amplo e contemplava serviços em geral e obras, na nova lei limitou-se às obras e serviços de engenharia.

6.2. Regime de empreitada

Não houve inovação no regime de empreitada. Trata-se, em essência, dos mesmos institutos já previstos anteriormente na Lei n. 8.666/1993, sem nenhuma alteração significativa. A Lei n. 14.133/2021 previu: (i) empreitada por preço unitário; (ii) empreitada por preço global e (iii) empreitada integral.

Em ambos os casos, como ressalta Marçal Justen Filho, há "em comum a contratação da execução de uma obra ou serviço, incumbindo ao particular

fornecer o trabalho ou o trabalho e materiais, mediante uma remuneração. A distinção entre as figuras envolve, de um modo direto, o critério para a determinação da remuneração do particular".¹

6.2.1. Empreitada por preço unitário

A empreitada por preço unitário é definida, na forma do inciso XXVIII do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021, como a "*contratação da execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas*". Diferentemente do que fez a Lei n. 8.666/1993, a Lei n. 14.133/2021 não estabelece as hipóteses em que o regime de empreitada por preço unitário deve ser utilizado.

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

A empreitada por preço unitário tem lugar quando a Administração Pública não dispõe de elementos suficientes para determinar, de antemão, os quantitativos do objeto. O exemplo clássico, trazido por Joel de Menezes Niebuhr², é o da contratação de obra para perfuração de poço artesiano. Em determinados casos, não é possível definir previamente qual a profundidade adequada de perfuração até que se alcance a água. Isso justifica a contratação por unidades de medida, no caso, por metro perfurado ou equivalente.

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

6.2.2. Empreitada por preço global

A doutrina e jurisprudência já consolidou o entendimento de que, se a

1 JUSTEN FILHO, M. Comentários à lei de licitações e contratos. 18. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. RL-13.

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

Administração Pública já sabe de antemão os quantitativos e o projeto, deve ser usado o regime de empreitada por preço global. Ainda que a Lei n. 14.133/2021 não preveja as hipóteses em que deva ser utilizado, não há sentido em não adotar a mesma lógica. Do contrário, haveria apenas um regime de empreitada.

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

A empreitada por preço global deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem executados; enquanto a empreitada por preço unitário deve ser preferida para objetos que, por sua natureza, não permitam a precisa indicação dos quantitativos orçamentários.³

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

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

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

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

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

4 JUSTEN FILHO, M. Comentários à lei de licitações e contratos. 18. ed. rev. amp. São Paulo: Revista dos

6.2.3. Empreitada integral

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

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

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

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

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

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

Tribunais, 2019. RL-13.

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

Não à toa, o próprio inciso XXX do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021 atribui os riscos integralmente ao particular:

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

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

6.3. Contratação por tarefa

A contratação por tarefa, como sugere o inciso XXXI do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021, guarda relação com serviços de pouca ou nenhuma complexidade, definidos como “pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais”. A redação, e isso não é novidade ao longo da Lei n. 14.133/2021, é idêntica à da Lei n. 8.666/1993.

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

A contratação por tarefa aparece duas vezes na Lei n. 14.133/2021: em sua definição no artigo 6º e na sua classificação como regime de execução no artigo 46. Esse tipo de regime nunca teve especial destaque na doutrina e jurisprudência, principalmente por sua pouca relevância e pouca aplicação prática.

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

6.4. Contratação integrada

A contratação integrada, novidade na Lei n. 14.133/2021, estava prevista anteriormente na Lei n. 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações) e, mais recentemente, foi introduzida na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). Ela é definida

da seguinte forma:

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

O regime é bastante parecido com o da empreitada integral,⁶ diferenciando-se, na essência, porque na contratação integrada o particular assume, além da execução da obra, a responsabilidade por elaborar o projeto básico e executivo com base em um anteprojeto feito pela Administração Pública na forma do § 2º do artigo 46 da Lei n. 14.133/2021.⁷

Os requisitos do anteprojeto estão contemplados nas alíneas do inciso XXIV do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021 e devem conter, entre outros aspectos, as condições de solidez, segurança e durabilidade, prazo de entrega, estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico, parâmetros de adequação ao interesse público, impacto ambiental e de acessibilidade e memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de modo a estabelecer os padrões mínimos para a contratação.

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

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

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

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

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

O § 3º do artigo 46, por sua vez, dispõe que, uma vez elaborado pelo contratado, o projeto básico, em conjunto com os desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro devem ser submetidos à aprovação da Administração Pública, "que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas".

A parte final do dispositivo também faz a ressalva de que são "vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico". A menção à manutenção da responsabilidade integral do contratado é importante porque esclarece qualquer eventual dúvida se a aprovação da Administração Pública significaria o compartilhamento dos riscos entre ela e o particular. A Lei n. 14.133/2021 é expresso no sentido de que o particular, apesar do aval da Administração, responde sozinho pelos riscos do projeto básico.

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

Por fim, outra novidade diz respeito à necessidade de se prever em edital e contrato, nos casos da contratação integrada e semi-integrada, as atribuições da contratante e do contratado a respeito de eventuais desapropriações necessárias

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

à execução da obra, na forma prevista nos incisos do § 4º do artigo 46.

A Lei n. 13.303/2016 estabeleceu que a contratação integrada somente poderia ser utilizada em obra ou serviços de engenharia de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica, bem como nas hipóteses em que o objeto “puder ser executado com diferentes metodologias de domínio restrito no mercado” (artigo 43, inciso VI). A Lei n. 14.133/2021, por outro lado, impôs um limitador financeiro, que se aplica também à contratação semi-integrada.

O § 7º do artigo 46 da Lei n. 14.133/2021, que felizmente acabou vetado, estabelecia que os regimes de contratação integrada e semi-integrada somente poderiam ser utilizados em contratações acima dos limites previstos para os contratos de parceria público-privada, ou seja, contratações acima de R\$ 10.000.000,00. Isso não se aplicaria, contudo, ao valor base nos casos de “projetos de ciência, tecnologia e inovação e de ensino técnico ou superior.”

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

O veto presidencial seguiu o mesmo raciocínio. Nas razões, adotou-se a seguinte justificativa:

Entretanto, e em que pese o mérito da proposta, a medida contraria o interesse público na medida que restringe a utilização dos regimes de contratação integrada e semi-integrada para obras, serviços e fornecimentos de pequeno e médio valor, em prejuízo à eficiência na Administração, além do potencial aumento de custos com a realização de posteriores aditivos contratuais.

Outrossim, considerando o conceito estabelecido no art. 6º, incisos XXXII e XXXIII, do Projeto de Lei, para os regimes de execução em questão vê-se o risco de que tecnologias diferenciadas fiquem impossibilitadas de serem internalizadas em obras de médio e menor porte, tais como: obras de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, no âmbito da segurança pública, melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, SUS e PAC.

⁹ Sobre o tema, ver: NIEBUHR, J. de M. Licitações e contratos das estatais. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p.

Por fim, tem-se que o dispositivo impacta negativamente em diversas políticas públicas sociais que hoje utilizam a contratação integrada como meio mais efetivo para a realização dos fins traçados no planejamento estatal."

O veto foi em cheio na raiz do problema e deve ser elogiado. A versão final aprovada pelo Congresso Nacional limitava sobremaneira o uso do instrumento, impedindo a adoção de soluções mais inteligentes e consensuais, típicas desse regime, em licitações de médio e pequeno porte. Não havia, realmente, lógica em restringir sua aplicação apenas a contratações vultosas. A Lei n. 14.133/2021, portanto, admite agora abertamente a extensão das contratações integradas e semi-integradas a todas as contratações, independentemente do valor – respeitando-se, é claro, as demais condicionantes.

6.5. Contratação semi-integrada

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

À luz da definição do inciso XXXIII do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021, trata-se de *"regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto"*.

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

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

É possível que exista uma parte imutável do projeto básico, definido de acordo com os critérios que a Administração Pública entenda mais adequados à satisfação do interesse público; e outra parte em que franqueie aos particulares

apresentar soluções alternativas às inicialmente previstas, seja em matéria de custos, de qualidade, de prazos ou de técnicas.

Como já indicado no tópico anterior, a versão final do texto normativo corrigiu seríssimo problema, dado que os §§ 7º e 8º do artigo 46 da Lei n. 14.133/2021 limitavam a utilização dos regimes de contratação integrada e semi-integrada aos contratos cujos valores fossem superiores a R\$ 10.000.000,00. Com o veto, a restrição também caiu em relação à contratação semi-integrada. Contudo, apesar de não constar da lei, advoga-se a tese de que esse deveria o regime previsto como regra para todas as contratações, tal como é para a lei das estatais.

A contratação semi-integrada é consentânea com a lógica de uma Administração Pública consensual, que dialoga com os particulares e admite soluções diversas, menos onerosas, tecnicamente mais adequadas e que melhor realizam o interesse público. Esse regime permite florescer alternativas que podem representar obras e serviços muito melhores à realização dos fins a que se propõem as licitações.

6.6. Fornecimento e prestação de serviço associado

Ponto que deveria ter sido mais bem esmiuçado pela Lei n. 14.133/2021, o regime de fornecimento e prestação de serviço associado ganhou poucas palavras e definições. Pelo que consta do inciso XXXIV do artigo 6º, trata-se de regime em que, além da execução da obra, o contratado também fica responsável pela operação e/ou manutenção, por tempo determinado.

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

Esse tipo de regime, cuja aplicação deve ser sopesada levando-se em conta as regras quanto ao fracionamento do objeto, atribui ao contratado a responsabilidade pelo todo e por determinado prazo, em espécie de contrato híbrido de execução de obra e prestação de serviços. De acordo com o artigo 113 da Lei n. 14.133/2021, esse tipo de contrato "terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra com o prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado a 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação na forma do art. 107 desta Lei".

Capítulo 7

Modalidades de Licitação e Procedimentos Auxiliares

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz

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

7.1. Notas introdutórias

O artigo 28 da Lei n. 14.133/2021 apresenta as modalidades de licitação: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. A tomada de preços e o convite, modalidades previstas na Lei n. 8.666/1993, não existem mais. Por outro lado, foi criada a modalidade denominada diálogo competitivo. Além disso, o pregão, previsto na Lei n. 10.520/2002, passou a ser disciplinado pela Lei n. 14.133/2021 junto das demais modalidades.

A Lei n. 14.133/2021 veda a criação de outras modalidades ou a combinação entre as modalidades citadas (§ 2º do artigo 28). Esse dispositivo explicita que as modalidades são normas gerais de licitação que devem ser respeitadas pelos demais entes federativos. Somente a União pode legislar sobre as modalidades de licitação, pois é sua competência privativa legislar sobre normas gerais de licitação, nos termos do inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal.¹

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

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

7.2. Pregão

Como afirmado, o pregão passa a ser disciplinado pela Lei n. 14.133/2021, junto das demais modalidades de licitação. A Lei n. 10.520/2002 será revogada após dois anos de vigência da Lei n. 14.133/2021 (inciso II do artigo 193).

O pregão é definido como a *“modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”* (inciso XLI do artigo 6º). Ele passa a ser expressamente obrigatório para a contratação de todo e qualquer bem e serviço comum e os critérios de julgamento poderão ser o de menor preço ou o de maior desconto.

Por bens e serviços comuns considera-se *“aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”* (inciso XIII do artigo 6º), repetindo-se a definição apresentada pela Lei n. 10.520/2002. Em contraponto, o pregão não será utilizado para contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, com exceção dos serviços comuns de engenharia, segundo o parágrafo único do artigo 29 da Lei n. 14.133/2021.

A Lei n. 14.133/2021 aprimorou o conceito de serviços comuns de engenharia que podem ser contratados via pregão. O inciso XXI do artigo 6º afirma que os serviços comuns de engenharia *“tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens”*.

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

7.2.1. Rito procedimental do pregão

O *caput* do artigo 29 da Lei n. 14.133/2021 afirma que o pregão seguirá o rito procedimental previsto no artigo 17. O referido dispositivo apresenta em seus incisos as fases da licitação, com a seguinte ordem:

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

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

I – preparatória;

II – de divulgação do edital de licitação;

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

IV – de julgamento;

V – de habilitação;

VI – recursal;

VII – de homologação.

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

O que há de novidade para o pregão está previsto nos parágrafos do artigo 17. Como o artigo 29 da Lei n. 14.133/2021 menciona o artigo 17 sem qualquer ressalva quanto aos seus parágrafos, entende-se que eles também são aplicáveis ao pregão.

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

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

Ainda no que tange ao procedimento eletrônico, o § 4º do artigo 17 da Lei n. 14.133/2021 afirma que *“Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico”*. O dispositivo foi provavelmente pensado para as situações em que os licitantes são obrigados a enviar a documentação de habilitação tanto via sistema eletrônico quanto por via física para a sede da Administração Pública. A Lei n. 14.133/2021 dispensa a exigência de envio por via física, admitindo-se somente o envio pelo sistema do pregão. Ainda assim, a redação do § 4º do artigo 17 não é clara e pode ser aprimorada.

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

O § 3º do artigo 17 prevê que na fase de julgamento poderá ser realizada análise de conformidade da proposta do licitante provisoriamente vencedor, tais como homologação de amostras, exame de conformidade, prova de conceito e outros testes, com o objetivo de comprovar a aderência da proposta às especificações técnicas apresentadas no edital. Ficou explicitado que a análise de conformidade deve ser feita na fase de julgamento, e não como condição de habilitação do licitante mais bem colocado, em alinhamento à jurisprudência.⁴

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

7.3. Concorrência

A segunda modalidade de licitação prevista é a concorrência, definida pelo inciso XXXVIII do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021 como a *“modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia”* e cujos critérios de julgamento podem ser: menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior retorno econômico ou maior desconto.

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

A concorrência é modalidade de licitação que pode ser adotada para a

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

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

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

7.3.1. Rito procedimental da concorrência

A concorrência também deve seguir o rito previsto no artigo 17 da Lei n. 14.133/2021. A grande novidade é a consolidação da inversão de fases para a concorrência. Se pela Lei n. 8.666/1993 a fase habilitação antecede à fase de julgamento das propostas, agora poderá ser feito primeiro o julgamento das propostas e depois a análise de documentação do licitante vencedor.

Quando a fase de habilitação ocorrer antes das fases da apresentação da proposta de preços e de julgamento (§ 1º do artigo 17), será analisada a documentação de todos os licitantes, como ocorre no rito previsto na Lei n. 8.666/1993, consoante ao previsto no inciso II do artigo 63 da Lei n. 14.133/2021.⁶

Outra mudança relevante referente ao rito procedimental da concorrência diz respeito à fase recursal. Pela Lei n. 8.666/1993, é cabível a interposição de um recurso após a fase de habilitação e outro após a fase de julgamento das propostas. Segundo o § 1º do artigo 165 da Lei n. 14.133/2021,⁷ haverá somente uma fase recursal, seja seguindo a ordem prevista no *caput* do artigo 17 ou quando houver a inversão de fases permitida no § 1º do artigo 17.

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

6 Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições: [...] II – será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

7 Art. 165. [...] § 1º Quanto ao recurso apresentado em virtude do disposto nas alíneas b e c do inciso I do *caput* deste artigo, serão observadas as seguintes disposições:

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

II – a apreciação dar-se-á em fase única.

7.4. Concurso

O concurso é a “*modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor*” (inciso XXXIX do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021), conceito similar ao previsto na Lei n. 8.666/1993.

O artigo 30 da Lei n. 14.133/2021 dispõe que o concurso respeitará as regras previstas no edital, que deverá indicar a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e formas de apresentação do trabalho técnico, científico ou artístico, as condições de realização e o prêmio ou remuneração do vencedor.

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

7.5. Leilão

A modalidade leilão é empregada para a “*alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance*” (inciso XL do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021). É a modalidade adotada quando a Administração Pública pretende alienar um bem que não lhe serve ou que foi objeto de apreensão.

Os procedimentos operacionais do leilão serão objeto de regulamento (*caput* artigo 31 da Lei n. 14.133/2021).

O leilão poderá ser realizado por leiloeiro oficial ou por servidor designado pelo agente público competente. Se o leilão for realizado por leiloeiro oficial, deverá ser feita a seleção do leiloeiro mediante credenciamento ou licitação. A licitação deverá ser realizada na modalidade pregão e com critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, tomando como base os percentuais da lei de regência da profissão (Decreto n. 21981/1932) e os valores dos bens a serem leiloados (§ 1º do artigo 31).

O edital do leilão deverá conter os seguintes requisitos previstos no § 2º do artigo 31 da Lei n. 14.133/2021:

Art. 31. [...] § 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterá:

- I – a descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;
- II – o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão

do leiloeiro designado;

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

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

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

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

Os interessados em participar do leilão não precisarão se cadastrar previamente e não haverá fase de habilitação. O leilão terá o seguinte rito: fase de lances, fase recursal, pagamento pelo vencedor e homologação, conforme será estipulado em edital (§ 4º do artigo 31 da Lei n. 14.133/2021).

7.6. Diálogo competitivo

O diálogo competitivo é a inédita modalidade de licitação apresentada pela Lei n. 14.133/2021. Segundo o inciso XLII do seu artigo 6º, o diálogo competitivo pode ser definido como a *“modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos”*. A modalidade é inspirada na Diretiva 2014/24 da União Europeia, que é muito mais minuciosa e específica.

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

7.6.1. Hipóteses de contratação pela modalidade diálogo competitivo

Segundo o artigo 32 da Lei n. 14.133/2021, a modalidade diálogo competitivo poderá ser adotada quando:

1. Tratar-se de inovação tecnológica ou técnica, em que não for possi-

vel à Administração Pública ter a sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado e ela não tiver condições de definir com precisão as especificações técnicas do objeto (inciso I); e

2. A Administração Pública verificar a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer a sua demanda, especialmente no que diz respeito à solução técnica mais adequada, aos requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida e à estruturação jurídica ou financeira do contrato (inciso II).

A modalidade diálogo competitivo também poderá ser adotada para as licitações de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, conforme previsto nos artigos 179 e 180 da Lei n. 14.133/2021 que alteraram respectivamente, a Lei n. 8.987/1995 e a Lei n. 11.079/2004.

É natural que a Administração Pública não tenha conhecimento das principais inovações tecnológicas, de soluções complexas ou de todos os meios aptos a atender a sua demanda. Ela tem conhecimento de sua necessidade, mas não sabe como supri-la. Nesse sentido, as hipóteses previstas nos incisos I e II do artigo 32 da Lei n. 14.133/2021 são interessantes na medida em que propiciam ao particular apresentar à Administração Pública soluções que ela normalmente não teria conhecimento ou teria dificuldade em definir o objeto e as especificidades contratuais, tudo de modo transparente e legítimo.

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

O inciso III do artigo 32 da Lei n. 14.133/2021 foi objeto de veto. Ele previa a aplicação do diálogo competitivo nos casos em que os modos de disputa aberto e fechado não permitirem a aferição da variação das propostas. Como razão de veto, entendeu-se que *“a medida contraria o interesse público, pois não é adequado vincular o Diálogo Competitivo ao modo de disputa para a apreciação adequada das variações entre propostas, tampouco à solução de eventuais deficiências com modos de disputa”*.

7.6.2. Rito procedimental

O § 1º do artigo 32 da Lei n. 14.133/2021 apresenta o rito procedimental da modalidade diálogo competitivo, que pode ser dividido em duas etapas: o diálogo entre Administração Pública e os particulares e a fase competitiva.

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

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

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

Encerrada a fase do diálogo propriamente dito, passa-se para a fase de competição, prevista nos incisos VIII, IX e X do § 1º do artigo 32 da Lei n. 14.133/2021. A Administração Pública deverá deflagrar um novo edital para contratar a solução desejada apresentada na fase de diálogo. O edital conterá as especificações da solução a ser contratada e os critérios objetivos para a seleção da proposta mais vantajosa, inclusive no que diz respeito aos tipos de licitação, como se fosse uma licitação na modalidade concorrência.

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

O inciso XII do § 1º do artigo 32 da Lei n. 14.133/2021 foi objeto de veto. O dispositivo atribuía aos órgãos de controle externo a possibilidade de acompanhar os diálogos competitivos, opinando sobre a legalidade, legitimidade e economicidade de licitação, em até 40 dias úteis antes da celebração do contrato, como uma forma de controle prévio dos atos administrativos. Como razão de veto, entendeu-se que a norma atribui nova competência aos Tribunais de Contas (controle

de legalidade dos atos internos da Administração Pública) e viola o princípio da separação dos poderes. Sucede que os Tribunais de Contas, mesmo como órgão de controle externo da Administração Pública, podem analisar atos internos do Poder Público. Além disso, a atuação dos Tribunais de Contas não viola o princípio da separação de poderes, pois é parte do sistema de freios e contrapesos entre os Poderes. Pode-se discutir a pertinência da medida prevista no inciso XII do § 1º do artigo 32, que poderia prejudicar e até mesmo inviabilizar a contratação, mas, em uma primeira análise, a razão de veto não se sustenta.

7.7. Procedimentos auxiliares

O § 1º do artigo 28 da Lei n. 14.133/2021 dispõe que a Administração Pública poderá se utilizar de procedimentos auxiliares para as licitações.

Segundo o artigo 78 da Lei n. 14.133/2021, existem cinco procedimentos auxiliares: 1) credenciamento; 2) pré-qualificação; 3) Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI); 4) Sistema de Registro de Preços; e 5) registro cadastral.

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

7.7.1. Credenciamento

O credenciamento está previsto no artigo 79 da Lei n. 14.133/2021 e tem como objetivo a contratação de licitantes previamente credenciados pela Administração Pública após chamamento público prevendo as condições padronizadas de contratação. Existem três hipóteses em que será possível realizar a contratação por credenciamento, conforme o *caput* do artigo 79:

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

Os licitantes interessados serão credenciados de modo permanente pela Administração Pública e poderão ser demandados conforme interesse dos entes

públicos. Caso não seja possível a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos para que essa demanda seja distribuída entre todos os credenciados (incisos I a VI do parágrafo único do artigo 79).

7.7.2. Sistema de Registro de Preços

O Sistema de Registro de Preços está previsto entre os artigos 82 e 86 da Lei n. 14.133/2021 – em âmbito federal, ele é disciplinado pelo Decreto n. 7.892/2013 e suas alterações posteriores. Por esse procedimento, os licitantes que apresentarem a melhor proposta para cada item firmam uma Ata de Registro de Preços junto à Administração Pública para o fornecimento sob demanda, conforme valores e quantidades registrados. Segundo os §§ 3º e 4º do artigo 82, não será necessário indicar o total a ser adquirido quando for a primeira licitação para o objeto, se tratar de alimento perecível ou o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens.

Esse procedimento é muito associado à modalidade pregão, que é realizado justamente para registrar os preços dos licitantes. Em âmbito federal, o artigo 7º do Decreto n. 7.892/2013 também admite a realização de licitação para registro de preços na modalidade concorrência.⁸

A Lei n. 14.133/2021 permite a realização de registro de preços para situações de dispensa e inexigibilidade de licitação (§ 6º do artigo 82), na forma a ser prevista em regulamento, e alça ao status de lei a controvertida possibilidade de adesão à Ata de Registro de Preços por entes que não participaram do certame (§ 2º e seguintes do artigo 86) – anteriormente, a adesão estava disciplinada somente no Decreto n. 7.892/2013 e suas alterações.⁹

Os §§ 1º e 2º do artigo 82 da Lei n. 14.133/2021 consolidaram o entendimento do Tribunal de Contas da União acerca do critério de julgamento de menor preço por lote e a aquisição de itens específicos do lote,¹⁰ situações em que diversos itens são agrupados em um lote e o licitante vencedor é o que apresenta o menor valor para o lote.

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

9 Para uma crítica à adesão à Ata de Registro de Preços em termos semelhantes aos da Lei n. 14.133/2021, confira-se: NIEBUHR, J. de M. A morte lenta da adesão à ata de registro de preços – reflexões sobre o novo Decreto federal nº 9.488/2018. 2018. Disponível em: <https://www.zenite.blog.br/a-morte-lenta-da-adesao-a-ata-de-registro-de-precos-reflexoes-sobre-o-novo-decreto-federal-no-9-4882018>. Acesso em: 04 abr. 2021.

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

Primeiramente, afirmou-se a excepcionalidade desse critério de julgamento, devendo *“ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá ser indicado no edital”*. A contratação de item específico, por sua vez, demandará prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade. Não se resolveu, no entanto, a possibilidade de se adquirir um item específico do lote para o qual o licitante vencedor não apresentou o menor preço, o que atualmente é vedado pela jurisprudência.¹¹

7.7.3. Pré-qualificação

A pré-qualificação está prevista no artigo 80 da Lei n. 14.133/2021 e é o procedimento pelo qual a Administração Pública pré-seleciona licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futuras licitações (que poderá ser restrita aos licitantes pré-qualificados). Também podem ser pré-qualificados bens que atendam às exigências técnicas/qualitativas da Administração Pública, que integrarão catálogo de bens e serviços do Poder Público.

O procedimento de pré-qualificação deverá prever as informações mínimas do objeto e a modalidade e os critérios de julgamento da futura licitação (§ 3º do artigo 80). Os interessados deverão apresentar a documentação solicitada para análise e aprovação perante órgão ou comissão da Administração Pública (§ 4º do artigo 80). A pré-qualificação poderá ser realizada em grupos ou segmentos econômicos, observando as especialidades dos fornecedores (§ 6º do artigo 80).

7.7.4. Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI)

A Lei n. 14.133/2021 passou a permitir a utilização do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) para a contratação de bens e serviços pela Administração Pública – ele era comumente utilizado para os projetos de desestatização, concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas (vide Decreto n. 8.428/2015).

Segundo o *caput* do artigo 81 da Lei n. 14.133/2021, a Administração Pública poderá deflagrar esse procedimento para que particulares a subsidiem com *“estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública”*.

Trata-se de procedimento que antecede à realização de licitação – que não

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

necessariamente será realizada, conforme discricionariedade da Administração Pública. O particular que tiver o seu projeto aprovado só será remunerado se a licitação for realizada e o pagamento será feito pelo licitante vencedor da futura licitação (§ 2º do artigo 81). O aceite da solução proposta deverá ser feito em parecer fundamentado.

A novidade é a possibilidade de se restringir a participação no procedimento a *startups* (microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno porte), de natureza emergente e com grande potencial e que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de soluções tecnológicas inovadoras (§ 4º do artigo 81). No entanto, os critérios de "natureza emergente" e de "grande potencial" não são claros e a própria característica do PMI pode esvaziar a participação dessas empresas, na medida em que elas não possuem grandes recursos e investirão seu tempo e esforços em projetos sem a garantia de remuneração, pois a futura licitação pode não ser realizada.

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

7.7.5. Registro cadastral

O registro cadastral é disciplinado pelos artigos 87 e 88 da Lei n. 14.133/2021 e tem como objetivo unificar as informações sobre todos os licitantes, que serão classificados por categorias (conforme área de atuação) subdivididas em grupos, de acordo com qualificação técnica e econômico-financeira, sendo fornecido um certificado ao licitante para poder participar de licitações (inclusive restritas a licitantes cadastrados). Também será possível que a Administração Pública faça anotações no registro do licitante atestando o cumprimento de obrigações dos contratos firmados (§§ 3º e 4º do artigo 88).

Capítulo 8

Critérios de Julgamento das Propostas

Isaac Kofi Medeiros

Advogado. Doutorando em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito do Estado (UFSC). Autor do livro "Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública" (Lumen Juris, 2020).

8.1. Panorama geral dos critérios de julgamento

Em termos de critérios de julgamento, a Lei n. 14.133/21 não traz exatamente grandes inovações. A bem da verdade, traduz-se mais em um esforço para consolidar práticas estabelecidas pela Administração Pública por meio de licitações correlatas e aceitas pelos órgãos de controle, com o acréscimo de uma coisa ou outra que possa ser considerada novidade. Segundo a máxima de Tomasi di Lampedusa, algo deve mudar para que tudo continue como está. Esse parece ser o caso das alterações feitas na Lei n. 14.133/21, ao menos no tocante aos critérios de julgamento das propostas.

Pois bem. O termo "tipo de licitação" designa os critérios de julgamento na Lei n. 8.666/1993. Registra-se que a expressão "tipo" foi abandonada pela Lei n. 14.133/21, então aqui será usado o nome tecnicamente correto: critérios de julgamento.¹

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

Já a Lei n. 14.133/21 traz a seguinte redação para essa matéria:

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

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

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

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

8.2. Menor preço

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

Daí porque chama atenção a exigência da Lei n. 14.133/21 de que o julgamento por menor preço levará em conta o "menor dispêndio para a Administração", mediante a observação de parâmetros mínimos de qualidade fixados no instrumento convocatório. O mesmo se aplica aos julgamentos por maior desconto e, quando couber, por técnica e preço.

O § 1º do artigo 34 da Lei n. 14.133/21 define quais preceitos podem ser usados como medidas de menor dispêndio:

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre

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

outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

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

8.3. Maior desconto

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

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

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

A nova lei de licitações, sem muito detalhamento, determina que o julgamento por maior desconto será realizado na modalidade pregão e terá como referência o preço global fixado no edital de licitação. Ou seja, em se tratando de fornecimento de bens, o licitante não poderá indicar desconto sobre itens individualmente considerados, mas sobre o todo da licitação. Ainda, a Lei n. 14.133/21 determina que o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos, de modo que o aditamento contratual deve seguir a mesma racionalidade econômica que norteou a contratação do particular.

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

8.4. Melhor técnica ou conteúdo artístico

O julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico será cabível para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística. Nesse caso, o julgamento irá considerar somente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes. Isto é, não haverá atribuição de nota relativamente aos preços formulados pelos interessados, devendo o edital fazer definição clara do prêmio ou remuneração devida aos vencedores do certame.

No julgamento de melhor técnica, os agentes públicos encarregados do certame devem averiguar uma série de características das propostas para atestar a real capacidade do licitante. Nomeadamente, a Lei n. 14.133/21 determina que devem verificar a capacitação e experiência, mediante apresentação de atestados técnicos. Cabe lembrar, nesse particular, que dispositivo semelhante foi vetado quando da aprovação da Lei n. 8.666/1993, apesar de ser recorrente a exigência de atestados técnicos para comprovação de experiência pretérita sob a sua égide.

Ainda, deve-se constituir uma banca para atribuição de notas à proposta,⁴ levando em conta a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues. Cabe ressaltar que a pontuação referente à qualificação técnico-profissional exigirá que a execução contratual contemple a participação direta e pessoal dos profissionais indicados no certame licitatório.

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

Finalmente, a atribuição de notas também deve examinar o histórico de desempenho do particular em contratos administrativos pretéritos. Como se verá

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

"Reconhecidamente, a competição entre possíveis interessados é princípio insito às licitações, pois somente ao viabilizá-la o Poder Público pode obter a proposta economicamente mais vantajosa, barateando, assim, os preços de suas obras e serviços.

Ora, a exigência de 'capacidade técnico-operacional', nos termos definidos no primeiro dos dispositivos supra, praticamente inviabiliza a consecução desse objetivo, pois segmenta, de forma incontornável, o universo dos prováveis competidores, na medida em que, embora possuindo corpo técnico de comprovada experiência, uma empresa somente se habilita a concorrer se comprovar já haver realizado obra ou serviço de complexidade técnica idêntica à que estiver sendo licitada. [...]".

mais a frente, o desempenho pretérito tem um peso diferenciado na nova lei de licitações, sendo também elemento para atribuir pontuação em julgamento por técnica e preço e critério geral de desempate entre licitantes.

8.5. Técnica e preço

A Administração Pública deve fixar fatores objetivos de pontuação para o julgamento por técnica e preço, conforme orienta o princípio do julgamento objetivo, também consagrado pela Lei n. 14.133/21. A pontuação será obtida da ponderação das notas atribuídas a cada um dos dois critérios, sendo primeiro avaliada a proposta técnica, que poderá representar até 70% da pontuação. Afora isso, a comprovação de bom desempenho em contratações anteriores com a Administração Pública também deverá ser considerada na proposta técnica.

O julgamento por técnica e preço deve ser precedido de estudo preliminar, que demonstre de maneira consistente que a qualidade técnica das propostas seja destacadamente relevante ao objeto buscado pela Administração Pública. Segundo a Lei n. 14.133/21, essa regra se aplica para serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, bens e serviços especiais de tecnologia de informação e de comunicação, obras e serviços especiais de engenharia. Por último, aos objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

A redação final do cabimento do julgamento por técnica e preço ficou um pouco truncada e gera margem para uma série de dúvidas. Como observa Jessé Torres Pereira Junior, o uso de termos abertos como "predominantemente", "preferencialmente", "majoritariamente", "sofisticadas", "repercussões significativas e concretamente mensuráveis", põem a objetividade que deve guiar o julgamento por técnica e preço numa potencial zona de incertezas e casuísmos elevados.⁵ Caberá à doutrina esmiuçar com certa minudência o alcance dessas expressões e aos órgãos de controle fazer a devida fiscalização de eventuais usos abusivos dos conceitos abertos pela Lei n. 14.133/21.

Assim como no julgamento por melhor técnica, a atribuição de nota avaliará capacitação e experiência comprovada por meio de atestados, atendimento a

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

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

8.6. Maior lance, no caso de leilão

O critério de maior lance é contemplado pela Lei n. 8.666/1993, com a diferença que na redação atual essa fórmula está ao alcance dos "casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso". Trata-se de critério que deve ser utilizado quando a Administração oferecer algo em troca de um pagamento, ou seja, "ele deve ser utilizado nas situações em que a Administração não paga; quando quem paga é o contratado".⁶

Na nova lei de licitações o critério de maior lance teve seu alcance redimensionado. Quis o Legislador que a maior proposta financeira terá lugar somente no caso do leilão, que, segundo a Lei n. 14.133/21, restringe-se à alienação de bens móveis ou imóveis inservíveis ou legalmente apreendidos. Por exclusão, é válido indagar se as concessões de direito real de uso estão de fora do radar do critério de maior lance.

Uma curiosidade notável é a Lei n. 14.133/21 não contemplar outra hipótese de maior lance, aquela utilizada em pregões negativos.⁷ Com efeito, usa-se desse modelo em editais para contratação de empresa especializada em gestão de crédito consignado em folha de pagamento para servidor público. Pela natureza do serviço, essas empresas podem ser remuneradas pelas instituições financeiras (consignatárias) para cada linha de crédito processada. Então, os particulares interessados no certame são selecionados de acordo com a sua capacidade de repartir essa remuneração com a Administração Pública. Quanto maior o valor pago à Administração por linha processada, maior a vantagem da sua proposta.

No entanto, a nova lei de licitações adotou sistemática similar à da Lei n. 8.666/1993 e restringiu o alcance do critério de maior lance apenas para os leilões. Apesar de a validade jurídica do critério já ter sido ratificada pelo Tribunal de

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

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

Contas da União em algumas ocasiões,⁸ essa fórmula parece ter passado despercebida pelo Legislador. Se a intenção do Congresso Nacional com a Lei n. 14.133/21 foi consolidar práticas estabelecidas, talvez o silêncio da nova legislação possa ser interpretado como uma opção política de rejeitar o uso desse critério em pregões, o que pode suscitar dúvidas na hora da sua aplicação.

8.7. Maior retorno econômico

O critério de maior retorno econômico também já constava em legislações correlatas, apesar de não estar contemplado na Lei n. 8.666/1993 e figurar como novidade na Lei n. 14.133/21. Nomeadamente, ele aparece na Lei 12.462/2011, que institui o regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC e na Lei n. 13.303/2016 (Lei das Estatais). A novidade fica por conta do fato de agora, segundo a nova lei, se consagrar como uma norma geral de licitação.

Em síntese, trata-se de critério para celebração de contrato de eficiência, onde o contratado se compromete a gerar alguma sorte de economia de despesa à Administração Pública, condicionando a sua remuneração ao desempenho eficiente dessa atividade. Para uma conceituação precisa, tem-se o § 1º do artigo 23 Lei n. 12.462/2011:

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

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

Segundo a Lei n. 14.133/21, o julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em

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

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

percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato. Nesse caso, os licitantes deverão apresentar proposta de trabalho com prazos para realização de obras, prestação de serviço ou fornecimento de bens, de forma a indicar a economia que o particular pretende gerar à Administração Pública.

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

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

Dessa maneira, a remuneração do contratado será descontada caso o seu desempenho fique abaixo da expectativa firmada na formalização da proposta. Trata-se de um sistema de incentivos econômicos bem articulado, onde um particular recebe um “empurrão” (*nudge*¹⁰) para operar em favor do interesse público consubstanciado pela economia de recursos. Quanto menor for a economia para a Administração Pública, menor é a remuneração do contratado, que em face disso buscará otimizar o seu trabalho ao máximo para garantir a lucratividade do negócio.

No entanto, o contratado deve estar atento. As consequências sofridas diante de eventual descumprimento da meta de economia estimada não se limitam à redução da lucratividade do contrato administrativo. O contratado estará sujeito a aplicação de sanções, na forma da Lei n. 14.133/21, se o descumprimento for tão grande que supere o limite máximo a ser estabelecido no contrato.

8.8. Desclassificação

O artigo 59 da Lei n. 14.133/21 determina cinco hipóteses de desclassificação das propostas. Apesar de ter algumas diferenças em relação ao artigo 48 da Lei n. 8.666/1993, a redação é praticamente idêntica ao artigo 24 da Lei n. 12.462/2011.

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

Confira-se:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

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

Art. 24. Serão desclassificadas as propostas que:

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

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

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

No caso da terceira hipótese e da quarta hipótese, a Lei n. 14.133/21 traz alguns detalhamentos que merecem destaque. A começar pela verificação da conformidade, que poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais

bem classificada, o que se traduz em economia de tempo e celeridade do procedimento licitatório. Se a proposta não parecer exequível, a comissão poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, sob pena de desclassificação.

Nesse ponto, poderá surgir a dúvida se a realização de diligência referida no dispositivo se trata de uma prerrogativa ou de um poder-dever da Administração Pública, como sucede com o artigo 43 da Lei n. 8.666/1993, que, conforme jurisprudência do Tribunal de Contas da União, se trata de um poder-dever.¹¹ Defende-se aqui que a diligência do artigo 59 se trata de um verdadeiro dever da Administração Pública, não havendo espaço para arbitrariedades e juízo subjetivos. Assim entendido, a Administração Pública em regra deve dar o benefício da dúvida ao particular e diligenciar para verificar a exequibilidade da sua proposta.

Afora isso, o mesmo artigo 59 ainda determina que, nas obras e serviços de engenharia, para efeitos de avaliação da exequibilidade e sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente. Ainda, que no caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% do valor orçado pela Administração, o que representa acréscimo percentual de 5% em relação ao parâmetro fornecido pela Lei n. 8.666/1993.¹²

Por fim, a quinta hipótese de desclassificação representa nada mais do que uma observância fiel ao princípio da vinculação ao instrumento. Como sabido, o edital faz lei entre as partes, de forma que os licitantes devem cumprir com suas exigências na hora em que submetem propostas perante a Administração Pública. Caso as propostas estejam em desconformidade com o edital, devem ser desclassificadas. Tudo isso, claro, sempre tendo em perspectiva o princípio do formalismo moderado, para que propostas vantajosas ao interesse público não acabem sendo desclassificadas por força de technicalidades pouco relevantes.

8.9. Novos critérios de desempate

O § 2º do artigo 3º da Lei n. 8.666/1993 apresenta cinco critérios de desempate para os licitantes que estejam em igualdade de condições. Nesta ordem de

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

12 § 1º Para os efeitos do disposto no inciso II deste artigo consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores: [...] b) valor orçado pela administração.

preferência, terão prioridades os bens e serviços (i) produzidos no País, (ii) produzidos ou prestados por empresas brasileiras, (iii) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e (iv) produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoas com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação.

Em geral, na legislação atual os critérios de desempate veiculam um forte conteúdo de proteção ao desenvolvimento da indústria nacional, característico de um "uso indireto"¹³ da legislação para a concretização de políticas públicas numa chave que valoriza a questão nacional em detrimento de interesses de atores econômicos estrangeiros. Tudo em acordo com o artigo 3º do diploma legal, que institui a promoção do desenvolvimento nacional sustentável como um dos objetivos da licitação pública.

A Lei n. 14.133/21 mantém essa diretriz, mas coloca acima delas outras e novas prioridades. Em primeiro lugar, o desempate será resolvido pela fórmula da "disputa final", onde os licitantes apresentarão nova proposta em ato contínuo à classificação. Em segundo lugar, será levado em consideração o desempenho pretérito dos licitantes em contratos firmados com a Administração Pública, devendo o agente responsável consultar preferencialmente o registro cadastral introduzido pela Lei n. 14.133/21. Uma vez mais, a valorização do desempenho contratual prévio ganha destaque no texto novo, sendo também fator de pontuação extra em licitações de tipo melhor técnica e melhor técnica e preço.

O terceiro critério de desempate é novo e alinhado à necessidade de promoção da igualdade de gênero no mercado de trabalho. Merece destaque e elogios. Segundo a Lei n. 14.133/21, a terceira preferência estabelecida será dada à empresa que promover "ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho". O quarto critério, igualmente elogiável, é o fato de a empresa contar com programa de integridade, em alinhamento com as novas tendências de implementação de *compliance* no setor privado do Brasil pós-Lava Jato.

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

13 JUSTEN FILHO, M. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 102-103.

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

Conforme se pode perceber, a tendência pela priorização da empresa nacional continua, mas desempenha um papel menor na Lei n. 14.133/21. O diploma introduz uma nova e interessante preferência pelos setores produtivos locais. Afora isso, chama atenção que as práticas de mitigação ambiental tenham ficado em baixa estima pelo Legislador, na última posição de prioridade, se é que pode ser assim chamada.

Capítulo 9

Fase de Habilitação

Rodrigo Augusto Lazzari Lahoz

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

9.1. Notas introdutórias

Os requisitos de habilitação estão previstos entre os artigos 62 e 70 da Lei n. 14.133/2021.

Conforme se demonstrará a seguir, há importantes novidades em relação aos documentos de habilitação. Por outro lado, perdeu-se a oportunidade de simplificar e racionalizar a fase de habilitação, haja vista o aumento da quantidade de documentos que o licitante deve apresentar. Outro ponto que poderia ter sido considerado é a exigência de que os licitantes tenham programas de *compliance* e de integridade e que atendam a princípios de boa governança. A lei também foi omissa quanto a uma prática corriqueira em licitações para serviços de tecnologia da informação, em que se exige o credenciamento dos licitantes junto aos fabricantes de *softwares*, que é atualmente vedada pelo Tribunal de Contas da União.¹

Além disso, há disposições redundantes e desnecessárias. Também não se tomou o cuidado de sistematizar a lei de modo adequado. Por exemplo, os artigos 66 a 69 apresentam a relação de documentos para cada quesito de habilitação, porém existem exigências previstas em outros dispositivos legais; e aspectos gerais da licitação estão inseridos em trechos sobre assuntos específicos (vide o artigo 64, que trata da diligência, mas cujo § 2º aborda a inabilitação de licitante por fato superveniente).

¹ TCU, Acórdão n. 2.301/2018, Plenário. Rel. Min. José Múncio Monteiro. Julg. 02/10/2018.

9.2. Disposições gerais sobre a habilitação

O artigo 62 da Lei n. 14.133/2021 dispõe que a habilitação é a fase da licitação em que são analisadas informações e documentos sobre a capacidade do licitante de executar o objeto licitado. A novidade em relação à Lei n. 8.666/1993 diz respeito à exigência de documentação de habilitação "social", em complemento aos documentos de habilitação jurídica, fiscal, trabalhista, técnica e econômico-financeira.

O *caput* do artigo 65 da Lei n. 14.133/2021 afirma que as condições de habilitação devem ser previstas no edital. O artigo é redundante e desnecessário, haja vista ser evidente a necessidade de previsão em edital em atenção ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O inciso I do artigo 63 da Lei n. 14.133/2021 afirma que poderá ser exigida dos licitantes uma declaração de que eles atendem aos requisitos de habilitação e que respondem pela veracidade das informações prestadas. A exigência é facultativa, dependerá da Administração Pública, em juízo de discricionariedade, incluí-la como requisito no edital de licitação.

De toda sorte, a exigência é desnecessária e constitui um formalismo excessivo, na medida em que pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório o licitante, ao participar do certame, tem ciência de todos os requisitos do edital e pressupõe-se que ele cumpre as exigências de habilitação. Se o licitante apresentar algum documento com informação falsa, estará sujeito às sanções e penalidades previstas, sem prejuízo de incidir em algum tipo penal.

Outro ponto importante diz respeito ao princípio do formalismo moderado, que foi alçado ao *status* de lei por sua inclusão no inciso III do artigo 12 da Lei n. 14.133/2021, e que afirma que o desatendimento a quesitos meramente formais que não comprometam a qualificação dos licitantes não importará em sua inabilitação.

9.2.1. Apresentação e envio dos documentos de habilitação

Sobre o envio dos documentos de habilitação, o inciso I do artigo 70 da Lei n. 14.133/2021 afirma que os documentos devem ser apresentados em via original, cópia ou qualquer outro meio admitido pela Administração Pública. Em princípio, não é exigido o reconhecimento de firma dos documentos, salvo em caso de imposição legal ou quando houver dúvida quanto à sua autenticidade (inciso V do artigo 12 da Lei n. 14.133/2021). A prova de autenticidade de cópia poderá ser feita por servidor público mediante a apresentação do documento original ou por declaração de autenticidade firmada por advogado (inciso IV do artigo 12 da Lei n. 14.133/2021).

Os documentos de habilitação poderão ser substituídos por registro cadastral emitido por um sistema geral, como é o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, ou por sistema do próprio ente licitante, respeitando os preceitos da Lei n. 14.133/2021 (inciso II do artigo 70).

Ainda, de acordo com o inciso III do artigo 70 da Lei n. 14.133/2021, a documentação de habilitação poderá ser dispensada, total ou parcialmente, (i) nos casos de entrega imediata do objeto licitado; (ii) nas contratações em valores inferiores a 1/4 do limite para dispensa de licitação para compras em geral; e (iii) nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). A ver como essas hipóteses serão regulamentadas.

Será editado regulamento que disporá sobre a possibilidade de envio da documentação por meio exclusivamente eletrônico, sem a necessidade de envio por via física em paralelo, segundo o § 2º do artigo 65 da Lei n. 14.133/2021. Tal disposição se coaduna com o § 4º do artigo 17 da mesma lei.²

9.2.2. Análise dos documentos de habilitação

O artigo 63 da Lei n. 14.133/2021 aduz que os documentos de habilitação deverão ser apresentados somente pelo licitante vencedor, que apresentou a melhor proposta, consolidando a sistemática de inversão de fases que já ocorria no pregão. A documentação de habilitação de todos os licitantes será analisada somente quando a fase de habilitação anteceder a fase de julgamento (inciso II).

O inciso III do artigo 63, por sua vez, possui uma redação estranha e parece constituir uma exceção ao inciso anterior. Ele dá a entender que os documentos de habilitação fiscal serão analisados sempre após o julgamento das propostas, independentemente da ordem das fases de habilitação e julgamento: *"serão exigidos os documentos relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado"* (grifou-se). Ou seja, quando a habilitação anteceder a fase de julgamento, todos os licitantes deverão apresentar os documentos de habilitação, exceto aqueles referentes à habilitação fiscal. Superada essa fase e a de julgamento das propostas, somente o licitante vencedor deverá apresentar a documentação de habilitação fiscal.

Eventual interpretação contrária do inciso III do artigo 63, no sentido de que os documentos de regularidade fiscal devem ser apresentados junto aos demais documentos de habilitação, tornará esse inciso redundante e desnecessário, na medida que o disposto no inciso II do artigo 63 já deixa clara tal situação.

2 Art. 17. [...] § 4º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

9.2.3. Inabilitação dos licitantes por fatos supervenientes

O § 2º do artigo 64 da Lei n. 14.133/2021 aduz que, nas licitações em que fase de habilitação anteceder a de julgamento e que a primeira já tiver se encerrado, o licitante somente poderá ser inabilitado em virtude de fatos supervenientes ou conhecidos após o julgamento que incidam diretamente sobre a documentação de habilitação.

9.3. Habilitação jurídica

A documentação de habilitação jurídica está descrita no artigo 66 da Lei n. 14.133/2021. Para cumprir este requisito, o licitante deve comprovar “a existência jurídica da pessoa”. Para empresas, trata-se do seu contrato social; para pessoas físicas, a lei é omissa, porém subentende-se que pode ser apresentado algum documento de identificação (RG, Carteira Nacional de Habilitação ou carteira de identificação expedida pelo órgão de classe ao qual o profissional está vinculado).

Também pode ser entendido como documento de habilitação jurídica o comprovante de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ) e cartão de identificação do Cadastro de Pessoas Físicas (CPF). No entanto, esses documentos foram definidos pela Lei n. 14.133/2021 como critérios de habilitação fiscal, social e trabalhista, conforme seu artigo 67.

Por fim, outro critério de habilitação jurídica diz respeito à autorização para o exercício de atividade a ser contratada. Esse dispositivo também é vago, podendo se referir tanto a atividades que necessitam de alguma autorização a ser expedida por conselho de classe (como os serviços de medicina, cujas empresas devem ser registradas nos Conselhos Regionais de Medicina e possuírem Diretor Técnico), quanto às empresas estrangeiras, que necessitam de autorização para operar no país.

O artigo 28 da Lei n. 8.666/1993 exigia das pessoas jurídicas documentos referentes à eleição de administradores (sociedade por ações) ou prova da diretoria em exercício (sociedades civis). Não há exigência similar na Lei n. 14.133/2021, bastando, em tese, apresentar documentos que atestem a existência jurídica. De todo modo, é importante apresentar documentos que comprovem a atuação dos administradores ou diretores, demonstrando que eles tem poderes para representar a pessoa jurídica.

Por fim, no que diz respeito aos consórcios, um documento de habilitação jurídica relevante é o termo de compromisso de constituição de consórcio, previsto no inciso I do artigo 15 da Lei n. 14.133/2021.

9.4. Habilitação técnica

Os critérios de habilitação técnica estão previstos no artigo 67 da Lei n. 14.133/2021.

O *caput* do artigo 67 menciona a distinção entre qualificação técnico-profissional e qualificação técnico-operacional. No entanto, a diferença não é aprofundada, mantendo-se uma confusão que já existia na redação da Lei n. 8.666/1993. Tanto é assim que os incisos do *caput* do artigo 67 não fazem a distinção entre quais são os documentos de qualificação técnico-profissional e de qualificação técnico-operacional.

De toda sorte, já é consolidado o entendimento de que a qualificação técnico-profissional versa sobre o responsável técnico pela execução do objeto licitado; a qualificação técnico-operacional corresponde à capacidade do licitante, abordando suas instalações, equipamentos e equipe, indicando que já executou serviços compatíveis em características, quantidades e prazos com o objeto licitado.³

9.4.1. Documentos relativos à qualificação técnico-profissional

O inciso I do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021 demanda, conforme o objeto licitado, a indicação de profissional devidamente registrado em conselho profissional competente detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de serviços semelhantes.

À primeira vista, o inciso se amolda a serviços e obras de engenharia e arquitetura, em que o responsável técnico é registrado no Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA ou no Conselho de Arquitetura e Urbanismo – CAU e possui Anotações de Responsabilidade Técnica – ARTs. Tanto é assim que, conforme o § 3º do artigo 67 afirma que a Administração Pública pode dispor em regulamento de outros meios de provas de conhecimento técnico e experiência prática, “salvo na contratação de obras e serviços de engenharia”.

De outro bordo, o inciso também pode ser aplicado em licitações para outros serviços que também exijam um profissional registrado em conselho profissional, como são os serviços de medicina, em que a empresa deve indicar um Diretor Técnico registrado no Conselho Regional de Medicina – CRM.

Cumpra assinalar que o responsável técnico deverá participar da execução do contrato, sendo admitida a sua substituição por profissional de experiência equivalente ou superior após anuência da Administração Pública (§ 6º do artigo 67). Ademais, a Administração Pública poderá exigir relação de compromissos

3 TCU, Acórdão n. 2.208/2016, Plenário. Rel. Min. Augusto Sherman. Julg. 24/08/2016.

assumidos pelo licitante que possam eventualmente repercutir na disponibilidade do responsável técnico (§ 8º do artigo 67).

Por fim, destaca-se que não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que tenham dado causa à aplicação de sanções de impedimento de licitar ou declaração de idoneidade de licitantes em razão de suas orientações, prescrições técnicas ou atos que sejam de sua responsabilidade. O dispositivo será objeto de regulamento (§ 12º do artigo 67).

Outros requisitos de qualificação técnico-operacional poderão ser previstos em lei especial (inciso IV do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021).

Por fim, pondera-se que a Lei n. 14.133/2021 foi omissa quanto à forma de comprovação de vínculo profissional entre o responsável técnico e o licitante, que atualmente é feita mediante contrato social (quando ele for sócio da empresa licitante), contrato de trabalho e contrato de prestação de serviços regidos pelo Código Civil. Também não há regulamentação sobre a contratação do responsável técnico por meio de pessoa jurídica interposta, modalidade de vínculo que tem se observado na prática.

9.4.2. Documentos relativos à qualificação técnico-operacional

O inciso II do artigo 67 trata dos conhecidos atestados de capacidade técnica emitidos para os licitantes demonstrando a sua capacidade operacional na execução de serviços similares e de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior ao objeto licitado.

Esses documentos são emitidos pelos contratantes dos serviços dos licitantes e podem, conforme o caso, ser registrados no conselho profissional competente (como é o Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA). Nesse último caso, os licitantes também deverão apresentar as certidões e atestados emitidos pelo próprio conselho profissional. Também deverão ser apresentados outros documentos probatórios junto aos atestados de capacidade técnica, como os contratos correspondentes e, no caso de contratações com o Poder Público, o edital de licitação e anexos que os instruem.⁴

Ademais, conforme o § 3º do artigo 67, salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, a Administração Pública pode dispor em regulamento de outros meios de provas de conhecimento técnico e experiência prática dos licitantes

4 A Administração Pública poderá instituir um cadastro de atesto de cumprimento de obrigações para registrar, de forma objetiva, os dados atinentes ao cumprimento de contratos administrativos, inclusive avaliando o desempenho da empresa contratada por meio de critérios objetivos (§§ 3º e 4º do artigo 88 da Lei n. 14.133/2021).

que atendam ao disposto no referido inciso II do artigo 67.

Os licitantes também devem indicar pessoal técnico (com as respectivas qualificações), instalações e equipamentos disponíveis para a execução do objeto licitado, conforme inciso III do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021. A Administração Pública poderá exigir certificação do INMETRO referente ao “material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação”, conforme inciso III do § 6º do artigo 17 da Lei n. 14.133/2021, porém não deixa claro como essa certificação incidirá em relação ao corpo técnico indicado.

A equipe técnica deverá participar da execução do contrato, sendo admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior após anuência da Administração Pública (§ 6º do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021). Ademais, a Administração Pública poderá exigir relação de compromissos assumidos pelo licitante que possam eventualmente repercutir na disponibilidade da equipe (§ 8º do artigo 67).

O inciso V do artigo 67 Lei n. 14.133/2021 dispõe que será exigida a comprovação de registro ou inscrição do licitante na entidade profissional competente – são os casos, por exemplo, de empresas de engenharia (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia – CREA) e de serviços de medicina (Conselho Regional de Medicina – CRM). As entidades estrangeiras deverão comprovar o registro na entidade profissional no momento da assinatura do contrato (§ 7º do artigo 67).

Outros requisitos de qualificação técnico-operacional poderão ser previstos em lei especial (inciso IV do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021).

9.4.2.1. A visita ou vistoria prévia

O inciso VI do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021 exige declaração de que o licitante tomou conhecimento das informações e das condições locais para o cumprimento do objeto licitado após ter realizado visita ou vistoria prévia. Em um primeiro momento, não se trata de um comprovante de habilitação técnica em si. De todo modo, a exigência visa assegurar que o licitante tem ciência das condições para a execução do contrato e que, nesse sentido, possui qualificação técnico-operacional.

As disposições sobre a visita ou vistoria prévia estão previstas nos §§ 2º, 3º e 4º do artigo 63 da Lei n. 14.133/2021, mais uma evidência do problema de sistematização das condições de habilitação.

Os parágrafos que versam sobre a visita ou vistoria prévia não apresentam grandes novidades em relação ao que é comumente adotado sobre o tema. O § 2º afirma a possibilidade de se exigir em edital que o licitante conheça previamente o local da execução do objeto licitado. O § 3º aduz que o licitante poderá apresentar declaração firmada pelo seu responsável técnico que tem conhecimento das condições para a execução em alternativa à visita ou vistoria prévia (e em substituição

da declaração prevista no inciso VI do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021). Por fim, o § 4º informa que a Administração Pública deverá disponibilizar data e horários diferentes para os licitantes interessados realizarem a sua inspeção do local.

9.4.3. Atestados de capacidade técnica: parcela de maior relevância e quantitativos mínimos

O § 1º do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021 afirma que os atestados de capacidade técnica serão restritos às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação. Como critério para definição da parcela de maior relevância ou valor significativo, adotou-se o percentual de 4% (quatro por cento) sobre o valor estimado da contratação.

Na prática, os serviços que compõem o objeto licitado devem ser decompostos e valorados individualmente. Se o valor do serviço individualmente considerado corresponder a 4% (quatro por cento) ou mais do valor total estimado da contratação, esse serviço será considerado como parcela de maior relevância ou de valor significativo e deverá ser apresentado atestado de capacidade técnica comprovando a capacidade do licitante em executá-lo.

Essa definição objetiva do critério de aferição das parcelas de maior relevância ou valor significativo é problemática. Imagine uma licitação cujo objeto compreende dois serviços, um que corresponde a 95% (noventa e cinco por cento) do valor estimado da contratação e outro a 5% (cinco por cento). É evidente que a parcela de maior relevância é o serviço que versa sobre 95% (noventa e cinco por cento) do valor estimado. No entanto, pela previsão do § 1º do artigo 67, deverão ser apresentados atestados de capacidade técnica que comprovem a experiência nos dois serviços que compõem o objeto licitado.

Em que pese a importância de se definir as parcelas de maior relevância, o parâmetro adotado não é o mais adequado, o percentual atribuído é muito reduzido. Talvez fosse o caso de se atribuir um percentual maior, entre 20% (vinte por cento) e 25% (vinte cinco por cento), que representa uma parcela mais significativa do objeto.

O § 2º do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021, a seu turno, torna lei o entendimento jurisprudencial de que os quantitativos mínimos dos atestados de capacidade técnica devem corresponder a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos exigidos no edital.⁵ Ademais, são vedadas limitações de tempo e de locais específicos para os atestados.

Registre-se que a Lei n. 14.133/2021 perdeu a oportunidade de tratar do somatório de atestados de capacidade técnica e regulamentar as hipóteses em que tal prática será admitida e seus limites.

5 TCU, Acórdão n. 1.695/2011, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer. Julg. 22/06/2011.

9.4.4. Comprovação de execução de serviços contínuos por prazo mínimo

O § 5º do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021 dispõe que nas licitações para prestação de serviços contínuos poderão ser exigidos atestados de capacidade técnica comprovando a execução de serviços similares ao objeto licitado por um período mínimo. Os licitantes poderão comprovar o atendimento a esse prazo por períodos sucessivos ou não. Ainda, esse prazo mínimo não poderá ser superior a três anos.

O dispositivo tem sua razão de ser, pois a comprovação de experiência anterior em serviços contínuos também deve levar em consideração o período de execução. No entanto, é problemática a estipulação de um período máximo de três anos de experiência. Ela deve ser temperada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, para que não se exija a comprovação de experiência em prazo muito superior ao da própria execução do objeto licitado.

Nesse sentido, o Tribunal de Contas da União possui precedente que veda a exigência de comprovação de experiência em serviços contínuos por período superior ao da vigência do contrato a ser firmado.⁶

9.4.5. Atestados de capacidade técnica emitidos por entidades estrangeiras

O § 4º do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021 admite a possibilidade de serem apresentados atestados de capacidade técnica emitidos por entidades estrangeiras quando forem acompanhados de tradução para o português. Apesar da lei não mencionar, recomenda-se que a tradução seja feita por tradutor juramentado para dar maior confiabilidade ao documento.

Caso a entidade estrangeira seja de idoneidade comprovada (como, por exemplo, a Organização das Nações Unidas – ONU), não será necessário apresentar a tradução. A exceção é discutível, pois a tradução é importante para legitimar as informações dos atestados de capacidade técnica e mostrar a correspondência entre as palavras e expressões técnicas dos atestados para uma melhor análise da sua compatibilidade com o objeto licitado.

9.4.6. Atestados de capacidade técnica relativos a potencial subcontratado

O § 9º do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021 dispõe que, para aspectos técnicos específicos, admite-se a comprovação de capacidade técnica por meio de atestados de potencial subcontratado. Esse atestado deverá se limitar a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto licitado. Além disso, mais de um licitante poderá apresentar atestado do mesmo potencial subcontratado.

6 TCU, Acórdão n. 7.164/2020, Segunda Câmara. Rel. Min.-Sub. André Luís de Carvalho. Julg. 07/07/2020.

O dispositivo só será válido em licitações em que se admite a subcontratação. Por outro lado, a Lei n. 14.133/2021 poderia ser mais específica em relação a este ponto, dispondo sobre como se dará a indicação do potencial subcontratado e como será identificado o percentual de 25% (vinte e cinco por cento) do objeto licitado.

9.4.7. Atestados referentes à atuação em consórcio

Os §§ 10 e 11 do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021 dispõem sobre atestados de capacidade técnica emitidos para o licitante quando ele atuou em consórcio com outras empresas.

Via de regra, os termos de constituição de consórcio especificam quais serviços serão prestados por cada um dos consorciados. Quando o termo não for claro, serão adotados como critério de interpretação dos atestados de capacidade técnica o disposto nos incisos I e II do § 10 do artigo 67, que tratam dos consórcios homogêneos (em que os consorciados possuem objeto social similar, equivalente) e heterogêneos (em que os consorciados atuam em áreas diferentes).⁷

Nos consórcios homogêneos (inciso I), a experiência será considerada na proporção quantitativa de cada consorciado considerando sua participação no consórcio. Caso o atestado verse sobre serviços especializados de natureza predominantemente intelectual, a experiência será atribuída integralmente a cada um dos consorciados.

Em relação aos consórcios heterogêneos (inciso II), as experiências serão reconhecidas para cada consorciado conforme o seu campo de atuação – inclusive nos atestados que tenham por objeto serviços especializados de natureza predominantemente intelectual.

Caso o atestado ou certificado de capacidade técnica não informe o percentual de participação de cada consorciado, deverá ser apresentado o termo de constituição do consórcio.

Por fim, será admitido o somatório dos quantitativos dos atestados de capacidade técnica de cada um dos consorciados para a aferição de sua habilitação técnica (inciso III do artigo 15 da Lei n. 14.133/2021).

9.5. Habilitação fiscal, social e trabalhista

O artigo 68 da Lei n. 14.133/2021 apresenta as exigências de habilitação

7 MOREIRA, Egon Bockmann. Os consórcios empresariais e as licitações públicas (considerações em torno do art. 33 da Lei 8.666/93). Interesse Público, Belo Horizonte, ano 6, n. 26, jul.-ago. 2004. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=50410>. Acesso em: 17 abr. 2020.

fiscal, social e trabalhista. Como afirmado, a inovação é a exigência de habilitação social. O § 1º do artigo 68 aduz que os documentos referidos nesse artigo podem ser substituídos, no todo ou em parte, por outros meios de comprovação (sem especificar quais) ou por sistemas cadastrais eletrônicos (em alinhamento à dicção do inciso II do artigo 70 da Lei n. 14.133/2021).

O inciso I do artigo 68 apresenta a exigência de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ). Esse requisito está mais afeito à habilitação jurídica.

Os incisos II e III do artigo 68 apresentam a necessidade de apresentar certidões negativas de tributos municipais, estaduais e federais, nos termos de legislação específica (§ 2º do artigo 68).

Em relação ao inciso IV do artigo 68 da Lei n. 14.133/2021, ele exige a comprovação de regularidade relativa às contribuições à Seguridade Social e ao FGTS. A redação do inciso é em parte defasada, pois desde 2014 a regularidade referente à Seguridade Social é apresentada na Certidão Negativa de Débitos Relativos à Créditos Tributários Federais e à Dívida Ativa da União (descrita no inciso III do artigo 68), conforme a Portaria Conjunta RFB/PGFN n. 1.751 de 02/10/2014.

O inciso V do artigo 68 da Lei n. 14.133/2021 exige a apresentação de certidão negativa de débitos perante a Justiça do Trabalho, ao passo que o inciso VI requer declaração de que o licitante não emprega menores de dezesseis anos de idade, salvo na condição de aprendiz (a partir de quatorze anos), e que os menores de dezoito anos não realizam trabalho noturno, perigoso ou insalubre, nos termos do inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

Outras exigências que compõem a relação de documentos de habilitação trabalhista e social estão previstas no artigo 63 da Lei n. 14.133/2021, refletindo o já citado problema de sistematização das normas de habilitação.

O inciso IV do artigo 63 da Lei n. 14.133/2021 afirma que será demandado dos licitantes declaração de que cumprem exigências de reserva de cargos para pessoas com deficiência e reabilitadas da previdência social, um documento que se enquadra como um requisito de habilitação "social". Essa exigência vale, na prática, para empresas que possuem no mínimo 100 (cem) empregados, nos termos do artigo 93 da Lei n. 8.213/1991. Em tese, empresas que não se enquadram nesse dispositivo não precisam apresentar essa declaração.

O § 1º do artigo 63 da Lei n. 14.133/2021 apresenta a declaração pelos licitantes de que suas propostas econômicas compreendem todos os custos referentes ao pagamento de direitos e encargos trabalhistas incidentes, um critério que pode ser entendido como de habilitação trabalhista. A não apresentação da declaração ensejará a desclassificação dos licitantes.

Trata-se de mais uma exigência estritamente formal e redundante, pois o licitante, ao apresentar sua proposta, deve considerar todos os custos e encargos

necessários para a execução do objeto licitado. Ademais, a suficiência da proposta para assegurar o cumprimento de direitos e encargos trabalhistas deve ser objeto de análise quanto à sua exequibilidade, e não em relação à habilitação.

9.6. Habilitação econômico-financeira

Os requisitos de habilitação econômico-financeira estão descritos no artigo 69 da Lei n. 14.133/2021. Seu objetivo é comprovar que o licitante tem capacidade econômica para cumprir as obrigações contratuais. Ela deve "ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório".

Os documentos fundamentais exigidos pela Lei n. 14.133/2021 são (i) o balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos últimos dois exercícios sociais; e (ii) certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor judicial da sede do licitante.

Registre-se que não poderá ser exigido dos licitantes comprovação de valor mínimo de faturamento anterior (§ 2º do artigo 69). Por outro lado, poderá ser solicitado que os licitantes demonstrem a relação de compromissos assumidos pelos licitantes que repercutam na diminuição de sua capacidade econômico-financeira, exceto as parcelas já executadas dos contratos vigentes (§ 3º do artigo 69).

Para a habilitação econômico-financeira dos consórcios, poderão ser somados os valores de cada consorciado. Adiante, o § 1º do artigo 15 da Lei n. 14.133/2021 dispõe que "*O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificção*". Não está claro em que medida esse dispositivo incide sobre a habilitação econômico-financeira, se versa sobre os índices econômicos ou sobre os valores de capital social ou patrimônio líquido mínimo. Ainda assim, a exigência parece injustificada e atenta contra a isonomia, pois apresenta obrigações adicionais para o consórcio em detrimento dos demais participantes que atuam individualmente.

9.6.1. Demonstrações contábeis referentes aos dois últimos exercícios sociais

O primeiro ponto que chama a atenção diz respeito à exigência de demonstrações contábeis referentes aos dois últimos exercícios sociais, quando a prática até então é de se exigir somente do último exercício. Não há justificativa plausível para tanto, e os cenários podem ser muito variados de um exercício para outro.

As empresas constituídas há menos de dois anos, por sua vez, poderão apresentar demonstrações contábeis referentes somente ao último exercício social, conforme o § 6º do artigo 69 da Lei n. 14.133/2021, devendo atender a todas as

demais condições de habilitação. Em relação às empresas constituídas no mesmo exercício da licitação, elas devem apresentar seu balanço de abertura em substituição aos demonstrativos contábeis (§ 1º do artigo 65 da Lei n. 14.133/2021). À luz destes dispositivos, a exigência de comprovação de habilitação econômico-financeira dos últimos dois exercícios sociais é ainda mais desproporcional e sem sentido.

9.6.2. Índices econômicos

Em complemento às demonstrações contábeis, o § 1º do artigo 69 da Lei n. 14.133/2021 afirma que, a critério da Administração Pública, poderá ser exigida declaração firmada por contador de que a empresa atende a índices econômicos previstos no edital. Geralmente, são exigidos o Índice de Liquidez Geral (IGL), o Índice de Solvência Geral (ISG) e o Índice de Liquidez Corrente (ILC).

O § 2º do artigo 69 afirma que não poderão ser exigidos índices de rentabilidade e lucratividade.

Segundo o § 5º do artigo 69 da Lei n. 14.133/2021, não poderão ser exigidos dos licitantes índices e valores "não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira". A questão é definir quais são os valores dos índices comumente adotados.

Na prática, observa-se que a maioria das licitações adotam a exigência de índices maiores ou iguais a 1,0 (um), para os mais variados objetos e com valores de pequena ou grande monta. Nesse sentido, o artigo 24 da Instrução Normativa n. 03/2018 do Ministério do Planejamento, que dispõe sobre o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, considera como padrão o valor maior que 1,0 (um).⁸ Além disso, o Tribunal de Contas da União possui precedente em sentido análogo, considerando como válidos índices com valor igual ou superior a 1,0 (um).⁹ Tanto a normativa federal quanto a jurisprudência do Tribunal de Contas da União são importantes referências e balizadores para os editais.

Não se desconsidera a eventual necessidade de se estipular índices em valores maiores do que 1,0 (um). Cabe à Administração Pública justificar adequadamente essa escolha, sob pena de prejudicar a competitividade da licitação.

8 Art. 24. O instrumento convocatório deverá prever, também, que as empresas que apresentarem resultado igual ou menor que 1 (um), em qualquer dos índices referidos no art. 22 desta Instrução Normativa, quando da habilitação, deverão comprovar, considerados os riscos para a Administração, e, a critério da autoridade competente, o capital mínimo ou o patrimônio líquido mínimo, na forma dos §§ 2º e 3º, do art. 31 da Lei nº 8.666, de 1993, como exigência para sua habilitação, podendo, ainda, ser solicitada prestação de garantia na forma do § 1º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 1993, para fins de contratação.

9 TCU, Acórdão n. 1.899/2006, Plenário. Rel. Min. Valmir Campelo. Julg. 11/10/2006.

Todavia, reitera-se que na prática a exigência comumente adotada é de índices com valor igual ou superior a 1,0 (um), inclusive em licitações para objetos de grande porte, como concessões de serviços públicos. Logo, exigências que diferem desse valor devem ser adotadas com muita cautela e observadas de perto pelos licitantes.

9.6.3. Capital social ou patrimônio líquido mínimo

Segundo o § 4º do artigo 69 da Lei n. 14.133/2021, a Administração Pública poderá demandar, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, comprovação de capital social mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

O dispositivo legal representa uma inovação em relação à Lei n. 8.666/1993. No § 2º do artigo 31 da legislação anterior, os licitantes poderiam apresentar uma das seguintes alternativas para comprovar capacidade econômico-financeira: capital social mínimo, patrimônio líquido mínimo ou garantia (caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária). Não poderia se exigir capital social ou patrimônio líquido mínimo e em acréscimo alguma modalidade de garantia, como já decidido pelo Tribunal de Contas da União.¹⁰

Pela nova redação da Lei n. 14.133/2021, a comprovação adicional de capacidade econômico-financeira se dará tão somente pela apresentação de capital social ou patrimônio líquido mínimo. A garantia deixou de ser um comprovante de qualificação financeira para ser uma forma de assegurar o adimplemento das obrigações contratuais (vide artigo 96 e seguintes da Lei n. 14.133/2021).

9.6.4. Certidão negativa de feitos sobre falência

A Lei n. 14.133/2021 exigiu certidão negativa de feitos sobre falência, atualizando a disposição da Lei n. 8.666/1993 que demandava certidão negativa de falência e da extinta concordata.

Ao exigir certidão negativa de falência, por corolário lógico admite-se a participação de empresas que estejam em recuperação extrajudicial ou judicial. A jurisprudência já reconhece essa possibilidade.¹¹

A Lei n. 14.133/2021 poderia ter explicitado a possibilidade de participação das empresas em recuperação judicial/extrajudicial e até mesmo avançado no tema, apontando requisitos complementares para a apuração da capacidade

¹⁰ TCU, Acórdão n. 2.743/2016, Plenário. Rel. Min. Marcos Bemquerer. Julg. 26/10/2016.

¹¹ STJ, AREsp 978.453/RJ, Primeira Turma. Rel. Min. Gurgel de Faria. Julg. 06/10/2020.

econômico-financeira dessas empresas, como a apresentação do plano de recuperação e comprovantes de seu cumprimento, dispensa de certidões negativas de débitos (inciso II do artigo 52 da Lei n. 11.101/2005) e obrigatoriedade de apresentação de certidão de aptidão emitida pelo Poder Judiciário, em alinhamento à jurisprudência do Tribunal de Contas da União.¹²

9.7. Habilitação de microempresas e empresas de pequeno porte

O artigo 4º da Lei n. 14.133/2021 dispõe que se aplica às licitações o disposto nos artigos 42 a 49 da Lei Complementar n. 123/2006, que trata da participação das microempresas e empresas de pequeno porte em licitações.

Assim, para fim de habilitação, as microempresas e as empresas de pequeno porte poderão regularizar seus documentos de habilitação fiscal ou trabalhista que tiverem alguma pendência no prazo de cinco dias úteis após a sua declaração como vencedor do certame, sendo o prazo prorrogável por igual período, sob pena de serem inabilitadas (artigo 43 da Lei Complementar n. 123/2006).

No mais, as microempresas e empresas de pequeno porte devem cumprir todos os requisitos de habilitação previstos na Lei n. 14.133/2021.

9.8. Habilitação de empresas estrangeiras

Em relação à habilitação de empresas estrangeiras, o parágrafo único do artigo 70 da Lei n. 14.133/2021 afirma que elas devem apresentar documentos de habilitação equivalentes, conforme será disposto em regulamento do Poder Executivo Federal. O registro em entidade profissional deverá ser comprovado no momento da assinatura do contrato (§ 7º do artigo 67 da Lei n. 14.133/2021).

De todo modo, a maior parte dos documentos de habilitação podem ser atendidas pelas empresas estrangeiras. Além disso, para cumprimento do artigo 66 da Lei n. 14.133/2021, elas devem apresentar comprovação de autorização para operar no país.

9.9. Realização de diligências

O artigo 64 da Lei n. 14.133/2021 trata da realização de diligências. O procedimento é mais detalhado, mas, no fundo, não apresenta inovações práticas. Há, na realidade, a consolidação na lei de entendimentos jurisprudenciais sobre a extensão das diligências.

12 TCU, Acórdão n. 1.201/2020, Plenário. Rel. Min. Vital do Rêgo. Julg. 13/05/2020.

Em resumo, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos nas diligências, salvo duas exceções: (i) complementação de informações de documentos já apresentados, desde que necessários para apurar fatos existentes no momento de abertura da licitação;¹³ e (ii) atualização da validade de documentos expirados após a apresentação das propostas¹⁴ (incisos I e II do artigo 64 da Lei n. 14.133/2021).

A Comissão de Licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem o conteúdo ou a validade jurídica dos documentos. A decisão que assim determinar deve ser fundamentada e acessível a todos os licitantes (§ 1º do artigo 64).

13 TCU, Acórdão n. 2.159/2016, Plenário. Rel. Min. Augusto Nardes. Julg. 24/08/2016.

14 TCU, Acórdão nº 1.758/2003, Plenário. Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues. Julg. 19/11/2003.

Capítulo 10

Recursos e Encerramento da Licitação

OTÁVIO SENDTKO FERREIRA

Graduando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

10.1. Impugnações, Pedidos de Reconsideração e Recursos

De início, cabe ressaltar que, com a uniformização do procedimento licitatório, os pedidos de impugnação, de reconsideração e os recursos também se uniformizaram, inexistindo diferenças procedimentais como as que se viam na antiga modalidade de convite ou mesmo nas previstas no regulamento específico do pregão, que agora também é regido por esta mesma Lei.

10.1.1. Impugnação ao edital e pedido de esclarecimento

Sobre impugnação ao edital e pedidos de esclarecimentos, não há quaisquer inovações, apenas foi pinçado o § 1º do artigo 41 da Lei 8.666/1993, e trazido para essa fase final da licitação (no artigo 164 *caput* e parágrafo único), mantendo-se a legitimidade de qualquer pessoa para impugnar edital e solicitar esclarecimentos, de modo que a Administração Pública é obrigada a exercer o controle de legalidade, especialmente quando provocada pela via da impugnação, não podendo, como afirma Marçal Justen Filho, “se escusar sob invocação de que o particular não teria interesse em participar da licitação ou que não preencheria, nem mesmo em tese, os requisitos para tanto”.¹

Os pedidos de impugnação e de esclarecimentos devem ser protocolados, no máximo, até três dias úteis antes da abertura da licitação, devendo a resposta ser publicada em sítio oficial até o último dia útil antes da abertura do certame. Note-se que na norma passada a previsão era de cinco dias antes da abertura

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos (livro eletrônico): Lei 8.666/1993. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

dos envelopes de habilitação, contudo, com a unificação das modalidades num mesmo procedimento, o legislador optou pela redação da “abertura do certame” de forma geral.

10.1.2. Recurso administrativo e pedido de reconsideração

Contra as decisões tomadas no âmbito do procedimento licitatório foram previstas duas formas de impugnação: o recurso e o pedido de reconsideração.

Diferentemente do que se previa na Lei 8.666/1993, em que apenas alguns recursos possuíam efeito suspensivo, podendo a autoridade motivadamente conceder tal efeito aos demais (§ 2º do artigo 109), a Lei atual já confere tal efeito a todos os recursos e pedidos de reconsideração (artigo 168, *caput*).

O recurso administrativo possui um rol taxativo de cabimento, sendo possível manejá-lo contra os seguintes atos:

Art. 165 [...] I [...]

- a) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;
- b) julgamento das propostas;
- c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;
- d) anulação ou revogação da licitação;
- e) extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;

E, dos atos não impugnáveis por meio de recurso, poderá se requerer pedido de reconsideração, no prazo de três dias úteis, contado da intimação acerca do ato (inciso II do artigo 165 da Lei n. 14.133/2021).

O processamento do recurso tem início com a sua interposição, que deve ser feita no prazo de três dias úteis contados da data da intimação do ato impugnado ou da lavratura da sua ata.

Especialmente nos recursos contra b) julgamento das propostas e c) ato de habilitação ou inabilitação, a apreciação deve ocorrer em fase única e o licitante deverá manifestar o interesse de recorrer imediatamente, sob pena de preclusão.

Os efeitos da ausência dessa manifestação de interesse podem ser investigados na doutrina e em precedentes que tratam especificamente do pregão, uma vez que tal dispositivo foi aproveitado da sua regulamentação.

Nesta hipótese, não manifestando interesse de recorrer na sessão, logo após a declaração do vencedor do certame pelo pregoeiro, seja a sessão eletrônica ou

presencial, o licitante perdia o direito de recorrer.²

Manifestado o interesse de recorrer, a lei prevê que o prazo para apresentação das razões recursais nesses casos é contado da data de intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, quando excepcionalmente invertidas as fases de julgamento e habilitação (conforme o artigo 17 da Lei 14.133/2021)³, da intimação ou lavratura da ata de julgamento.

Todos os recursos devem ser direcionados à autoridade que editou o ato ou proferiu a decisão atacada, que deverá exercer juízo de retratação no prazo de três dias úteis e, caso a decisão seja mantida, o recurso deve ser encaminhado à autoridade superior, que proferirá o julgamento em até dez dias úteis do recebimento dos autos. Caso o recurso seja acolhido, ocorrerá a invalidação apenas de atos insuscetíveis de reaproveitamento.

Além disso, os demais licitantes poderão contra-arrazoar o recurso, tendo o mesmo prazo de três dias úteis, contados da intimação pessoal ou da divulgação da interposição do recurso.

10.1.3. Recorribilidade das decisões sancionatórias

Sobre as decisões que aplicam sanções ao licitante, diferentemente da Lei n. 8.666/1993, os recursos contra a aplicação da advertência, multa e impedimento de licitar e contratar contam com prazos maiores que os demais casos, sendo de quinze dias úteis para interposição, contados da intimação, direcionado à autoridade que proferiu a decisão, que terá cinco dias úteis para exercer o juízo de retratação, sendo negativo, o recurso será encaminhado para a autoridade superior, que terá mais vinte dias úteis para decidir.

Muito embora o aumento dos prazos acarrete maior demora para a finalização da licitação, certamente trabalha em favor da amplitude da defesa dos licitantes, que contarão com um prazo maior para manejar recurso contra decisão sancionatória.

Já em face de decisões que aplicam a declaração de inidoneidade, não cabe recurso administrativo, mas tão somente pedido de reconsideração, no prazo

2 Neste sentido, consulte-se os julgados do STJ. REsp n. 817.422/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira. J. 28/03/2006; e do TCU. Acórdão n. 976/2012, Plenário. Rel. Min. José Jorge. J. 25/04/2012.

3 "Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: [...] III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV - de julgamento; V - de habilitação; [...] § 1º A fase referida no inciso V do *caput* deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do *caput* deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação."

de quinze dias úteis da intimação, que deverá ser decidido em até vinte dias úteis.

Embora pareça contraditório tornar irrecurável a sanção mais gravosa prevista no diploma legal, tal dispositivo decorre do fato de que a declaração de inidoneidade pode ser aplicada apenas pela autoridade máxima do órgão que promove a licitação pública, inexistindo autoridade superior para apreciar eventual recurso.⁴ Além disso, tanto para a declaração de inidoneidade e para a o impedimento de licitar, exige-se a instauração de processo de responsabilização (artigo 158, *caput*).

Mais detalhes acerca dos procedimentos específicos da aplicação de sanções pela Lei n. 14.133/2021 podem ser consultados no Capítulo 16 - Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas.

Sumarizando:

1. Os meios de impugnação disponíveis aos licitantes foram uniformizados, inexistindo diferenças em razão da modalidade de licitação adotada;
2. Em geral, o prazo dos recursos e dos pedidos de reconsideração são de três dias úteis a contar da intimação das respectivas decisões;
3. A destinatária dos recursos é a autoridade que emitiu o ato, que dispõe de três dias úteis para reconsiderar a decisão ou remeter para a autoridade superior, que, depois de recebidos os autos, dispõe de mais dez dias úteis para decidir;
4. Os recursos e pedidos de reconsideração têm efeito suspensivo;
5. Os recursos e pedidos de reconsideração que tratam de sanções administrativas contam com prazos mais extensos para o seu processamento.

10.2. Encerramento da Licitação

Findada a etapa de habilitação ou de julgamento (a que ocorrer por último) e exauridos os recursos administrativos inicia-se a etapa de encerramento da licitação. Essa etapa é conduzida pela autoridade superior que,

4 "Art. 156 [...] IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar [...] § 6º A sanção estabelecida no inciso IV do *caput* deste artigo 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; 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."

ao receber processo licitatório, poderá adotar uma das seguintes medidas:

Art. 71 [...]

- 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;
- IV. adjudicar o objeto e homologar a licitação.

10.2.1. Saneamento e anulação

Quanto ao saneamento de irregularidades (inciso I do artigo 71), cabe destacar que a autoridade superior deve atentar-se para o fato de estar diante de uma irregularidade sanável ou não.

O artigo 64, por exemplo, prevê irregularidades sanáveis ocorridas na fase de habilitação, como a desatualização de documentos que tenham expirado após a data de recebimento ou a complementação de informações acerca dos documentos apresentados. Outro exemplo de vício passível de saneamento é, cumpridos alguns requisitos,⁵ a possibilidade de convalidação de ato pela autoridade competente.

Agora, estando diante de ilegalidade insanável (inciso II do artigo 71), cabe a anulação da licitação, que deve ser feita de ofício ou com a provocação de terceiros, consistindo em dever de a autoridade superior anular o certame quando em face desse tipo de vício. Cumpre ressaltar que a anulação tratada aqui não necessariamente acarretará na nulidade do certame como um todo, mas tão somente daqueles atos impassíveis de reaproveitamento e dos subsequentes que deles dependam.

Destaca-se também que, quando da anulação de atos administrativos no âmbito da licitação, a decisão deve cumprir também com os critérios trazidos pela Lei n. 13.655/2018, que atualizou a LINDB, tornando necessário, por exemplo, a indicação das consequências jurídicas e administrativas da invalidação do ato (artigo 21 da LINDB).

Por fim, caso a autoridade superior entenda pela necessidade da anulação do certame ou de alguns de seus atos, deve ser assegurada manifestação prévia dos interessados (§ 3º do artigo 71 da Lei n. 14.133/2021).

5 A título de exemplo cita-se o perigo de dano ao erário maior que a própria irregularidade. Nesse sentido consulte do TCU os acórdãos: 5431/2017, da Segunda Câmara, 13748/2018, da Primeira Câmara e 1473/2019, do Plenário.

10.2.2. Revogação

Diferentemente da anulação, que é dever da autoridade quando diante de ilegalidade insanável, a revogação do certame por motivo de conveniência e oportunidade se trata de prerrogativa.

Contudo, é importante salientar que não se trata de decisão livre de limitações. Em manifestações acerca do tema, sob a égide da Lei n. 8.666/1993, o TCU já delimitou que são necessários os seguintes requisitos para que a revogação possa ocorrer: a) fato superveniente que tenha transfigurado o procedimento em inconveniente ou inoportuno; b) motivação; e c) contraditório e ampla defesa prévios.⁶

Na edição da Lei n. 14.133/2021 o legislador aderiu completamente aos critérios já adotados pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, conforme se vê no artigo 71, "§ 2º O motivo determinante para a revogação do processo licitatório deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado" e "§ 3º. Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados".

A necessidade de fato superveniente para a revogação da licitação é se não uma limitação lógica para a revogação, pois, ainda que se trate de juízo de conveniência, não se pode revogar um certame cuja conveniência já fora atestada no momento da abertura do certame, sem que se apresentem motivos antes inexistentes ou, ao menos, desconhecidos à Administração Pública que tenham emergido nesse íterim.

Ora, se no momento da publicação do edital a contratação era oportuna e conveniente, cabe à Administração Pública demonstrar a emergência de algum motivo que tornou a contratação inoportuna ou inconveniente.⁷

Destaca-se que não basta a Administração tão somente alegar o surgimento de fato superveniente, mas deve justificar de que forma tal fato altera o juízo de conveniência ou de oportunidade antes exercido.

6 "26. Noutras palavras, constatada a ocorrência de fato superveniente capaz de suportar o desfazimento do processo licitatório por inconveniência e/ou inoportunidade, a Administração deve comunicar aos licitantes a intenção de revogação, oferecendo-lhes direito ao contraditório e à ampla defesa prévios, em prazo razoável, para que defendam a licitação deflagrada e/ou demonstrem que não cabe o pretendido desfazimento, tudo antes de ocorrer a decisão da Administração de forma motivada." (TCU, Acórdão 455/2017, Plenário. Rel.: Min. Marcos Bemquerer. J. 15/03/2017).

7 Nesse sentido, consulte os precedentes do STJ. RMS 28.927/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, J. 02/02/2010. E do TCU. Acórdão 1.711/2010, Segunda Câmara, Rel. Min. Augusto Sherman. J. 20/04/2010.

10.3. Adjudicação e homologação

Embora não seja entendimento pacífico na doutrina, o ato de adjudicação trata da declaração do vencedor do certame, após o julgamento das propostas e a habilitação dos licitantes, seria após essa declaração que a autoridade competente decidiria ou não homologar tudo o que se fez no processo licitatório.

Joel de Menezes Niebuhr já afirmava que a ordem entre adjudicação do objeto e homologação da licitação era uma das grandes polêmicas no âmbito Lei 8.666/1993, uma vez que a lei era ambígua sobre o tema.⁸

Isso porque o inciso VII do artigo 38 prescrevia que serão oportunamente juntados ao processo administrativo da licitação os "atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação". Por outro lado, o inciso VI do artigo 43 previa que a licitação seria processada seguindo alguns procedimentos, dentre eles a "deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação".

Além da ordem entre os atos, também havia controvérsia sobre a competência para exercê-los, aqueles adeptos do inciso VII do artigo 38 sustentavam que a comissão de licitação teria a competência para adjudicar e a autoridade competente para homologar. Da outra ponta, os que se fiavam pelo inciso VI do artigo 43 sustentavam que ambos os atos competiam à autoridade competente.

Se por um lado a nova lei possa ter perdido a oportunidade de solucionar o conflito acerca da ordem, vez que em momento algum explicitou qual ato deve ser tomado antes, certamente resolveu a controvérsia da competência.

Isso porque o inciso IV do artigo 71 da Lei n. 14.133/2021, que trata do encerramento da licitação, prevê que, após findadas as fases de julgamento e habilitação e exauridos os recursos, o processo deverá ser encaminhado à autoridade superior que será incumbida, dentre outras funções, de "adjudicar o objeto e homologar a licitação".

Esse dispositivo indica, ainda que implicitamente, que o agente de contratação⁹ somente atuará até a última etapa antes da homologação, que é a habil-

8 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contratos Administrativos. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015. 626-627.

9 Lei n. 14.133/2021. "Art. 6º [...] 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."

tação¹⁰ e na análise de recursos. Ou seja, depois de julgadas as propostas, habilitados os licitantes e analisados os recursos, cabe ao agente de contratação tão somente encaminhar o processo licitatório para a autoridade superior, esta que será competente para adjudicar o objeto e homologar a licitação.

Considera-se ainda que, embora a Lei tenha silenciado sobre a ordem dos atos, uma vez concentrados de forma inequívoca na figura da autoridade superior, talvez essa discussão torne-se inócua, uma vez que, possivelmente, a mesma decisão conterà os atos de adjudicação do objeto e de homologação da licitação, evitando discussões sobre o surgimento do direito subjetivo ao objeto entre a adjudicação e a homologação e vice-versa, uma vez que esse lapso deixa de existir.

10.3.1. Dever de indenizar pela revogação ou anulação do certame

O dever de indenizar em caso de revogação ou anulação já era objeto de controvérsia quando da aplicação da Lei n. 8.666/1993, isso porque o § 1º do artigo 49 da antiga Lei previa que "A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei".¹¹

Parte relevante da doutrina¹² já afirmava existir o dever da Administração de indenizar os licitantes de boa-fé que não concorreram para o ilícito. Neste mesmo sentido há manifestação do STJ,¹³ entendimento que, contudo, não era pacífico.

Certamente, antes da habilitação e julgamento das propostas, não existe qualquer possibilidade de discutir a obrigação do Estado de indenizar os licitantes. Contudo, uma vez julgadas as propostas e habilitados os licitantes, pode surgir novamente a dúvida quanto ao direito subjetivo ao contrato e a consequente

10 Ressalvada a hipótese do § 1º do artigo 17, da Lei n. 14.133/2021.

11 O artigo 59, exceção prevista, tratava da indenização por partes já executadas do contrato administrativo executado, ou seja, após finalização do certame e assinatura do contrato.

12 "É inconstitucional a restrição contida no art. 49, § 1.º. Segundo o dispositivo, apenas haveria responsabilidade civil do Estado no caso do art. 59, parágrafo único (anulação da licitação após executado o contrato). Essa limitação ofende o disposto no art. 37, § 6.º, da CF/1988, que possui contornos amplos." JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos Ilivro eletrônico: Lei 8.666/1993. 3. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. No mesmo sentido: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 627-628. NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contratos Administrativos. 4. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015, p. 628-629.

13 Consultar MS n. 12.047/DF, Primeira Seção. Rel. Min. Eliana Calmon. J. 27/03/2007.

obrigatoriedade de indenização em caso de revogação ou anulação não causada pelo licitante.

Tal discussão acontecia com a Lei n. 8.666/1993 principalmente porque o ato de adjudicação acontecia após o julgamento das propostas, com a classificação do primeiro lugar, uma vez que a habilitação já teria ocorrido anteriormente e a homologação viria a ser realizada apenas depois, pela autoridade competente, em outro ato, existindo um lapso temporal entre adjudicação e homologação, no qual se sabia quem tinha vencido o certame que, contudo, ainda não estava homologado.

Entretanto, quando a Lei n. 14.133/2021 expressamente concentra ambos os atos (adjudicação e homologação) no mesmo momento do certame (encerramento), incumbindo-os apenas à autoridade superior, parece que a discussão de quando surge tal direito se esvazia, uma vez que aquele lapso entre um ato e o outro deixa de existir, passando ambos a compor uma mesma decisão da autoridade superior.

Dessa forma, tal direito surge tão somente entre essa decisão de adjudicação e homologação emitida pela autoridade superior e a formalização do contrato, quando necessária.¹⁴ Até porque, após iniciada a execução do objeto, com ou sem a formalização de contrato, há previsões expressas na Lei sobre a obrigatoriedade de indenização.¹⁵

Assim, conquanto a Lei n. 14.133/2021 tenha silenciado sobre a obrigação ou não de indenizar licitantes em razão da revogação ou anulação do certame, sendo o tema tratado apenas no âmbito do contrato administrativo, é certo que, após o ato de adjudicação e homologação, surge, senão o direito subjetivo à contratação, sua justa expectativa, cuja frustração ensejaria a obrigatoriedade de restituição dos prejuízos sofridos pelo licitante.

Isso se dá por dois motivos: i) porque autoridade superior teve o dever de analisar a necessidade de revogar ou anular a licitação, tendo optado pela adjudicação e homologação; e ii) porque a etapa subsequente é, quando necessária, tão somente a convocação para formalização do contrato administrativo, inexistindo na Lei qualquer outro procedimento que pudesse privar o licitante vencedor da contratação.

14 Consultar Capítulo 11 - Formalização dos Contratos

15 Consultar artigos 129, 131 e 149 da Lei n. 14.133/2021.

Capítulo 11

Formalização dos Contratos

Isaac Kofi Medeiros

Advogado. Doutorando em Direito do Estado (USP). Mestre em Direito do Estado (UFSC). Autor do livro "Ativismo judicial e princípio da deferência à Administração Pública" (Lumen Juris, 2020).

11.1. Introdução

O Capítulo I do Título III da Lei n. 14.133/2021 trata da formalização dos contratos administrativos entre os artigos 89 e 95 e suas extensas subdivisões. A bem da verdade, os dispositivos ali listados vão muito além da formalização dos contratos e abordam temas variados, como critério de reajustamento de preços, periodicidade de medição de obras e serviços de engenharia, até cessão de direitos patrimoniais de desenvolvimento de *software* à Administração Pública.

A título de comparação, a Seção II do Capítulo III da Lei n. 8.666/1993, cujo objeto era a formalização dos contratos, possuía modestos quatro artigos e poucas subdivisões. Alguém inadvertido poderia imaginar que, diante da diferença de tamanho, a Lei n. 14.133/2021 inovou muito em termos de formalização de contratos administrativos, o que não é exatamente verdade. As mudanças são módicas e se perdem na multidão de dispositivos do Capítulo I do Título III. Aqui vão algumas delas, principalmente as que possam ser consideradas mais relevantes.

11.2. Mudança de limites para o contrato verbal

De acordo com a nova lei, ainda é nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração Pública, salvo poucas hipóteses. A novidade fica por conta de um ligeiro relaxamento dessas hipóteses. Na Lei n. 8.666/1993 as exceções se limitavam às pequenas compras de pronto pagamento no limite máximo de R\$ 4.000,00, exclusivamente para aquisições feitas sob o regime de adiantamento, que é quando a Administração entrega dinheiro em espécie a servidor para realizar despesas que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação de

verba pública.¹ É o caso de despesas com viagens, abastecimento de veículos etc.

Na Lei n. 14.133/2021 não só o teto é maior, fixado em R\$ 10.000,00, como também contempla gastos com prestação de serviços. É o que se extrai do § 2º do artigo 95 do novo diploma legal. Também não é exigido que a compra seja feita em regime de adiantamento, o que representa outra flexibilização dos estreitos limites delineados para contratos verbais com a Administração Pública.

11.3. Formalização de termo aditivo

A exigência de formalização de termo aditivo como condição para execução das prestações determinadas pela Administração Pública é uma das mais interessantes nessa área. Se pegar, tende a diminuir a insegurança jurídica do particular contratado e, de lambuja, os intermináveis litígios judiciais que se desenrolam sobre remuneração por serviços extracontratuais. Veja-se a redação do artigo 132 da Lei n. 14.133/2021:

Art. 132. A formalização do termo aditivo é condição para a execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração no curso da execução do contrato, salvo nos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, hipótese em que a formalização deverá ocorrer no prazo máximo de 1 (um) mês.

Não é segredo para ninguém que contratos de obras complexas, sobretudo de engenharia, demandam alterações de todo o tipo. A licitação é planejada, quantitativos são designados, projeções são feitas, mas a realidade com certa frequência se impõe sobre o papel.

Questões de ordem técnica impedem a continuidade do trabalho. Empecilhos imprevistos têm que ser enfrentados pela empresa contratada de ordem a poder se passar à fase seguinte da execução dos serviços. Naturalmente, isto tudo tem custo. Assim, pequenos e médios ajustes são feitos sem muita cerimônia sob a promessa de futura formalização, o que coloca o particular em situação de insegurança, que por sua vez decide seguir executando serviços extracontratuais na esperança de ser remunerado.

1 Esta é a redação do artigo 68 da Lei n 4.320/64, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle de orçamento público: "Art. 68. O regime de adiantamento é aplicável aos casos de despesas expressamente definidos em lei e consiste na entrega de numerário a servidor, sempre precedida de empenho na dotação própria para o fim de realizar despesas, que não possam subordinar-se ao processo normal de aplicação."

Mais à frente, Administração Pública e particular entram em desacordo. A divergência costuma desaguar sobre a real extensão dos serviços extracontratuais demandados e executados, ou mesmo sobre a existência deles. O litígio judicial se torna inevitável.

Dai porque o artigo 132 da Lei n. 14.133/2021 é bem-vindo. Sem grandes ilusões, o dispositivo pode se tornar uma via de duas mãos, as duas positivas. De um lado, o artigo 132 dá a Administração Pública a expectativa de que somente será cobrada pelos serviços explicitamente autorizados, porque poderá opor o dispositivo em face do particular que porventura requerer a remuneração de algum serviço extracontratual.

Em poucas palavras, a Administração só pagará aquilo que foi formalizado porque o artigo 132 exige a formalização, não havendo mais espaço para improvisações à revelia da oficialidade que deve caracterizar as relações com o poder público.

De outro lado, o particular poderá exigir da Administração Pública que todo e qualquer ajuste solicitado por seus agentes seja formalizado na forma do artigo 132, pondo fim ao regime de promessas. Seguido à risca, o dispositivo garantirá ao particular contratado que as sinalizações de remuneração futura por serviços extracontratuais se convertam em dinheiro na conta. Conforme se verá no próximo tópico, a permissão de celebração eletrônica do aditamento pode auxiliar no processo de formalização, já que por vezes os ajustes necessários são muitos e exigem certa agilidade das partes envolvidas no contrato administrativo.

De mais a mais, para evitar engessamentos, o artigo 132 também assegura a antecipação dos efeitos dos termos aditivos, contanto que a formalização seja realizada dentro do prazo máximo de 1 mês, de forma a justificar a necessidade do adiantamento. Ou seja, se a situação for extrema a ponto de tornar a regra geral impraticável, o particular executa o contrato fazendo os ajustes impostos pela circunstância e/ou pela Administração Pública, recebendo aquilo que lhe é de direito pela execução extracontratual, devendo tudo ser formalizado depois, com amplo relato dos fatos que levaram ao uso da exceção prevista na parte final do artigo 132.

Aqui há um *trade off*: a exceção da parte final do dispositivo assegura agilidade e evita a ossificação administrativa da execução dos serviços, assumindo como menores os riscos de desacordos futuros entre particular e Administração Pública. Uma vantagem maior que compensa um risco menor. No entanto, vale enfatizar que a exceção deve ser entendida como tal, sem que haja subversão da regra geral de formalização do aditamento, pois do contrário haveria erosão do desejo claro do legislador.

11.4. Celebração eletrônica de contratos administrativos

A nova lei de licitações dá um passo certo e seguro em direção à

modernização administrativa, mas sem grandes novidades, ao prever a possibilidade de celebração eletrônica de contratos administrativos. O § 3º do artigo 91 da Lei n. 14.133/2021 assim prescreve:

§ 3º Será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em regulamento.

A medida consolida a chegada do contrato administrativo ao século XXI, ainda que com certo atraso. Está em consonância com normativas já estabelecidas em diversos degraus do ordenamento jurídico, a começar pelo princípio constitucional da eficiência administrativa, encartado no artigo 37 da Constituição Federal, de caráter geral.

Descendo aos pormenores, tem-se também as prescrições da recente Lei n. 14.129/2021, relativa às regras de Governo Digital, que traz em sua cesta de princípios (artigo 3º) *“o estímulo ao uso das assinaturas eletrônicas nas interações e nas comunicações entre órgãos públicos e entre estes e os cidadãos”* (inciso XXII), além da *“desburocratização, modernização, fortalecimento e simplificação da relação do poder público com a sociedade”* (inciso I). Afora isso, a própria Lei n. 14.133/2021 incentiva o uso de certificado digital para fins de identificação no procedimento licitatório, a teor do § 2º do artigo 12 do diploma.

No entanto, a nova lei deixou de especificar como funcionará o uso da forma eletrônica no caso dos contratos administrativos e seus eventuais aditamentos. Quis o legislador que a matéria fosse esmiuçada em regulamento próprio. No entanto, até que a regulamentação seja concluída, o ordenamento jurídico oferece alguns caminhos.

A exemplo da também recente Lei n. 14.063/2020, que versa sobre o uso de assinaturas eletrônicas com entes públicos e abrange procedimentos de entidades da administração direta, autárquica e fundacional pertencentes a todos os Poderes e órgão constitucionalmente autônomos dos entes federativos. Referida lei já possui regulamento próprio, o Decreto n. 10.543/2020, que estipula níveis de exigências para assinaturas eletrônicas, a depender do objeto da manifestação. Especificamente, o Decreto determina que a formalização de contratos exige *“assinatura eletrônica avançada”*, modalidade que requer cadastro dos usuários com garantia de identidade a partir de validador de acesso digital obtido mediante validação biométrica, biográfica ou documental.

Finalmente, destaca-se que a permissão explícita da forma eletrônica pode contribuir, em muito, para agilizar a celebração de termos aditivos, pois, conforme já mencionado, com a nova lei passa a ser obrigatória a formalização do aditamento para fins de execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração Pública, algo que exige certa dinâmica de funcionamento.

Ao menos em tese, o contratado não precisará mais executar a obra enquanto não consegue agendar um horário de encontro presencial com os agentes administrativos responsáveis pela assinatura do aditivo. Não é preciso divagar muito sobre como essa circunstância pode vir a ser fonte de enorme insegurança. Com a nova medida, aumenta-se a pressão legítima para a formalização do termo aditivo, bastando um servidor à disposição para operacionalizar um certificado digital. Assim, as solicitações feitas pela Administração Pública podem ser reduzidas a termo e autenticadas em tempo hábil.

11.5. Consulta de cadastros nacionais

O § 4º do artigo 91 da Lei n. 14.133/2021 condiciona a formalização e prorrogação de vigência contratual à verificação de requisitos objetivos que demonstrem a boa conduta da empresa contratada durante e paralelamente à execução do contrato. Antes de prorrogar o contrato, a Administração Pública deve consultar (i) a regularidade fiscal do contratado, (ii) o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e (iii) o Cadastro Nacional de empresas Punidas, criado pela Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013). Além disso, o dispositivo exige que o ente administrativo emita as devidas certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas, juntando-as ao processo administrativo respectivo.

Com isso, a Lei n. 14.133/2021 incentiva que o agente administrativo adote postura mais cautelosa em relação à empresa contratada, não bastando apenas verificar a sua boa capacidade de execução do contrato em questão para que a obrigação possa ser prorrogada. Indo mais além, a Lei n. 14.133/2021 exige que o agente indague, objetivamente, se a empresa contratada tem mantido seus impostos em dia, cumprido com obrigações trabalhistas e, acima de tudo, agido de maneira proba, correta e responsável com outros entes da Administração Pública.

11.6. Divulgação no portal

A Lei n. 8.666/1993 exigia a publicação em diário oficial do extrato do contrato, como condição indispensável à eficácia das obrigações firmadas. A Lei n. 14.133/2021 despede-se em larga medida do diário oficial ao apostar todas as fichas no Portal Nacional de Contratações Públicas, criado pelo artigo 174 da mesma lei, onde será centralizada a divulgação dos atos exigidos pelo novo diploma legal.

Lá, no Portal, constarão informações sobre planos de contratações anuais, catálogos eletrônicos de padronização, editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta, editais de licitação, atas de registros de preços, notas fiscais eletrônicas e, claro, contratos administrativos e termos aditivos.

Segundo o artigo 94 da Lei n. 14.133/2021, Administração Pública deve

divulgar o instrumento contratual e aditamentos no Portal como condição indispensável para a eficácia das celebrações formalizadas, tal como na exigência de publicação em diário oficial da Lei n. 8.666/1993. A divulgação deve ser feita em 20 dias úteis em caso de contratação precedida de procedimento licitatório, e em 10 dias úteis na hipótese de contratação direta, ambos os prazos a contar da assinatura do contrato.

Ainda cabe chamar atenção que, no caso de obras, a Administração Pública também divulgará em sítio eletrônico oficial, em 25 dias úteis a contar da assinatura do contrato, os quantitativos e preços unitários totais que contratar, e, em até 45 dias úteis após a conclusão do contrato, os quantitativos executados e os preços praticados.

A exceção aos prazos de publicação do artigo 94, regulada por seu § 1º, cabe aos contratos celebrados em caso de urgência, que terão eficácia logo a partir de sua assinatura, embora devam ser publicados no Portal Nacional de Contratações Públicas nos mesmos prazos assinalados pela regra geral, sob pena de nulidade. O § 1º do artigo 94 não faz referência expressa a quais casos serão tratados como urgência, então a melhor interpretação do dispositivo é aquela que define o seu alcance com base nas hipóteses do inciso VIII do artigo 75, que dispensa a deflagração de procedimento licitatório *“nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracteriza urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares [...]”*.

Veja-se que não se trata de restringir o alcance do dispositivo exclusivamente ao inciso VIII do artigo 75 da Lei n. 14.133/2021. A exceção pode ser aplicada caso outra legislação autorize a celebração de contratos administrativos em regime de urgência. É o exemplo da Lei n. 13.979/2020, que dispõe sobre medidas de enfrentamento da crise do coronavírus, cujo artigo 4º prescreve a dispensa de licitação para aquisição ou contratação de bens, serviço e insumos que possam ajudar a conter os efeitos negativos da pandemia decorrente da COVID-19.

11.7. Vetos

A Presidência da República opôs dois vetos sobre dispositivos relativos à formalização dos contratos administrativos. A rigor, tratam do mesmo comando normativo. Os § 4º e 5º do artigo 94 da Lei n. 14.133/2021, ambos vetados, exigiam que as empresas contratadas divulgassem em seus sítios eletrônicos o inteiro teor dos contratos firmados com a Administração Pública, como uma medida extra de garantia de publicidade. Veja-se:

§ 4º A contratada deverá divulgar em seu sítio eletrônico e manter à disposição do público, no prazo previsto nos incisos I e II do *caput* deste artigo, o inteiro teor dos contratos de que trata esta Lei e de seus aditamentos.

§ 5º Não se aplica o disposto no § 4º deste artigo às microempresas e às empresas de pequeno porte, a que se refere a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Os vetos foram fundados em interesse público, alegadamente. Segundo a mensagem oficial, embora a Presidência reconheça *“a boa intenção do legislador”*, os dispositivos impõem custos adicionais e desnecessários aos particulares, pois o mesmo artigo 94 da Lei n. 14.133/2021 já prevê divulgação do instrumento contratual por meio do Portal Nacional de Contratações Públicas, medida que por si só satisfaria o princípio da publicidade e transparência.

A mensagem de veto ainda reitera que a obrigatoriedade de publicação em sítio eletrônico aumentaria os custos dos contratos a serem firmados com a Administração Pública, *“uma vez que as empresas terão que ter profissionais especializados para a execução da demanda, especialmente, no caso de empresas de pequeno porte, as quais, muitas vezes, sequer dispõem de sítio eletrônico”*.

A argumentação parece um tanto exagerada. É difícil crer que empresas que participam de certames licitatórios não sejam capazes de disponibilizar meras cópias de contratos em sítios eletrônicos, ainda mais em tempos onde tudo praticamente ocorre no meio digital. É uma tarefa simples que, ao contrário da mensagem de veto, não exige profissional especializado.

Afinal, a própria participação na licitação pública exige mais expertise e estrutura do que a exigência trivial prevista pelo vetado § 4º do artigo 94. Se uma empresa não consegue atender a essa exigência, supõe-se que sequer teria condições de competir em um pregão eletrônico corriqueiro, por exemplo. Ao fim e ao cabo, uma empresa que não seja dotada de estrutura suficiente para cumprir com o § 4º dificilmente terá condições confiáveis de apresentar uma proposta vantajosa e exequível à Administração Pública.

Por fim, chama a atenção que a mensagem de veto argumenta que a exigência traria custos adicionais às empresas de pequeno porte, sendo que o também vetado § 5º do artigo 94 estipulava justamente que *“Não se aplica o disposto no § 4º deste artigo às microempresas e às empresas de pequeno porte, a que se refere a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006”*. O argumento da mensagem de veto, ao menos nesse trecho, simplesmente não procede.

Capítulo 12

Duração dos Contratos

Gustavo Ramos da Silva Quint

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

12.1. Uma das maiores alterações trazidas pela Lei n. 14.133/2021

A duração dos contratos administrativos é, sem dúvida, um dos temas que mais tiraram o sono e causaram dor de cabeça aos gestores públicos no âmbito da Lei n. 8.666/1993. Como bem pontua Joel de Menezes Niebuhr, a redação do então artigo 57 é péssima e mais confunde do que esclarece.¹ Adianta-se, contudo, que não vai ser muito diferente com a Lei n. 14.133/2021.

Afora o aspecto formal, os termos usados pela antiga lei por vezes eram empregados de forma equivocada, atécnica, e não raro as regras sobre prazo de vigência e de execução eram aplicadas de forma trocada. Dominar e por em prática com maestria as regras sobre a duração dos contratos era (e ainda o será por um tempo, face ao regime de transição) tarefa para poucos.

Longe de esgotar o assunto sobre a duração dos contratos, a ideia é situar o leitor sobre as principais mudanças e tentar arriscar delinear algum tipo de regra geral e suas principais exceções – se é que é possível falar em regra geral.

A Lei n. 14.133/2021 tentou corrigir alguns vícios e inovar, mas parece ter continuado presa a alguns fantasmas do passado com medo de ir longe demais. Também, ao que parece, na tentativa de criar um texto mais racional, cometeu o mesmo pecado da antiga lei e os dispositivos ficaram desconectados, por vezes

¹ NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 3. ed. rev. amp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 763.

confusos. De toda sorte, trata-se, não se pode negar, de uma das mais substanciais alterações feitas em relação ao antigo regime.

12.2. A regra geral: não há regra geral

Pela regra geral da Lei n. 8.666/1993, a duração dos contratos administrativos estava adstrita aos créditos orçamentários. Ponto final. Isso causava entrave e confusão desnecessários na execução dos contratos, além de problemas graves de ordem prática, com potencial risco de crime de responsabilidade fiscal caso não houvesse fiscalização adequada por parte das autoridades administrativas.²

A Lei n. 14.133/2021, a seu turno, como primeira e, pode-se dizer, mais importante mudança, desvinculou a duração dos contratos ao exercício orçamentário, conforme a dicção expressa do artigo 105:

Art. 105. A duração dos contratos regidos por esta Lei será a prevista em edital, e deverão ser observadas, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar 1 (um) exercício financeiro.

A medida é salutar e resolve muito o dia a dia do gestor público. Antes, os contratos até podiam ser prorrogados até o limite de sessenta meses, mas precisavam ser firmados e aditivados dentro de cada exercício. Isso, de um lado, engessava a execução contratual face à necessidade de edição de, pelo menos, um aditivo contratual para prorrogação do contrato para o próximo exercício todos os anos; de outro, tornava o negócio menos atrativo a certos segmentos do mercado dado que empresas eram obrigadas a firmar contratos por apenas doze meses e sem garantia concreta de prorrogação, indo de encontro com seus modelos de negócios. Contratos desvantajosos e arriscados, portanto.

Contudo, adianta-se que não é correto afirmar que a Administração Pública

² Joel de Menezes Niebuhr ilustra um dos problemas práticos relacionados à vinculação da vigência aos créditos orçamentários: "A propósito, a inconveniência da regra entabulada no *caput* do art. 57 da Lei nº 8.666/93 é que, em regra, o prazo de execução de todos os contratos firmados não deve ir para além de 31 de dezembro. Isso faz com que o prazo de execução de muitos contratos encerre-se na mesma data, 31 de dezembro, e que a administração precise dar início a novo contrato também na mesma data, 1º de janeiro. Pode-se pressupor, até por aqueles pouco habituados à realidade da administração pública, que o fim do ano é algo próximo de um pesadelo, com o vencimento simultâneo da grande maioria dos contratos. (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 3. ed. rev. amp. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 766).

não precisa observar a disponibilidade orçamentária ao firmar contratos. Longe disso, o que a Lei n. 14.133/2021 fez foi apenas desatrelar a vigência do início e fim do exercício orçamentário, permitindo maior racionalidade na prática administrativa. A preocupação com a disponibilidade orçamentária persiste e está encartada em vários dispositivos esparsados ao longo de toda a Lei n. 14.133/2021.³ Prova disso é o recado bem claro dado pelo artigo 150:

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Retomando o raciocínio, arrisca-se dizer que a lógica na duração dos contratos administrativos na Lei n. 14.133/2020, de acordo com o que o artigo 105 se propôs, deve observância a três requisitos: (i) o prazo deve ser fixado já no edital; (ii) disponibilidade prévia de créditos orçamentários no início do contrato e em cada exercício e (iii) previsão no plano plurianual, quando a contratação for ultrapassar um exercício orçamentário.

Contudo, os artigos seguintes trazem tantos pormenores, detalhes e condicionantes que tornam muito difícil estabelecer uma regra geral para a duração dos contratos administrativos. A conclusão, portanto, é que não existe regra geral na nova lei.

12.3. Contratos com prazo de vigência inicial de até 5 anos

O artigo 106 permite, nos casos de serviços e fornecimentos contínuos, que a Administração Pública firme o contrato já prevendo, de largada, o prazo de vigência de 5 anos. Ou seja, não é mais necessário limitar a vigência inicial ao fim do exercício corrente para depois prorrogá-lo, em cada ano orçamentário, até o limite de 60 meses (ou 72, no caso das prorrogações excepcionais prevista na Lei n. 8.666/1993).

Isso, claro, para os contratos de "serviços e fornecimentos contínuos", que são os contratos de prestação de serviços (limpeza, segurança, manutenção etc.) e compras continuadas – aquelas em que há o fornecimento periódico de determinado bem, mas não se confundem com serviços propriamente ditos. A bem da

3 Citam-se alguns deles: parágrafo único do artigo 11; inciso VII do artigo 12; artigo 18; alínea "c" do inciso V do artigo 40; artigo 105; incisos II e III do artigo 106; artigo 109 e artigo 150.

verdade, na prática, arrisca-se dizer que esses contratos representam a maior parcela das contratações públicas – o que permite concluir que praticamente todos os contratos poderão ter sua vigência inicial previamente fixada para 5 anos.

Contudo, para que o contrato possa ser firmado com a vigência máxima de 5 anos, o artigo 106 impõe três diretrizes:

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

I - a autoridade competente do órgão ou entidade contratante deverá atestar a maior vantagem econômica vislumbrada em razão da contratação plurianual;

II - a Administração deverá atestar, no início da contratação e de cada exercício, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação e a vantagem em sua manutenção;

III - a Administração terá a opção de extinguir o contrato, sem ônus, quando não dispuser de créditos orçamentários para sua continuidade ou quando entender que o contrato não mais lhe oferece vantagem.

De acordo com o inciso I, a autoridade administrativa deve declarar que a contratação com o prazo de vigência mais extenso é economicamente mais vantajosa. Mas a lei não disse quando essa vantajosidade precisa ser declarada. De antemão? No curso da execução contratual? Ao fim de cada exercício? Em tese, como o prazo já é fixado no Edital, a justificativa deveria constar da fase interna do processo administrativo.

Sem adentrar aos pormenores do inciso, o fato é que, mormente face ao silêncio legislativo, essa exigência tem duas consequências práticas: (i) impõe aos gestores a necessidade de programação prévia das contratações, alinhada à lógica do Plano Anual de Contratações (vide capítulo nesta obra sobre a fase preparatória das licitações) e (ii) demanda certo exercício de futurologia, dado que não é possível, muitas vezes, prever de antemão (quanto menos atestar, com o seu próprio CPF) a vantajosidade da contratação para a estimativa de 3 ou 5 anos, especialmente em um cenário de constantes crises econômicas e volatilidade de mercado.

O inciso II, por sua vez, dispõe que o contrato pode ser firmado com vigência de até 5 anos desde que a disponibilidade orçamentária seja certificada no início do contrato e em cada exercício. Já o inciso III – que, na verdade, por rigor técnico legislativo, deveria ser um parágrafo por impor exceção à regra – permite à Administração Pública rescindir antecipadamente a avença se não confirmada a disponibilidade de créditos orçamentários ou caso a contratação não se mostre mais vantajosa.

O § 1º do artigo 106, contudo, dispõe que a extinção a que se refere o inciso III, ou seja, nos casos de inexistência de disponibilidade orçamentária ou desvantajosidade do contrato, só poderá ocorrer na próxima data de aniversário contratual e em prazo não inferior a dois meses em relação a esse marco temporal (aniversário).

Primeiro, a regra dos dois meses parece ser uma proteção à expectativa do particular de não ser surpreendido com uma notícia de rescisão sem tempo hábil para se programar. Já a previsão de que a extinção só possa ocorrer na próxima data de aniversário contratual parece ser perigosa diante das particularidades envolvendo a aprovação do orçamento público.

Imagine-se determinado contrato firmado em julho de 2021 com vigência inicial de três anos. O ordenador de despesas certificará a existência de créditos orçamentários para o ano corrente, ou seja, até 31 de dezembro de 2021. Suponha-se, contudo, que na aprovação do orçamento de 2022, seja verificada a inexistência de recursos para manter o contrato por mais um exercício. Pela lógica do § 1º do artigo 106, o contrato deveria ser mantido até o seu próximo aniversário, julho de 2022, o que contraria frontalmente a lei de responsabilidade fiscal ao impedir a realização de despesas não previstas no orçamento do exercício corrente.

O § 2º do artigo 106 é tautológico ao estender o prazo de vigência do *caput* aos serviços de informática dado que, evidentemente, enquadram-se na regra geral de serviços contínuos, mesmo com a suas peculiaridades. Já em relação à extensão aos contratos de aluguel de equipamentos, pode-se admitir certo grau de particularidade em relação aos serviços contínuos e compras continuadas de modo a tornar pertinente a ressalva.

No mais, com o devido respeito, entende-se que a redação do *caput* e dos incisos é confusa. Isso porque a vigência inicial do contrato é fixada já na fase interna da licitação, quando da elaboração da minuta do contrato. No entanto, o *caput* do artigo 106, da forma como escrito, parece condicionar o prazo de vigência inicial do contrato à certificação quanto a eventos incertos e que somente ocorrerão (ou poderão ocorrer) no curso da execução contratual.

12.4. Prorrogação dos contratos de serviços ou fornecimentos contínuos

O artigo 107 estabelece as regras de prorrogação para os contratos com prazo de vigência de até 5 anos, nos casos em que os objetos sejam serviços ou fornecimentos contínuos:

Art. 107. Os contratos de serviços e fornecimentos contínuos poderão ser prorrogados sucessivamente, respeitada a vigência máxima decenal, desde que haja previsão em edital e que a autoridade competente ateste que as condições e os preços permanecem vantajosos para a

Administração, permitida a negociação com o contratado ou a extinção contratual sem ônus para qualquer das partes.

O leitor pode-se questionar, após leitura inicial do artigo 107, se o prazo máximo seria, afinal, de 5 ou 10 anos. Aqui, é importante a diferenciação. Os contratos podem ser firmados, de largada, com o prazo de vigência de até 5 anos. O que o artigo 107 permite é que sejam renovados até o limite de 10 anos. É dizer, uma coisa é o prazo máximo da vigência inicial; outra, completamente distinta, é a prorrogação. Assim, por exemplo, tanto o contrato firmado inicialmente por 3 anos ou por 5 anos podem ser estendidos até o limite decenal, desde que haja autorização prévia em edital.

Contudo, uma vez fixado o prazo de vigência inicial, a partir de cada prorrogação as circunstâncias previstas no artigo 107 devem ser sopesadas: (i) previsão expressa em edital de que o contrato pode ser prorrogado e, nesse caso, também do limite máximo de prorrogação; (ii) declaração da autoridade administrativa de que o contrato (preços e condições) permanece vantajoso; (iii) consenso do particular.

Abre-se parênteses para apontar um possível comportamento que pode se tornar comum com a nova lei. Como já adiantado, os prazos de vigência inicial, bem como as hipóteses e prazos máximos de prorrogação devem constar necessariamente, de antemão, na minuta do edital. A consequência prática, com isso, é a seguinte: por falta de planejamento ou por preguiça mesmo, a lei vai acabar por estimular que os gestores públicos já estabeleçam previamente os prazos de vigência inicial e de prorrogação em seus limites máximos.

Ou seja, o edital provavelmente estabelecerá, genericamente, sempre que couber, que o contrato terá sua vigência inicial de 5 anos e que poderá ser prorrogado até 10 anos. Isso porque, do ponto de vista da análise de riscos, é mais oportuno e seguro ao gestor rescindir o contrato caso ele não seja mais vantajoso do que, caso queira manter a contratação, desrespeitar um prazo de vigência ou de prorrogação fixados de forma diferente pelo Edital.

Resumidamente, em linhas gerais, na prática, todo contrato de prestação de serviços ou fornecimento contínuos potencialmente será firmado com vigência inicial de 5 anos, permitindo sua prorrogação até 10 anos.

Há uma interessante ressalva no final do dispositivo, que deve ser interpretada, de acordo com os princípios regentes do direito público, como um "poder-dever". Explica-se. A parte final do artigo 107 franqueia à Administração Pública a faculdade de negociar com o particular as condições do contrato ou de extinguí-lo de comum acordo, caso não se alcance o consenso.

Primeiro, não se trata de uma prerrogativa exorbitante: o particular deve concordar com a negociação. Em segundo lugar, a permissão de negociação deve ser entendida como *dever de negociação*. Isso porque a Administração Pública

deve perseguir contratações vantajosas e, sempre que possível, buscar condições melhores à satisfação do interesse público. Por consectário lógico, se existe a possibilidade de alcançar melhores preços e condições menos onerosas aos cofres públicos, a Administração Pública tem o dever de agir. Não se quer dizer que ela deve necessariamente alcançar sucesso na negociação, mas que deve, ao menos, proceder às tratativas e registrá-las nos autos do procedimento.

12.5. Contratos com prazo inicial de até 10 anos

O artigo 108 da Lei n. 14.133/2021 cria um rol de contratos que podem ser firmados, de partida, por até 10 anos.⁴ São contratos, via de regra, relacionados à segurança nacional; às Forças Armadas (excluindo os materiais e serviços cotidianos relacionados a pessoal e expediente); com enfoque na inovação e pesquisa científica e tecnológica, na forma da Lei n. 10.973/2004 e, por fim, contratações estratégicas no âmbito do Sistema Único de Saúde.

Há uma outra hipótese, prevista no inciso I do artigo 110, que será tratada mais adiante, no tópico atinente aos prazos especiais.

Em todos esses casos, vale dizer, não se aplicam as diretrizes previstas nos incisos do artigo 106, que são específicas para os contratos de serviços e compras contínuos de que tratam o *caput*, com prazo de até 5 anos. Para os contratos tratados neste tópico, vale apenas a lógica geral do artigo 105, que impõe a certificação de créditos orçamentários a cada exercício.

12.6. Contratos com prazo indeterminado

A Lei n. 8.666/1993 era taxativa no parágrafo 3º do artigo 57: não havia possibilidade de firmar qualquer contrato administrativo, abrangido pela lei de licitações, com prazo indeterminado. Esse era um verdadeiro mantra, repetido aos quatro cantos, de que não há contrato com prazo indeterminado na Administração Pública. Dizia-se representar ofensa aos princípios regentes do direito público.

A Lei n. 14.133/2021 desfez o mantra. O artigo 109 da Lei n. 14.133/2021 prevê expressamente a possibilidade de firmar contrato com prazo indeterminado nos casos em que a Administração Pública for usuária de serviço público e a contratada opere em regime de monopólio – empresa pública ou privada delegatária/concessionária, não importa –, ressalvada a exigência, é claro, de que haja disponibilidade orçamentária.

4 "Art. 108. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 10 (dez) anos nas hipóteses previstas nas alíneas 'f' e 'g' do inciso IV e nos incisos V, VI, XII e XVI do *caput* do art. 75 desta Lei."

12.7. Prazos especiais

Alguns contratos, por sua natureza, receberam tratamento diferenciado pela lei nos artigos 110 a 114. São eles:

1. contratos que gerem receita;
2. contrato de eficiência, que gere economia para a Administração Pública;
3. contrato por escopo;
4. contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado;
5. contrato para a operação de sistemas estruturantes de tecnologia da informação;
6. contratos com prazo regulado por lei especial.

Nos casos dos incisos I e II, ou seja, nos contratos que gerem receita e nos contratos de eficiência que gerem economia os prazos são diferentes e estão condicionados à previsão de investimentos ou não no curso da execução contratual.

Se o contrato não estipular investimentos pelo particular (a lei não disse que o investimento seria feito pelo contratado, mas se deduz, pela lógica, que se refere a ele), o prazo máximo será de 10 anos. Agora, o prazo será de 35 anos se o contrato contar 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”.

Sem pretender esgotar o tema, alerta-se que a lei não precisou o que e quais seriam os investimentos elegíveis e muito menos estipulou valores, o que permite concluir, em uma análise sumária, que qualquer contrato com investimento, por menor que seja, autorizará a vigência por até 35 anos – o que é, não precisaria nem dizer, bastante perigoso. A lei, ao prever prazo tão extenso, deveria, ao menos, ter tratado o tema com o devido cuidado para mitigar os riscos com a perpetuação indevida de contratos dessa natureza – que muito se assemelham à lógica da concessão.

O contrato por escopo (iii), em leitura conjunta dos artigos 105, 106 e 111, parece admitir que seja firmado por, no máximo, cinco anos. Todavia, ele será prorrogado automaticamente caso o escopo predefinido não for alcançado no período inicialmente almejado. Como a lei não impôs limites e por se tratar de previsão específica, não se aplica o limite decenal previsto no artigo 107 – até porque não se está diante das hipóteses de contratos de serviços ou fornecimentos contínuos. Nesse caso, apesar de a lei acabar estimulando, na prática, que não haja

compromisso com os prazos, o fato é que, havendo culpa do particular pelo atraso ele deve ser responsabilizado na forma do parágrafo único do artigo 111.⁵

Por sua vez, o contrato sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado, espécie de regime híbrido de obra e prestação de serviço, previsto no inciso XXXIV do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021, recebeu pouca atenção do legislador – vide capítulo desta obra referente ao regime de execução. Por se tratar de regime misto que envolve prazos de início distintos, a vigência total está adstrita ao prazo para conclusão da obra ou fornecimento inicial somado ao prazo da prestação do serviço. O prazo de vigência inicial relativo à prestação dos serviços está limitado ao teto de 5 anos previsto no artigo 106, permitida sua prorrogação até 10 anos na forma do artigo 107.

Os contratos de operação de sistemas estruturantes de tecnologia da informação, por fim, terão vigência máxima de 15 anos. A lei sequer teve o trabalho de definir quais seriam esses serviços e quais seriam os sistemas estruturantes. Face ao silêncio legislativo, imagina-se estar diante dos contratos de estruturação e gerenciamento de grandes bancos de dados e dos sistemas de operação das atividades da Administração Pública. Esses contratos, aliás, não podem ser prorrogados, demandando planejamento especial prévio no momento de fixação do prazo de vigência quando da fase interna da licitação ou da contratação direta.

5 Art. 111. Na contratação que previr a conclusão de escopo predefinido, o prazo de vigência será automaticamente prorrogado quando seu objeto não for concluído no período firmado no contrato.

Parágrafo único. Quando a não conclusão decorrer de culpa do contratado:

I - o contratado será constituído em mora, aplicáveis a ele as respectivas sanções administrativas;

II - a Administração poderá optar pela extinção do contrato e, nesse caso, adotará as medidas admitidas em lei para a continuidade da execução contratual.

Capítulo 13

Alteração dos Contratos Administrativos

Luiz Eduardo Altenburg de Assis

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

13.1. A mutabilidade objetiva do contrato administrativo

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 14.133/2021) não se distanciou do regramento estabelecido na Lei n. 8.666/1993 no tocante à alteração dos contratos administrativos. A semelhança com o regramento expresso no artigo 65 do diploma anterior é manifesta. Existem, de fato, algumas inovações pontuais que, a bem da verdade, apenas contemplam posicionamentos que já prevaleciam na jurisprudência dos tribunais e, em especial, do Tribunal de Contas da União. Inobstante, o regime persiste substancialmente o mesmo da Lei n. 8666/1993. Apesar da ausência de disposições verdadeiramente pioneiras, a disciplina da alteração dos contratos sob a égide da nova lei merece algumas digressões.

A modificação do contrato administrativo a ser formalizada mediante termo aditivo pode ocorrer tanto por meio de alteração unilateral levada a efeito pela Administração Pública sem prévia anuência do contratado, quanto de forma bilateral por acordo entre as partes. A possibilidade de alteração unilateral pela Administração Pública costuma ser apontada como a principal característica dos contratos administrativos, que nesse aspecto distanciam-se dos princípios da teoria geral dos contratos. A mutabilidade enquanto prerrogativa exorbitante do direito comum tem sua legitimidade assentada no interesse público a ser tutelado pela Administração, que não raro reclama a alteração das características do objeto contratado. Em todos os casos, essa prerrogativa deve respeitar a identidade do objeto do contrato e os direitos do particular contratado.

13.2. Alteração unilateral

A prerrogativa da Administração alterar unilateralmente seus contratos está contemplada no inciso I do artigo 104 da Lei n. 14.133/2021, que repete o inciso I do artigo 58 da Lei n. 8.666/1993 ao assegurar à Administração a prerrogativa de *"modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado"*, desde que resguardadas *"As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos"* (§ 1º) que *"deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual"*.

O inciso I do artigo 124 da Lei n. 14.133/2021 prevê duas hipóteses em que a Administração poderá promover alterações unilaterais sem anuência do particular contratado, a saber: a) adequação técnica no projeto ou em suas especificações; e b) modificação do valor do contrato em decorrência do acréscimo ou diminuição quantitativa do seu objeto. Como anota Marçal Justen Filho, *"As cláusulas mutáveis unilateralmente são aquelas pertinentes à adequação do objeto à satisfação da finalidade buscada por meio da contratação"*.¹

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

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

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

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

O artigo 125 da Lei n. 14.133/2021, repisando o § 1º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993, estabelece como limite de acréscimos ou supressões decorrentes das alterações unilaterais promovidas pela Administração o percentual de 25% sobre o valor inicial atualizado do contrato para contratos de obras, serviços ou compras e de 50% para acréscimo em reforma de edifício ou equipamento. Os limites incidem sobre o valor do contrato atualizado, aí inclusos eventuais reajustes, e devem ser computados separadamente para os acréscimos e supressões, que não podem ser compensados um pelo outro.³

Aqui, a Lei n. 14.133/2021 perdeu a oportunidade de dar cabo à controvérsia sobre a aplicabilidade dos limites antes expressos no § 1º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993 às alterações qualitativas. A omissão agora reiterada induz à conclusão de que o preceito normativo visa restringir esse limite apenas às alterações quantitativas, admitindo-se alterações qualitativas superiores a 25% do valor inicial atualizado do contrato. Esse, porém, não é o posicionamento dominante no Tribunal de Contas da União, que há tempo tem se manifestado pela aplicação, em regra, do limite de 25% às alterações qualitativas do objeto do contrato.⁴

Sem embargo, tanto as alterações quantitativas, quanto as qualitativas determinadas unilateralmente pela Administração devem preservar a identidade do objeto contratado. É o que agora está explicitado no artigo 126 da Lei n. 14.133/2021, segundo o qual a alteração unilateral não poderá transfigurar o objeto da contratação. O preceito normativo só se refere às alterações unilaterais, dando a entender que as alterações bilaterais não estariam compreendidas sob sua alçada. Essa não parece ser a melhor interpretação, eis que as alterações bilaterais tampouco podem servir de burla à licitação pública.⁵

Ainda dentre as limitações pertinentes às alterações unilaterais, cabe mencionar o artigo 127 da Lei n. 14.133/2021, que, encampando uma regra do artigo 14 do Decreto Federal n. 7.983/2010, estabelece que *"Se o contrato não contemplar preços unitários para obras ou serviços cujo aditamento se fizer necessário, esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no art. 124 desta Lei"*.

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

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

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

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

Assim, para preservar a relação original de equivalência entre vantagens e encargos do contratado e evitar que a margem de lucro do particular seja incrementada com a inclusão de novos serviços, o artigo 127 determina que se verifique a diferença percentual da proposta apresentada pelo contratado em relação ao orçamento base da Administração e que se aplique esse mesmo desconto sobre os preços unitários adotados a partir de parâmetros referenciais de mercado para esses serviços incluídos posteriormente à contratação. Aplica-se, assim, para novos serviços, a mesma relação de equivalência entre encargos e vantagens assumidas pelo contratado ao final da licitação.

Ainda no plano das limitações às alterações unilaterais, o artigo 128 da Lei n. 14.133/2021 consagra uma lógica semelhante ao artigo 127, ao adotar o “desconto” global contemplado na proposta do particular em relação ao preço de referência do edital da licitação como um parâmetro limitador da qualquer alteração do valor do contrato, impedindo que as alterações unilaterais incrementem a lucratividade do particular.

Com efeito, a finalidade específica desse dispositivo é evitar o chamado jogo de planilha, que ocorre quando o particular, ao identificar que a Administração subestimou determinada quantidade de serviço, propositalmente formula proposta com preços unitários mais elevados para esses serviços, já antevendo o superveniente acréscimo quantitativo desses serviços e o conseqüente aumento da sua lucratividade. A regra do artigo 128 dificulta o jogo de planilha, pois proíbe que o desconto original entre o valor global da proposta e do orçamento estimado seja reduzido em razão do aumento da quantidade de um serviço específico ao qual foi atribuído preço unitário mais elevado.

O artigo 129 da Lei n. 14.133/2021, também pertinente às alterações unilaterais, reproduz uma regra prevista no § 4º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993, segundo o qual *“Nas alterações contratuais para supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os colocado no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados”*.

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

O artigo 130 da Lei n. 14.133/2021 explicita que a alteração unilateral dos encargos do particular enseja o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato mediante a formalização de termo aditivo. A importância desse dispositivo, que reproduz o § 6º do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993, está em assegurar o reequilíbrio do contrato administrativo de forma concomitante à alteração implementada pela Administração, impedindo que o ajuste da remuneração do particular em patamar consentâneo com o acréscimo de seus encargos seja diferida para um segundo momento.

O artigo 132 da Lei n. 14.133/2021 condiciona a execução das prestações determinadas pela Administração à prévia formalização de termo aditivo, à exceção dos casos de justificada necessidade de antecipação de seus efeitos, cuja formalização deverá ocorrer no prazo de um ano. Tem-se aqui verdadeira inovação, que regulamentou a situação bastante usual em que o contratado é compelido a realizar serviços não previstos originariamente no contrato sem qualquer garantia, a não ser a promessa de que o termo aditivo necessário ao pagamento dessa prestação encontra-se em vias de ser formalizado.

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

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

13.3. Alteração bilateral

O inciso II do artigo 124 da Lei n. 14.133/2021, em redação semelhante ao inciso II do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993, trata das hipóteses de alteração bilateral, em que a modificação do contrato exige acordo entre as partes, a saber: a) substituição da garantia de execução; b) modificação do regime de execução ou modo de fornecimento; c) alteração da forma de pagamento; d) recomposição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

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

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

A segunda hipótese refere-se à modificação do regime de execução, devendo-se ter em mente as formas de execução previstas no artigo 46 da Lei n. 14.133/2021. A alteração do regime de execução produz repercussões substanciais nas condições contratadas, inclusive no tocante à forma de remuneração do particular. O mesmo se diga em relação à terceira hipótese, alusiva à modificação da forma de pagamento, que se encontra protegida pela intangibilidade das cláusulas econômicas e financeiras do contrato (§ 1º do artigo 104 da Lei n. 14.133/2021). Daí porque, nessas duas hipóteses, o contratado não pode ser compelido a persistir na execução de contrato em condições econômico-financeiras diversas, podendo optar por não formalizar o aditamento.

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

7 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1009.

13.4. Equilíbrio econômico-financeiro

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

A hipótese de alteração bilateral expressa na alínea d do inciso II do artigo 124 da Lei n. 14.133/2021 estabelece uma espécie de cláusula geral do reequilíbrio econômico-financeiro, que abarca diversas situações suscetíveis de alterar a relação originária entre os encargos e as vantagens do particular contratado, *“em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato”*.

Destarte, para que possa exigir a formalização de termo aditivo para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o particular deverá demonstrar a ocorrência de uma situação superveniente imprevisível (ou previsível, porém de consequências incalculáveis), que inviabilize o cumprimento das condições originariamente contratadas. Essa situação poderá ser oriunda de força maior, caso fortuito, fato do príncipe ou outra circunstância alheia à sua esfera de responsabilidade que caracterize a chamada álea econômica extraordinária e extracontratual.

Para além da cláusula geral da alínea d do inciso II do artigo 124, a Lei n. 14.133/2021 explicitou algumas situações específicas já contempladas na Lei n. 8.666/1993, como a hipótese de reequilíbrio prevista no artigo 134 em razão da criação ou extinção de tributos ou outros encargos legais de comprovada repercussão sobre a execução do contrato após a data da apresentação da proposta, o que, a rigor, configura fato do príncipe.

Já o artigo 135 da Lei n. 14.133/2021 trata da repactuação em contratos de serviços continuados com dedicação exclusiva de mão de obra. A repactuação é instrumento que visa à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mediante a alteração da remuneração do contratado para fazer frente a eventos

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

periódicos que impactem diretamente nos custos da execução desses contratos, como o advento de acordo, convenção coletiva ou dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada. A repactuação deve observar a periodicidade mínima de um ano e depende de requerimento do particular.

Por fim, o artigo 131 da Lei n. 14.133/2021, de caráter inovador, garante que a extinção do contrato não configurará óbice para o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro e do pagamento da respectiva indenização, a ser concedida por meio de termo indenizatório. O parágrafo único desse dispositivo condiciona o reconhecimento desse direito à formulação do requerimento ainda na vigência do contrato e antes da sua prorrogação, no caso dos contratos de trato continuado.

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

13.5. Equilíbrio econômico-financeiro e matriz de riscos

O artigo 103 da Lei n. 14.133/2021 inova em relação à Lei n. 8.666/1993 ao prever a possibilidade do contrato estipular matriz de riscos para identificar e distribuir os riscos contratuais de acordo com a compatibilidade das obrigações das partes, a natureza dos riscos, o beneficiário das prestações a que se vincula e a capacidade para gerenciamento, atribuindo-se preferencialmente ao contratado os riscos com cobertura securitária.

A Lei n. 14.133/2021 define matriz de riscos no inciso XXVII do artigo 6º, como sendo a *“cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação”*. Reiterado o disposto no inciso X do artigo 42 da Lei n. 13.303/2016, a definição trazida pelo artigo 6º ainda refere que a matriz de riscos deve contemplar, necessariamente, as seguintes informações:

1. listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
2. no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações

do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

3. no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

A rigor, quando estipulada contratualmente, a matriz de riscos já deverá estar prevista no edital da licitação e ser considerada no cálculo do valor estimado da contratação, consoante preceitua o artigo 22 da Lei n. 14.133/2021. Esse dispositivo também regulamenta a matriz de riscos, dispondo que esta deve promover *"a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso ocorra durante a execução contratual"*.

Voltando-se ao artigo 103, dispõe o seu § 5º que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser considerado mantido sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de risco *"renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos"*. A exceção também explicitada no dispositivo diz respeito às alterações unilaterais promovidas pela Administração e ao aumento ou redução superveniente de tributos diretos, cuja responsabilidade, naturalmente, permanece atribuída à Administração Pública.

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

Distribuindo os riscos entre as partes, a matriz de risco estabelece as regras que definem o equilíbrio econômico-financeiro. Em termos práticos, se um dado potencial evento foi qualificado como risco e atribuído ao contratado, ocorrendo tal evento, o contratado não faz jus a aditivo contratual para reequilibrar o contrato. Não faz jus porque tal evento, na balança do contrato, foi atribuído a ele. Então, ocorrendo o evento, o termo aditivo não tem lugar, porque, se feito, o ônus passaria à Estatal, à outra parte, desfazendo o equilíbrio econômico-financeiro formado pela matriz de risco. Noutra hipótese, se o risco de dado evento é atribuído à Estatal, na hipótese do evento ocorrer e onerar o contratado, este faz jus ao aditivo contratual para compensá-lo de tais ônus, haja vista que, no

desenho do equilíbrio econômico-financeiro configurado pela matriz de risco, tal risco e, por conseguinte, o ônus financeiro respectivo competiriam à Estatal.⁹

Assim, pela sistemática contemplada no artigo 103 e dos demais dispositivos da Lei n. 14.133/2021, a matriz de riscos emerge como verdadeiro preceito definidor do equilíbrio econômico-financeiro e regulamentador de sua recomposição. A disciplina por certo não conflita com o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, já que a alocação dos riscos estipulada de antemão no edital da licitação está contemplada dentre as constituições efetivas da proposta, tuteladas pelo inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal.

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

13.6. Alteração dos contratos nos regimes de contratação integrada e semi-integrada

Por último, calha anotar que o artigo 133 da Lei n. 14.133/2021 estabelece uma disciplina específica para a contratação integrada ou semi-integrada, proibindo como regra qualquer alteração no objeto desses contratos que se caracterizam por transferir ao contratado a responsabilidade pela elaboração do projeto básico e do projeto executivo, no caso da contratação integrada, e do projeto executivo, no caso da contratação semi-integrada.

Excepcionalmente, o artigo 133 admite a alteração em caso fortuito ou força maior; adequações técnicas no projeto ou em suas especificações; alterações determinadas pela Administração não imputáveis a erros do contratado; alteração do projeto para acatar inovações propostas pelo contratado de comprovada superioridade nas contratações semi-integradas; ou em face de evento superveniente alocado na matriz de riscos à Administração.

O artigo 22 da Lei n. 14.133/2021 ainda estipula que a matriz de riscos é

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

obrigatória nas contratações integradas e semi-integradas e deve necessariamente alocar ao contratado os riscos decorrentes de fatos supervenientes associados à escolha da solução do projeto básico sob sua responsabilidade.

Resguardada a excepcionalidade da alteração desses contratos, também lhe são aplicáveis as considerações pertinentes às alterações unilaterais e bilaterais previstas no artigo 124 da Lei n. 14.133/2021 para os demais tipos de contratações, inclusive no tocante à preservação do seu equilíbrio econômico-financeiro.

Capítulo 14

Equilíbrio Econômico-Financeiro da Relação Contratual

Renan Fontana Ferraz

Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo CESUSC. Graduado em Direito pela UFSC. Graduado em Administração Empresarial pela UDESC.

14.1. Alteração contratual para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato

A Lei n. 14.133/2021, da mesma forma como ocorria na Lei n. 8.666/1993, elenca hipóteses em que se admite a alteração dos contratos administrativos. O inciso I do artigo 123 da Lei n. 14.133/2021 lista aquelas alterações que podem ser promovidas unilateralmente pela Administração e o inciso II do mesmo dispositivo retrata as que podem ser promovidas por acordo entre as partes. Dentre estas figura aquela que visa a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato abalado em função da ocorrência de casos de força maior, fortuito ou do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado.

De forma objetiva, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo corresponde à relação entre os ônus e os bônus assumidos pelo contratado em face da Administração ao assinar determinado instrumento. Em outras palavras, corresponde à interdependência entre os encargos e custos decorrentes do contrato e a remuneração ao final auferida pelo particular para o fornecimento de determinado produto ou serviço a um ente Público.

Sempre que essa relação for abalada e descompassada pela ocorrência daquelas hipóteses descritas na alínea d do inciso II do artigo 123 da Lei n. 14.133/2021, as partes farão jus à alteração do contrato para o restabelecimento do equilíbrio entre tais circunstâncias (ônus e bônus).

14.2. Momento em que a relação econômico-financeira inicial do contrato é estabelecida

Ponto importante a ser observado é o momento em que o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual é firmado e quais os parâmetros que devem ser observados para a apuração de eventual direito ao seu restabelecimento.

Pois bem, os contratos administrativos são originados dos processos licitatórios, lançados aos eventuais interessados em contratar com a Administração quando da publicação do instrumento convocatório. Embora particular e Administração passem a ser contraentes apenas com a assinatura do contrato administrativo, é ainda na licitação pública que o equilíbrio econômico-financeiro da relação contratual é estabelecido.

Isso porque o instrumento convocatório é responsável por balizar tanto a elaboração do futuro instrumento contratual como também as propostas ofertadas pelos licitantes interessados em contratar com a Administração. É com base no instrumento convocatório que os licitantes podem analisar os custos e encargos da futura contratação e calcular os preços que serão necessários para que a remuneração lhe seja lucrativa.

Portanto, embora a relação contratual seja selada pela assinatura do contrato, é com o aceite da proposta elaborada com base no instrumento convocatório que o equilíbrio econômico-financeiro da relação é estabelecido.

14.3. Fundamentos para o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato

O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato encontra amparo constitucional no texto do inciso XXI do artigo 37 da Constituição Federal, que assegura a manutenção das condições efetivas de propostas oferecidas em licitações públicas:

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

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na Lei n. 14.133/2021, a possibilidade de alteração do contrato administrativo para o restabelecimento do seu equilíbrio econômico-financeiro está prevista na alínea d do inciso II do seu artigo 124, cujo teor é o seguinte:

Art. 124. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: [...]

II - por acordo entre as partes: [...]

d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Para que o contrato possa ser alterado em busca do reequilíbrio econômico-financeiro da relação, faz-se necessária a ocorrência de fatos qualificados como de força maior, fortuito, do príncipe – que nada mais é do que um ato lícito e extracontratual praticado pela Administração que onera demasiadamente a execução do contrato, como o aumento da carga tributária incidente na atividade objeto da contratação, por exemplo –, ou quaisquer outros fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis que inviabilizem a execução do contrato.

Simplificando, para que os contratantes façam jus ao direito de restabelecer a equação econômico-financeira, é indispensável a ocorrência de um fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis que onere demasiadamente uma das partes a ponto de inviabilizar a execução do contrato tal como firmado.

14.4. Inovações trazidas pela Lei n. 14.133/2021 em comparação à Lei n. 8.666/1993

Vale ressaltar que a alínea d do inciso II do artigo 124 da Lei n. 14.133/2021 conta com nova redação se comparada à alínea d do inciso II do artigo 65 da Lei n. 8.666/1993. Para melhor demonstrar a inovação trazida pela nova Lei, colhe-se dos referidos dispositivos, respectivamente:

Art. 124 [...] II - [...] d) para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato.

Art. 65 [...] II - [...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Nota-se, na parte que importa para o presente estudo, que a Lei n. 14.133/2021 faz expressa ressalva à repartição objetiva de risco estabelecida no contrato, conceito não abordado pelo dispositivo constante da Lei n. 8.666/1993. Trata-se da matriz de riscos, cujo objetivo é alocar riscos e responsabilidades contratuais às partes, definindo desde já os ônus financeiros decorrentes de fatos supervenientes à formalização do instrumento. Afigura-se como mecanismo de suma importância para o estabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação.

A matriz de riscos, apesar de não prevista na Lei n. 8.666/1993, já vinha sendo aplicada no âmbito de diversas contratações públicas e encontra previsão expressa na Lei n. 13.303/2016, popularmente conhecida como Lei das Estatais. A Lei n. 14.133/2021, inclusive, repisa o conceito de matriz de riscos já trazido no inciso X do artigo 42 da Lei n. 13.303/2016. É o que disciplina o inciso XXVII do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021:

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

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

- a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prorrogação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;
- b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;
- c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações

do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

A Lei n. 14.133/2021 conta com capítulo específico para tratar da matriz de riscos (Capítulo III), a qual merece atenção por parte dos estudiosos e daqueles que operam com licitações públicas e contratos administrativos.

Para a presente análise, é importante ressaltar que, segundo o artigo 22 da Lei n. 14.133/2021, a matriz de riscos poderá ser prevista no instrumento convocatório – providência que pode ajudar em muito os licitantes na elaboração de suas propostas. Além disso, destaca-se que o § 4º do artigo 103 da Lei n. 14.133/2021 prevê, com todas as letras, que a matriz de riscos é determinante para a definição do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato e, por fim, que o § 5º do mesmo artigo 103 estabelece que, uma vez atendidas as condições previstas na matriz de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato mesmo na ocorrência de circunstâncias imprevisíveis, ressalvadas as hipóteses de alteração unilateral determinada pela Administração e de aumento ou redução de tributos diretamente pagos pelo contratante em decorrência do contrato.

Logo, a matriz de riscos é uma inovação importantíssima trazida pela Lei n. 14.133/2021, que impacta diretamente nas questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Em razão disso, merece grande atenção.

14.5. Mecanismos para a alteração dos preços estabelecidos no contrato administrativo

Há três mecanismos disponíveis aos contratantes para a alteração dos preços estabelecidos no contrato: revisão, reajuste e repactuação. Cada um deles detém suas particularidades, que serão mais bem especificadas a seguir.

14.5.1. Revisão de preços

A revisão de preços do contrato é o mecanismo mais usual para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato abalado em virtude das circunstâncias previstas na alínea d do inciso II do artigo 124 da Lei n. 14.133/2021, ou seja, na ocorrência de casos fortuitos, de força maior ou do príncipe, fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis que onerem excessivamente uma das partes contratantes.

Nessas hipóteses, haverá a revisão dos preços estabelecidos no contrato para fazer frente ao incremento imprevisível de custos ou demais obrigações assumidas pelo particular no fornecimento dos produtos ou serviços à Administração. Um exemplo seria o aumento abrupto e anômalo dos preços de combustíveis em decorrência da escassez de petróleo no mercado mundial.

14.5.2. Reajuste de preços

O reajuste de preços, por sua vez, consiste na recomposição dos preços estabelecidos no contrato de acordo com a perda monetária inerente ao transcurso de tempo. Ele decorre da variação natural de preços mercadológicos ou, em outras palavras, da inflação. Na Lei n. 14.133/2021, o conceito está previsto no inciso LVIII do artigo 6º e consiste em uma "forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato consistente na aplicação do índice de correção monetária previsto no contrato, que deve retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais".

O reajuste se dá pela aplicação de um indexador previamente estabelecido no contrato e independe de avaliação específica acerca das alterações de preços nas atividades inerentes à execução do contrato. Seu objetivo nada mais é do que manter a remuneração do contrato conforme os índices previstos inicialmente, considerando a proposta oferecida no decorrer da licitação pública. Isso vale tanto para variações positivas como negativas, ou seja, tanto para a ocorrência de inflação ou deflação. A finalidade é, repita-se, manter a margem de lucro inicialmente pactuada.

Vale ressaltar que o § 7º do artigo 25 da Lei n. 14.133/2021 estabelece ser obrigatória a previsão de um índice de reajustamento de preço nos editais de licitações públicas, independentemente do prazo do contrato, o que pode prevenir futuras discussões entre as partes contratantes, já que a prorrogação de prazos do contrato é bastante usual.

O reajuste de preços do contrato é periódico e não pode ser aplicado em prazo inferior a doze meses. Isso quer dizer que, para fazer jus ao reajuste, o contrato deve ter prazo igual ou superior a doze meses. Além disso, o termo inicial para a contagem do interregno de doze meses para reajuste de preços deve ser a data em que as propostas foram elaboradas, mesmo que os contratos, por vezes, sejam firmados meses depois. Isso ocorre justamente porque a finalidade do reajuste é manter os níveis de remuneração e de lucratividade previstos na contratação, os quais são fixados quando da elaboração da proposta.

Importante ressaltar que revisão e reajuste de preços são coisas diferentes. O reajuste é automático, devido sempre que o contrato completar doze meses, e visa apenas à recomposição natural da perda monetária no passar do tempo.

Já a revisão visa ao reequilíbrio da relação econômico-financeira do contrato em decorrência de circunstâncias inesperadas. Para a revisão exige-se a comprovação de que fatos imprevisíveis influenciaram nos custos inerentes à execução do contrato, elevando-os, e que houve alteração objetiva e comprovada da relação econômico-financeira inicial do contrato. Para o reajuste, não.

14.5.3. Repactuação de preços

A repactuação de preços, por fim, tem como objetivo recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em face das variações dos encargos trabalhistas incidentes na execução do contrato. Por isso, a repactuação de preços é aplicável naqueles contratos que envolvem utilização intensa de mão de obra. Um exemplo seria contratos de prestação de serviço de limpeza.

Da mesma forma como ocorre com o reajuste, a repactuação de preços exige o decurso de prazo de doze meses para se tornar aplicável, até porque os encargos trabalhistas também sofrem alterações anuais. Desse modo, a repactuação de preços também pressupõe que o contrato tenha prazo igual ou superior a doze meses.

O conceito foi trazido pelo legislador no inciso LIX do artigo 6º da Lei n. 14.133/2021, segundo o qual a repactuação é a

forma de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de contrato utilizada para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, por meio da análise da variação dos custos contratuais, devendo estar prevista no edital com data vinculada à apresentação das propostas, para os custos decorrentes do mercado, e com data vinculada ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual o orçamento esteja vinculado, para os custos decorrentes da mão de obra.

O artigo 135 da Lei n. 14.133/2021 trata especificamente da repactuação de preços e elenca as exigências para a sua utilização na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. O dispositivo estabelece a vinculação da repactuação a duas datas, a depender do custo que será amortizado. Para os custos decorrentes do mercado, a data vinculada será a da apresentação da proposta. Para os custos de mão de obra, a data vinculada será a do acordo, convenção ou dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada.

O mesmo artigo 135 ainda estabelece que a repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quanto forem necessárias, o que é importante se considerado que um contrato pode abranger mais de uma categoria profissional e

também a alta probabilidade de as datas vinculadas serem diferentes. Em adição, o dispositivo prevê que a repactuação deverá ser precedida de solicitação formal do contratado, a quem competirá apresentar documentação comprobatória e analítica da variação de custos.

A repactuação e o reajuste de preços divergem porque este visa à recomposição do preço em razão da desvalorização da moeda e da variação geral de custos. A repactuação, por sua vez, faz frente ao incremento da remuneração devida a funcionários causado por dissídios ou convenções coletivas de trabalho.

A repactuação de preços também se diferencia da revisão de preços. No entanto, ambas se assemelham de certo modo porque a repactuação também espelha um incremento objetivo e concreto nos custos inerentes à execução do contrato administrativo.

14.6. Formalização das alterações relativas aos preços do contrato

Sempre que a Administração promover alterações unilaterais no contrato que aumentem ou diminuam os encargos do contratado, deverá igualmente restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, no mesmo termo aditivo que estabelecer tais alterações. É o que estabelece o artigo 130 da Lei n. 14.133/2021.

Quando o desequilíbrio na relação econômico-financeira for causado por outras circunstâncias, competirá ao contratado formular pedido para o seu restabelecimento, sempre durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação do seu prazo, conforme parágrafo único do artigo 131 da Lei n. 14.133/2021.

A extinção do contrato, entretanto, não configura óbice para o reconhecimento do seu desequilíbrio econômico-financeiro e nem impede que o particular o pleiteie perante a Administração. Nesses casos, o contratado fará jus à indenização que deverá ser concedida por meio de termo indenizatório, considerando que não haverá possibilidade de aditamento contratual.

Ainda vale ressaltar que, em que pese as alterações contratuais exigirem, em regra, a formalização de termo aditivo para que passem a surtir efeitos, o artigo 132 da Lei n. 14.133/2021, em sua parte final, prevê a possibilidade de antecipação dos seus efeitos, em casos devidamente justificados, ocasião em que a alteração deverá ser formalizada no prazo máximo de um mês.

Tal previsão mostra-se bastante adequada e traz segurança principalmente aos particulares contratados, pois admite que alterações contratuais urgentes e verbais possam ser formalizadas em momento futuro, prática bastante usual no cotidiano das contratações públicas. Em situações assim, será assegurada a posterior formalização de termo aditivo e, conseqüentemente, de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da relação.

Além disso, vale dizer que o artigo 136 da Lei n. 14.133/2021 excepciona as meras alterações por reajuste de preço ou revisão de preço da regra de formalização de termos aditivos, já que elas não caracterizam alteração do contrato, podendo ser realizadas por simples apostila.

Capítulo 15

Extinção dos Contratos

Luiz Eduardo Altenburg de Assis

Doutorando em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná – UFPR. Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Advogado na área de infraestrutura e licitação pública. E-mail: luizeduardo@mnadvocacia.com.br.

15.1. Considerações gerais sobre a extinção dos contratos administrativos

Os contratos administrativos normalmente se extinguem com o advento do seu termo, no caso dos contratos de fornecimento de bens e prestação de serviços contínuos, ou com o recebimento de seu objeto e adimplemento integral das obrigações contratadas, no caso dos contratos de escopo ou de resultado. As duas espécies contratuais contêm prazo determinado, por ser essa uma exigência de todo contrato administrativo, mas somente os contratos de prestação continuada se encerram pelo decurso do prazo. Em todos os casos, o contrato extingue-se com o atendimento das condições pactuadas.

O encerramento prematuro do contrato administrativo é circunstância excepcional, que geralmente decorre de alguma anomalia constatada após a sua celebração que impõe a sua extinção. Quando essa anomalia consiste em algum vício pertinente à formação do negócio jurídico, a exemplo da ilicitude de suas cláusulas ou de alguma irregularidade no curso da licitação, diz-se que o contrato é passível de anulação por motivo de ilegalidade.¹ Já as anomalias

1 Na teoria geral dos contratos, apregoam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenwald, “o defeito invalidante é sempre anterior ou concomitante ao momento da contratação. [...] Em suma, inexistente invalidade superveniente, pois toda nulidade ou anulabilidade se instala na fase genética do negócio jurídico, por mais que apenas seja detectada ao tempo de sua execução” (In: Curso de direito civil, volume 4: contratos. 2ª ed. Salvador: Juspodium, 2012, p. 525).

supervenientes à celebração do contrato, a exemplo do descumprimento de obrigações legais ou contratuais, da ocorrência de fatores alheios à vontade das partes ou mesmo a alteração das razões de interesse público, constituem hipóteses de rescisão.²

Em todos os casos, a extinção do contrato deve ser tida como uma espécie de última ratio, que pressupõe o esgotamento de outras alternativas para a manutenção da avença. Tanto as hipóteses de anulação, quando de rescisão, devem ser interpretadas em atenção à finalidade de interesse público que lhes é subjacente e sempre tendo em conta os princípios da proporcionalidade e da boa-fé objetiva, coibindo-se o desvio de finalidade por parte da Administração Pública ou o abuso de direito pelo contratado.

O velho e ao novo regime jurídico das contratações públicas comungam dessas particularidades. A Lei n. 14.133/2021 trouxe algumas inovações no tratamento da extinção dos contratos administrativos, principalmente em matéria de anulação por vício de legalidade, ao passo que alterou nomenclaturas, aglutinou hipóteses de rescisão e positivou compreensões doutrinárias e jurisprudências acerca da interpretação das hipóteses de rescisão do contrato. O novo diploma manteve boa parte das hipóteses de rescisão previstas no artigo 78 da Lei n. 8.666/1993, o que por certo não impede que sejam interpretadas a partir de uma nova hermenêutica, mais consentânea com a eficiência e segurança jurídica nas contratações públicas, como parece ser o espírito da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.³

Por fim, convém pontuar que a Lei n. 8.666/1993 permanecerá em vigor por dois anos. A extinção dos contratos formalizados sob a égide da Lei n. 8.666/1993 sujeita-se às suas disposições, ao menos até 1º/04/2023. Decorrido o prazo de vigência da Lei n. 8.666/1993, a extinção dos contratos firmados com base nesse diploma será regida pela Lei n. 14.133/2021. É que, segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, *“a rescisão legal dos contratos administrativos será sempre regida pela lei em vigor na data do acontecimento que a ensejou, e não na*

2 Adota-se essa nomenclatura por apego à tradição da legislação sobre contratações públicas, que emprega o termo “rescisão” para descrever as modalidades de extinção contratual que, no direito privado, seriam consideradas hipóteses de rescisão ou resolução do contrato.

3 “Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942” (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

data em que o contrato foi firmado. Por se tratar de contratos administrativos, evidente que o regime jurídico de suas vicissitudes (aditivos e rescisões, e.g.) será o da lei em vigor, e não o da lei anterior".⁴

15. 2. Modalidades de extinção do contrato administrativo

15.2.1. Rescisão por ato unilateral da Administração

O artigo 138 da Lei n. 14.133/2021 prevê que o contrato poderá ser extinto por ato unilateral da Administração, por acordo entre as partes ou, ainda, mediante decisão do Poder Judiciário ou de Tribunal Arbitral, em havendo convenção de arbitragem. Tais modalidades de extinção podem ser implementadas tanto em face das causas de rescisão contratual, quanto de anulação do contrato. A exceção diz respeito à rescisão unilateral, que não pode ser fundamentada em fatos imputáveis à própria Administração, ante a vedação do inciso I do artigo 138 e por força do princípio de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza.

A extinção unilateral pela Administração Pública produz efeitos imediatos em razão do atributo da autoexecutoriedade dos atos administrativos e, quando fundada em hipótese de rescisão imputável ao contratado, autoriza a Administração contratante a adotar as medidas previstas no artigo 139 da Lei n. 14.133/2021, a saber: i) assunção imediata do objeto do contrato; ii) ocupação do local, das instalações, equipamentos material e pessoal alocados na sua execução; iii) execução da garantia contratual para assegurar o ressarcimento de prejuízos, verbas trabalhistas, multas e exigências da seguradora; e iv) retenção de crédito até o limite dos prejuízos e das multas. A ocupação do local e instalações ainda exige autorização do Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal competente, conforme o caso.

Independentemente de se tratar de hipótese de rescisão ou anulação, em matéria de competências exorbitantes do direito comum, faz-se necessária especial atenção às garantias constitucionais para resguardar o interesse público, aí compreendido o interesse público na preservação dos direitos e garantias individuais do particular contratado. A extinção unilateral do contrato pela Administração deve observar o devido processo legal, sendo observadas as garantias do contraditório e ampla defesa e o dever de motivação.⁵

⁴ STJ, REsp 710.078/SP, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Órgão Julgador: Segunda Turma, julgado em 23/03/2010.

⁵ Extrai-se da jurisprudência do Tribunal de Contas da União:

"A ampla defesa e o contraditório são direitos fundamentais, protegidos pela Constituição Federal, no art. 5º.

A extinção unilateral do contrato pela Administração é sempre passível de controle jurisdicional em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Os requisitos formais são sempre vinculados e a intensidade do controle jurisdicional sobre o juízo administrativo varia a depender da discricionariedade conferida à Administração em cada caso concreto. Para os casos de rescisão plenamente vinculados, poderá o Poder Judiciário desconstituir o ato quando constatada a inoportunidade de sua hipótese de incidência. Para as hipóteses que admitem maior liberdade de apreciação administrativa, como é o caso da rescisão por interesse público, *"não caberá ao Poder Judiciário rever o núcleo do juízo de conveniência e oportunidade, mas lhe é assegurado examinar a regularidade na formação do processo decisório administrativo"*.⁶

O procedimento administrativo, assim como os parâmetros a serem observados na tomada de decisão, pode ser objeto de normativo interno da Administração. O § 1º do artigo 137 estabelece que "Regulamento poderá especificar procedimentos e critérios para verificação da ocorrência dos motivos previstos no *caput* deste artigo". Tal regulamento, porém, deve se limitar a dar concretude aos preceitos da Lei n. 14.133/2021. Por força do princípio da legalidade, o regulamento não pode criar obrigações, nem instituir sanções que ultrapassem as balizas da legislação. Nem o particular pode ser compelido a executar obrigações e arcar com responsabilidades sem previsão em lei ou no contrato.⁷

15.2.2. Rescisão por acordo entre as partes

A Administração e o particular, em conjunto, também podem acordar

inciso LV: 'aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes'.

Para que a defesa, necessária em processos de rescisão contratual unilateral, possa ser plenamente exercida, há necessidade de que o ato da Administração potencialmente lesivo a direitos do contratado seja adequadamente motivado e que seja observado o direito ao contraditório" (TCU, Acórdão nº 1343/2009, Relator: Weder de Oliveira, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 17/06/2009).

6 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1108.

7 Como já o dizia Pontes de Miranda, "onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso do poder regulamentar, invasão de competência legislativa. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que só pretende, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei" (apud BANDEIRA DE MELLO, Celso. Curso de direito administrativo. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 349).

extinguir o contrato consensualmente, por ato bilateral. Trata-se de acordo administrativo fundamentado em alguma das hipóteses de extinção contratual previstas na Lei n. 14.133/2021. Na medida em que a anulação e a rescisão por fato imputável ao contratado costumam ser efetivadas por ato unilateral da Administração, é natural que a extinção consensual seja utilizada para a rescisão por fato imputável à Administração ou por fato alheio à vontade das partes, a exemplo do caso fortuito e força maior. A Administração deve observar o princípio da legalidade e privilegiar o interesse público primário em detrimento de seus interesses secundários, daí porque, como ensina Marçal Justen Filho, *“verificado o próprio inadimplemento, a Administração tem o dever de acolher o pleito da rescisão e de indenização por perdas e danos”*.

⁸O acordo deve ser autorizado pela autoridade competente e depende da concordância de ambas as partes, o que pressupõe que os motivos determinantes e os efeitos da rescisão sejam incontroversos e passíveis de transação. Mais do que retratar os motivos e os efeitos previstos em lei para a hipótese de extinção que lhe empresta fundamento, o acordo para a extinção consensual pode contemplar compromissos, medidas compensatórias ou outra “solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais” que se preste “Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público”, dando concretude à previsão expressa no artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.⁹

8 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1119.

9 De acordo com Romeu Felipe Bacellar Filho, “A Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicariam o bom andamento de suas atividades” (In: Direito Administrativo e o Novo Código Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 192). Trata-se da solução que não raro se mostrará mais consentânea com a realização de interesse público e alinhada com um modelo de Administração consensual, de acordo com Gustavo Justino de Oliveira, “marca a evolução de um modelo centrado no ato administrativo (unilateralidade) para um modelo que passa a contemplar os acordos administrativos (bilateralidade e multilateralidade)” e prossegue:

“Sua disseminação tem por fim nortear a transição de um modelo de gestão pública fechado e autoritário para um modelo aberto e democrático, habilitando o Estado contemporâneo a bem desempenhar suas tarefas e atingir os seus objetivos, preferencialmente, de modo compartilhado com os cidadãos” (In: Governança Pública e Parcerias do Estado – A relevância dos acordos administrativos para a nova gestão pública. Texto-base para a palestra proferida no Fórum de Estudos de Governança Social. Disponível em: www.zenite.com.br. Acesso em: 8 abr. 2021).

15.2.3. Rescisão por decisão judicial ou arbitral

No caso de Administração se recusar a acatar o pleito do particular ou a via consensual restar inviabilizada por outro motivo, sempre restará assegurada ao contratado a possibilidade de pleitear a rescisão perante o Poder Judiciário ou Tribunal Arbitral, caso o contrato contenha cláusula compromissória ou as partes celebrem compromisso arbitral, nos termos do inciso II do artigo 138 da Lei n. 14.133/2021.¹⁰

A rescisão só surtirá efeitos para liberar o particular das obrigações contratadas por força de decisão judicial ou arbitral, provisória ou definitiva, que decreta a extinção do contrato. Se houver convenção de arbitragem, a teor do artigo 22-A da Lei n. 9.307/1995, "Antes de instituída a arbitragem, as partes poderão recorrer ao Poder Judiciário para a concessão de medida cautelar ou de urgência", com a ressalva de que "Instituída a arbitragem, caberá aos árbitros manter, modificar ou revogar a medida cautelar ou de urgência concedida pelo Poder Judiciário", nos termos do artigo 22-B desse diploma.

15.3. Hipóteses de rescisão do contrato administrativo

Como dito, a Lei n. 14.133/2021 adotou uma nova nomenclatura para os casos de rescisão, passando a se referir a "hipóteses de extinção dos contratos", agora regulamentadas no Capítulo VIII do Título III. O artigo 137 do novo diploma elenca uma série de situações que "Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa". A nova nomenclatura incorre numa atecnia, já que a extinção do contrato também ocorre pela sua execução ou anulação e não apenas nos casos descritos nesse dispositivo.

Para poder distingui-las das demais hipóteses de extinção do contrato, passaremos a nos referir às situações elencadas do artigo 137 como hipóteses de

¹⁰ Mais recentemente, aliás, o Tribunal de Contas da União reiterou as vantagens do uso da arbitragem nas contratações públicas: "Ponto a reforçar é o fato de que a especialização da arbitragem ocorrida no âmbito de uma câmara privada pode compensar a assimetria de informações existente entre as partes. Ademais, para quaisquer câmaras arbitrais envolvidas, os consectários da garantia constitucional do devido processo legal estão garantidos, sendo, inclusive, sua transgressão, a única hipótese de ser, a decisão dali decorrente, anulada a posteriori pelo Poder Judiciário. E, por fim, não há obstáculos à garantia ao controle público, uma vez obrigatória a publicação de todos os fatos atinentes a eventuais arbitragens com envolvimento de ente público, independente da natureza da câmara utilizada, o que vem ao encontro ao princípio da publicidade" (TCU, Acórdão nº 3.160/2020, Relator: Ministro Vital do Rêgo, Plenário, J. 25/11/2020).

rescisão. Essas situações podem ser classificadas de acordo com o sujeito que deu causa à rescisão, apartando-se as hipóteses de rescisão por a) fato imputável ao particular; b) fato imputável à Administração contratante; c) circunstâncias alheias às partes contratantes. Sem prejuízo de outras classificações doutrinárias, a classificação adotada possibilita o tratamento conjunto de situações que, embora distintas, atraem as mesmas consequências jurídicas.

15.3.1. Rescisão por fato imputável ao particular

As hipóteses de rescisão por fato imputável ao particular, logicamente, dizem respeito à ocorrência de determinadas situações supervenientes à celebração do contrato relacionadas às características subjetivas do contratado ou à execução defeituosa do contrato, às quais o legislador considerou aptas a justificar a extinção contratual. Algumas dessas hipóteses são bastante objetivas, outras exigem um aprofundamento interpretativo em vista das particularidades do caso concreto, inclusive à luz do princípio da proporcionalidade. Nenhuma delas, porém, é plenamente discricionária. Em tais hipóteses, o ordenamento jurídico impõe à Administração um poder-dever para romper o vínculo contratual com o contratado, como condição necessária à preservação do interesse público.

Podem ser qualificadas como hipóteses de rescisão por fato imputável ao particular os casos de descumprimento ou cumprimento irregular das obrigações contratuais (inciso I); desatendimento às determinações da Administração (inciso II); alteração das características societárias/organizacionais do contratado em prejuízo da conclusão do contrato (inciso III); falência, insolvência civil, dissolução de sua sociedade ou falecimento do contratado (inciso IV); e descumprimento de obrigações de reserva de cargos e outras obrigações para com a pessoa com deficiência, reabilitado ou menor aprendiz (inciso IX).

A primeira hipótese de rescisão por descumprimento ou cumprimento irregular do contrato, retratada no inciso I do artigo 137 da Lei n. 14.133/2021, aglutinou todas as situações pertinentes ao inadimplemento total ou parcial do contratado, aí compreendidas as hipóteses de atraso, lentidão, paralisação, subcontratação não autorizada, dentre outras antes estabelecidas nos incisos I, II, III, IV, V, VI, VIII da Lei n. 8.666/1993. O desatendimento às determinações da Administração, a que se refere o inciso II do artigo 137, também poderia ter sido enquadrado no inciso I, uma vez que o contratado só é obrigado a atender às determinações que encontrem amparo nas obrigações contratadas.

A rigor, todas essas situações constituem hipóteses de inadimplemento contratual, absoluto ou relativo. Diferentemente do direito privado, onde via de regra só se admite a rescisão do contrato quando configurado o inadimplemento absoluto (quando restar inviabilizado o adimplemento da obrigação contratada ou

já não houver interesse útil do credor em recebê-la);¹¹ nos contratos administrativos, diversas situações passíveis de serem caracterizadas como inadimplemento relativo, pertinentes ao descumprimento de aspectos laterais da obrigação principal ou, ainda, de obrigações acessórias, são qualificadas como hipóteses de rescisão do contrato administrativo.

As hipóteses de rescisão previstas nos incisos I e II do artigo 137 devem ser interpretadas em consonância com os demais dispositivos da Lei n. 14.133/2021. O diploma contempla mecanismos menos agressivos para coibir o descumprimento das obrigações contratuais e das determinações da Administração sem prejuízo da manutenção do contrato, como a obrigação do contratado corrigir ou substituir a prestação defeituosa sob pena de retenção de pagamentos, além da possibilidade de aplicação das sanções de advertência à multa moratória. Nem faria sentido que a Lei n. 14.133/2021 tornasse imperativo o desfazimento de contratações vantajosas à Administração Pública em razão de irregularidades de menor monta, que podem e devem ser saneadas pelo contratado.

Ademais, as competências administrativas só podem ser exercidas segundo a finalidade que lhes é subjacente e conforme o princípio da proporcionalidade. Em matéria de rescisão, não há cabimento em equiparar situações com impacto absolutamente distinto na execução do contrato. A violação de obrigações laterais, quando reiterada e impactante na execução do contrato, até pode ensejar a rescisão. Isso não ocorre quanto a faltas que não produzem repercussão no adimplemento integral do contrato. O cumprimento irregular do contrato só adquire relevância quando representa um risco de prejuízo real aos interesses tutelados pela Administração. Já a rescisão motivada exclusivamente por faltas irrelevantes é prejudicial ao interesse público e no mais das vezes caracteriza desvio de finalidade.¹²

11 Como ensina Sérgio Cavalieri Filho, "a principal diferença entre mora e inadimplemento está na possibilidade ou impossibilidade do cumprimento da obrigação. Há mora quando, muito embora não cumprida a obrigação no lugar, no tempo ou na forma convencionados, ainda subsiste a possibilidade de cumprimento; o devedor ainda pode cumprir a obrigação, com proveito para o credor. Há inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação" (In: Programa de responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 313).

12 Os comentários de Marçal Justen Filho quanto à Lei n. 8.666/1993 aplicam-se perfeitamente ao novo diploma: "A infração às previsões contratuais é juridicamente irrelevante na medida em que ofende os interesses fundamentais. Portanto, não se podem igualar e tornar juridicamente idênticas todas as condutas desconformes com exigências legais ou contratuais. Há condutas que ofendem garantias ou deveres fundamentais à execução do objeto do contrato; outras atingem questões de somenos importância. Também por isso, não se pode cominar a rescisão do contrato como a consequência automática para toda e qualquer infração contra-

Acresça-se que as hipóteses dos incisos I e II do artigo 137 da Lei n. 14.133/2021 pressupõe, necessariamente, a presença dos elementos característicos do inadimplemento culposo, a saber: o descumprimento de uma obrigação contratual que guarde um nexo de causalidade com uma conduta culposa imputável ao particular contratado. O eventual descumprimento do contrato ou de determinações da Administração provocado por fatores externos, que transcendem o dever de diligência e os riscos sob a responsabilidade do contratado rompe o nexo de causalidade e, por consequência, descaracteriza o próprio inadimplemento que autoriza a rescisão contratual.

As hipóteses de rescisão que se seguem no artigo 137 dizem respeito à modificação das suas características subjetivas. De fato, ao participar da licitação, o contratado deve preencher uma plêiade de requisitos de habilitação. A finalidade desses requisitos é assegurar que o contratado reúna as condições adequadas para executar o contrato perfeitamente. O eventual desatendimento superveniente a qualquer dessas características representa um risco à execução do contrato, além de potencial violação aos princípios da isonomia e da vinculação ao instrumento convocatório. É por isso que se diz que o contrato administrativo é *intuitu personae*, no sentido de que deve ser executado pelo próprio licitante vencedor que demonstrou idoneidade para executar o contrato.

A natureza *intuitu personae* dos contratos administrativos não é imune a críticas, sobretudo quando se considera a fragilidade dos argumentos que fundamentam essa compreensão (habilitação do licitante vencedor e isonomia para com seus concorrentes). A manutenção dos requisitos de habilitação constitui uma garantia em prol da Administração Pública, razão pela qual a Lei n. 14.133/2021 admite a rescisão do contrato quando o particular deixar de reunir esses atributos. Há situações em que a alteração dessas características é tolerada quando não representar um risco à execução do contrato, ao passo que em outras existe uma presunção absoluta de que determinada situação subjetiva é incompatível com a manutenção de um vínculo contratual com a Administração. As hipóteses os incisos III e IV do artigo 137 da Lei n. 14.133/2021 refletem essa gradação.

O inciso III do artigo 137, equivalente ao inciso XI do artigo 78 da Lei n. 8.666/1993, alude à rescisão do contrato em razão de alteração no contrato social (ou estatuto), na finalidade ou na estrutura da sociedade empresária contratada que restrinja sua capacidade para a conclusão do contrato. A autonomia para a

tual. Essa solução seria mais perniciosa do que benéfica. Rescindir o contrato significa paralisar o atendimento aos interesses fundamentais. A lesão aos interesses fundamentais não é evitada simplesmente através da rescisão do contrato." (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1085).

gestão interna da empresa, ou seja, para a organização de seus fatores de produção, é inerente ao princípio da livre iniciativa, consagrado no *caput* do artigo 170 da Constituição Federal. A Administração não pode adentrar nessa seara, a menos que alguma modificação na organização empresarial do contratado descaracterize a sua qualificação técnica ou econômico-financeira. Assim, só poderá haver rescisão se a Administração verificar concretamente uma relação direta entre a reorganização empresarial e a idoneidade do contratado.¹³

A mesma solução, porém, não se aplica à hipótese do inciso IV do artigo 137, equivalente ao inciso IX do artigo 78 da Lei n. 8.666/1993, que determina a rescisão do contrato em caso de falência, insolvência civil, dissolução da sociedade e falecimento do contratado. Na prática, todas essas situações supõem senão o desaparecimento do contratado, ao menos o encerramento eminente das suas atividades empresariais. O dispositivo legal assume uma presunção absoluta de que tais situações são incompatíveis com a manutenção do contrato e determinam a sua rescisão. Aqui, não haveria possibilidade de o particular demonstrar a possibilidade de persistir na execução do contrato, à exceção das situações peculiares em que o contrato encontra-se em vias de ser concluído.

Note-se que a Lei n. 14.133/2021 não contemplou a hipótese de rescisão por "subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato", prevista no inciso VI do artigo 78 da Lei n. 8.666/1993. A subcontratação, associação com terceiro, cessão ou transferência não admitida no edital e no contrato podem ser enquadradas na hipótese de rescisão por descumprimento contratual prevista no inciso I do artigo 137 da Lei nº 14.133/2021. Os casos de fusão, cisão, incorporação, quando prejudiciais à execução contratual, atraem o inciso III, ao passo que a falência, o inciso IV desse mesmo dispositivo legal.

De resto, é equivocado considerar a transferência do contrato ou a subcontratação parcial de seu objeto como algo absolutamente incompatível com o regime das contratações públicas. Mesmo a relevância dos requisitos de habilitação

13 Sobre esse aspecto, afigura-se pertinente a advertência de Joel de Menezes Niebuhr:

"Por tributo à razoabilidade, não é qualquer alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que enseja a rescisão do contrato. É necessário, para tanto, que a operação realizada implique prejuízo à execução do contratado. Sucede que alterações sociais e modificações na finalidade e na estrutura da empresa contratada são medidas bastante frequentes. Atualmente, em vista da complexidade do capitalismo e da globalização, muitas empresas passam por processo constante de alteração, que é fundamental para sua sobrevivência" (NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 439).

não permanece a mesma ao longo da execução do contrato. Ainda, como assinala Joel de Menezes Niebuhr,

É admissível a transferência parcial do contrato, especialmente em razão da complexidade de muitos deles e da tendência de especialização havida em certos segmentos. [...] No entanto, já não haveria justificativa para transferir a totalidade da obra. Se isso ocorresse, a contratada na verdade assumiria a função de mera intermediação de mão de obra de terceiros, recusando os propósitos da própria contratação dela.¹⁴

A ocorrência de fato imputável ao contratado suficientemente apta a justificar a rescisão do contrato deve ser verificada ao cabo de um processo interpretativo que se inicia a partir do enunciado do artigo 137, mas que nele não se esgota. Por certo, haverá circunstâncias que teoricamente se enquadram no rol desse dispositivo e que, ainda assim, não se subsomem à sua hipótese de incidência pelo simples fato de que não ostentam os requisitos necessários para a extinção unilateral do contrato, principalmente à luz dos demais princípios que regem o exercício da função administrativa. Daí porque a completa inteligência da maior parte das hipóteses de rescisão por fato imputável ao contratado jamais poderá ser completamente dissociada das peculiaridades do caso concreto.

15.3.2. Rescisão por fato imputável à Administração contratante

O artigo 137 da Lei n. 14.133/2021 ainda contempla hipóteses em que a rescisão é motivada por atos lícitos ou ilícitos imputáveis à Administração Pública contratante, como é o caso da hipótese de rescisão unilateral por "razões de interesse público", prevista no inciso VIII e das hipóteses de rescisão previstas no § 2º desse dispositivo.

A possibilidade de a Administração Pública rescindir unilateralmente o contrato por razões de interesse público é uma das principais características das contratações públicas, sendo considerada uma condição exorbitante e incompatível com a maioria dos contratos privados firmados por prazo determinado. E, de fato, o artigo 122 do Código Civil proíbe a estipulação de condições resolutive puramente potestativas, ou seja, "que privarem de todo efeito o negócio jurídico, ou o sujeitarem ao puro arbitrio de uma das partes". Daí a exorbitância dessa competência extroversa da Administração, que nada mais é do que uma condição resolutive

14 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 630.

que sujeita o negócio à discricionariedade de uma das partes.

A discricionariedade para a rescisão por interesse público, como, aliás, qualquer competência discricionária, não se confunde com arbitrariedade. A própria noção de interesse público não pode ser puramente teórica, nem alheia à realidade e aos interesses privados. Como alerta Marçal Justen Filho, *“a utilização do conceito de interesse público tem de fazer-se com cautela, diante da pluralidade e contraditoriedade entre os interesses dos diferentes integrantes da sociedade”*.

¹⁵A hipótese de rescisão só pode ser exercida ao cabo de processo administrativo que assegure o contraditório e ampla defesa, mediante decisão da autoridade máxima da Administração contratante que explicita os motivos determinantes do surgimento de razões de interesse público supervenientes e suficientemente relevantes a exigir a rescisão unilateral do contrato. É Superior Tribunal de Justiça firmou esse posicionamento:

2. Esta Corte Superior entende que a rescisão unilateral do contrato administrativo com base no interesse público, prevista no art. 78, XII, da Lei n. 8.666/93, não exime a Administração Pública de devidamente a motivar, com a oitiva prévia do contratado, não sendo 'possível embasar a abrupta rescisão de contrato sob o pálio apenas de que seria precário' (RMS 48.972/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/06/2016, DJe 29/06/2016).¹⁶

Ainda sob a perspectiva dos fatos imputáveis à Administração, o § 2º do artigo 137 da Lei n. 14.133/2021 assegura ao contratado a possibilidade de pleitear a rescisão nas seguintes hipóteses: alterações contratuais que reduzam mais de 25% do valor inicial atualizado do contrato (inciso I); suspensão ininterrupta da execução por mais de três meses (inciso II); repetidas suspensões que totalizem 90 dias úteis (inciso III); atraso de pagamento superior a dois meses (inciso IV); e não liberação tempestiva de área, local, objeto ou fontes de materiais naturais necessárias à execução do contrato por culpa da Administração (inciso V). Essa última, aliás, identifica-se com a hipótese do inciso VII do *caput* do artigo 137.

Frise-se que o *caput* do artigo 137 contempla outras hipóteses pelas quais o contratado pode pleitear a rescisão do contrato. A redação do § 2º pode dar a impressão de que somente naquelas hipóteses o particular teria legitimidade para

¹⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 152.

¹⁶ STJ, AgInt no AgInt no REsp 1650210/ES, Relator: Ministro Gurgel de Faria, Órgão Julgador: Primeira Turma, Julgado em 07/05/2019.

pleitear a rescisão do contrato, o que seria um equívoco. Em verdade, o contratado pode pleitear a rescisão do contrato em face de qualquer impedimento absoluto à execução do contrato que não lhe seja imputável, até porque a Administração não pode compeli-lo a permanecer permanentemente vinculado a uma obrigação que se tornou impossível por circunstâncias alheias à sua vontade.

Com efeito, a peculiaridade das hipóteses do § 2º é que, nessas situações, o contratado pode optar "pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato", nos termos do inciso II do § 3º desse dispositivo. Trata-se de um direito subjetivo do particular à rescisão ou à exceção do contrato não cumprido. Esse direito só não poderá ser exercido "em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído", nos termos do inciso I do § 3º.

A impossibilidade de o particular invocar a rescisão ou a exceção do contrato não cumprido quando tenha contribuído para ocorrência das hipóteses descritas no § 2º do artigo 137 deve ser encarada com cautela. Se, por um lado, é bem verdade que o particular não pode se beneficiar da própria torpeza, por outro, é a Administração quem ostenta posição sobranceira na contratação, tem responsabilidade pelo planejamento adequado do objeto licitado, define as condições de execução do contrato e emana atos dotados de presunção de legitimidade, que devem necessariamente ser atendidos pelo particular.

Por conta disso, a contribuição do particular tem de ser determinante para a ocorrência dessas irregularidades. Não basta a Administração invocar razões laterais, faltas de somenos importância ou alegar que o contratado tinha ciência dos motivos que resultaram na suspensão do contrato, atraso de pagamentos ou não liberação da área, para negar-lhe o exercício do direito estabelecido no inciso I do § 3º do artigo 137.

15.3.3. Rescisão por circunstâncias alheias às partes contratantes

Os incisos V e VI do artigo 137 da Lei n. 14.133/2021 contemplam hipóteses de rescisão não imputáveis à ação ou omissão de nenhuma das partes, a saber: caso fortuito ou força maior e não obtenção da licença ambiental ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar. A rescisão pela não liberação das áreas necessárias à execução do contrato prevista no inciso VII do artigo 137, quando não for imputável à Administração, também pode ser inserida nessa categoria. Todas elas refletem situações supervenientes à formação do contrato e externas à vontade e à responsabilidade das partes contratantes. Se alguma dessas circunstâncias for provocada pela desídia da Administração ou do contratado, a questão

será reconduzida a uma das demais hipóteses de rescisão por fato imputável à Administração ou ao contratado, respectivamente.

O inciso V do artigo 137 fala em "caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato". A distinção de um e de outro é irrelevante no direito brasileiro. O caso fortuito ou de força maior, segundo o parágrafo único do artigo 393 do Código Civil "verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir". Em suma, caracteriza-se por evento superveniente à contratação com repercussões relevantes na execução contratual e cuja previsibilidade, consideradas as peculiaridades do contrato, não poderia ser razoavelmente exigida de nenhuma das partes.¹⁷

Frise-se que a exigência de imprevisibilidade não é absoluta, bastando que a parte não tenha condições de se precaver contra as consequências do fato (inevitabilidade). A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido que "A imprevisibilidade importante aos contratos administrativos diz não apenas com a ocorrência de certo fato, mas também com os efeitos de certo fato (casos em que a ocorrência era previsível, mas a amplitude das consequências não)".¹⁸ Disso resulta que a imprevisibilidade que caracteriza caso fortuito e força maior pode estar atrelada à repercussão de um fato previsível, porém irresistível, ou seja, com consequências inevitáveis pelos contratantes e que acabaram por inviabilizar a execução do contrato.¹⁹

De toda forma, a ocorrência de caso fortuito ou força maior só induz à rescisão do contrato quando for um fator impeditivo à sua execução. Quando forem compatíveis com a manutenção do contrato e não representarem ônus excessivo

17 Para Hely Lopes Meirelles, "O que caracteriza determinado evento como força maior ou caso fortuito são, pois, a imprevisibilidade (e não a imprevisão das partes), a inevitabilidade de sua ocorrência e o impedimento absoluto que veda a regular execução do contrato. Evento imprevisível, mas evitável, ou imprevisível inevitável mas superável quanto aos efeitos incidentes sobre a execução do contrato, não constitui caso fortuito nem força maior, cujos conceitos, no Direito Público, são os mesmos do Direito Privado" (In: Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 269).

18 STJ, REsp 710.078/SP, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador: Segunda Turma, julgado em 23/03/2010.

19 Para Sérgio Cavalieri Filho, é justamente esse aspecto que diferencia o caso fortuito e a força maior: "[...] estaremos em face do caso fortuito quando se tratar de evento imprevisível e, por isso, inevitável; se o evento for inevitável, ainda que previsível, por se tratar de fato superior às forças do agente, como normalmente são os fatos da Natureza, como as tempestades, enchentes etc., estaremos em face da força maior, como o próprio nome o diz" (CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 10. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2012, p. 71).

à Administração, o caso fortuito e força maior justificam a alteração de quantitativos, prazos e regime de execução, além do reequilíbrio econômico-financeiro, com fundamento na alínea 'd' do inciso II do artigo 124 da Lei n. 14.133/2021. Não se trata de uma faculdade da Administração, ou melhor, como afirma Joel de Menezes Niebuhr, *"a Administração não goza de maior discricionariedade. Sabendo que a execução do contrato ainda é possível, impõe-se a continuidade dele"*.²⁰

As demais situações que impedem a execução do contrato por circunstâncias alheias às partes contratantes assemelham-se ao caso fortuito ou força maior pela sua imprevisibilidade. Aqui, vale mencionar a rescisão em face de sujeições imprevistas impeditivas da execução do contrato. As sujeições imprevistas são obstáculos materiais que, embora já existentes, só se tornaram conhecidos ao longo da execução do contrato, a exemplo do encontro de um lençol freático ou de uma falha geológica. Embora não se trate de um obstáculo superveniente, sua imprevisibilidade reclama solução análoga às hipóteses de caso fortuito e força maior.

Outra situação semelhante à força maior é o fato do príncipe, que consiste em uma medida estatal de caráter geral e abstrato, ou seja, sem relação direta com a atuação contratual da Administração, que dificulte sobremaneira ou impeça a execução do contrato. Para Hely Lopes Meirelles como *"O fato do príncipe, caracterizado por ato geral do Poder Público, tal como a proibição de importar determinado produto, só reflexamente desequilibra a economia do contrato ou impede sua plena execução"*.²¹ É o caso dos requisitos pertinentes à legislação ambiental que inviabilizam o licenciamento da obra, o que constitui hipótese de rescisão do contrato, nos termos do inciso VI do artigo 137 da Lei n. 14.133/2021. Para efeitos de rescisão e de reequilíbrio econômico-financeiro, o fato do príncipe é equiparado ao caso fortuito e força maior.²²

20 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 700.

21 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 270

22 É a jurisprudência do Tribunal de Contas da União: "Se realmente houve oneração excessiva por parte dos proprietários das áreas inicialmente previstas, forçando a utilização de outras jazidas por parte da empreiteira, entendo que tanto esse motivo como um eventual impedimento ambiental são perfeitamente equiparáveis, pela semelhança dos efeitos que ambos os fatos produzem. E tal equiparação provém do próprio art. 65, inciso II, alínea "d" da Lei 8.666/1993, que iguala o caso fortuito, a força maior e o fato de príncipe como causa do reequilíbrio da equação financeira inicial do contrato, lembrando que o fato, ou ato, de terceiro é modalidade peculiar da força maior, consoante preleciona o insigne administrativista Marçal Justen Filho em seus já afamados 'Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos' (TCU, Acórdão nº 720/2008, Relator: Ministro Augusto Nardes, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 23/04/2008).

15.4. Anulação do contrato

A anulação é a modalidade de extinção do contrato por vício de legalidade insanável. Aparta-se, assim, de todas as hipóteses de rescisão na medida em que é provocada por fatos anteriores à execução do contrato e pertinentes à própria validade do negócio jurídico. A conduta das partes no contrato é impertinente à sua configuração, porquanto a anulação pressupõe uma irregularidade que vicia o contrato desde o nascedouro. O artigo 147 da Lei nº 14.133/2021 incorre em equívoco, ao se referir à anulação quando "Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual", já a irregularidade na etapa de execução é causa de rescisão, não de invalidade .

Classicamente, a extinção unilateral é tida como um ato vinculado, um poder-dever de Administração Pública, fundado nos princípios da legalidade e indisponibilidade do interesse público.²³ O caráter insuperável dos vícios não convalidáveis é um dogma da teoria das nulidades do direito administrativo. São raros os casos em que se admite a manutenção de uma relação jurídico eivada por ilegalidades insanáveis, mormente porque a autotutela não estaria "à disposição" do administrador.

A natureza vinculante da anulação já estava sedimentada na Lei n. 8.666/1993, que dispõe nos artigos 49 e 59 que a autoridade deve anular a licitação por motivo de ilegalidade, que "*A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato*" e que "*A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos*".²⁴

Ocorre que a própria noção da legalidade, historicamente concebida como vinculação da Administração à lei formal, foi sendo revisitada em prol da ideia de juridicidade, que impõe a vinculação da Administração a todo o direito e principalmente aos preceitos constitucionais. Houve aqui, nos dizeres de Paulo Otero,

um processo de autodeterminação constitucional face ao poder

23 Assim, nos dizeres de Celso Antônio Bandeira de Mello, "a Administração não tem discricção administrativa que lhe permita escolher com liberdade se convalida um ato viciado ou se deixa de fazê-lo. Também não tem liberdade para optar se o invalida ou se deixa de invalidá-lo" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 487).

24 Também no artigo 53 da Lei n. 9.784/1999 e, notadamente, na Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual "A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial".

legislativo nas suas relações com o poder administrativo: a Constituição emancipou-se da lei no seu relacionamento com a Administração Pública, passando a consagrar preceitos que, sem dependência de intervenção do legislador, vinculam directa e imediatamente as autoridades administrativas.²⁵

Como consequência da noção de juridicidade, outros princípios de alçada constitucional, como a segurança jurídica, a proteção à confiança legítima e o dever de proporcionalidade, ganharam relevância na configuração das competências administrativas, inclusive no tocante ao poder-dever da Administração anular seus próprios atos, quando eivados de ilegalidades. Agora, por força desses princípios, tal prerrogativa já não pode ser considerada como uma consequência necessária da constatação de alguma ilegalidade. É preciso ponderar a situação do particular, de terceiros, da Administração e da coletividade. Em suma, é preciso ponderar as consequências da decretação de nulidade.

Em situações excepcionais, o próprio Tribunal de Contas da União já reconheceu que *"A moderna doutrina administrativista em torno da teoria das nulidades, no entanto, tem admitido a preservação dos efeitos de atos administrativos ilegais quando o seu desfazimento estiver em desacordo com o interesse público subjacente à prática do ato"*.²⁶

Finalmente, a Lei n. 13.655/2018 positivou a relativização do poder-dever de autotutela, ao dispor no artigo 20 e seguintes da Lei de Introdução do Direito Brasileiro que a invalidação de atos administrativos pelas instâncias administrativa, controlada e judicial, deve considerar as consequências práticas dessa decisão, inclusive em face das possíveis alternativas, *"não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos"*.

Seguindo esse passo, o artigo 147 da Lei n. 14.133/2021 também inovou ao admitir a manutenção do contrato eivado de irregularidades insanáveis, hipótese em que *"a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público"*. O dispositivo elenca uma série de fatores pertinentes aos impactos econômicos, sociais e ambientais para a aferição desse interesse público, e prescreve que *"Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução*

25 OTERO, Paulo. Legalidade e administração pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003, p. 735.

26 TCU, Acórdão nº 2.789/2013, Relator: Benjamin Zymler, Órgão Julgador: Plenário, Julgado em 16/10/2013.

da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis”.

O artigo 147 evidencia que o poder-dever de autotutela administrativa não é absoluto e encontra limites no ordenamento. O preceito normativo estabelece um dever de saneamento da irregularidade que vicia o contrato administrativo. A regularização, segundo José Vicente Santos de Mendonça, “*é a construção das condições de possibilidade da validade jurídica do ato, negócio, processo ou norma*”.²⁷ Da impossibilidade de regularização, surge o dever de ponderação das circunstâncias de ordem prática, que deve nortear a competência agora discricionária, de manter ou extinguir o contrato administrativo eivado de ilegalidade. Tais deveres vinculam todas as autoridades com competência para anulação do contrato.²⁸

À luz do artigo 147 da Lei n. 14.133/2021, as instâncias administrativa, controladora e judicial não podem anular automaticamente contratos administrativos eivados de irregularidades, mesmo que insanáveis, sem antes ponderar os efeitos da decisão à luz de princípios como eficiência, segurança jurídica, proteção à confiança e proporcionalidade, dentre outros tutelados pela Constituição. Eventualmente, as especificidades do caso concreto e as consequências práticas dessa decisão poderão legitimar a manutenção de contratos viciados, bem da adoção de outras alternativas menos gravosas à coletividade.

A solução adotada pela Administração Pública com fundamento no artigo 147 da Lei n. 14.133/2021, como já asseverado, deverá ser devidamente motivada em decisão proferida em processo administrativo onde se assegure o exercício do contraditório e ampla defesa ao contratado e outros interessados diretamente afetados. A observância do devido processo administrativo, bem como a higidez dos motivos determinantes dessa decisão são passíveis de controle jurisdicional, inclusive à luz dos parâmetros estabelecidos no artigo 147.

A Lei nº 14.133/2021, seguindo a lógica da teoria das nulidades, explicita que a anulação opera efeitos retroativos, impondo a acarretando a desconstituição de todos os seus efeitos subsequentes e o retorno das partes ao status quo ante, ressalvada a responsabilização de quem provou o vício. A premissa subjacente ao

27 MENDONÇA, José Vicente Santos de. Art. 21 da LINDB – indicando consequências e regularizando atos e negócios. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, nov. 2018, p. 59.

28 Mesmo sob a ótica do artigo 59 da Lei nº 8.666/1993, Marçal Justen Filho já apregoava que “deverá examinar-se mesmo se a decisão de invalidação será a mais vantajosa para os interesses fundamentais. Se anular o ato importar responsabilidade civil da Administração Pública de dimensões mais elevadas e sérias do que a simples continuidade da contratação, parece que deverá prevalecer esta última opção, especialmente quando a cessação da execução propiciar riscos ao interesse da comunidade” (JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 980).

efeito ex tunc da anulação é que o vício de origem no plano da validade contamina todos os atos subsequentes, impedindo que gerem direitos.

Evidentemente, a eficácia ex tunc da anulação dos contratos administrativos é uma abstração e a sua pretensão de restabelecer a situação anterior à formação do contrato uma promessa vazia, que dificilmente ocorrerá no mundo dos fatos. Na prática, o início da execução do contrato acarreta uma sucessão de fatos consumados e gera direitos à Administração e ao particular contratado, que não podem ser desconsiderados posteriormente mesmo porque encontram fundamento no próprio texto constitucional

Embora insistindo na eficácia retroativa da anulação, a Lei n. 14.133/2021 ressaltou no § 1º do seu artigo 148 que *“Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida, pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis”*. E adotando postura ainda mais inovadora, previu a possibilidade de modulação da anulação, ao dispor no § 2º que *“a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez”*.

A possibilidade de modulação dos efeitos da anulação é um avanço em prol da segurança jurídica, contanto que não seja exercida em detrimento dos direitos fundamentais do contratado. A Administração só pode compelir o particular a executar prestação diversa da efetivamente contratada dentro de certos limites. Tampouco é dado à Administração dar causa à anulação para, na sequência, beneficiar-se da própria torpeza, delongando o contrato por prazo inferior ao inicialmente acordando às custas do particular de boa-fé. A Lei não pode obrigar o particular a executar serviços sem respaldo em contrato válido em troca de contraprestação diversa da que se propôs a contratar. Se a Administração deu causa à nulidade e decidiu que o contrato será extinto a partir de determinada data futura, só poderá contar com os préstimos do particular pelo prazo remanescente com a sua anuência.

15.5. Indenização pela extinção do contrato

A extinção prematura do contrato não exonera a Administração de pagar pela parcela já executada, ao passo que enseja a responsabilidade civil de quem, por ação ou omissão culposa, provocou a anulação ou extinção do contrato e causou prejuízos à contraparte.

Em caso de anulação do contrato, o artigo 149 da Lei n. 14.133/2021 assegura o direito do contratado de ser indenizado pelo que efetivamente executou e por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que a nulidade não

lhe seja imputável. Disposição semelhante é prevista no § 2º do artigo 139 para o caso de rescisão por culpa da Administração, que assegura ao contratado o direito de ser ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados, além da devolução da garantia, pagamentos devidos pela execução até a data da extinção e o custo da desmobilização.

A extensão da indenização nos casos de anulação e rescisão comporta tratamento conjunto e não há razão para excluir idêntica solução aos casos de rescisão por motivo de interesse público, que também é hipótese de extinção imputável à Administração.

Ainda assim, percebe-se que a Lei n. 14.122/2021 manteve a omissão da Lei n. 8.666/1993 no tocante ao tratamento da extensão da indenização e, principalmente, no que diz respeito aos lucros cessantes. As ponderações doutrinárias pertinentes a esse aspecto no diploma anterior permanecem, portanto, bastante atuais. Para Joel de Menezes Niebuhr, "A Lei n. 8.666/93 não trata adequadamente do assunto, é omissa e, portanto, remete ao Direito Privado. Insista-se que, de todo modo, a indenização deve ser ampla, albergando danos emergentes, lucros cessantes e danos morais, tudo da mesma forma que ocorre em contratos privados".²⁹

Com efeito, todos os prejuízos diretos e imediatos decorrentes da extinção prematura do contrato suportados por quem não deu causa à extinção devem ser indenizados pela contraparte, o que compreende "o que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar", nos termos do artigo 403 do Código Civil. A culpa concorrente também comporta a repartição equitativa dos danos.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a indenização devida pela rescisão unilateral do contrato por interesse público deve contemplar os lucros cessantes. Os fundamentos contemplados na ementa são autoexplicativos e, em nossa percepção, se aplicam às demais hipóteses de extinção por fato imputável à Administração Pública:

ADMINISTRATIVO.CONTRATOADMINISTRATIVO.RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. [...]

4. Esta Corte Superior já se pronunciou no sentido de que a rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes, como tais considerados não apenas os danos emergentes, mas também os lucros cessantes. Precedentes.

29 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 515.

5. É que, sob a perspectiva do Direito Administrativo Consensual, os particulares que travam contratos com a Administração Pública devem ser vistos como parceiros, devendo o princípio da boa-fé objetiva (e seus corolários relativos à tutela da legítima expectativa) reger as relações entre os contratantes público e privado. 6. Recurso especial provido.³⁰

Por outro lado, se o particular der causa à anulação do contrato, o pagamento pelos serviços já executados ainda lhe será devido, mas poderá ser retido para fazer frente ao pagamento de multas e dos prejuízos sofridos pela Administração, que também terá direito de ser integralmente indenizada pelos danos emergentes e lucros cessantes decorrentes da extinção prematura do contrato. Para tanto, além da retenção e da cobrança judicial, a Administração também poderá executar a garantia financeira ofertada pelo contratado.

Compreendem-se nas perdas e danos em favor da Administração todos os custos para reparar serviços mal executados, para realizar uma nova licitação, além da possível diferença de preço decorrente da contratação de outra empresa para executar a parcela remanescente em condições mais onerosas. Enfim, a Administração haverá de ser ressarcida de tudo que perder ou deixar de ganhar como consequência direta e imediata da extinção do contrato por fato exclusivamente imputável ao particular contratado.

Por fim, se o contrato for rescindido por fatos alheios à vontade das partes, só será devida a remuneração correspondente aos serviços executados até a extinção do contrato. É o posicionamento de Marçal Justen Filho, para quem *“Na hipótese de caso fortuito e de força maior, o contrato rescinde se sem o dever de qualquer das partes indenizar a outra por perdas e danos. Cada parte tem o direito às prestações executadas até o momento em que o evento se verificou. De resto, a situação deverá ser repostada no estado anterior”*.³¹

30 STJ, REsp 1240057/AC, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Órgão Julgador: Segunda Turma, Julgado em 28/06/2011.

31 JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1113. Na mesma passagem, o doutrinador ressalva a hipótese de fato do príncipe, de sorte que, na sua percepção, “o particular terá direito de pleitear a indenização contra a pessoa de direito público que editou as regras que tornaram impossível o cumprimento do contrato. Eventualmente, a pessoa pública responsável pela edição da regra é a mesma que participava do contrato com o particular (o que é possível, mas não necessário)”.

Capítulo 16

Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas

Cauê Vecchia Luzia

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

O Título IV da Lei n. 14.133/2021 estabelece o regime das irregularidades que ameaçam a legitimidade das licitações e contratos administrativos. Abrange três capítulos. O primeiro dedicado às infrações imputadas aos particulares e suas correspondentes sanções. O segundo relacionado aos meios de questionamento dos atos administrativos através de impugnações, pedidos de esclarecimentos e recursos. E, o terceiro pertinente aos mecanismos de gestão de riscos e controle interno e externo das contratações públicas.

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

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

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

E é por isso que o tema sanções em contratações públicas representa ponto de acentuada tensão nos espaços de interação público-privado. Se por um

lado o monopólio do poder sancionatório é confiado ao Estado desde a remota formação da sociedade, por seu turno os direitos e garantias individuais devem ser sacramente protegidos como forma de assegurar um ambiente indisponível de civilidade. Infrações devem ser punidas, mas liberdades também necessitam ser asseguradas. Tudo, em justa medida, pois a prevalência de um aspecto sobre outro revela injustiça. O uso de força descomedida expõe arbitrariedades, assim como o emprego de privilégios excessivos descortina impunidades.

A atividade sancionatória em contratações públicas mantém-se sobre os pilares de poderes exorbitantes, atribuídos à Administração Pública como instrumento da noção de supremacia do interesse público. Em relação à sua amplitude, o regime de infrações e sanções refere-se a, conforme lembra JULIANA BONACORSI DE PALMA,¹ "todo o ciclo regulatório sancionador", abrangendo desde os regramentos das infrações e sanções administrativas, a condução das licitações, a fiscalização dos contratos, a apuração da conduta infracional e o sancionamento em espécie.

A Lei de Licitações e Contratos Administrativos traz um regime de infrações e sanções seguindo o mesmo trilho das normas que a antecederam, no entanto o novo texto é permeado por diversas inserções com o propósito de clarificar alguns dos problemas historicamente enfrentados.

16.1. Condutas definidas como infrações

O artigo 155 da Lei n. 14.133/2021² dedica-se a definir as condutas reputadas irregulares no âmbito das licitações públicas e dos contratos administrativos. Em termos mais específicos, o dispositivo veicula rol de doze práticas que podem

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

2 Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações: I - dar causa à inexecução parcial do contrato; II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III - dar causa à inexecução total do contrato; IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame; V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado; VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta; VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado; VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato; X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza; XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação; XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

gerar responsabilização do licitante ou contratado, sendo quatro hipóteses de irregularidades durante a licitação, quatro condutas relacionadas à execução do contrato, três condutas que abrangem tanto a licitação quanto o contrato e uma hipótese remissiva ao regime de combate à corrupção.

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

Aspecto relevante da norma é a ampliação do número de situações apenáveis, quando comparado a regimes passados, que vão desde a tipificação de condutas praticadas por licitantes que revelem descaso à seriedade do procedimento licitatório até a obstrução à atividades de fiscalização. Com isso, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 2021 estabelece um regime mais rigoroso de sancionamento, na medida em que a ampliação do rol de práticas puníveis sinaliza uma vontade de punir mais. Este enrijecimento seria justificável, em teoria, como medida compensatória em razão da desburocratização do acesso aos processos de contratação pública. Ou seja, na medida em que a Administração Pública expõe-se a maiores riscos de oportunismos, ela fortalece o seu poder punitivo como pretensão de que a maior ameaça de sanção seria meio adequado de afastar particulares descompromissados ou despreparados.

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

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

3 Dos Delitos e Das Penas (Tradução de Torrieri Guimarães). São Paulo: Martin Claret, 2007, p. 64.

caso de ensejar o retardamento da execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, e, cometer fraude de qualquer natureza.

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

O ponto é que, pela conjugação do inciso XXXIX do artigo 5º e do *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, exige-se o prévio conhecimento da ilicitude e suas consequências como requisito da penalização. Todavia, fato é que a indicação de hipótese abertas, imprecisas e extremamente abrangentes não permite que se deduza com clareza as condutas proibidas no âmbito das licitações e dos contratos administrativos. Este tema é antigo na doutrina, onde, em linhas gerais, é possível distinguir três correntes sobre a noção de tipicidade das infrações administrativas.

A primeira, externada nas lições de HELY LOPES MEIRELLES,⁴ advoga a prevalência de um princípio da atipicidade a reger o direito administrativo em matéria sancionatória, e, com isso, defende que caberia à discricionariedade administrativa a tarefa do enquadramento do ato ilícito. A segunda, expressadas pelas palavras de CARLOS ARI SUNDFELD,⁵ propõe um abrandamento da noção de tipicidade,

4 Direito Administrativo Brasileiro. 33ª ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 2007, pp.124-125.

O mesmo entendimento é, também, externado por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (Direito Administrativo, 29ª ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 633), JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR (Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, pp. 858-859). Além disso, EDUARDO ROCHA DIAS (Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados. São Paulo: Dialética, 1997, pp. 59-73), LUCAS ROCHA FURTADO (Curso de Licitações e Contratos Administrativos. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 450) e FRANCISCO ZARDO (Infrações e Sanções em Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89) fazem coro a este entendimento, porém, ressaltando que a discricionariedade deve esgotar-se na formulação do edital da licitação.

5 Direito Administrativo Ordenador. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 25.

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

sugerindo a necessidade de regulação própria para o tema, ou seja, a lei formal pode limitar-se ao conteúdo embrionário e principiológico, cabendo a regulamentação detalhar a abrangência, profundidade e consistência das infrações. A terceira, conforme CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,⁶ defende a inflexão do princípio da legalidade, concluindo ser inviável o enquadramento de infrações sem prévia descrição da hipótese em lei em sentido formal, concluindo, então, que a aplicação de sanções em contratações públicas teria lugar apenas em comportamento tipificados como crime.

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

Com a Lei n. 14.133/2021, mantendo em boa parte a técnica de tipificação abstrata, o desafio que se enxerga é o de compreender em qual medida as incertezas a respeito das condutas infracionais podem impactar no ambiente contratual e na eventual imposição de sanções. Não se trata, aqui, de mensurar o novo com os hábitos do passado, mas, sim, de perceber que os esforços traduzidos no novo regramento não trouxeram uma solução integral para os problemas que já vinham sendo, de longa data, apontados na doutrina pátria.

Uma última nota é que a lógica de tipificação abstrata implica consequências na aferição do elemento subjetivo da conduta infracional. Ora, se não há definição expressa e precisa da conduta reprovável, por dedução lógica não se pode afirmar uma vontade consciente de realizar a prática reprovável, a caracterizar conduta dolosa. Não se consegue cogitar a vontade qualificada de agir erroneamente quando não se conhece a tipificação do erro. Então, na mais extrema hipótese, admite-se cogitar uma mera percepção de reprovação por parte do particular, o que desenha o conceito de culpa grave na conduta. Tal circunstância não é bastante para afastar o dever de apuração da conduta infracional, ou seja, não imuniza o particular da possibilidade

6 Curso de Direito Administrativo. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 868-869.

No mesmo sentido e a propósito do regime de infrações da Lei nº 8.666/1993, JOEL DE MENEZES NIEBUHR (Licitação Pública e Contrato Administrativo. 4ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015, pp. 1.110-1.115) advoga que a ausência de especificação dos pressupostos de fato (tipos) revela aberta incompatibilidade da sistemática de infrações com o princípio da tipicidade.

de sancionamento. Até porque, ainda que decorrente de culpa, há espaço para se avaliar a pertinência de sanções. Mas o ponto é que tais aspectos devem ser considerados na qualificação da gravidade da conduta e na dosimetria da sanção.

16.2. As sanções administrativas

O *caput* do artigo 156 da Lei n. 14.133/2021 comina quatro espécies de sanção aplicáveis em face do cometimento das infrações definidas no antigo antecedente, a saber:

1. Advertência: consistente em comunicação formal com teor de censura e conteúdo punitivo brando. A rigor, a advertência pode revelar dois propósitos: caracterizar a prática faltosa como forma de cessar sua ocorrência; ou, alertar sobre um possível dano futuro decorrente da dinâmica empregada pelo contratado, desta feito com o objetivo de realinhar a execução contratual

2. Multa compensatória: relaciona-se ao descumprimento de obrigações contratuais, sendo estabelecida em razão do grau de importância da obrigação desatendida.

3. Impedimento de licitar e contratar: penalidade que impõe, ao particular faltoso, a restrição parcial ao direito à livre iniciativa no âmbito do mercado de contratações públicas, impedindo que participe de licitações e celebre novos contratos durante a vigência da sanção. O § 4º do artigo 156 estabelece limitações temporais e espaciais para a eficácia da penalidade. O limite temporal fixado é de até 3 anos de vigência. Quanto ao aspecto espacial, a sanções tem eficácia apenas na esfera política na qual foi aplicada (Federal, Distrital, Estadual ou Municipal).

4. Declaração de inidoneidade para licitar ou contratar: constitui a penalidade mais severa dentre as sanções previstas, afastando completamente o particular de qualquer oportunidade de interação comercial com a Administração Pública direta ou indireta. É punição de natureza gravíssima, incidente apenas diante de infrações que resultem o comprometimento da utilidade da contratação ou da própria essência da relação contratual. A sanção refere-se àqueles casos limítrofes, senão coincidentes, com a responsabilização criminal, casos em que sanções mais brandas seriam insuficientes para preservar as finalidades públicas da contratação. O § 5º do artigo 156 prescreve que a sanção será vigente pelo prazo de 3 a 6 anos.

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

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

Igualmente, o direito de contratar tem sua essência específica e pressupõe a celebração de contrato administrativo. Ocorre que o artigo 95 da Lei n. 14.133/2021 define situações em que o negócio com a Administração Pública é concretizado sem a formalização de contrato administrativo, nos casos de dispensa de baixo valor e de compras para entrega imediata e integral e sem obrigações futuras. Sem embargos, o particular sancionado com declaração de inidoneidade para contratar com a Administração ainda poderá participar em licitação e concretizar o fornecimento de bens com entrega imediata e integral e sem obrigações futuras.

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

Seguindo-se, o § 1º do artigo 156 estabelece que a Administração deve levar em conta as condições particulares e do entorno da infração, exigindo que a aplicação de sanções seja precedida de aferições sobre a natureza e gravidade da conduta, peculiaridades do caso concreto, circunstâncias atenuantes e agravantes, danos derivados da conduta infracional e a existência de programa de aperfeiçoamento e integridade pelo infrator. O dispositivo conforma-se à regra estabelecida pelo § 2º do artigo 22 da Lei de Introdução do Direito Brasileiro.

Nessa linha, a disciplina da Lei n. 14.133/2021 consagra a incidência do dever de proporcionalidade e do princípio da razoabilidade nos casos de sancionamento. A norma irradia orientação para que a lógica de autoridade ceda espaço à ponderação como técnica a ser empregada no sancionamento administrativo. O § 1º do artigo 156 traça importantes diretrizes de orientação à Administração Pública, além de conferirem um maior grau de previsibilidade na perspectiva do particular. Com isso, inaugura um importante capítulo na disciplina sancionatória em contratações públicas, uma nova página que pressupõe critérios objetivos e métodos ponderados para a imputação de sanções.

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

O texto legal não exaure a temática. Ainda há muito da atividade sancionatória

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

Por sua vez, os parágrafos 2º a 5º do artigo 156 da Lei n. 14.133/2021 detalham uma especificação, ainda muito simples e talvez inócua, de correlação entre os tipos infracionais e as sanções cabíveis. Diz-se inócua porque as correlações são constantemente excepcionadas, como ocorre no § 2º quando estabelece a pena de advertência para a inexecução parcial a menos que outra pena mais severa seja pertinente, e também sobrepostas, como é o caso do impedimento e da declaração de inidoneidade que podem ser impostas para as condutas previstas nos incisos II a VII do artigo 155 da norma.

A única certeza que se tem é que a declaração de inidoneidade é a única sanção cabível para as infrações especificadas pelos incisos VIII a XII do artigo 155 da Lei n. 14.133/2021. Mas, mesmo neste caso, não se pode antecipar em quais casos a sanção incidirá sobre a prerrogativa de licitar e, igualmente, em quais casos afetará o direito de contratar.

Sem embargos, apesar do reconhecido esforço legislativo, a norma não supre de forma satisfatória a necessária especificação entre as condutas infracionais e as sanções pertinentes. Esta imprecisão remete à problema antigo, relativo à flexibilização do princípio da especificidade das sanções, conforme explica MARÇAL JUSTEN FILHO:⁷

A grande dificuldade está na definição legal da ilicitude. Um exemplo permite compreender a discussão. Suponha-se uma lei penal que

7 Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1141.

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

É usual compreender, a exemplo do Direito Penal, que a sanção faz parte do próprio tipo infracional, por efeito que a identificação da pena aplicável acompanha a descrição da conduta. Todavia, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 2021 furta-se a esta lógica, deixando de indicar qual dentre as espécies de sanções deve corresponder a uma ou outra conduta infracional, ou, mesmo, de explicitar algum critério capaz de orientar a distinção. Na disciplina legal, sem maiores critérios de especificação, a qualquer conduta pode corresponder qualquer sanção. A norma relega à pura discricionariedade do julgador a especificação da pena em face do enquadramento da conduta, o que também lhe é atribuído. Esta crítica está relacionada diretamente com a ausência de objetividade da norma quanto à tipificação das condutas infracionais.

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

O problema do excesso de discricionariedade é que, mais do que em qualquer outra atividade estatal, o poder sancionador não deve ser desempenhado na base do improvisado ou do acaso. Mas, ao contrário, tal atividade demanda criteriosas

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

16.3. Processo administrativo de apuração de responsabilidade

A Lei n. 14.133/2021 deixa muito a desejar em relação às regras processuais e procedimentais de apuração e aplicação de sanções. O texto prevê condições de defesa distintas, ou, até mesmo, nenhuma defesa, a depender de cada espécie de penalidade.

Neste sentido, haveria direito de defesa prévia apenas nos casos das sanções restritivas de direito, conforme dicção do artigos 158 da Lei.⁸

No caso de multa compensatória, o artigo 157 da lei⁹ sugere uma regra de defesa posterior, pois diz que a defesa será assegurada após a intimação da aplicação da sanção administrativa. Na forma em que está literalmente redigida, a regra não se conforma com as diretrizes de devido processo legal e contraditório inscritas nos incisos LIV e LV do artigo 5º da Constituição Federal, porque sabidamente a defesa deve ser prévia e anterior à decisão que imponha gravames patrimoniais ou restrições a direitos.

Ademais, a Lei n. 14.133/2021 silencia sobre qualquer direito de defesa em relação à sanção de advertência. Com isso, dá a entender que a aplicação de advertência poderia ser unilateral, o que lhe dá contornos inquisitórios. Ainda que a advertência seja considerada leve, ela não deixa de ser uma sanção administrativa, além de poder indicar condições de reincidência, por efeito que não deveria ser afastada da noção de contraditório e ampla defesa, pena de incidir em flagrante

8 Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do caput do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.

9 Art. 157. Na aplicação da sanção prevista no inciso II do caput do art. 155 desta Lei, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação.

inconstitucionalidade.

Além disso, o texto prevê que, apenas nos casos de penas restritivas de direito, o processo punitivo será conduzido por comissão especial e permitirá a produção de provas, conforme regra do artigo 158. Disto se deduz que as garantias não se aplicariam em relação aos processos que envolvam sanções de advertência ou multa, o que acaba afastando tais casos da noção de devido processo legal.

A criação de processos distintos traz mais problemas do que se pode ver, sobretudo quando relacionada com a forma fluida e imprecisa das especificações entre conduta e penalidade. Veja que diversas condutas reputadas infracionais, a maioria delas na verdade, podem implicar qualquer uma das sanções agressivas (multa ou restrições de direitos). De forma mais precisa, a multa pode ser aplicada em face de qualquer tipo infracional, já o impedimento pode ser imposto em relação às condutas descritas pelos incisos II a VII do artigo 155 e, por fim, a declaração de inidoneidade é cabível em relação às condutas indicadas nos incisos II a XII do artigo 155. Ou seja, ainda que se anteveja a conduta a ser apurada, seria impossível definir qual a penalidade eventualmente será considerada adequada em decisão final. Logo, parece impossível condicionar o modelo processual em razão da sanção aplicável.

Para ilustrar, imagine processo instaurado para sancionar adjudicatário que tenha se recusado a celebrar o contrato após convocação, conforme hipótese do inciso VI do artigo 155. Para tal conduta, a penalidade poderá ser de multa, impedimento para licitar e contratar ou declaração de inidoneidade. Assim, não sabendo de antemão a penalidade, surgem diversas dúvidas: qual rito a ser adotado, o do artigo 157 ou do artigo 158? Para preservar o processo, poderá a Administração Pública adotar o rito mais complexo mesmo que o processo resulte em uma sanção mais leve? E se assim fizer, adotando o rito mais complexo, isto não poderia incutir uma predisposição para uma penalidade mais grave e possivelmente excessiva?

Ainda não se enxerga resposta para tais questionamentos, porque a Lei n. 14.133/2021 ainda não externou situações práticas. No entanto, aqueles reflexões devem servir de alerta, de indicação de fragilidades capazes de comprometer totalmente uma eventual penalidade.

Outra regra da Lei n. 14.133/2021, a qual se vê com bons olhos, é a do artigo 163¹⁰, que prescreve, ainda que de forma muito simples e incipiente, mecanismo

10 Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigindo-se, cumulativamente: I – a reparação integral do dano causado à Administração Pública; II – o pagamento da multa; III – o transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; IV – o cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; V – análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.

de reabilitação do sancionado nas penas restritivas de direito. Para tanto, estabelece um conjunto de requisitos que vão desde a reparação integral até a implantação de um programa de integridade.

Um último aspecto positivo refere-se à regra de interlocução entre a disciplina punitiva nas contratações e o regime de combate à corrupção estabelecido pela Lei nº 12.846/2013. Assim porque o artigo 159 da Lei n. 14.133/2021¹¹ prescreve que eventuais condutas corruptivas serão processadas e apreciadas no âmbito das instituições de combate à corrupção, revelando-se regra condizente com a disposição do § 3º do artigo 22 da Lei de Introdução do Direito Brasileiro.

Em conclusão, vê-se avanços, que, todavia, ainda não podem ser mensurados sob o ponto de vista prático. É necessário algum período de maturação, após o qual se espera bons frutos. Contudo, vê-se, também, muitas vicissitudes e pontos de atenção no regime estabelecido, o que indica que não se deve depositar na nova disciplina legislativa todas as esperanças de solução do complexo problema das sanções administrativas. O futuro dependerá de enormes esforços teóricos, práticos e correccionais, da academia, da Administração Pública e dos órgãos de controle, para que em sua aplicação a Lei de Licitações e Contratos Administrativos de 2021 supere os desgastes vivenciados nos regimes que sucede.

11 Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Capítulo 17

Reabilitação das Empresas

Fernanda Santos Schramm

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

17.1. Inexistência de critérios de reabilitação na Lei n. 8.666/1993

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

O regime jurídico das contratações públicas é marcado por uma verdadeira lacuna normativa – e também doutrinária – acerca das medidas de proteção dos particulares e meios para a reabilitação de empresas penalizadas. O inciso IV do artigo 87 da Lei n. 8.666/1993 apenas mencionava a possibilidade de reabilitação, sem especificar o rito e os requisitos necessários ao processamento do pedido. O artigo 163 da Lei n. 14.133/2021 traz avanços em relação ao tema, pormenorizando as condições de reabilitação das empresas que tenham sido apenas com as sanções de (i) impedimento de licitar e contratar e (ii) declaração de inidoneidade

17.2. Inexistência de discricionariedade na imposição de sanção administrativa

A Lei n. 8.666/1993 autorizava a aplicação de quatro espécies de sanções

administrativas nas hipóteses de inexecução parcial ou total do contrato: advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade. A aplicação das referidas penalidades pressupunha, por expressa dicção normativa, a observância do devido processo legal e da prévia defesa. Em complemento, o artigo 7º da Lei n. 10.502/2002 prescrevia sanção administrativa específica para os ilícitos praticados no curso de processo licitatório promovido sob a modalidade pregão e nos contratos administrativos que lhes fossem decorrentes.

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

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

Sem refutar a existência de uma relação de sujeição ou supremacia especial, Joel de Menezes Niebuhr registra que “sob o aporte dos princípios constitucionais, o referido raciocínio não incide sobre a aplicação de sanções administrativas”.² De forma ainda mais veemente, Marçal Justen Filho afirma ser indispensável

1 VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003. p. 90-94.

2 NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação Pública e Contrato Administrativo*. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 971.

que a norma “indique as condutas que forem o pressuposto de sanções severas”,³ sobretudo no caso das penalidades de declaração de inidoneidade e a suspensão do direito de licitar, que restringem significativamente os direitos dos licitantes e contratados. Por isso, “somente se pode impor tais sanções na medida em que os seus pressupostos estejam predeterminados, inclusive para o efeito de conscientizar os particulares das consequências de seus atos”.⁴

Não há dúvida de que a Lei n. 8.666/1993 era omissa quanto à descrição das hipóteses que atraíam a incidência das sanções administrativas de declaração de inidoneidade e suspensão do direito de licitar. Diante da ausência de parâmetros balizadores, convencionou-se uma gradação sancionatória, iniciando pela pena de advertência como sendo a mais branda, até alcançar a declaração de inidoneidade, que deveria ser restrita às situações mais graves, em que o particular age com dolo.

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

Ainda que se argumente a inexistência de discricionariedade por parte do agente público, a abertura das hipóteses sancionatórias previstas na Lei n. 8.666/1993 inviabilizava a atividade administrativa vinculada, agravando o cenário de insegurança jurídica dos contratados. A Lei n. 14.133/2021 avança nesse aspecto porque restringe o poder sancionador dos agentes públicos ao trazer maior detalhamento sobre (i) as condutas que ensejam a aplicação de penalidade – artigo 155; e (ii) os critérios que devem ser observados na dosimetria da sanção aplicada – artigo 156.

17.3. O pedido de reabilitação na Lei n. 8.666/1993

As controvérsias que permeavam a ausência de discricionariedade da Administração Pública na aplicação das sanções administrativas se estendiam ao deferimento da reabilitação dos licitantes e contratados penalizados. O silêncio quanto à inexistência de critérios objetivos para o processamento do pedido parecia encontrar respaldo na resistência em superar o modelo clássico de contrato

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

4 Idem.

administrativo adversarial, pautado por prerrogativas unilaterais e discricionárias.

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

O inciso IV do artigo 87 da Lei n. 8.666/1993 estabelecia que a reabilitação poderia ser conferida, pela autoridade que aplicou a pena de declaração de inidoneidade “sempre que o contratado ressarcir a Administração Pública pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo na sanção aplicada com base no inciso anterior” – 2 (dois) anos. Caso não ocorresse a reabilitação do licitante, a sanção de inidoneidade produziria efeitos enquanto perdurassem os motivos que ensejaram a punição, limitada ao prazo de 5 (cinco) anos.⁵

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

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

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

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

⁵ Em observância ao prazo quinquenal previsto na Lei n. 9.873/99.

Com mais razão, a declaração de inidoneidade para contratar ou licitar com a Administração Pública por tempo indeterminado, contado após o decurso do prazo de 2 (dois) anos previsto no art. 87, IV, da Lei de Licitações, esbarra, também, nos princípios constitucionais da livre iniciativa (art. 170, CF/88) e da ampla concorrência em processo licitatório (art. 37, XXI, CF/88), pois impede o exercício do direito de participação da empresa em igualdade de condições em certames públicos, o que, além de prejudicar a atividade empresarial por ela exercida, não atende ao interesse público de possibilitar o comparecimento do maior número possível de concorrentes para proporcionar a contratação mais vantajosa à Administração.⁶

No caso específico, o Supremo Tribunal Federal entendeu "não ser permitido ao Poder Público deixar de reabilitar a empresa para contratar ou licitar com a Administração Pública, após o decurso do prazo de 2 (dois) previstos na legislação de regência". A conclusão é de que a decisão acerca do deferimento do pedido de reabilitação é ato administrativo vinculado, não havendo margem de discricionariedade para o gestor público quando preenchidos os requisitos legais.

Não obstante, tendo em vista os vultuosos valores que costumam ser atribuídos como representativos do prejuízo ao erário, não seria de se esperar que os particulares estivessem dispostos a ressarcir esses valores para requerer a reabilitação. Daí se extrai apenas um dos motivos pelo qual a reabilitação ainda é um instrumento raro na realidade das contratações públicas.

17.4. Requisitos para a reabilitação na Lei n. 14.133/2021

A verdade é que a Lei n. 8.666/1993 não trazia grande incentivo à reabilitação – especialmente sob a perspectiva do interesse público. Como dito, a empresa poderia requerer a reabilitação sem ter adotado qualquer providência para evitar que o ato lesivo ao patrimônio público voltasse a se repetir no futuro. O instrumento também não oferecia atrativos significativos à pessoa jurídica, que permaneceria com a possibilidade de aguardar o transcurso do prazo designado no ato sancionador – quando isso não comprometesse a própria existência da pessoa jurídica.

Por outro lado, o inciso IV do artigo 87 da Lei n. 8.666/1993 permitia que a declaração de inidoneidade fosse afastada antes do lapso temporal mínimo de 2

6 BRASIL, Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 33536/DF, Relator: Ministro Gilmar Mendes, 30 de março de 2017.

(dois) anos, desde que a empresa comprovasse ter adotado medidas para combater os “motivos determinantes da punição”. O dispositivo estabelecia que a sanção permaneceria vigente enquanto perdurasse os motivos determinantes da punição ou até que fosse promovida a reabilitação – esta, sim, condicionada ao transcurso do prazo de dois anos. Ou seja, a hipótese remanesceria como uma alternativa à reabilitação, mais atrativa ao particular e à própria Administração Pública.

O artigo 163 da Lei n. 14.133/2021 traz uma redação mais detalhada acerca dos requisitos que autorizam o pedido de reabilitação. Parece, num primeiro momento, que o objetivo é pormenorizar o rito e quem sabe ampliar a utilização do instituto. Mas é preciso avaliar se as alterações normativas servem, de fato, a essa finalidade.

A primeira grande distinção em relação à Lei n. 8.666/1993 é que a reabilitação pode ser conferida também em face da penalidade de impedimento de licitar e contratar – uma espécie de substitutiva da pena de suspensão. Afora isso, o dispositivo estabelece requisitos cumulativos para o pedido de reabilitação, nomeadamente, (i) reparação integral do dano; (ii) pagamento da multa; (iii) transcurso de 1 (um) ano nos casos de impedimento e 3 (três) anos nos casos de inidoneidade; (iv) cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; (v) parecer jurídico reconhecendo o preenchimento das condições listadas até aqui; e, em alguns casos, (vi) a implementação ou o aperfeiçoamento do programa de integridade.

Caso a reabilitação não seja requerida, a declaração de inidoneidade subsiste pelo prazo máximo de 6 (seis) anos, momento em que a empresa pode voltar a contratar com a Administração Pública independentemente da adoção de qualquer providência ou do preenchimento de qualquer um dos requisitos elencados na norma (§5º do artigo 156). No caso da sanção de impedimento, o prazo máximo é de 3 (três) anos (§4º do artigo 156). Esgotado esse período, a sanção se extingue automaticamente, sem que a empresa precise formular qualquer requerimento.

Há três pontos que merecem ser destacados quanto à pretensa regulamentação do instituto da reabilitação, para fins comparativos com a sistemática antes prevista na Lei n. 8.666/1993.

Em primeiro lugar, o inciso I do artigo 163 condiciona a reabilitação ao ressarcimento dos prejuízos causados ao erário – mantendo a obrigação prevista na Lei n. 8.666/1993. Como dito, é bastante comum que sejam atribuídos valores vultuosos como representativos do dano ao erário. É raro que haja um consenso sobre a responsabilidade e o valor do alegado prejuízo, o que já dificultava a utilização do instituto sob a égide da Lei n. 8.666/1993. Por essa razão, manter o ressarcimento do alegado dano ao erário como pré-requisito para a reabilitação compromete a utilização do instrumento – que não é vocacionado à recuperação de valores, mas a promover a regularização da empresa contratada. Nunca é demais destacar que o ressarcimento pode ser pleiteado por outras formas, sem inviabilizar que a Administração Pública seja reparada pelos prejuízos que lhe forem causados.

Um segundo ponto de destaque consiste na determinação de que a empresa deve cumprir as condições de reabilitação definidas no ato punitivo (inciso IV do artigo 163). Se mantida a tradição punitivista que marca a atividade sancionadora da Administração Pública, não é de se espantar que as condições de reabilitação sejam exorbitantes ou até mesmo inexecutáveis. Nesse ponto, é fundamental que as obrigações impostas ao particular observem o princípio da proporcionalidade, nas suas três dimensões, e que a fiscalização do cumprimento dessas obrigações seja o mais objetiva possível – sob pena de violação das garantias constitucionais asseguradas às pessoas jurídicas e, em situações extremas, de abrir margem à corrupção dos responsáveis pela aferição das exigências impostas.

Por fim, há o requisito temporal. O pedido de reabilitação previsto no artigo 163 da Lei n. 14.133/2021 só pode ser requerido após um determinado período de tempo – 1 (um) ano nos casos de impedimento e 3 (três) anos nos casos da declaração de inidoneidade (inciso III). A sanção de impedimento de licitar e contratar subsiste pelo período máximo de 3 (três) anos, enquanto a declaração de inidoneidade deve ser arbitrada no prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos. A definição do prazo dependerá das particularidades do caso em concreto, devendo ser observados os parâmetros previstos no §1º do artigo 156.

Suponha-se, pois, que uma pessoa jurídica tenha sido apenada com a declaração de inidoneidade por um período preestabelecido de 3 (três) anos. A empresa tem duas opções: (i) requerer o pedido de reabilitação – o que pressupõe, além do transcurso dos 3 (três) anos, o pagamento de multa, ressarcimento do alegado prejuízo, cumprimento das condições estabelecidas no ato punitivo, implementação ou aprimoramento do programa de integridade; e (ii) pura e simplesmente aguardar os 3 (três) anos assinalados para a vigência da penalidade. De forma bastante direta: não há qualquer incentivo para que a empresa opte pelo pedido de reabilitação.

Nesse ponto, o preceito normativo engessa as possibilidades de reabilitação e representa um retrocesso em relação à sistemática prevista no inciso IV do artigo 87 Lei n. 8.666/1993 que permitia a extinção da penalidade caso a empresa demonstrasse que já não subsistiriam os motivos que ensejaram a sanção – independentemente da reabilitação. Afora isso, a Lei n. 14.133/2021 se distancia de diplomas internacionais que autorizam o afastamento da proibição de contratar com o Poder Público antes do termo previsto em lei, mediante a adoção de medidas de auto saneamento (self cleaning), voltadas a evitar que o ato antijurídico volte a se repetir.⁷

7 PEREIRA, Cesar A. Guimarães; SCHWIND, Rafael Wallbach. Autossaneamento (self-cleaning) e reabilitação de empresas no direito brasileiro anticorrupção. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini. Curitiba, nº 102, agosto de 2015.

Cita-se, por ilustração, a legislação norte americana, que autoriza a redução do período de impedimento ou a ampliação desse mesmo impedimento, em função da eliminação ou manutenção das causas que ensejaram a aplicação da penalidade, dentre outras.⁸ Seguindo a mesma linha, as diretrizes do Banco Mundial preveem a possibilidade de que a empresa penalizada continue elegível, desde que atenda certas condições, no prazo estabelecido pela instituição (Conditional Non-Debarment). Se não forem cumpridos os requisitos, a empresa fica excluída da lista de potenciais parceiros do Banco Mundial.⁹

O que se percebe é que o instituto da reabilitação previsto na Lei n. 14.133/2021 segue o padrão punitivista do Direito Administrativo brasileiro e perde a oportunidade de inovar ao desconsiderar o potencial dos incentivos postos à disposição das empresas sancionadas. Parece evidente que a melhoria dos controles internos e outras medidas de autossaneamento podem ser mais benéficas do que o puro e simples afastamento de determinadas empresas do processo licitatório – tanto sob a perspectiva da Administração Pública, diante da redução do universo de potenciais licitantes, quanto do contexto socioeconômico.

8 Nos termos do Federal Acquisition Regulation – FAR (9.406-4).

9 O Banco Mundial celebrou acordo de conciliação condicionada com a Odebrecht em função de desvios verificados no projeto de recuperação do Rio Bogotá, na Colômbia. Uma das condições para que a empresa volte a ser considerada elegível é justamente o compromisso de desenvolver um programa de *compliance* compatível com as Diretrizes de Cumprimento da Integridade do Grupo Banco Mundial. Disponível em: <<https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2019/01/29/world-bank-group-announces-settlement-withbrazilian-subsiary-of-odebrecht>>

Capítulo 18

Do Controle das Contratações

Salomão Ribas Junior

Advogado, Doutor em Direito pela Universidade de Salamanca, Ex-Presidente do Tribunal de Contas de Santa Catarina (TCE/SC), da Associação dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON) e do Instituto Rui Barbosa, autor de diversas obras, dentre as quais "Corrupção Endêmica - Os Tribunais de Contas e o Combate à Corrupção" (Editora TCE-SC, 2000).

18.1. Nota introdutória

A Lei n. 14.133/2021 abre um capítulo sobre aspectos específicos do controle a observar nas contratações a serem feitas pelos quatro entes da Constituição Federal (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Observe-se que a palavra controle é repetida mais de três dezenas de vezes na Constituição Federal. De acordo com a melhor doutrina, os controles públicos são olhados de acordo com a sua natureza como legislativo, judicial e administrativo. Conforme o lugar onde são realizados, são considerados como controle interno e controle externo. No caso presente, A Lei n. 14.133/2021 cuida do controle legislativo e administrativo. O primeiro é feito pelo Poder Legislativo com o auxílio do Tribunal de Contas da União (artigo 70 da Constituição Federal), classificado como controle externo. O Tribunal de Contas da União tem suas competências definidas pelo mesmo texto superior (artigo 71 da Constituição Federal). O segundo é típico de cada um dos Poderes e classificado como controle interno (artigo 74 da Constituição Federal). A Lei n. 14.133/2021 cuida especialmente do controle interno dos órgãos administrativos em geral, mas especialmente do Poder Executivo. Mais adiante trata de incumbências aos Tribunais de Contas, assunto a ser comentado naquele espaço.

18.2. Gestão de riscos e controle preventivo (artigo 168)

Este dispositivo estabelece que as compras públicas devem ser submetidas a práticas de gestão de riscos e controle preventivo. É a extensão à administração

direta de regras do *compliance* já previstas para as estatais que obedecem suas próprias regras em legislação própria (Lei n. 13.303/2016). Acrescenta ainda o uso da informática e a submissão ao controle social. Esse último aspecto já é atendido de maneira mais detalhada nas Leis de Acesso à Informação e de Responsabilidade Fiscal.

18.3. Linhas de defesa

A nomenclatura empregada pela Lei n. 14.133/2021 é decorrente do *compliance* já fixada para as estatais ao estabelecer as linhas de defesa segregando funções de execução, de assessoramento e de controle interno da Administração. Assim é que a primeira linha deve ser integrada pelos agentes públicos da estrutura de governança, isto é, de execução dos atos necessários para a aquisição de bens e serviços e sua destinação de acordo com a lei, a ética e as melhores práticas administrativas. A expressão governança envolve estruturas, sistemas, normas, agentes, práticas processuais e administrativas, entre outras. Todas com vistas ao desempenho adequado para atingir seus fins.

Já a segunda linha trata do assessoramento jurídico e da unidade de controle interno do órgão. Integram-se naturalmente sob o aspecto sistêmico aos órgãos centrais de controle.

A terceira linha de defesa é integrada pelo órgão central de controle interno e, curiosamente, pelo Tribunal de Contas. Aí surge claramente a figura do controle externo cujas competências decorrem diretamente da Constituição Federal (artigo 71) e de sua Lei Orgânica cuja iniciativa também é de sua competência (Lei n. 8.443/1992). Igualmente não deixam de vigorar as regras básicas de planejamento e transparência já firmadas pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

18.4. Regulamento e responsabilidade (§ 1º do artigo 168)

A responsabilidade pela implementação das práticas contínuas e permanentes de gestão de risco e de controle preventivo é da alta administração do órgão ou entidade. Devem ainda ser observados os custos e benefícios dessa implementação. Na mesma linha, o parágrafo estende-se sobre questões inerentes à Administração Pública, tais como a escolha de medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos. Obviamente que bastava falar em segurança jurídica, pois essa não poderia ser para alguns ou apenas para a Administração. E finalmente o que é da essência da lei ora revogada, isto é, a promoção do resultado mais vantajoso para Administração. Além da eficiência exigida pela Constituição Federal, A Lei n. 14.133/2021 reclama eficácia e efetividade nas contratações públicas. São aspectos distintos a serem verificados

ao final de um determinado ato ou conjunto de atos. Para tanto, devem ser fixadas metas, meios, prazos e objetivos a serem atingidos.

18.5 Acesso aos documentos e sigilo (§2º do artigo 168)

Os órgãos de controle terão acesso sem restrições de qualquer natureza aos documentos e informações necessários ao desempenho de suas funções. Essa garantia alcança até os documentos classificados como reservados, sigilosos, secretos ou ultrassecretos pela legislação aplicável (Lei n. 12.527/2011). Nesse caso tornam-se igualmente responsáveis pelo sigilo. A rigor, essa hipótese é rara e certamente jamais será do interesse de Estados e Município. O Tribunal de Contas da União e os demais Tribunais de Contas têm firmado o livre acesso a todos os documentos ou informações relativas à matéria de sua competência. É matéria legal e regimental.

18.6. Irregularidades sanáveis e graves (incisos I e II do § 3º do artigo 168)

As irregularidades de caráter formal serão saneadas e anotadas para a diminuição de riscos de sua repetição. As medidas deverão dar preferência à melhoria dos controles preventivos e melhor capacitação dos agentes públicos. Essa capacitação certamente exigirá a participação do Tribunal de Contas da União, órgão responsável pelas auditorias e fiscalizações que costumeiramente detectam falhas dessa natureza.

Já na constatação de irregularidades graves, causadoras de danos à Administração, as medidas que os integrantes das linhas de defesa são obrigados a adotar devem ser mais efetivas. Além das providências já referidas para evitar as irregularidades formais, deve ser apurada a responsabilidade de infrações administrativas com a individualização das condutas e segregação das funções. Por fim, devem representar ao Ministério Público competente para apuração dos ilícitos de sua competência. A representação deve ser instruída com cópias dos documentos necessários. A se observar que a Constituição Federal (§ 2º do artigo 74) estabelece que “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União”. Quanto ao controle interno, o que a Constituição Federal impõe é que “os responsáveis pelo controle interno, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade, ou ilegalidade, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária” (§ 1º do artigo 74).

Essas regras são repetidas nas Constituições Estaduais e nas leis orgânicas dos Tribunais de Contas. O artigo 75 da Constituição Federal estabelece que as normas da seção IX, capítulo I do Título IV (Da Fiscalização Contábil, Financeira

e Orçamentária) aplicam-se, no que couber, aos demais Tribunais de Contas (Estados, Distrito Federal e de Municípios).

18.7. Consultas internas e externas. Prazos (*caput* e parágrafo único do artigo 169)

As consultas sobre a melhor interpretação de lei ou regulamento são rotineiras no âmbito dos Tribunais de Contas e de grande parte dos órgãos de controle interno. O que o dispositivo traz de inovador é a obrigatoriedade de resposta a casos específicos, a fixação de prazo e a não vinculação da decisão do consultante. A parte relativa à consulta sobre "posicionamento sobre a aplicação desta lei em processo de licitação" é bastante vaga para resposta na atualidade, uma vez que os Tribunais de Contas só respondem em tese, sem fixar prejulgamento e não opinam sobre caso concreto. Somente em casos excepcionais essa regra tem sido superada e há respostas sobre casos específicos. Quanto aos editais de licitação são comuns, e demorados, exames prévios pelos órgãos de controle externo. Há até mesmo casos em que a Administração envia o edital requisitado pelo Tribunal de Contas e aguarda parecer para, mesmo sem nenhuma medida liminar de suspensão, prosseguir no processo de contratação. A recusa em responder consulta sobre caso concreto colide com a parte final do *caput* que explicita "ou em contrato específico". A resolver "na forma de regulamento" como prevê o mesmo dispositivo. É importante não pretender transformar em órgão de assessoramento um órgão de controle e julgamento como é o caso dos Tribunais de Contas.

Já os prazos eventualmente fixados em leis ou regimentos internos dos órgãos de controle poderão ser uniformizados com a regra do parágrafo único deste artigo, que fixa o prazo de até um mês para a resposta. Poderá haver prorrogação justificada por igual período. Se considerarmos a liberalidade de consultas inclusive sobre casos específicos, provavelmente não será possível o cumprimento desses prazos. Será necessário que os órgãos de controle aumentem sua estrutura e quadro de pessoal voltado para instruir processos de consulta.

18.8. Novos critérios, informações e representação (artigo 170)

Os órgãos de controle verificam o cumprimento do disposto no artigo 37 da Constituição Federal quanto aos princípios a serem observados na contratação (legalidade, impessoalidade, publicidade, moralidade, publicidade e eficiência) e em alguns casos os fixados em leis, como é o caso da razoabilidade. A Lei n. 14.133/2021 pretende que sejam adotados ainda "critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco". Os controladores devem ainda considerar "as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação". A observar o disposto no § 3º do artigo 168, que trata da atuação

das três linhas de defesa.

Os parágrafos seguintes tratam da remessa e consideração das razões apresentadas pelos responsáveis e dos documentos apresentados. As razões devem ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase instrutória e não poderão ser desentranhadas dos autos. O que não coincide com procedimentos dos Tribunais de Contas.

De outro lado, a omissão na prestação das informações não impede as deliberações dos órgãos de controle e nem retardam a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e deliberação. A regra coincide com o que dispõem as leis e regimentos próprios dos Tribunais de Contas.

Já o § 3º cuida de procedimento que já é rotineiro nos órgãos de fiscalização e controle. Não devem ser considerados "documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos".

Ao final, o § 4º reafirma o que já é previsto constitucionalmente e nas leis e regulamentos de fiscalização e controle. É o direito de representação aos órgãos de controle interno e ao Tribunal de Contas competente contra irregularidades da lei de licitações. Esse direito cabe a "qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica". Alguns tribunais só consideram representação quando a parte for interessada no processo, mas admitem a denúncia. Esta nem sempre é decidida no próprio processo e demanda auditoria própria.

18.9. O controle do controle (incisos I, II e III do artigo 171)

A Lei n. 14.133/2021 procura resolver algumas reclamações constantes quanto ao procedimento de órgãos de controle, especialmente os Tribunais de Contas. Fixa que deverão observar, na fiscalização, a oportunidade de manifestação dos gestores sobre possíveis propostas que terão impacto nas rotinas de trabalho como subsídios para avaliação prévia da relação entre custos e benefícios.

Já o inciso II ataca frontalmente uma questão interna dos órgãos de controle ao exigir "adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados." A exigência de objetividade, imparcialidade, fundamentação técnica, obediência às normas de auditoria estão colocadas corretamente. Já a explicação do objetivo da norma, após a última vírgula, é desnecessária, pois interesses pessoais ou interpretações tendenciosas são incabíveis em qualquer circunstância do trato da coisa pública. O que há é o direito ao recurso para que seja revista decisão monocrática ou inicial de qualquer processo, uma vez demonstrada a sua impropriedade jurídica ou de

outra natureza. E se houver prova de interesse pessoal envolvido, deverá haver investigação e sanção. Além disso, é regra legal ou regimental comum a impossibilidade de participação de conselheiros e auditores de contas em processos em que haja interesse próprio ou de familiares até o segundo grau.

18.10. Objetivos, regras e mercado

O inciso III do artigo 171, na parte inicial, dispõe sobre o óbvio. A fiscalização e o controle nos diversos tipos de empreitada devem verificar os objetivos, o atendimento aos requisitos legais e técnicos, aí incluídos os orçamentários e financeiros, de acordo com a finalidade da contratação. A parte final, contudo, encerra uma matéria sempre controversa: parâmetros de mercado a serem vistos em relação ao preço global que a modalidade permite. O mercado, como é sabido, tem suas próprias regras mutáveis a todo o momento e o que se pretende é perquirir "a conformidade do preço global com os parâmetros do mercado para objeto contratado, considerada a dimensão geográfica." A interpretação das leis deve ser feita pelo seu sentido sem desprezar o significado de cada palavra. O sentido geral é verificar, na região de construção de obra ou compra de bens e serviços, os preços usualmente praticados. Agora perquirir já é uma investigação criteriosa, escrupulosa, minuciosa, o que demanda pessoal, tempo e custos. Isso colide com a economia buscada e a celeridade processual reclamada. Como uso da informática é considerado desejável pela Lei n. 14.133/2021, talvez possa baratear custos e apressar as informações necessárias. A esperar que os fornecedores estejam todos integrados a uma rede de informações sobre seus preços e condições de fornecimento de bens e serviços e execução de obras.

18.11. Medidas cautelares, prazos e justificativas (§ 1º do artigo 171)

A redação desse parágrafo parte do princípio de que as medidas cautelares são admitidas e devem continuar sendo admitidas. Percebe-se isso pela redação do dispositivo que, a rigor, pretende que os tribunais cumpram prazos e apresentem justificativas sobre os fundamentos da decisão.

Assim é que a regra é a seguinte: "Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o §2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente: I - as causas da ordem de suspensão e II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação de emergência". A redação entre aspas é

da lei. Em primeiro lugar, as causas da suspensão são as constantes da fundamentação da liminar. Agora, a exigência de apontar solução para garantir o interesse público leva-nos a uma transferência incrível de competências e responsabilidades para o órgão controlador. A conferir como serão as questões na aplicação prática da nova lei aos casos concretos de licitação.

Ainda quanto a prazos, o órgão ou entidade tem o prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação, para informar: a) as medidas adotadas para cumprimento da decisão, b) prestar as informações requeridas e c) proceder a apuração, se for o caso, de responsabilidade.

O §3º do artigo em exame impõe outras determinações aos órgãos de controle que, ao examinar o mérito da medida cautelar, devem "definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo ou determinar a sua anulação". De fato qualquer decisão deve ser fundamentada. Já opinar sobre medidas alternativas vai um pouco além de suas competências, obrigando-os a exercer funções de assessoramento.

18.12. Súmulas administrativas vinculantes e treinamento (artigos 172 e 173)

A versão final do projeto, conforme consignado na primeira edição desta obra, invadiu novamente a área de competência dos Tribunais de Contas ao estabelecer, na redação do artigo 172, que "deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativas à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados". Mais um golpe no pretendido sistema federativo brasileiro, que foi vetado no texto promulgado. Andou bem o veto, porque o Tribunal de Contas da União é um modelo, mas não um órgão interventor no funcionamento dos órgãos de controle estaduais e de municípios.

Finalmente, o artigo 173 determina que os Tribunais de Contas deverão, por meio de suas escolas de contas, "promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas."

Essas escolas de contas foram concebidas para treinamento e capacitação dos próprios funcionários dos Tribunais de Contas. A maioria já realiza treinamentos e capacitações com servidores dos órgãos jurisdicionados. São comuns seminários e encontros para discutir aspectos da execução dos orçamentos, licitações e contratos. Especialmente com o surgimento de uma nova lei com a importância da que estamos examinando, ainda que à luz de uma primeira leitura. Não há necessidade de impor uma espécie de prestação de serviço obrigatório aos órgãos sujeitos à sua fiscalização e controle.

18.13. Conclusões

A Lei n. 14.133/2021 não é um primor de redação, o que se compreende se levarmos em conta que é a fusão de dezenas e dezenas de propostas e projetos inteiros. Eles foram surgindo ao longo dos anos e assim também se chocam na defasagem do tempo em um mundo de bruscas e rápidas mutações. Vários redatores, com motivações e focos diferentes, não podem produzir um texto coerente de acordo com a melhor técnica legislativa. E alguns são maus redatores. Torna-se impossível uma sistematização adequada. Resta-nos a lição de Carlos Maximiliano quando lembra que a lei é obra humana e assim imperfeita. O seu aperfeiçoamento deve ser feito com a melhor interpretação.

Algumas reclamações quanto à atuação dos órgãos de controle foram ouvidas. Infelizmente em relação ao Congresso Nacional, a maior delas não foi atendida. A Lei de Licitações não trata de normas gerais. Ela é minudente em vários aspectos e obriga todos os entes constitucionais da mesma maneira. A Lei n. 14.133/2021 não deixa espaço para que possa haver um tratamento mais simplificado pelos municípios, especialmente os de pequeno porte, que são a imensa maioria. Importante notar ainda que o excesso de exigências formais é uma porta aberta para a fraude. Com isso também deixa de levar em conta uma das críticas comuns à Lei n. 8.666/1993, que ainda vai vigorar por 2 anos: a simplificação do processo de contratação.

Capítulo 19

Meios Alternativos de Resolução

Murillo Preve Cardoso de Oliveira

Advogado. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Árbitro da Câmara de Mediação e Arbitragem de Santa Catarina - CAMESC e da Câmara de Conciliação de Santa Catarina.

19.1. Nota introdutória

Se há muito tempo o uso de meios alternativos para a resolução de controvérsias não é nenhuma novidade, a discussão referente à sua necessidade, aplicabilidade e, até mesmo, real eficácia, continua em voga. Nesse aspecto, a nova lei de licitações dedicou o capítulo XII ao tema. Entre os artigos 151 a 154, a Lei n. 14.133/2021 trata dos meios alternativos de resolução de controvérsias nas contratações públicas.

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

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

Já no seu artigo 151 a Lei n. 14.133/2021 cuida, além de introduzir essa citada cláusula geral autorizativa, de ilustrar alguns dos meios alternativos de resolução de controvérsias que poderão ser utilizados:

Art. 150. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias,

notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Como se pode notar, a Lei n. 14.133/2021 cuidou de elencar, a título de exemplo, os seguintes mecanismos de resolução de conflitos: a conciliação, a mediação, a arbitragem e o comitê de resolução de disputas (*Dispute Boards*).

Quanto aos dois primeiros mecanismos que são previstos pela Lei n. 14.133/2021, a conciliação e a mediação, não existem grandes considerações a serem feitas. Trata-se de métodos já previstos há bastante tempo em âmbito do Direito Administrativo e, portanto, não são geradores de tantas controvérsias. Todavia, o mesmo não se pode dizer da arbitragem e do comitê de resolução de disputas (*Dispute Boards*). O último, inclusive, tem na Lei n. 14.133/2021 a sua estreia em uma legislação federal brasileira. É a primeira vez que o comitê de resolução de disputas (*Dispute Boards*) é previsto por uma lei federal.

Por essa razão, faz-se um estudo mais detalhado da arbitragem e do comitê de resolução de disputas (*Dispute Boards*), tratando dos principais pontos apresentados pela Lei n. 14.133/2021.

19.2. Arbitragem

Sem dúvidas, um dos maiores ganhos com a nova lei de licitações é a previsão expressa da arbitragem como meio alternativo de resolução de controvérsias. Embora se tenham estudos que identificam a arbitragem em âmbito da Administração Pública no Brasil já nos idos de 1850,¹ acredita-se que o instituto passou a realmente ganhar espaço no Direito Administrativo junto às grandes transformações sofridas pela Administração Pública no último século. Naquele momento, como uma forma de incentivo à iniciativa privada, que cada vez mais passava a interagir de uma maneira mercadológica com o Poder Público, era imprescindível que se apresentasse uma solução mais célere e especializada que o Poder Judiciário. Em resumo, pode-se dizer que o instituto começa a alcançar maior popularidade quando se torna uma alternativa a dois grandes problemas:

1 Em pesquisa realizada por Selma Lemes, a autora constata que "A eleição da arbitragem nos contratos administrativos e os particulares acompanha as concessões de obras e serviços públicos desde a sua origem nos idos de 1850, ano em que o Código Comercial brasileiro passa a vigorar [...]. As concessões outorgadas foram para obras e serviços públicos nos setores portuário, estradas de ferro, serviços, urbanos etc. Diversos contratos foram firmados com empresas estrangeiras e companhias criadas com o capital público." (LEMES, S. Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos Jurídicos e eficiência econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 56)

(i) à impossibilidade enfrentada pelo Poder Judiciário de suportar, de maneira exclusiva, o crescente aumento no volume de processos; e (ii) a maior complexidade técnica das demandas que o desenvolvimento social e tecnológico trouxeram.²

De toda forma, a primeira vez que a jurisprudência nacional enfrentou o tema foi no ano de 1973, no paradigmático Caso Lage, quando o Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que o Estado poderia participar de arbitragens.³ Das palavras do ministro à época Bilac Pinto retira-se: "a natureza consensual do pacto de compromisso, sendo de natureza consensual, não constitui foro privilegiado, nem tribunal de exceção, ainda que regulado por lei específica".⁴

Ainda assim, o julgamento acima não serviu para que a resistência que se tinha com a Administração Pública valendo-se de procedimentos arbitrais diminuísse. O Tribunal de Contas da União, a título de exemplo, era Corte que constantemente manifestava-se contrária ao uso do procedimento pelo Poder Público.⁵ A bem da verdade, o instituto só começou a alcançar novos patamares dentro do ordenamento jurídico nacional a partir do momento em que as barreiras a um suposto não atendimento ao princípio da legalidade começaram a ser derrubadas. Isso ocorreu com o surgimento de uma série de leis esparsas prevendo o instituto

2 MAROLLA, E. C. C. A Arbitragem e os contratos da Administração Pública. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 9-11.

3 STF, Tribunal Pleno, AI nº 52181/GB, Relator: Ministro Bilac Pinto, julgado em: 14/11/1973.

4 Ibidem.

5 Como acórdão paradigmático da negativa do instituto por parte do Tribunal de Contas da União, tem-se aquele prolatado pela 2ª Câmara da corte no processo administrativo TC 005.250/2002-2, instaurado por força de representação apresentada pela Federação Nacional dos Engenheiros – FNE contra a comercializadora Brasileira de Energia Emergencial – CBEE, empresa pública integrante da Administração Pública da União. Do acórdão desse caso retira-se "[...] Uma outra questão levantada diz respeito à cláusula 47 do contrato, que determina que, no caso de controvérsias relativas a ela, estas devem ser resolvidas por meio de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307/1996. [...] Acompanho o entendimento da Unidade Técnica de que os argumentos utilizados não devem ser acatados. Em relação à pretensa autorização contida na própria Lei 9.307/1996, o seu artigo 1º determina que poderão ser objeto de solução por via arbitral questões envolvendo direitos patrimoniais disponíveis. Não se pode falar em direito disponível quando se trata de fornecimento de energia elétrica, com o objetivo de atender boa parte da população brasileira que estava sofrendo o racionamento de energia. [...] Não existindo autorização legal para que a CBEE pudesse ter estabelecido a via arbitral para a solução das controvérsias contratuais, tal previsão não obedeceu a um dos princípios fundamentais que regem a administração pública, que é o da legalidade. Essa cláusula, portanto, deverá ser excluída do contrato [...]" (TCU, Acórdão nº 0584/2003, Órgão Julgador: 2ª Câmara, Relator: Ministro Ubiratan Aguiar, julgado em: 10/04/2003).

em contratos administrativos.⁶

Dentre essas leis, sem dúvidas as que mais tiveram impacto positivo para a consolidação do instituto foram as previsões do inciso III do artigo 11 da Lei n. 11.079/2004, que regula as parcerias público-privadas; e a inserção de previsão do instituto arbitral na Lei n. 8.987/1995, ao tratar das concessões tradicionais de serviços públicos, fruto do acréscimo do artigo 23-A pela Lei n. 11.165/2005.⁷

Contudo, ainda persistia uma lacuna na Lei n. 9.307/1996 (Lei de Arbitragem Nacional). Esse vácuo veio a ser preenchido pela Lei n. 13.129/2015, lei que promoveu a chamada "Reforma da Lei de Arbitragem". A Lei n. 13.129/2015 acrescentou aos textos dos artigos 1º e 2º da Lei n. 9.307/1996, respectivamente, as seguintes previsões:

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

6 Em pesquisa realizada por Gustavo da Rocha Schmidt, o autor identificou que a partir do ano de 1997 começam a surgir uma série de leis esparsas que autorizam a utilização da arbitragem em contratos administrativos celebrados com a Administração Pública. A título de exemplo o autor cita previsões como a "Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472/1997) estabelecendo que o contrato de concessão deverá indicar o 'modo para solução extrajudicial das divergências contratuais' (art. 93, XV). A Lei 9.478 (Lei Geral do Petróleo) que preconiza que são cláusulas essenciais, nos contratos de concessão do setor de óleo e gás, aquelas que dispõem 'sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e a sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional' (art. 43, X). Também, a Lei 10.233/2001, que criou a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ), que esclarecem que devem constar, obrigatoriamente, nos contratos de concessão, como cláusulas essenciais, as 'regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução. Incluindo conciliação e arbitragem' (art. 35, XI)", entre outras previsões que são listadas pelo autor. (SCHMIDT, G. da R. Arbitragem na Administração Pública. Curitiba: Juruá, 2018, p.32).

7 Art. 11. O instrumento convocatório conterà minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3º e 4º do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

[...]

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

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

§ 3º A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade.

A Lei n. 14.133/2021, no parágrafo único do artigo 151, no artigo 152 e no artigo 154 praticamente reproduz a previsão da Lei n. 13.129/2015:

[...] Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

[...]

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Pode-se dizer que a Lei n. 14.133/2021 perpassa, em resumo, por três temas atinentes à arbitragem com a Administração Pública: (i) a questão da arbitrabilidade objetiva e dos direitos disponíveis; (ii) o princípio da publicidade vinculado ao procedimento arbitral; e (iii) a necessidade de que a arbitragem seja de direito. Ocorre que, conforme já adiantado, tratam-se de previsões bastante genéricas, que não cuidam de procedimentalizar nenhum desses aspectos.

Veja-se que apesar de a Lei n. 14.133/2021 trazer que as questões passíveis de serem resolvidas serão as que envolvem direitos patrimoniais disponíveis e, até mesmo, ilustrar algumas dessas situações, não apresenta qualquer definição mais específica do que deve ser considerado como um "direito disponível". Da mesma forma, embora a Lei n. 14.133/2021 destaque que a arbitragem observará o princípio da publicidade, não apresenta qualquer indicativo de que maneira essa publicidade deve se dar na prática. O ponto envolvendo a escolha dos árbitros segue o mesmo caminho. Ainda que a nova lei de licitações apresente que precisam ser observados critérios "isonômicos", "técnicos" e "transparentes", não se tem qualquer explicação adicional do que o Legislador entende por um processo de escolha com essas características.

Portanto, e como forma de enfrentar essas controvérsias, passa-se para uma análise mais específica e detalhada desses tópicos levantados pela Lei n. 14.133/2021.

19.2.1. A Arbitrabilidade Objetiva e os Direitos Patrimoniais Disponíveis

A Lei n. 14.133/2021 prevê no parágrafo único do seu artigo 151 que “Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações”. Contudo, não delimita as matérias que se enquadram dentro da categoria de direitos disponíveis.

Enraizado na doutrina nacional, durante muito tempo a indisponibilidade do interesse público foi o principal obstáculo enfrentado pela Administração Pública para valer-se da arbitragem. Celso Antônio Bandeira de Mello é autor que há muito vem sendo contrário à adoção do instituto:

Não é aceitável perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas “extra commercium”. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto, condições de prestação, instrumentos jurídicos compostos em vista desse desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los, comprometimento destes mesmos recursos, são questões que ultrapassam por completo o âmbito decisório de particulares. Envolve interesses de elevada estrutura, pertinentes à sociedade como um todo e, bem isto, quando suscitarem algum quadro conflitivo entre partes só podem ser solutos pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde um serviço público e que esteja dessarte com ele embricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve.⁸

Todavia, esse posicionamento da doutrina encontra-se em muito superado, sendo hoje bastante minoritário. São das palavras do Ministro Eros Grau que se retira o melhor entendimento da questão na atualidade:

Dispor de direitos patrimoniais é transferi-los para terceiros. Disponíveis são os Direitos Patrimoniais que podem ser alienados. A Administração, para a realização do interesse público pratica atos, da mais variada ordem, dispondo de determinados direitos patrimoniais, ainda que não possa fazê-lo em relação a outros deles. Por exemplo, não pode dispor dos direitos patrimoniais que detém sobre os bens públicos de uso comum. Mas é certo que inúmeras vezes deve dispor de direitos patrimoniais,

8 BANDEIRA DE MELLO, C. A. As Parcerias Público-Privadas (PPPs), Migalhas, 12 jan. 2006. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/20266/as-parcerias-publico-privadas--ppps>. Acesso em: 13 dez. 2020.

sem que com isso esteja a dispor do interesse público, porque a realização deste último é alcançada mediante disposição daquele.⁹

Logo, o princípio da indisponibilidade do interesse público, em si, não é obstáculo para o uso da arbitragem com o Poder Público. A questão está muito mais em saber quais matérias envolvendo direitos patrimoniais são passíveis de serem arbitradas. Nesse aspecto, apesar de a Lei n. 14.133/2021 ilustrar alguns temas, não se mostra suficiente para abarcar todas as matérias passíveis de serem resolvidas pela via arbitral. Definição precisa de quais seriam essas matérias foi formulada pelos autores Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam. Para estes, seriam arbitráveis:

1. os termos sacramentados no contrato administrativo, pelas cláusulas regulamentares que são aquelas que disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço;
2. as cláusulas econômico-financeiras e monetárias que são aquelas correspondentes à equação econômico-financeira do contrato;
3. as hipóteses em que se assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, pois dizem respeito à economia do contrato;
4. as consequências patrimoniais advindas do uso das prerrogativas administrativas determinadas em cláusulas exorbitantes que afetem direitos do particular, especialmente as relacionadas ao dever de indenizar e recompor o equilíbrio econômico-financeiro.¹⁰

Outras previsões legislativas mais recentes envolvendo a arbitragem e a Administração Pública também apresentam uma lista exemplificativa das matérias que seriam arbitráveis. A título de exemplo, pode ser citado o Decreto Federal n. 10.025/2019, que no seu artigo 2º trouxe que, entre outras, consideram-se controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis as que envolvam: (i) questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e (iii) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes.

Essa parece ser uma das saídas: que cada vez mais as previsões legais envolvendo o instituto arbitral especifiquem os direitos patrimoniais passíveis de

9 GRAUS, E. R. Arbitragem e Contrato administrativo. Revista Trimestral de Direito Público, n. 32, p. 20, 2000.

10 OLIVEIRA, G. J. de; ESTEFAM, F. F. Curso Prático de arbitragem e administração pública. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 61.

serem arbitrados, trazendo listas exemplificativas mais robustas, como forma de dar maior segurança jurídica ao instituto. É nesse ponto que, ao apresentar previsões tão genéricas, a Lei n. 14.133/2021 perdeu a grande oportunidade que tinha de dar uma maior clareza ao assunto e pôr fim em algumas controvérsias.

19.2.2. O Princípio da Publicidade vinculado ao procedimento arbitral e a Arbitragem de Direito

De maneira acertada, a nova lei de licitações traz a expressa previsão de que o processo arbitral envolvendo licitações e contratos administrativos deve se atentar ao princípio da publicidade. Essa previsão é importante, porque ainda hoje uma falsa polêmica circunda o cenário da arbitragem com a Administração Pública: como se respeitar o princípio da publicidade ao qual a Administração Pública está vinculada, tendo em vista o sigilo que envolve os processos arbitrais?

Entretanto, esse suposto conflito é apenas aparente.

Como bem leciona Carlos Alberto Carmona, é inegável que o sigilo que torna confidencial todo o procedimento arbitral é um dos principais atrativos e vantagens da arbitragem.¹¹ Todavia, como esclarece o autor, o sigilo "é uma característica que pode – apenas pode – ser estabelecida pelas partes, nada impedindo que os litigantes, por qualquer razão, abram mão da confidencialidade que geralmente cerca o procedimento arbitral".¹² Ou seja, embora o sigilo seja uma prática recorrente da arbitragem, não é um requisito obrigatório. Por isso, a despeito das principais câmaras de arbitragem do País disporem em seus regimentos sobre a confidencialidade dos litígios, nada impede que o acordo das partes afaste essa previsão. As partes escolhem se querem submeter o seu processo arbitral a esse sigilo, o que, por consequência lógica, possibilita que a Administração Pública possa figurar em um processo arbitral e este não ser confidencial.

Assim, a real discussão a ser travada, advinda com a Lei n. 14.133/2021, não é sobre a necessidade da publicidade em arbitragens que envolvam a Administração Pública, mas, sim, de que maneira e como essa publicidade pode e deve se perfectibilizar na prática. Nesse ponto é que a nova lei de licitações também deixa a desejar, afinal, perde a chance de regulamentar uma série de questões: (i) quais documentos do processo arbitral deverão ser públicos?; (ii) quais atos do procedimento arbitral se submeteriam à exigência da publicidade?; e, mais importante, (iii) as câmaras arbitrais e os seus regulamentos também

11 CARMONA, C. A. Arbitragem e processo – Um comentário à Lei n. 9.307/1996. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 51.

12 Idem.

necessitam observar o dever de publicidade?

Gustavo da Rocha Schmidt em sua obra "Arbitragem na Administração Pública" traz à tona discussão sobre a quem compete o dever de publicidade, ou seja, se seria ele um dever exclusivamente estatal ou uma previsão também a ser seguida pelos árbitros e entidades responsáveis por gerir o procedimento arbitral.¹³ O autor apresenta que no começo o entendimento foi que esse dever de publicidade recaía unicamente perante o Poder Público, devido à câmara arbitral se tratar de uma mera prestadora de serviços. No entanto, já se percebe que as normativas mais recentes, como a da Lei n. 13.129/15, alteraram esse cenário.¹⁴ Hoje se entende que o Poder Público, árbitros e câmaras arbitrais devem trabalhar em conjunto para dar efetividade a essa transparência que é exigida em processos arbitrais que envolvam o Poder Público.

Atualmente já se vislumbra o surgimento de previsões em decretos e regulamentos camerais abordando como essas entidades devem se comportar em relação ao dever de publicidade. Em pesquisa realizada pelos já citados autores Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam, os pesquisadores levantaram que o Decreto n. 46.245/2018 do Estado do Rio de Janeiro, no § 3º do seu artigo 13, estabelece que são públicas "as petições, os laudos periciais e as decisões dos árbitros de qualquer natureza". Por sua vez, a Lei n. 19.477/2011 do Estado de Minas Gerais, que dispõe sobre a adoção do juízo arbitral para a solução de litígio em que o Estado seja parte, traz em seu artigo 6º que a arbitragem deverá ser "instaurada mediante processo público". Têm-se ainda a previsão do Decreto n. 10.025/2019, que prescreve, no inciso IV do seu artigo 3º, que "as informações sobre o processo de arbitragem serão públicas, ressalvadas aquelas necessárias à preservação de segredo industrial ou comercial e aquelas consideradas sigilosas pela legislação brasileira".^{15 16}

13 SCHMIDT, G. da R. Arbitragem na Administração Pública. Curitiba, Juruá, 2018, p. 59.

14 Ibidem, p. 59-60.

15 Informações retiradas de pesquisa realizada por: OLIVEIRA, G. J. de; ESTEFAM, F. F. Curso Prático de arbitragem e administração pública. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 61.

16 Sobre esse tema, ainda apresentam Gustavo Justino de Oliveira e Felipe Faiwichow Estefam que "Para evitar controvérsias acerca do grau de publicidade, é prudente que no início do processo arbitral seja determinado o que será publicado pela Administração, à luz do regime jurídico aplicável. Surgindo conflitos entre as partes quanto a tal tema, ante o princípio da competência-competência (art. 8º, parágrafo único, da LA) e o art. 13 da LA, a controvérsia deve ser resolvida pelo árbitro". (OLIVEIRA, G. J. de; ESTEFAM, F. F. Curso Prático de arbitragem e administração pública. São Paulo: Thomson Reuters, 2019, p. 61).

Perfilhando dos mesmos entendimentos acima, vários regulamentos de câmaras arbitrais brasileiras já trazem previsão com algumas maneiras para a publicidade efetivar-se na prática. A título de exemplo, cita-se: os artigos 12.1, 12.2 e 12.3 da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – CAMARB; a Resolução n. 3/2018 da Fiesp/Ciesp; e a Câmara de Comércio Brasil-Canadá – CCBC, em sua Resolução Administrativa n. 15/2016.

Porém, ainda que tenham começado a nascer previsões como as apresentadas acima, não são poucos os desafios que surgirão para que se possa realmente conhecer a extensão e em qual intensidade deve se dar a publicidade nos processos arbitrais envolvendo o Poder Público. Nesse ponto, insista-se, a Lei n. 14.133/2021 falha ao apresentar previsão tão ampla, sem trazer qualquer detalhamento adicional para a forma com que deve se perfectibilizar essa publicidade na prática.

Por fim, no que tange à expressa previsão de que a arbitragem precisa ser de Direito, não são necessárias muitas digressões. Essa previsão é aplicação direta do princípio constitucional da legalidade que envolve os atos da Administração Pública, insculpido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Uma vez que Administração Pública deve atuar de acordo com o Direito que está posto, é decorrência lógica que os seus conflitos precisam ser resolvidos com base nesse ordenamento, o que impede que se tenham arbitragens envolvendo a Administração Pública resolvidas por equidade.

19.2.3. Outras considerações

Como já destacado, a Lei n. 14.133/2021 é bastante imprecisa ao prever os mecanismos alternativos de resolução de controvérsias. Sendo assim, a redação da convenção arbitral nos contratos regidos pela nova lei de licitações precisará ser sempre formulada com zelo redobrado. Por essa razão, e apesar da Lei n. 14.133/2021 não os prever, chama-se atenção que os temas abaixo deverão ser previstos e enfrentados pelas convenções arbitrais a serem celebradas com os entes públicos. São eles:

1. esclarecer a forma de instituição do processo arbitral, isso é, se ele vai se dar de maneira *ad hoc* ou institucional;
2. o idioma oficial do processo arbitral ser o português;

Quanto ao primeiro ponto, nas arbitragens institucionais, as partes submetem o procedimento às regras estipuladas no regulamento da Câmara de Arbitragem que administrará o litígio. Por sua vez, nas arbitragens *ad hoc*, são as próprias partes que estabelecem quais as regras procedimentais da avença ou, na ausência de estipulações prévias, submetem-se às determinações dos árbitros

escolhidos. Apesar da escolha entre arbitragem institucional ou arbitragem *ad hoc* estar intimamente ligada à autonomia da vontade das partes, é de se ressaltar que, via de regra, a escolha pelas arbitragens institucionais é mais interessante à segurança procedimental, sobretudo pelo fato de vincular o litígio às regras de procedimento previamente estipuladas por Câmaras Arbitrais especializadas.

Na mesma linha de entendimento, Gustavo da Rosa Schmidt destaca que apesar das partes possuírem a liberdade de decidir por qualquer um dos dois modelos, quando se trata de procedimentos arbitrais com os entes públicos, é de bom tom que se dê preferência ao modelo institucional, já que esse tende a minimizar as chances de o procedimento acabar judicializado. Afinal, na arbitragem institucional é a Câmara quem vai ser responsável por uma série de decisões atinentes ao procedimento, como nomeação/impugnação dos árbitros, honorários, ou, mesmo, questões relativas a uma possível extensão da cláusula compromissória a terceiros, existência de jurisdição arbitral, entre outros pontos.¹⁷ Mesmo entendimento é adotado por Ricardo Yamamoto, ao destacar que hoje é quase consenso que deve se dar preferência a uma arbitragem institucionalizada, uma vez que já possui regras existentes e que já foram testadas na prática.¹⁸

Quanto à necessidade de o idioma oficial ser o português, não são necessárias digressões adicionais. Embora não seja exigido o idioma português por todas as leis que preveem procedimentos arbitrais com o Poder Público, é inegável que a preferência pela língua portuguesa, além de facilitar a fiscalização posterior por órgãos de controle e por tribunais,¹⁹ ainda vai ao encontro do princípio da publicidade ao qual a Administração Pública está vinculada.

19.3. Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*)

Sem medo de errar, a grande novidade, no que tange à resolução de conflitos, apresentada pela Lei n. 14.133/2021 é a previsão, expressa, dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) como um meio alternativo de resolução de controvérsias. O ganho, nesse aspecto, é duplo: além de positivar que os contratos administrativos podem valer-se dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) para resolver e prevenir seus conflitos, ainda se torna a primeira lei federal

17 SCHMIDT, G. da R. Arbitragem na Administração Pública. Curitiba: Juruá, 2018, p. 68.

18 YAMAMOTO, R. Arbitragem e Administração Pública: uma análise das cláusulas compromissórias em contratos administrativos. Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito. 2018, p. 80.

19 Idem

brasileira a prever o instituto, colocando uma pá de cal nas discussões atinentes à possibilidade de a Administração Pública valer-se do seu uso, visto que não existia previsão legal.

Por outro lado, e infelizmente, também nesse caso a Lei n. 14.133/2021 fez uma previsão solta do instituto, não trazendo qualquer explicação ou regulamentação à modalidade. Válido, portanto, que se apresente o instituto e aproveite-se para analisar algumas das suas peculiaridades quando previsto em relações contratuais em que uma das partes é um ente público.

19.3.1. O conceito de *Dispute Boards*

Nos últimos anos um método de resolução de conflitos extrajudiciais vem ganhando espaço no mundo do Direito: trata-se dos *Dispute Boards*, também conhecidos como Comitês de Resolução de Disputas (CRD). Embora o aumento da popularidade do instituto seja recente, o primeiro registro de utilização dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) para resolução de conflitos remonta à década de 1960, durante a construção da *Boundary Dam*, na cidade de Washington, nos Estados Unidos. Nessa ocasião, as partes celebraram um *Joint Consulting Board*, que ficaria ativo durante toda a relação contratual para a emissão de opiniões não vinculantes sobre os conflitos que eventualmente surgissem ao longo da construção.²⁰

Em breve síntese, os comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) podem ser conceituados como um mecanismo de solução de controvérsias que consiste na formação de um comitê de especialistas em matérias técnicas e diversas que, juntos, vão acompanhar o desenvolvimento de um contrato (geralmente de longa duração). Esse comitê acompanha a execução contratual desde o seu início, permitindo que seus membros compreendam todas as etapas de execução do objeto e, por consequência, possam atuar da melhor forma possível tanto na prevenção, quanto na resolução de possíveis conflitos que venham a surgir. Nessa mesma linha, apresenta o autor Arnoldo Wald que o instituto dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) se trata de:

[...] painéis, comitês ou conselhos, para a solução de litígios cujos membros são nomeados por ocasião da celebração do contrato e que acompanham a sua execução até o fim, podendo, conforme o caso, fazer

20 BUENO, J.; FIGUEIREDO, A. Os dispute boards em contratos de construção e grandes projetos de infraestrutura. FGV projetos, ano 12, n. 30, abr.-maio 2017. p. 88. Disponível em https://fgvprojetos.fgv.br/sites/fgvprojetos.fgv.br/files/cadernosfgvprojetos_30_solucaodeconflitos_0.pdf. Acesso em: 18 ago. 2020.

recomendações (no caso dos *Dispute Review Boards* – DRB) ou tomar decisões (*Dispute Adjudication Boards* – DAB) ou até tendo ambas as funções (*Combined Dispute Boards* – CDB), conforme o caso, e dependendo dos poderes que lhes foram outorgados pelas partes.²¹

Inclusive, um dos grandes diferenciais dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) em relação aos demais meios de resolução de conflitos extrajudiciais é o momento em que o comitê é formado. Isso porque, e conforme já adiantado, geralmente a indicação de especialistas e a consequente formação do comitê já ocorre no início da relação contratual, ou seja, antes mesmo que alguma desavença na relação entre as partes aconteça. Por essa razão, quando for chamado a se manifestar, o comitê tanto deve levar em conta o seu conhecimento técnico, como as informações que adquiriu ao longo de todo o tempo em que acompanhou a formação e a execução do contrato.

Em acréscimo, vale mencionar que no caso dos contratos com a Administração Pública que tenham como objeto a construção de obras públicas, uma das principais vantagens dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) é evitar que os trabalhos sejam paralisados ou até inviabilizados em razão de disputas técnicas. Além de diminuir os custos inerentes aos litígios envolvendo o concessionário e a Administração, evita-se o atraso na execução do contrato.²²

Naturalmente, a utilização dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) no âmbito público conterà requisitos especiais que deverão ser observados pelas partes contratantes, em especial pelo Poder Público. Em observância ao princípio da legalidade, a previsão dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) nos contratos vinculados à Administração Pública deve constar no edital e no anexo referente à minuta do contrato que será firmado. No contrato administrativo, deverá estar prevista a modalidade de comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) que será utilizada e as regras que irão reger o procedimento, podendo já haver a indicação de Regulamento de Câmara especializada. Por certo, nos locais onde há legislação municipal e/ou estadual vigente acerca da utilização de comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*), as regras específicas também deverão ser rigorosamente observadas por ambas as partes.

21 WALD, A. *Dispute Resolution Boards: evolução recente*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 8, n. 30, p. 139-151, jul./set. 2011.

22 ANDRADE, J. L. de. *Os potenciais impactos da adoção dos comitês de resolução de disputas nos contratos da administração pública*. Revista Controle Doutrina e Artigos, Fortaleza, v. 16, n. 2, jul.-dez. 2018. p. 32.

19.3.2. Modalidades e momento de formação dos comitês de resolução de disputas (Dispute Boards)

O instituto dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) possui diferentes modalidades e características quanto ao momento de sua formação.

Quanto ao momento de formação, pode-se dizer que há duas alternativas possíveis. A primeira é o "Dispute Board permanente". Nessa hipótese o Comitê é formado no momento da pactuação do negócio jurídico e permanece em funcionamento ao longo de toda a relação contratual, ainda que não surjam controvérsias entre as partes. A segunda alternativa é o "Dispute Board *ad hoc*", que seria o caso em que o Comitê é formado somente se surgirem desavenças contratuais. O "Dispute Board *ad hoc*" permanecerá vigente até a prolação da decisão e a finalização dos demais procedimentos a ela aplicáveis.

Já no que se refere às modalidades dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*), três podem ser mencionadas, sendo que a diferença marcante entre elas vai estar intimamente ligada ao teor das suas decisões, isso é, se vão ser vinculantes, ou não.

A primeira modalidade é o *Dispute Review Boards* (DRBs), pela qual os membros do Comitê emitem recomendações às partes. Vale ressaltar que, se as partes não apresentarem objeção à recomendação apresentada pelo Comitê, esta passará a ter efeito imediatamente vinculante às partes, sendo que o seu descumprimento poderá acarretar penalidades contratuais e legais. Os artigos 2.2, 2.3 e 2.5 do "Regulamento do CAM-CCBC sobre o Comitê de Prevenção e Soluções de Disputas" podem ser utilizados como interessante exemplo prático acerca dos *Dispute Review Board*, pois são expressos ao dispor que a ausência de impugnação torna a recomendação do Comitê imediatamente vinculante às partes contratantes. O item 2.4 do mesmo Regulamento ainda dispõe que a parte que apresentar "rejeição" à recomendação deverá iniciar procedimento arbitral ou judicial no prazo máximo de 30 dias contados da submissão da notificação de rejeição, caso contrário, a recomendação se tornará vinculante e de cumprimento imediato.

A segunda modalidade é o *Dispute Adjudication Board* (DABs), pela qual os membros do Comitê emitem decisões de adoção obrigatória e imediata às partes. Nesse caso, o seu descumprimento acarretará os efeitos legais e contratuais inerentes. A decisão do Comitê permanecerá obrigatória e com efeito vinculante às partes, salvo no caso de revisão desta por meio de submissão da controvérsia à arbitragem ou ao Poder Judiciário.

Por fim, a terceira modalidade é o *Combined Dispute Boards* (CDBs), que são os Comitês que combinam as duas alternativas apresentadas anteriormente, emitindo recomendações e decisões de acordo com a situação que lhes é submetida pelas partes.

Feita essa breve explicação sobre as modalidades e o momento da formação dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*), também é interessante que se analise a postura do Poder Judiciário quando confrontado com questões relativas à necessidade ou não de revisão de uma decisão proferida pelos Comitês.

Em julgado de julho de 2018, ocorrido no Agravo de Instrumento n. 2096127-39.2018.8.26.0000, a 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo enfrentou interessante impasse envolvendo decisão proferida por Comitê de Resolução de Disputas.

No caso, a "Companhia do Metropolitano de São Paulo - Metrô" propôs ação judicial em face do "Consórcio TC - Linha 4 Amarela", com o objetivo de revisar decisão proferida pelo Dispute Board constituído no contrato vigente entre as partes. O juízo de primeiro grau, em sede liminar, deferiu pedido de tutela de urgência e suspendeu os efeitos da decisão proferida pelo Comitê.

Por essa razão, a requerida interpôs agravo de instrumento em face da decisão interlocutória, tendo como um dos seus principais fundamentos a incompatibilidade do deferimento de decisões liminares pelo Poder Judiciário para a suspensão dos efeitos de decisões dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*). Basicamente, a lógica era a seguinte: se o Comitê já é criado para possibilitar que a obra não seja paralisada, tendo as suas decisões eficácia e aplicabilidade imediata, não faria sentido o deferimento de medidas liminares de caráter suspensivo pelo judiciário.

No acórdão, o Desembargador Relator Torres de Carvalho, dando provimento ao recurso, corretamente ponderou ser plenamente possível o deferimento de tutelas provisórias de urgência quando da análise das decisões proferidas pelos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*), mas também consignou que "[...] a interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade, para que a resolução amigável não se torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta. O edital e o contrato devem ser respeitados, salvo específico motivo aqui não demonstrado".

Sem dúvidas o referido julgado representa um importante passo no desenvolvimento dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) em território nacional, ficando consignado na fundamentação do acórdão que, no entendimento do relator, a interferência do Poder Judiciário deve estar limitada aos casos que fujam da normalidade, conferindo assim maior autoridade e segurança jurídica às decisões proferidas pelos Comitês.

19.3.3. Outras considerações

Por fim, ainda se faz importante destacar que, embora ao longo dos anos

tenha crescido o prestígio dos métodos de resolução de conflitos extrajudiciais em âmbito nacional, eles ainda são tímidos quando comparados a outros países. Sendo assim, o instituto dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) ainda não se encontra totalmente adaptado no ordenamento jurídico brasileiro, embora seja inegável o seu desenvolvimento nos últimos tempos.

Ainda que a Lei n. 14.133/2021 seja a primeira previsão legislativa federal para o tema, em âmbito municipal, já se vislumbrava, embora de maneira encaixada, algumas previsões legais versando sobre o instituto. Um exemplo seria a Lei n. 16.873/2018, da cidade de São Paulo, que determina a utilização de comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) para "dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis em contratos continuados da Administração Direta e Indireta do Município de São Paulo".

Inegável, contudo, que dentro do Direito brasileiro, o ambiente em que o instituto dos *Dispute Boards* mais se encontra desenvolvido e vem sendo constantemente previsto é nos regulamentos das Câmaras de Mediação e Arbitragem. Conforme inclusive já exemplificado, são inúmeras as câmaras nacionais que possuem um regulamento próprio para o instituto.

O que se percebe é que, ainda que em passos suaves, o instituto dos comitês de resolução de disputas (*Dispute Boards*) vem ganhando espaço no ordenamento jurídico brasileiro, sendo papel dos operadores do direito, em especial aqueles que possuem experiência teórica e prática com o tema, empenharem-se, com afinco, para possibilitar que o mecanismo seja bem compreendido pelo judiciário e órgãos de controle.²³ A Lei n. 14.133/2021, nesse ponto, acerta em cheio ao expressamente citar o instituto e, enfim, positivá-lo no ordenamento jurídico brasileiro.

23 SALLA, R. M. Dispute boards: uma realidade a ser fortalecida. Artigo publicado no Jota em 25 dez. 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/dispute-boards-uma-realidade-a-ser-fortalecida-25122019>. Acesso em: 13 dez. 2020.

Capítulo 20

Alteração no Código de Processo Civil: tramitação prioritária dos procedimentos judiciais em que se discute a aplicação da lei de licitações

Renan Fontana Ferraz

Advogado. Pós-graduando em Direito Processual Civil pelo CESUSC. Graduado em Direito pela UFSC. Graduado em Administração Empresarial pela UDESC.

20.1. O artigo 177 da Lei n. 14.133/2021

O artigo 177 da Lei n. 14.133/2021 insere um novo inciso no artigo 1.048¹ da Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil), que trata da tramitação prioritária de procedimentos judiciais em qualquer grau de jurisdição, e conta com a seguinte redação:

Art. 177. O *caput* do art. 1.048 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:

“Art. 1.048. [...]”

IV – em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação a que se refere o inciso XXVII do *caput* do art. 22 da Constituição Federal. [...]”

Conforme informado no Parecer n. 181/2020 do Plenário do Senado Federal, que aprovou o Projeto de Lei n. 4.253/2020 (substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado n. 559/2013) com emendas e ressalvas, o artigo 177 da Lei n. 14.133/2021 é fruto de alteração promovida pela Câmara dos Deputados e seu objetivo é conceder prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação.

¹ Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais: [...]

20.2. O conceito de normas gerais de licitação e contratação e a abrangência do dispositivo

A nova redação do inciso IV do artigo 1.048 do Código de Processo Civil proposta pelo artigo 177 da Lei n. 14.133/2021, se considerada de forma literal, aponta que a prioridade de tramitação passa a abarcar todos os procedimentos judiciais que tratam da aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação ou, em outras palavras, de todos os procedimentos judiciais que versem sobre tudo aquilo que é disposto na lei de licitações.

É que o *caput* do artigo 1º da Lei n. 14.133/2021 disciplina que ela “estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”, deixando claro que o vocábulo “normas gerais de licitação e contratação” corresponde ao exato objeto da lei e que, portanto, a prioridade de tramitação deve ser reconhecida em todos os procedimentos judiciais que tratem da aplicação da lei de licitações, indistintamente.

Isso quer dizer que tanto os procedimentos judiciais que visem questionar atos praticados no decorrer dos processos licitatórios como aqueles que busquem discutir questões contratuais ou dirimir conflitos após o término do prazo de vigência dos contratos administrativos devem contar com prioridade na tramitação. Sejam mandados de segurança questionando termos dos editais, ações declaratórias de nulidade de atos de julgamento praticados pelas comissões de licitação, ações condenatórias para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro de contratos ou ações discutindo a aplicação de sanções administrativas, todos devem tramitar com preferência no Poder Judiciário.

Mais do que isso, ações de improbidade administrativa fundadas no inciso VIII do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, por exemplo, também se enquadram no conceito de “procedimentos judiciais em que se discute a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação”, pelo que devem igualmente tramitar com prioridade, na forma do novo inciso VI do artigo 1.048 do Código de Processo Civil.

Essa foi, em princípio, a intenção do Legislador quando da edição do artigo 177 da Lei n. 14.133/2021. De toda sorte, caberá à doutrina e à jurisprudência verificar, na prática, quais serão os desdobramentos dessa interpretação e, se for o caso, provocar alterações para restringir a sua incidência.

20.3. A tramitação prioritária no direito brasileiro

Para melhor compreender as possíveis consequências do artigo 177 da Lei n. 14.133/2021, é pertinente realizar uma breve análise da conjuntura histórica da

prioridade de tramitação no direito brasileiro.

Nada mais trivial do que afirmar que um dos principais entraves para o efetivo acesso à justiça no Brasil é a demora na prestação jurisdicional. O saudoso Rui Barbosa não deixou de registrá-lo no sempre atual brocardo "a justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta".²

A Constituição Federal de 1988, em seu texto original, positivou o acesso à justiça como direito fundamental de todos os brasileiros no inciso XXXV³ do seu artigo 5º. O acesso à justiça, no entanto, não se encerra no acesso à jurisdição. Muito mais do que isso, liga-se à efetividade do processo e à efetiva entrega da prestação jurisdicional.

Na concepção clássica e ainda presente em parte da doutrina processual, o direito de ação é sinônimo de direito à solução do litígio ou direito a uma sentença de mérito, seja ela de procedência ou de improcedência do pedido. Essa dimensão incompleta e restritiva é um dos motivos para o distanciamento entre o direito de ação e o direito à duração razoável do processo. Por outro lado, se se entender que o direito de ação diz respeito às técnicas processuais necessárias para viabilizar a obtenção das tutelas prometidas pelo direito material, ele se aproxima do direito à duração razoável do processo. Quando se compreende que o direito à ação corresponde, na verdade, à obtenção da tutela do direito material, leva-se em consideração a sua "efetividade", o que reclama, inevitavelmente, "tempestividade". Em outras palavras, quando se afasta a concepção clássica de direito de ação e passa-se a compreendê-lo como direito à tutela jurisdicional efetiva, o direito à tempestividade (ou à celeridade) da prestação jurisdicional é inserido no direito de ação.⁴

Pode-se dizer que em busca dessa efetividade do acesso à justiça a Emenda Constitucional n. 45/2004 inseriu um novo direito no rol de garantias fundamentais constitucionalmente asseguradas aos cidadãos, trazendo o direito à celeridade processual em seu inciso LXXVIII.⁵

Ligada à duração razoável do processo e ao próprio direito de ação, a

2 BARBOSA, R. Oração aos Moços, 1921.

3 Art. 5º [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

4 MARINONI, L. G. Direito fundamental à duração razoável do processo. Belo Horizonte: Fórum, v. 10, n. 51, set. 2008.

5 Art. 5º [...] LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

tramitação prioritária foi inicialmente prevista no direito brasileiro pela Lei n. 8.069/1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente. Posteriormente, o direito à prioridade na tramitação também foi trazido na Lei n. 10.741/2003, que dispõe sobre o Estatuto do Idoso. No ano de 2005, o Superior Tribunal de Justiça editou a Resolução n. 02/2005 para conferir prioridade no julgamento dos processos cuja parte seja pessoa portadora de deficiência, desde que a causa em juízo tenha vínculo com a própria deficiência, conforme o disposto no artigo 9º⁶ da Lei n. 7.853/1989.⁷

Finalmente, em 2009, a Lei n. 12.008/2009 alterou as Leis n. 5.869/1973 (Código de Processo Civil) e n. 9.784/1999 (que disciplina o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) para incluir dispositivos tratando do direito à prioridade na tramitação de processos para pessoas idosas ou portadoras de doença grave.

Vê-se que a prioridade na tramitação no Brasil historicamente está ligada às pessoas em situação de vulnerabilidade e foi instituída não apenas em procedimentos judiciais como também nos processos administrativos junto à Administração Pública Federal.

Desse modo, mais do que garantir a duração razoável do processo, a tramitação prioritária associa-se intimamente à preservação da dignidade da pessoa humana, por meio do amparo às pessoas idosas e enfermas, configurando verdadeira norma de política judiciária.⁸

20.3.1. A tramitação prioritária no Código de Processo Civil

Originariamente, o texto do Código de Processo Civil de 1973 não continha disposições destinadas à prioridade na tramitação de processos judiciais. Foi após a edição da Lei n. 12.008/2009 que o diploma processual brasileiro passou a

6 Art. 9º A Administração Pública Federal conferirá aos assuntos relativos às pessoas portadoras de deficiência tratamento prioritário e apropriado, para que lhes seja efetivamente ensejado o pleno exercício de seus direitos individuais e sociais, bem como sua completa integração social.

7 Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências.

8 Foi nesse sentido o registro da Ministra Nancy Andrighi no julgamento do REsp n. 1801884/SP, da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 21/05/2019.

contar com os artigos 1.211-A⁹, 1.211-B¹⁰ e 1.211-C¹¹ tratando do direito à tramitação prioritária e do procedimento para a sua concessão.

O Código de Processo Civil de 2015, por outro lado, foi concebido já sob premissas que buscam privilegiar a efetividade do processo e a sua tramitação célere. Dentre diversos dispositivos nesse sentido, os seus artigos 3º e 4º trazem para o Código de Processo Civil os princípios constitucionais do acesso à justiça e da celeridade processual ao disporem, respectivamente, que "Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito" e que "As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa".

Desde a sua edição, o Código de Processo Civil de 2015 contou com o artigo 1.048 tratando sobre a prioridade de tramitação processual a idosos e portadores de doenças graves e dos procedimentos para o reconhecimento desse benefício. Posteriormente, em 2019, a Lei n. 13.984/2019 incluiu o inciso III no dispositivo, passando a agraciar também as vítimas de violência doméstica e familiar.

20.3.2. A redação do artigo 1.048 do Código de Processo Civil antes da alteração promovida pela Lei n. 14.133/2021

A redação do artigo 1.048 do Código de Processo Civil antes da alteração promovida pela Lei n. 14.133/2021 contava com três incisos dispondo sobre as hipóteses em que os procedimentos judiciais tramitariam com prioridade, seguindo o modelo do que já vinha sendo praticado no passado:

Art. 1.048. Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

I – em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos ou portadora de doença grave, assim

9 Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.

10 Art. 1.211-B. A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 1º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

11 Art. 1.211-C. Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite, companheiro ou companheira, em união estável.

compreendida qualquer das enumeradas no art. 6º, inciso XIV, da Lei n. 7.713, de 22 de dezembro de 1988;

II – regulados pela Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

III – em que figure como parte a vítima de violência doméstica e familiar, nos termos da Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha).

Nota-se que, inclusive em relação ao inciso III, incluído pela Lei n. 13.984/2019, ou seja, após a vigência do Código, todas as hipóteses tratam de pessoas em situação de vulnerabilidade, seja em razão de idade, patologia grave ou violência doméstica.

Os parágrafos do artigo 1.048 do Código de Processo Civil já disciplinavam o procedimento inerente ao reconhecimento da prioridade na tramitação e contam com a seguinte redação:

Art. 1.048 [...]

§ 1º A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 2º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.

§ 3º Concedida a prioridade, essa não cessará com a morte do beneficiado, estendendo-se em favor do cônjuge supérstite ou do companheiro em união estável.

§ 4º A tramitação prioritária independe de deferimento pelo órgão jurisdicional e deverá ser imediatamente concedida diante da prova da condição de beneficiário.

A leitura dos dispositivos permite algumas conclusões. A primeira delas é de que o direito à tramitação prioritária é pessoal e disponível, já que o interessado deve requerê-lo à autoridade judiciária competente – caso lhe seja favorável, evidentemente, pois se trata de um benefício. Trata-se de um direito subjetivo que depende de requerimento, já que em alguns casos pode ser benéfico e em outros maléficis ao possuidor. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já registrou o seguinte:

Para haver tramitação prioritária de processo em que figure pessoa idosa como parte ou interveniente, é indispensável comprovação documental bastante da idade do beneficiário e que a prioridade seja requerida

expressamente, pela pessoa idosa, devidamente representada por advogado, salvo se estiver litigando em juízo onde se admita a postulação leiga. A exigência do requerimento é justificada, porquanto nem todo processo em que figure pessoa idosa como parte ou interveniente a tramitação prioritária vem a favorecê-la. Em algumas situações, notadamente quando haja indicação de que o provável resultado final da demanda lhe será favorável – a exemplo da execução fiscal, cujos embargos ajuizados pelo devedor idoso tenham poucas chances de êxito e estejam suspendendo o processo executivo –, a tramitação prioritária não lhe trará benefícios. [...]”¹²

A segunda constatação é de que o direito à prioridade na tramitação constitui direito transmissível em caso de morte do beneficiário, já que o dispositivo legal prevê expressamente tal hipótese.

A terceira conclusão é no sentido de que o seu reconhecimento depende apenas da comprovação dos seus requisitos objetivos. No caso da tramitação prioritária a idosos, por exemplo, basta ao interessado comprovar que a sua idade é igual ou superior a 60 anos, não competindo ao magistrado indeferi-lo com base em elementos subjetivos, tal como ocorre com outras benesses, a exemplo da gratuidade da justiça. Assim, o benefício não fica adstrito ao deferimento do juiz. Havendo prova documental suficiente para a comprovação da idade ou da doença, ele deve ser concedido.¹³

20.4. Possíveis contradições com a sistemática processual

É certo que os feitos que versam sobre a aplicação da lei de licitações são revestidos de interesse público e por vezes exigem providências imediatas e respostas céleres. Porém, da análise preliminar da inovação trazida pela Lei n. 14.133/2021 já é possível verificar algumas contradições com a própria sistemática processual vigente.

A primeira delas é de que o próprio Código de Processo Civil foi editado com vistas a prestigiar a celeridade processual e a efetividade das decisões, sendo de certo modo um contrassenso estabelecer prioridade de tramitação em situações que, muitas das vezes, são corriqueiras – até porque para as situações

¹² STJ, REsp 1801884/SP, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão Julgador: Terceira Turma, julgado em 21/05/2019, grifou-se.

¹³ NERY JUNIOR, N.; NERY, R. M. de A. Código de processo civil comentado. 19. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.

de urgência comprovada há outras formas de garantir a pronta resposta por parte do Poder Judiciário, a exemplo das tutelas de urgência e dos plantões judiciários. Vale lembrar que o Código de Processo Civil conta com disposições que estipulam que os julgamentos devem se dar em ordem cronológica,¹⁴ o que em tese deveria privilegiar o direito à duração razoável do processo, e prazos para a tomada de decisões¹⁵ – embora dificilmente cumpridos na prática pelos magistrados.

Outra questão que deve ser levada em consideração é que a prioridade na tramitação não é sinônimo de uma tramitação rápida. A alta carga de demandas nos gabinetes de juízes e desembargadores causa demora na entrega da tutela jurisdicional. Se a carga de trabalho é mais alta do que a capacidade, mesmo que haja tramitação prioritária o jurisdicionado ainda assim demorará a receber a prestação. Além disso, celeridade processual e efetividade de tutela jurisdicional são conceitos distintos. De nada adianta um processo tramitar com preferência se as decisões judiciais não forem cumpridas e não trouxerem resultados práticos e efetivos. A obtenção da decisão judicial só tem valia quando produz efeitos no mundo dos fatos.

Mais um ponto que pode ser considerado contraditório é estabelecer que os feitos que tratam sobre a aplicação do disposto na lei de licitações tramitarão com prioridade quando uma das partes goza de prerrogativas processuais que protelam o andamento do processo, a exemplo do prazo em dobro previsto no artigo 183 do Código de Processo Civil.¹⁶

20.5. Pontos de reflexão

A prioridade de tramitação dos procedimentos judiciais em que se discute a aplicação do disposto na lei de licitações é, sem dúvida alguma, uma inovação, em especial porque atualmente tal benefício está vinculado às situações de vulnerabilidade que demandam tratamento diferenciado e respostas rápidas do Poder Judiciário. Por isso, a inclusão do inciso IV no artigo 1.048 do Código de Processo Civil acabará destoando da sistemática usualmente conhecida.

14 Colhe-se do Código de Processo Civil: "Art. 12. Os juízes e os tribunais atenderão, preferencialmente, à ordem cronológica de conclusão para proferir sentença ou acórdão."

15 Colhe-se do Código de Processo Civil: "Art. 226. O juiz proferirá: I - os despachos no prazo de 5 (cinco) dias; II - as decisões interlocutórias no prazo de 10 (dez) dias; III - as sentenças no prazo de 30 (trinta) dias."

16 Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

Como visto, a prioridade na tramitação atualmente existente na legislação brasileira está intimamente ligada à dignidade da pessoa humana e às situações de vulnerabilidade, configurando um direito pessoal, disponível e dependente de requerimento expresso, já que pode ser benéfico ou não para o seu titular.

A tramitação prioritária de procedimentos judiciais que envolvem a aplicação da lei de licitações foge à essa regra. De plano, questiona-se quem seria o titular desse direito subjetivo. A primeira hipótese é de que seria a coletividade, dado o interesse público envolvido nas contratações pela Administração, considerando que o artigo 177 da Lei n. 14.133/2021 pode ser um resultado dos escândalos cotidianos envolvendo corrupção nas contratações públicas.

Nesse caso, haverá discussão se o benefício é um direito subjetivo dependente de requerimento ou não, sobre quem detém competência para requerê-lo ao órgão judicial ou se o próprio julgador deve reconhecer a satisfação dos requisitos do artigo 1.048 do Código de Processo Civil para determinar de ofício a tramitação prioritária dos processos envolvendo a aplicação da lei de licitações.

Atualmente, tanto para jurisprudência quanto doutrina, a prioridade na tramitação é encarada como uma benesse. Mas e no caso de o procedimento judicial envolver licitantes com interesses contrários? A tramitação prioritária pode ser ao mesmo tempo benéfica para um e maléfica para outro. O direito de qual deve prevalecer?

Nesse mesmo sentido, se considerada a ampla incidência do dispositivo em "procedimentos judiciais em que se discute a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação", nos quais se enquadram as ações de improbidade administrativa fundadas no inciso VIII do artigo 10 da Lei n. 8.429/1992, estas devem ou não tramitar com prioridade? Prevalece o interesse público subjacente à punição do agente supostamente ímprobo ou o interesse do réu, que é efetivamente parte do processo?

Diante de todos esses questionamentos, logo se vê que a discussão do artigo 177 da Lei n. 14.133/2021 não é simples e certamente ocasionará diversos embates doutrinários e práticos. A antiga sistemática do Código de Processo Civil precisará se adequar à inovação trazida pela novel Lei n. 14.133/2021.

**MENEZES
NIEBUHR**

SOCIEDADE DE
ADVOGADOS

Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

2ª edição


ZENITE