

Cadernos

da Escola Paulista de
Contas Públicas do TCE/SP

ISSN 2595-2412 | Edição nº 9 - 2022

EDIÇÃO

Lei de Licitações e Contratos Administrativos

O Planejamento de Contratações Relativas a Resíduos Sólidos à Luz da Nova Lei de Licitações

O Portal Nacional como Meio de se Garantir a Ampla Transparência e Simetria de Informações nas Contratações Públicas

O Planejamento das Contratações Públicas na Fase Preparatória da Licitação

Da (não) obrigatoriedade da divulgação de valores estimados no Sistema De Registro de Preços (SRP) Licitações Públicas

Redução e Prevenção de Conflitos em Âmbito Licitatório
Diálogo Competitivo e Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias

Cadernos

da Escola Paulista de
Contas Públicas do TCESP

ISSN 2595-2412 | Edição nº 9 - 2022



ESCOLA PAULISTA DE CONTAS PÚBLICAS
Presidente Washington Luís
Tribunal de Contas do Estado de São Paulo

COMPOSIÇÃO TCESP

Conselheiro Presidente

Dimas Ramalho

Conselheiro Vice-Presidente

Sidney Estanislau Beraldo

Conselheiro Corregedor

Renato Martins Costa

Conselheiros

Cristiana de Castro Moraes

Edgard Camargo Rodrigues

Antonio Roque Citadini

Robson Riedel Marinho

Auditores

Samy Wurman

Alexandre Manir Figueiredo Sarquis

Antonio Carlos dos Santos

Josué Romero

Silvia Monteiro

Valdenir Antonio Polizeli

Márcio Martins de Camargo

Procuradores do Ministério Público de Contas

Thiago Pinheiro Lima - Procurador Geral

Celso Augusto Matuck Feres Junior

Elida Graziane Pinto

João Paulo Giordano Fontes

José Mendes Neto

Leticia Formoso Delsin Matuck Feres

Rafael Antonio Baldo

Rafael Neubern Demarchi Costa

Renata Constante Cestari

Secretário-Diretor Geral

Sérgio Ciquera Rossi

EQUIPE EDITORIAL

Direção

Bibiana Helena Freitas Camargo

Elaboração

Isabelle Santos Bezerra Freitas

Maurício de Freitas Bento

Patrick Raffael Comparoni

Vinícius Chinellato De Moura E Silva

Colaboração

Cassiano Mazon

Cristiane Gonçalves Vieira

Fernando Imbernom Nascimento

Maira Coutinho Ferreira Giroto

Rafael Hamze Issa

Robson Luis Correia

Rosmari Aparecida Ferraiolo

Thais Albani dos Santos

Projeto Gráfico e Editoração Eletrônica

Alessandro César Finardi

Bruno Horota Horioka

Marcus Vinicius Xavier Tito

Edição nº 9.

Esta é uma publicação da Escola Paulista de Contas Públicas “Presidente Washington Luís” do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

cadernos@tce.sp.gov.br

ISSN: 2595-2412

C122

Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas do TCESP [recurso eletrônico] / Escola Paulista de Contas Públicas do TCESP. – v. 1, n. 1 (2017)- . . – São Paulo : Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, 2017- . .

Semestral.

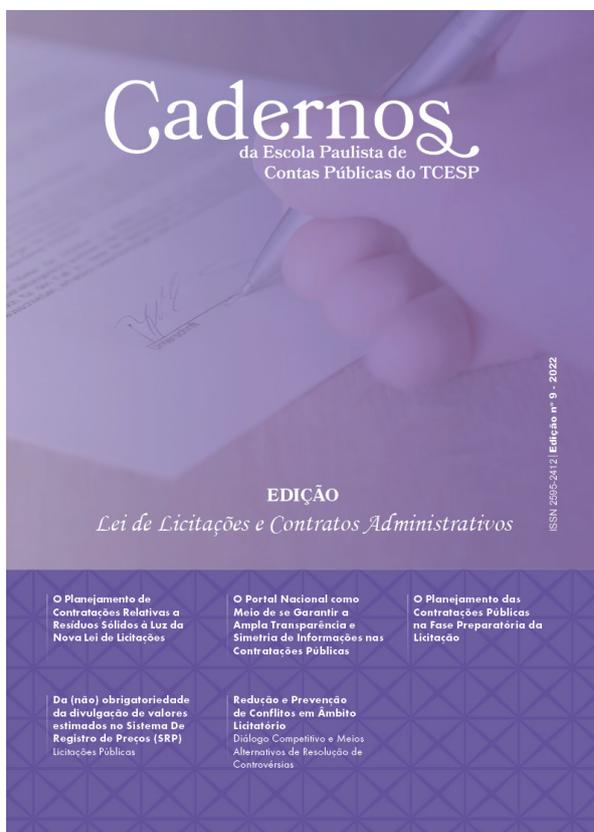
Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/issue/archive>

ISSN 2595-2412

1. Direito – Periódico. 2. Políticas Públicas. 3. Administração Pública. 4. São Paulo. 5. Controle de Gastos Públicos. 6. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. I. Escola Paulista de Contas Públicas do TCESP.

CDU 34(05)

Elaborado por Giliardi Pereira Delli Paoli – CRB-8/10114



Ao mesmo tempo em que consolidou tendências que, ao longo das últimas décadas, haviam sido introduzidas em nosso ordenamento por meio de diversos diplomas legais especiais, como a Lei do Pregão e o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) trouxe também inovações importantes, a exemplo da modalidade do diálogo competitivo.

O Tribunal de Contas do Estado de São Paulo busca fornecer um espaço para que acadêmicos, pesquisadores e técnicos tanto do setor público quanto do setor privado possam discutir o tema de maneira qualificada, seja em palestras e aulas ou, aqui, em nossa revista acadêmica.

Assim, na presente edição, a Comissão Editorial da Revista Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas focalizou o tema da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

trazendo artigos que exploram três eixos de discussão: i) o planejamento das contratações, ii) a transparência e publicidade nas contratações e, ainda, iii) o diálogo competitivo. As contribuições desta edição debatem o tema em âmbito municipal, estadual e federal, tanto na perspectiva do gestor público quanto das instituições de controle, os Poderes Legislativo e Judiciário e os Tribunais de Contas.

Por fim, ressaltamos que esta Escola de Contas e a Corte de Contas Paulista estão abertas ao diálogo para todos aqueles que se dedicam ao melhoramento constante da Administração Pública e das políticas públicas, buscando sempre conciliar eficiência, efetividade e responsabilidade fiscal. Desejamos a todos uma agradável leitura.

Comissão Editorial da Revista Cadernos da Escola Paulista de Contas Públicas





SUMÁRIO

4 Expediente

5 Editorial

6 Sumário

7 Artigos

7 O Planejamento de Contratações Relativas a Resíduos Sólidos à Luz da Nova Lei de Licitações

21 O Portal Nacional como Meio de se Garantir a Ampla Transparência e Simetria de Informações nas Contratações Públicas

39 O Planejamento das Contratações Públicas na Fase Preparatória da Licitação

63 Da (não) obrigatoriedade da divulgação de valores estimados no Sistema De Registro de Preços (SRP)

78 Redução e Prevenção de Conflitos em Âmbito Licitatório

102 Como Publicar Artigos na Revista Cadernos

106 Endereços do TCESP



O Planejamento de Contratações Relativas a Resíduos Sólidos à Luz da Nova Lei de Licitações

Silvia Maria Ascensão Guedes Gallardo

Engenheira Civil com Mestrado em Edificações pela Unicamp e Agente da Fiscalização do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

sgallardo@tce.sp.gov.br

RESUMO

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos apresenta um roteiro detalhado de informações e documentos que devem integrar o processo da contratação, desde a identificação da necessidade a ser atendida até a entrega final do bem, obra ou serviço. Tais documentos devem ser adaptados, conforme o teor do objeto, garantindo-se sua descrição plena. No caso de serviços ligados ao manejo de resíduos sólidos, os planos municipais que tratam da matéria devem ser considerados como uma importante ferramenta norteadora da contratação, servindo de apoio para a elaboração dos documentos exigidos na Lei. Este artigo analisa os principais documentos das etapas de planejamento de contratações relativas a resíduos sólidos, na nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, ressaltando a importância dessa fase para o alcance de contratações eficazes e eficientes.

PALAVRAS-CHAVE: Planejamento; Resíduos Sólidos; Estudo Técnico Preliminar; Projetos; Termo de Referência.

ABSTRACT

The new Bidding and Public Contracts Law presents a detailed script of information and documents that must integrate the contracting process, from the identification of the need to be met until the final delivery of the product, construction or service. These documents must be adapted, according to the content of the object, ensuring its full description. In the case of services related to solid waste management, the municipal plans that deal with the matter must be considered as an important guiding tool for contracting, serving as support for the preparation of the documents required by law. This article analyzes the main documents of the planning stages for hiring related to solid waste, in the new Bidding Law, Law No. 14.133/2021, emphasizing the importance of this phase for the achievement of effective and efficient hiring.

KEYWORDS: Planning; Solid Waste; Preliminary Technical Studies; Projects; Reference Term.



INTRODUÇÃO

A materialização do interesse público, a partir de contratações céleres, econômicas e eficazes, depende diretamente das etapas de planejamento e de controle desenvolvidas pela Administração.

Ainda que o planejamento já fosse uma atividade considerada essencial nas contratações de obras e serviços de engenharia, nota-se um destaque ainda maior para o tema na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que o apresenta como um de seus princípios e descreve os diversos documentos a ele relacionados dentro do processo da contratação.

O desafio que se impõe de forma ainda mais premente ao Administrador é saber como incorporar com precisão as etapas de planejamento, projeto e orçamento às contratações públicas, para que outros princípios previstos na Lei, como eficiência e eficácia, possam ser atendidos.

Pode-se afirmar que a Lei buscou facilitar este processo, já que são apresentados os conteúdos esperados em cada estágio de desenvolvimento dos projetos e dos documentos que lhes dão origem.

Desta forma, adaptando os documentos e informações descritos na Lei à contratação pretendida, é possível atingir os objetivos, evitando-se as consequências negativas da falta de

planejamento, como os termos de aditamento de prazo e de valor que tornam as contratações mais caras e demoradas.

Neste artigo, analisamos o planejamento de contratações referentes a resíduos sólidos, mais especificamente os serviços de engenharia relacionados no art. 3º, I, 'c', da Lei nº 11.445/2007 (com redação dada pela Lei nº 14.026/2020), incluídos nas atividades de saneamento:

Art. 3º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - saneamento básico: conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de:

...

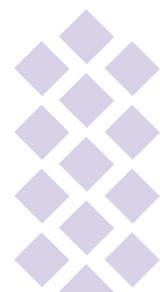
c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: constituídos pelas atividades e pela disponibilização e manutenção de infraestruturas e instalações operacionais de coleta, varrição manual e mecanizada, asseio e conservação urbana, transporte, transbordo, tratamento e destinação final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos domiciliares e dos resíduos de limpeza urbana;

Tais serviços se caracterizam pela necessidade contínua, pelo alto vulto financeiro envolvido e pela correlação direta com a saúde da população.

De acordo com informações do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2012), os gastos com limpeza urbana e manejo dos resíduos podem atingir 5% dos gastos dos municípios. Além disso, há os custos indiretos com saúde pública, por conta de doenças que decorrem do manejo inadequado dos resíduos.

Apesar da importância da matéria, muitas prefeituras não desenvolvem o planejamento das contratações com o nível de precisão requerido pela Lei, relegando ao particular o desenvolvimento do dimensionamento, a definição dos preços e da forma de execução da contratação.

Portanto, um primeiro ponto importante a se considerar dentro do planejamento é a necessidade do desenvolvimento de documentos técnicos, estudos e projetos por profissionais habilitados. Esta premissa, que é tão clara na contratação de obras, parece não ter o mesmo reconhecimento de sua importância, quando se trata de serviços de engenharia.



1. OS ESTUDOS TÉCNICOS PRELIMINARES

Diz o art. 18 da nova Lei que a fase preparatória do processo licitatório se caracteriza pelo planejamento e deve ser compatível com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias.

Esta fase deve abordar questões como a descrição da necessidade fundamentada em estudo técnico preliminar, a definição do objeto mediante termos de referência ou projetos, as condições de pagamento, o orçamento com as composições de preços, entre outros.

O início do desenvolvimento dos projetos ocorre com os estudos técnicos preliminares, em que deve ser evidenciado o problema a ser resolvido e sua melhor solução, do ponto de vista técnico, econômico e ambiental.

No caso de limpeza urbana e do manejo de resíduos sólidos, tais estudos devem se referenciar no conteúdo dos planos municipais de saneamento básico ou de gestão integrada de resíduos sólidos (PMGIRS), conforme o caso¹.

É imprescindível que tais planos estejam atualizados e apresentem metas de curto, médio e longo prazo, que devem servir de parâmetro para a modelagem da contratação.

Vale lembrar que a nova Lei permite sucessivas prorrogações de prazo dos contratos de serviços e fornecimentos contínuos, nos termos de seu art. 107, tornando as exigências definidas no edital e no contrato ainda mais significativas para o alcance das metas dos planos referentes ao saneamento.

O conteúdo do estudo técnico preliminar foi detalhado no §1º do artigo 18, com conteúdo similar ao que já constava na Instrução Normativa nº 40/2020 do Ministério da Economia, relativa à elaboração deste mesmo documento para a aquisição de bens e a contratação de serviços e obras, no âmbito da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional.

1 Dispõe a Lei nº12.305/2010 que:

§ 1º O plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos pode estar inserido no plano de saneamento básico previsto no art. 19 da Lei nº 11.445, de 2007, respeitado o conteúdo mínimo previsto nos incisos do **caput** e observado o disposto no § 2º, todos deste artigo.

§ 2º Para Municípios com menos de 20.000 (vinte mil) habitantes, o plano municipal de gestão integrada de resíduos sólidos terá conteúdo simplificado, na forma do regulamento.

§ 3º O disposto no § 2º não se aplica a Municípios:

I - integrantes de áreas de especial interesse turístico;

II - inseridos na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional;

III - cujo território abranja, total ou parcialmente, Unidades de Conservação.

Na nova Lei, as informações e documentos exigidos são os seguintes:

Art. 18 (...)

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da 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 contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e 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;

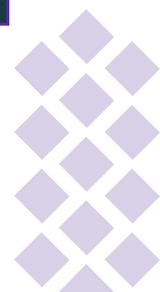
XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.



Fonte: <https://unsplash.com/photos/OQMZwNd3ThU>



Nota-se que o documento deve apresentar uma visão geral do problema e todos os subsídios levantados para a decisão acerca da melhor modelagem para a contratação.

A decisão deve se pautar pela destinação final ambientalmente adequada, assim definida na Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), Lei nº 12.305/2010 (art. 3º):

VII - destinação final ambientalmente adequada: destinação de resíduos que inclui a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético ou outras destinações admitidas pelos órgãos competentes do Sisnama, do SNVS e do Suasa, entre elas a disposição final, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos;

As estimativas de quantidades devem considerar os valores historicamente contratados e medidos dos serviços. Aqui, podemos ressaltar a importância do controle da execução contratual, já que são as medições dos serviços que irão referenciar tais quantitativos, considerando-se também as projeções de crescimento populacional e econômico locais e sua correlação com a produção de resíduos e necessidade dos serviços.

Outro dado importante é a composição gravimétrica e peso específico dos resíduos produzidos no município. Em que pese ser informação essencial para a caracterização do perfil daquela comunidade e da definição das técnicas necessárias para o tratamento dos resíduos, observa-se que muitos municípios ainda não dispõem de tais dados, valendo-se, muitas vezes, de valores divulgados pelos respectivos estados ou municípios vizinhos.

A partir dos quantitativos de serviços e da composição dos resíduos, a Administração deve definir as técnicas possíveis de execução do objeto, definindo também um orçamento estimado para cada alternativa.

Nesta etapa, a Lei exige estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e documentos que lhe dão suporte.

Trata-se de um orçamento preliminar, que pode se valer de metodologias paramétricas ou expeditas, portanto que se utilizam de macroindicadores de custos médios por unidade de serviço realizado ou que considerem etapas ou parcelas destes serviços, a depender do nível de maturação dos estudos.

A título de exemplo, seria possível estimar o custo de coleta de resíduos sólidos a partir do valor cobrado em outros municípios com volume semelhante a ser coletado e forma de disposição semelhante à escolhida. Em outro exemplo, seria possível considerar custos médios de varrição divulgados por organismos especializados ou mesmo pesquisados no Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS.



Fonte: <https://www.pexels.com/pt-br/foto/debate-brainstorm-juntar-ideias-dados-8171183/>

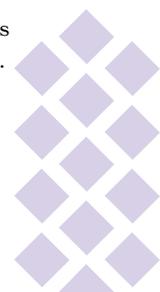
Com a estimativa de custo e o levantamento do mercado que estaria apto a executar os serviços em cada modelagem, parte-se para a definição da solução como um todo.

É importante, neste momento de estudo do mercado, que a Administração mapeie a existência de aterros sanitários licenciados e aptos a receber os resíduos, a uma distância que não inviabilize economicamente o transporte, quando o objeto contemplar a disposição final.

Também ocorre nesta fase do planejamento a pesquisa sobre os métodos de tratamento dos resíduos utilizados por municípios vizinhos ou de mesmo porte, verificando-se, de acordo com as possibilidades orçamentárias, qual é a opção que melhor se adequa às condições locais.

É neste momento que as contratantes podem chegar à conclusão de que a necessidade de investimentos é de tal vulto, que a melhor opção de contratação se dará por meio de contratos de concessão, conforme, aliás, é previsto na Lei 11.445/2007, alterada pelo Novo Marco Legal do Saneamento, Lei nº 14.026/2020².

2 Nota: a questão da obrigatoriedade ou não de contratação via concessão para todos os objetos que contemplem o manejo de resíduos sólidos ainda é controversa no âmbito do TCESP, conforme visto em recentes decisões: TC-10278.989.21, 17583.989.21, 21377.989.21.



2. TERMO DE REFERÊNCIA OU PROJETO BÁSICO

A próxima etapa de planejamento da contratação se caracteriza pelo desenvolvimento do termo de referência (TR) ou do projeto básico (PB), para todos os regimes previstos na nova Lei, à exceção da contratação integrada, em que tanto o projeto básico quanto o projeto executivo são responsabilidade da contratada.

As definições dos dois documentos, na nova Lei, são as seguintes (art. 6º):

XXIII - termo de referência: documento necessário para a contratação de bens e serviços, que deve conter os seguintes parâmetros e elementos descritivos(...)

XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos(...)

Nota-se uma indicação clara de que o projeto básico é necessário para a contratação de obras e isto também fica evidente no rol de documentos descritos nos subitens do inciso XXV, do art. 6º, pois são elencados elementos como levantamentos topográficos e cadastrais, sondagens e ensaios geotécnicos, que são típicos de obras, além de o termo 'obra' também surgir repetidas vezes ao longo do texto.

Para os serviços, não há uma indicação expressa de quando o serviço demandará a elaboração de um termo de referência e quando o documento norteador da contratação deverá ser o projeto básico.

Uma interpretação possível é a de que o termo de referência seria o documento mais apropriado para serviços classificados como comuns e o projeto básico seria a opção para descrever plenamente o objeto, no caso de serviços especiais.

Neste ponto, vale indicar a classificação de bens e serviços comuns e especiais de engenharia, contida na nova Lei (art. 6º):

XXI - serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

- a) serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens;
- b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea “a” deste inciso;

A questão primordial que deve ser observada é que o documento norteador da contratação, independentemente de seu nome e de pequenas variações em seu conteúdo, deve descrever o objeto de forma completa.

Tais documentos devem apresentar o detalhamento dos serviços, sua forma de execução e especificações técnicas, orçamento, cronograma, critérios de medição e pagamento, forma de fiscalização, obrigações das partes, garantias contratuais, etc., permitindo conhecimento pleno da forma de execução e dos resultados pretendidos e elaboração de propostas que contemplem todos os custos necessários.

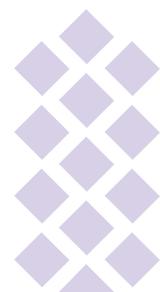
Isto já era uma exigência da Lei nº 8.666/1993, mas, não raro, os termos de referência e projetos básicos são incompletos e/ou inadequados, gerando contratações ineficientes, termos de aditamento de valor e de prazo.

Na nova Lei, assim como para os estudos técnicos preliminares, há indicação dos elementos que devem compor cada um dos documentos, nos incisos XXIII e XXV do art. 6º.

Para contratações relativas a resíduos sólidos, é importantíssimo que sejam descritas a metodologia e a forma de execução dos serviços, a partir de dimensionamento detalhado de mão de obra, equipamentos e veículos utilizados, para que seja possível a elaboração de um orçamento que tenha elevado nível de precisão, com a composição de cada um dos preços unitários dos serviços.

Aqui, talvez, tenhamos um dos pontos de maior desafio para os municípios paulistas, já que, em muitos casos, observa-se licitação de serviços para os quais não se tem definição de informações básicas, como setores, frequência dos serviços e dimensionamento preciso dos insumos; o que, muitas vezes, é delegado à futura contratada.

São especificações que impactam diretamente o dimensionamento do objeto e seu preço e que, portanto, não devem ficar sob responsabilidade das interessadas.



Tais definições devem ser acompanhadas da indicação de mapas locais, critérios de medição e pagamento, regime de execução e forma de avaliação da qualidade da prestação de serviços, seja pela fiscalização do contrato ou pelo usuário final dos serviços.

O projeto básico ou o termo de referência deve conter especificações técnicas dos equipamentos, máquinas e veículos que serão utilizados na execução contratual, com base em critérios qualitativos.

É certo que a Administração deve evitar qualquer restrição que implique direcionamento do certame e/ou limitação desarrazoada da competitividade, mas o dimensionamento preciso pode indicar qual é o método mais eficaz de realização dos serviços, como a definição da quantidade e capacidade dos caminhões coletores de resíduos sólidos urbanos, por exemplo.

Como norteadores para o planejamento e dimensionamento dos serviços ligados aos resíduos sólidos, temos a Orientação Técnica OT-IBR 007/2018 – Projeto de Serviços de Limpeza Urbana e Manejo de Resíduos Sólidos e os recentes procedimentos para resíduos sólidos urbanos, ambos desenvolvidos pelo IBRAOP – Instituto Brasileiro de Obras Públicas, que contemplam temas como varrição urbana, coleta e transporte de resíduos sólidos domiciliares e operação de aterro.

Tais documentos técnicos possibilitam determinar as composições dos preços unitários dos serviços, com a discriminação da produtividade e unidade de medida de cada um dos insumos: mão de obra, material, equipamentos, veículos, etc.

Depois de devidamente dimensionado o objeto, é possível apurar com precisão o preço final dos serviços.

Na nova Lei, são indicadas fontes diferentes de preços, a depender da classificação dos serviços como sendo ou não de engenharia.

Na jurisprudência do TCESP, considera-se que não são serviços de engenharia aqueles não privativos de responsabilidade técnica por engenheiros e que comumente não são registrados pelos conselhos de fiscalização de exercício profissional, como os serviços de varrição manual, por exemplo.

Outros serviços, também classificados como de saneamento e que requeiram a responsabilidade técnica de engenheiros, devem ser classificados como serviços de engenharia, segundo a nova Lei, a exemplo de serviços de gestão e gerenciamento de aterros.

Uma forma objetiva de definir os serviços como de engenharia é identificar se existe no objeto o desenvolvimento de atividades previstas na Resolução 218 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea), que discrimina atividades das diferentes modalidades profissionais da Engenharia.

As possíveis fontes dos preços são elencadas na nova Lei em seu art. 23 e são representantes dos valores praticados no mercado, para definição do preço da contratação.

Enquanto o parágrafo primeiro do citado artigo estabelece as fontes para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, o parágrafo segundo apresenta os parâmetros para obras e serviços de engenharia.

Para obras e serviços de engenharia, é obrigatória a utilização das fontes indicadas na ordem apresentada: Sinapi e Sicro, seguidas de publicações oficiais em mídia especializada ou tabelas aprovadas pelo Poder Executivo federal; contratações similares feitas pela Administração Pública e pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

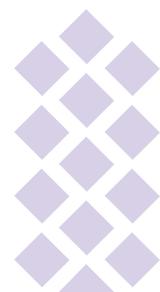
Para os serviços relativos a resíduos sólidos, classificados como de engenharia, é importante notar a exclusão da possibilidade de utilização de fonte do orçamento em pesquisa com fornecedores, método ainda utilizado por muitas prefeituras para orçar serviços como coleta e transportes de diferentes tipos de resíduos.

A conclusão é a de que, a partir do planejamento e do dimensionamento detalhado dos serviços, os profissionais devem elaborar o orçamento com precisão, a partir de fontes oficiais de preços, chegando a valores adequados com os praticados no mercado.

A mão de obra poderá ser definida com base em fontes como Sinapi e a consideração das convenções coletivas de trabalho e os veículos poderão ser precificados com preços de chassis e combustíveis obtidos em sítios eletrônicos especializados.

O resultado será um orçamento sintético com a indicação dos quantitativos e preços unitários e totais dos serviços, das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES).

Importante notar que estas mesmas informações são requeridas do licitante vencedor, após o julgamento do certame, representando importante fonte de informações para a Administração, para o conhecimento de como o mercado orça tais serviços.



3. ELABORAÇÃO DO EDITAL

Finalizada a elaboração do documento técnico norteador da contratação – termo de referência ou projeto básico, a Administração poderá finalizar a elaboração do edital, estabelecendo exigências de qualificação técnica condizentes com todo o levantamento de mercado e as especificações dos serviços, elaborados desde a etapa do estudo técnico preliminar.

Nesta fase, deve-se sopesar o potencial restritivo de certas exigências, em comparação com a importância de se aferir a expertise de profissionais e a operacionalidade das empresas.

Exigências relativas à operação de aterros, por exemplo, são conhecidamente limitadoras da competitividade, dado o pequeno número de estruturas implantadas e devidamente licenciadas em distâncias que tornem a contratação viável para os municípios. Portanto, o planejamento deve considerar, nestes casos, a possibilidade da participação de consórcios ou da subcontratação dos serviços, bem como a comprovação de qualificação técnica por subcontratadas, conforme permite o § 9º, art. 67, da Lei.

Toda restrição deve ser devidamente justificada no processo da contratação e constantemente revisitada em contratações subsequentes, quando será possível estimar com maior precisão os efeitos sobre a competição e seleção da melhor proposta.

O planejamento técnico dos serviços será capaz de definir a necessidade ou não da realização de vistoria prévia e deve considerar aspectos imprescindíveis para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, havendo a previsão da possibilidade de substituição da vistoria por declaração do responsável técnico da licitante de que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço.

A equipe responsável pela elaboração do edital deve ainda considerar a jurisprudência relativa a contratações de resíduos sólidos, evitando-se impugnações e representações junto aos tribunais de contas, as quais atrasam as licitações e resultam em contratações emergenciais.

Por fim, depois de contratada a melhor proposta, tem-se mais uma etapa de projeto, necessária para execução de obras e serviços – o projeto executivo.

Da leitura conjunta do § 3º do art. 18 com o § 1º do art. 46, conclui-se que tal projeto é obrigatório para obras e serviços de engenharia, com exceção daqueles que são considerados comuns, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados.

É de se esperar, portanto, que os serviços de engenharia licitados por pregão e por meio de termos de referência dispensem a elaboração do projeto executivo.

Por fim, para que se garanta o sucesso das contratações, a partir do desenvolvimento de todos os estudos e documentos citados na fase de planejamento pela nova Lei, é imprescindível que o controle da execução seja exercido de forma efetiva pela fiscalização da Administração.

Desta forma, completa-se o ciclo de gestão dos serviços, que permitirá o aprimoramento constante.

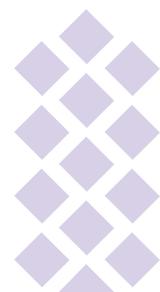
CONSIDERAÇÕES FINAIS

O planejamento de serviços de engenharia, sejam ou não classificados como comuns pela nova Lei, requer conhecimento detalhado do objeto. Nas contratações referentes a resíduos sólidos, este conhecimento deve partir dos estudos contidos nos planos de gestão de resíduos sólidos dos municípios, em que muitas das questões levantadas na etapa do estudo técnico preliminar já terão sido objeto de análise.

A continuidade do planejamento se dá com o desenvolvimento dos termos de referência, projetos básicos e executivos, com a definição plena do que se pretende contratar, incluindo seu dimensionamento, forma de execução, preço, critérios de medição e pagamento e fiscalização.

Os serviços relativos ao manejo de resíduos são próprios de cada localidade e sofrem grande influência de questões locais, como a composição gravimétrica dos resíduos, a periodicidade e frequência necessária dos serviços, conforme perfil local da população, a existência ou não de aterros nas proximidades, etc. Com isso, torna-se ainda mais importante o correto dimensionamento, evitando-se a utilização de simples pesquisas de mercado para a elaboração dos preços.

Por fim, o planejamento adequado dos serviços é capaz de demonstrar quais são as exigências de qualificação técnica imprescindíveis para aferição da capacidade de profissionais e empresas e a necessidade ou não da permissão da participação de consórcios e/ou da subcontratação de parte dos serviços, resultando em contratações mais eficientes e eficazes.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAETA, André P. **Orçamento e Controle de Preços de Obras Públicas**. São Paulo: PINI, 2012.

BRASIL. **Lei Federal no 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso: constantes.

BRASIL. **Lei Federal no 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2021/lei14133.htm. Acesso: constantes.

GALLARDO, Silvia M. A. Guedes. **Recomendações para Contratação e Controle da Execução Contratual. Matéria do Curso ‘Gestão de resíduos sólidos no Estado de SP: desafios e possibilidades para os Municípios**, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. São Paulo, 2021.

GALLARDO, Silvia M. A. Guedes. **Análise das contratações de coleta e transporte de resíduos sólidos domiciliares das prefeituras jurisdicionadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**. Trabalho de conclusão de curso apresentado no curso de pós-graduação em Projeto e Gestão da Infraestrutura Urbana da Universidade Federal de São Carlos. São Paulo, 2020.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Diagnóstico dos Resíduos Sólidos da Construção Civil**, 2012. Brasília, 2012.

SANTA CATARINA, Florianópolis. Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - Ibraop. **Procedimentos Para Resíduos Sólidos Urbanos**. Disponíveis em: <https://www.ibraop.org.br/procedimentos-para-residuos-solidos-urbanos/>. Acesso em: 18. mar. 2022.

SALES, Alessandra Mara Cornazzani. Termo de referência, estudo técnico preliminar, anteprojeto e projeto básico: um checklist do conteúdo obrigatório e qual peça processual usar nas licitações e contratações públicas. **Revista Simetria nº 8**. Disponível em: <https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/index>. Acesso em 20. Mar. 2022.



O Portal Nacional como Meio de se Garantir a Ampla Transparência e Simetria de Informações nas Contratações Públicas

Edcarlos Alves Lima

Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Advogado-Chefe de Departamento na Advocacia Geral do Município de Cotia.
edcarlos@adv.oabsp.org.br

Stella Claudio Gioielli

Pós-graduanda em Direito Administrativo pela FGV-SP e Procuradora na Advocacia Geral do Município de Cotia.
stellagioielli@hotmail.com

RESUMO

O presente artigo busca analisar os vetores normativos que versam sobre a publicidade e transparência de atos e contratos administrativos, assim como a novidade trazida pela Lei n.º 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos) para a concretização desse princípio norteador da atividade da Administração Pública, qual seja, o Portal Nacional de Contratações Públicas, buscando verificar se, por meio dessa ferramenta, será possível minimizar o problema informacional existente no campo das contratações governamentais. O método da pesquisa em questão é a descritiva, com uma abordagem quantitativa de resultados, utilizando-se, como procedimento, a pesquisa bibliográfica e de dados oficiais, para se chegar às considerações finais deste arrazoado.

PALAVRAS-CHAVE: Contratações Públicas; Lei de Licitações e Contratos Administrativos; Transparência; Portal Nacional de Contratações Públicas.

ABSTRACT

The present article seeks to analyze the normative vectors that deal with the publicity and transparency of administrative acts and contracts, as well as the innovation brought by the Law n. 14.133/2021 (new law of bidding and administrative contracts) for the realization of this guiding principle of the Public Administration activity, which is the National Public Contracting Portal, seeking to verify if, through this tool, it will be possible to minimize the informational problem existing in the field of government contracts. The method of the actual research is descriptive, with a quantitative approach of results, using, as a procedure, the bibliographic research and official data, to arrive at the final considerations of this reasoning.

KEYWORDS: Public Contracts; Law of Bidding and Administrative Contracts; Transparency; National Public Contracting Portal.



INTRODUÇÃO

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n.º 14.133/2021, trouxe significativas modificações no que concerne às rotinas administrativas tendentes à formalização de contratos para o atendimento das mais variadas necessidades no âmbito dos entes federados.

As mudanças trazidas pela nova Lei vão desde o estabelecimento de uma política de governança nas contratações públicas, passando pela adoção de práticas internacionais, como, por exemplo, a previsão, no ordenamento licitatório, da modalidade do diálogo competitivo, indo até a incorporação de procedimentos operacionais que já vinham sendo aplicados no âmbito da administração pública federal, a exemplo dos artefatos da fase preparatória do procedimento licitatório.

No campo da transparência e com vistas à diminuição do problema informacional na condução das contratações públicas, em uma estrutura federativa complexa como a brasileira, trouxe o legislador a figura do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, destinado à divulgação centralizada e obrigatória de determinados atos exigidos pela nova Lei e à realização facultativa das contratações realizadas pelos órgãos e entidades, o que será objeto de análise neste arrazoado.

Abre-se um parêntese para pontuar que, embora tenha nascido com o objetivo de traçar normas gerais, editada no uso da competência privativa prevista no art. 22, XXVII, da Constituição Federal, a nova Lei traz pontos que não se coadunam com a realidade dos entes subnacionais, a exemplo dos pequenos municípios brasileiros, que poderão enfrentar dificuldades práticas

para o fiel cumprimento de suas disposições, como no caso da implementação das diversas rotinas administrativas alheias às práticas cotidianas no âmbito de tais entes.

Com a finalidade de minimizar parte dos problemas, mas, no fim, acarretando uma dose de retrocesso, o que será objeto de discussão neste arrazoado, o legislador estabeleceu um prazo de seis anos para que os pequenos municípios,¹ possam atender às disposições relacionadas à gestão por competências e aos requisitos do agente de contratação (art. 7º e *caput* do art. 8º), à realização de licitações exclusivamente eletrônicas (art. 17, § 2º) e às regras de divulgação em sítio eletrônico oficial.

Não obstante, o acesso à informação, que é um direito fundamental garantido constitucionalmente,² é materializado pela transparência a ser conferida por todos os entes da federação, cuja obrigatoriedade também atinge os atos praticados no âmbito das contratações públicas.

Nesse sentido, a Lei n.º 12.527/2011, denominada Lei de Acesso à Informação (LAI), já determinava aos entes da federação a promoção da transparência ativa, que se traduz na obrigatoriedade de divulgação de informações em sítios oficiais na internet, independentemente de qualquer requerimento (§ 2º c/c *caput* do art. 8º).

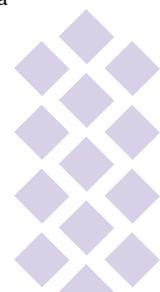
No âmbito da Lei de Acesso à Informação, apenas os municípios com população de até 10 mil habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet, na forma do § 4º do art. 8º.

Considerando as exigências da atual sociedade da informação, bem como que a Administração Pública está cada vez mais envolta nas tendências tecnológicas, tanto a dispensa de divulgação obrigatória prevista na LAI quanto o prazo adicional estabelecido pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, ambos aplicáveis aos pequenos municípios, são medidas desarrazoadas e restritivas ao direito de acesso à informação garantido constitucionalmente.

Com base neste contexto, pretende-se, com o presente ensaio, a partir da análise dos contornos do princípio da publicidade e, como decorrência deste, da transparência nos atos praticados pela Administração Pública, avaliar o problema de assimetria de informações existentes nas contratações públicas, de modo a verificar como o Portal Nacional de Contratações Públicas, ferramenta instituída pela Lei n.º 14.133/2021, poderá contribuir não só para o aumento de transparência e, com isso, permitir o controle social, mas também para o alcance de contratações mais eficientes e vantajosas ao poder público.

1 Cf. Podendo assim considerados aqueles com até 20 mil habitantes, o que representa ao redor de 70% do conjunto relativo às entidades municipais, conforme estimativas da população para 2021, divulgadas pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/31461-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2021>. Acesso em: 15 mar.2022.

2 Cf. art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado".



1. PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA: Vetores norteadores da atividade da Administração Pública

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 37, *caput*, determinou a observância, pela Administração Pública, direta ou indireta, dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, este último incorporado pela Emenda à Constituição n.º 19/1998.

A publicidade é, portanto, primado básico que rege todas as atividades da Administração Pública e decorre da própria democracia republicana adotada pela federação brasileira, sendo garantida, de um lado, pela possibilidade de participação de todos nas decisões estatais e, de outro, pelo estabelecimento de mecanismos por meio dos quais os cidadãos possam exigir esclarecimentos e respostas acerca de atos dos governantes.³

Noutro olhar, Marçal Justen Filho apresenta duas funções complementares desempenhadas pela publicidade:

Por um lado, assegura a todos o poder de obter informações relativamente às ações e omissões praticadas por agentes estatais e mesmo não estatais, quando na gestão de recursos públicos. Por outro lado, a garantia do conhecimento por quaisquer terceiros é um fator de desincentivo à prática de atos reprováveis, eis que eleva a possibilidade de que as práticas reprováveis sejam reveladas.⁴

Com efeito, a publicidade de atos praticados pela Administração Pública eleva a possibilidade de controle social, além dos controles interno e externo que, rotineiramente, são exercidos pelos órgãos competentes⁵.

Nesse sentido, a publicidade é, também, um direito fundamental interligado ao princípio democrático, cuja concretização é prevista em vários dispositivos do art. 5º da Constituição Federal, a exemplo do direito de petição, obtenção de certidões, *habeas data*, entre outros.⁶

3 Segundo Marçal Justen Filho, o conteúdo do princípio da democracia republicana se traduz em um governo fundado em leis e com a possibilidade de participação de todos os cidadãos, de forma igualitária, seja direta ou indiretamente, no governo. (*in Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 207).

4 JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 209.

5 Conforme entende Irene Patrícia Diom Nohara, a publicidade é termo que deriva do vocabulário da governança pública e se relaciona com a ideia de divulgação dos atos de gestão aos interessados. (*in Direito Administrativo*. 11. ed. – Barueri: Atlas, 2022, p. 279).

6 Nos dizeres de José dos Santos Carvalho Filho, “*Negado o exercício de tais direitos, ou ainda não veiculada a informação, ou veiculada incorretamente, evidenciada estará a ofensa a direitos de sede constitucional, rendendo ensejo a que o prejudicado se socorra dos instrumentos constitucionais para garantir a restauração da legalidade – o mandado de segurança (art. 5º, LXIX, CF) e o habeas data (art. 5º, LXXII, CF)*”. (*In Manual de direito administrativo*. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016 p. 79).

Para Fabrício Motta, o direito fundamental à publicidade se efetiva em quatro vertentes:

- a) direito de conhecer todos os expedientes e motivos referentes à ação administrativa, bem como seus desdobramentos e resultados, em razão do direito fundamental à informação;
- b) garantia frente ao processo de produção de decisões administrativas, em contraposição ao segredo procedimental, por meio da audiência dos envolvidos e interessados, em razão do princípio da ampla defesa;
- c) direito subjetivo de acesso aos arquivos e registros públicos, em decorrência direta do princípio democrático;
- d) direito de exigir do Estado ações positivas para possibilitar a visibilidade, cognoscibilidade, e controle das ações administrativas.⁷

Embora não esteja expressa na nossa Constituição, a transparência pode ser interpretada como uma complementação da ideia de publicidade, ou até mesmo como um subprincípio dela decorrente, qualificando-a para que seja tornado claro, visível e cristalino o exercício do poder pelos governantes eleitos.

Desse modo, não basta apenas divulgar os atos administrativos praticados. É necessário que as atividades dos entes da federação sejam visualizadas com clareza pelos cidadãos, por meio da divulgação de informações precisas, compreensíveis, atualizadas, íntegras, verossímeis, facilmente acessíveis e capazes de conduzir à participação e ao controle social da gestão pública.

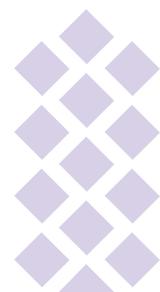
A Constituição Federal fez ressalva ao princípio da publicidade em apenas duas situações específicas, quais sejam: *i*) em relação à informação cujo sigilo seja imprescindível à segurança do Estado e da sociedade⁸ (art. 5º, XXXIII); e *ii*) para proteção da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X e 37, § 3º, II). A regra é, portanto, a publicidade, sendo o sigilo situação excepcional que deve ser plenamente motivada.

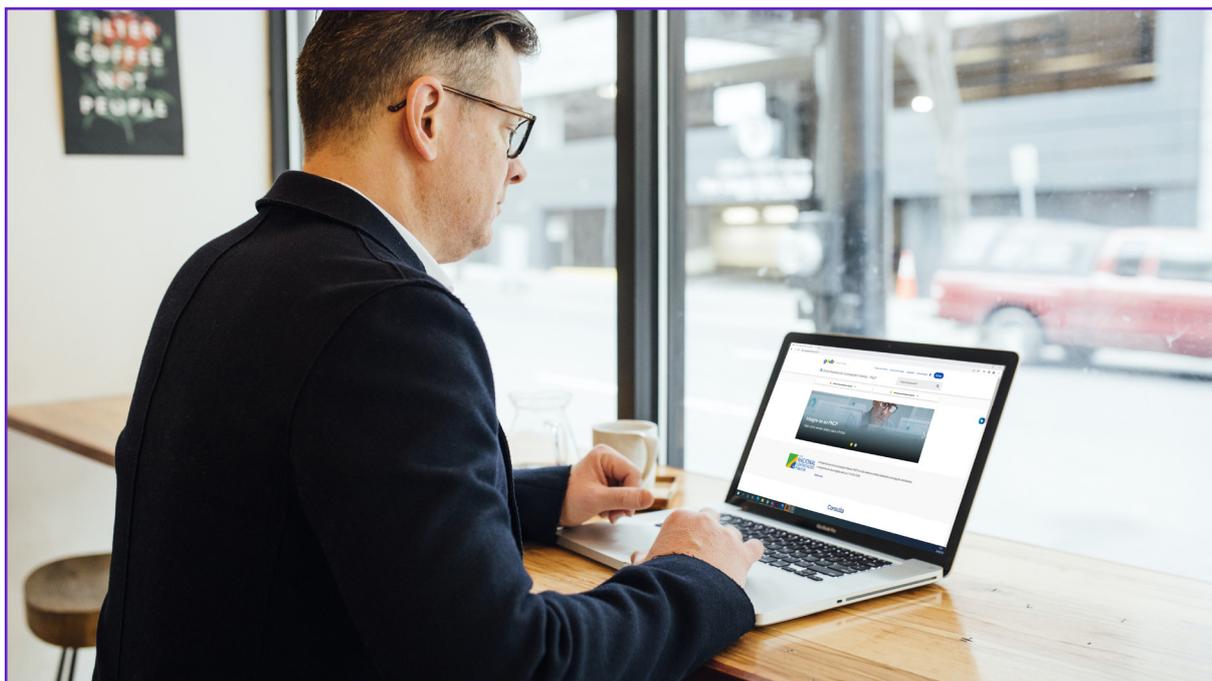
O princípio da publicidade é tão caro ao estado democrático de direito que deve ser rigorosamente observado em qualquer ato praticado em processo administrativo em trâmite na Administração Pública, inclusive aqueles de caráter sancionatório, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n.º 5371.⁹

7 Motta, Fabrício. *Notas sobre a publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil*. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n.º 30, p. 91-108, out./dez. 2007 .

8 O conceito jurídico indeterminado “Segurança do Estado e da Sociedade” foi explicitado no art. 23 da Lei de Acesso à Informação, que trouxe o rol de situações passíveis de serem classificadas como sigilosas e, portanto, não sujeitas à ampla publicidade.

9 Foi fixada a seguinte tese de julgamento: “Os processos administrativos sancionadores instaurados por agências reguladoras contra concessionárias de serviço público devem obedecer ao princípio da publicidade durante toda a sua tramitação, ressalvados eventuais atos que se enquadrem nas hipóteses de sigilo previstas em lei e na Constituição”.





Fonte: <https://www.pexels.com/pt-br/foto/homem-usando-macbook-2182969/> - Modificada.

Para dar concretude a todos esses mandamentos constitucionais, no ano de 2011, por meio da Lei n.º 12.527, foi sancionada a denominada “Lei de Acesso à Informação”, que passou a regular tanto o direito à informação quanto o direito de acesso a registros e informações nos órgãos públicos, vinculando todos os entes da federação.

No âmbito da LAI, foram previstas, como formas de publicidade, a *transparência ativa* (art. 8º), ocasião em que a Administração Pública, de ofício, divulga as informações necessárias, e a *transparência passiva* (art. 10), por meio da qual, através de procedimento próprio, o interessado busca ter acesso à informação junto ao órgão que a possui.

No campo das contratações públicas, a LAI foi enfática em determinar a divulgação, no sítio eletrônico do respectivo ente da federação, de “informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados” (§ 1º, IV c.c. § 2º, todos do art. 8º).

A divulgação, em meio eletrônico, das informações não deve ser feita de qualquer forma. As informações e documentos devem ser disponibilizadas de maneira “*objetiva, transparente, clara e com linguagem de fácil compreensão*” (§ 3º, I, do art. 8º).

Assim, além da publicidade convencional e obrigatória a ser conferida aos atos da Administração Pública (veiculação de extrato em diários oficiais e jornais de grande circulação

nacional, regional ou local), previu o legislador, como meio de tornar efetiva a publicidade, mecanismos ampliadores da transparência, notadamente por meio digital, de modo a estarem acessíveis informações e documentos e permitir o controle social da gestão e das políticas públicas.

Com a finalidade de medir a transparência pública em estados e municípios brasileiros, a Controladoria-Geral da União – CGU – instituiu a Escala Brasil Transparente, por meio da qual, pegando-se como base a 2ª avaliação 360º, efetivada no período de 01/04 a 31/12/2020, é possível perceber um descompasso no que se refere ao atendimento de quesitos de transparência instituídos na legislação nacional.¹⁰

Isto porque, do total de 665 municípios incluídos no escopo do levantamento,¹¹ a nota média da avaliação do índice de transparência ficou em torno de 6,86, sendo que, deste total, 40 deles foram avaliados com uma nota abaixo de 4,00.¹²

Ainda que por amostragem, o estudo acima, no qual são contemplados tão somente municípios com mais do que 50 mil habitantes, demonstra falhas no cumprimento, pelos entes da federação, da transparência, seja ela ativa ou passiva, causando prejuízos ao acesso à informação pela sociedade.

Neste contexto, ainda que a publicidade, e como corolário desta a transparência, seja um vetor norteador da atividade da Administração Pública, há muito o que se avançar nesta temática tão importante para a concretização de valores fundamentais da república, sobretudo na seara das contratações públicas, seja para garantir, efetivamente, o controle social, seja para diminuir os problemas informacionais que, por consequência, acarretam custos de transação nas compras governamentais.

10 BRASIL. Controladoria Geral da União. EBT – Avaliação 360º - 2ª Edição. Disponível em: https://mbt.cgu.gov.br/publico/avaliacao/escala_brasil_transparente/66. Acesso em: 14 mar.2022.

11 A avaliação contemplou apenas os municípios com mais de 50 mil habitantes, com base nas estimativas feitas pelo IBGE para o ano de 2017. Cabe anotar que o Brasil possui, ao todo, 6.570 municípios, dentre os quais em torno de 80% possuem população de até 20 mil habitantes.

12 Em avaliação feita anteriormente, que contemplava apenas a transparência passiva e foi realizada no período de 27/06/2016 a 16/01/2017, foi constatado que, do total de 2.328 municípios analisados, a nota média do índice de transparência passiva ficou em torno de 3,54, sendo que, deste total, 978 foram avaliados com uma nota entre 0 e 1,99. (BRASIL. Controladoria-Geral da União. EBT – Transparência Passiva 3ª Edição. Disponível em: https://mbt.cgu.gov.br/publico/avaliacao/escala_brasil_transparente/200000001#ranking. Acesso em: 14 mar. 2022).



2. ASSIMETRIA DE INFORMAÇÕES NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

Por imperativo constitucional, os entes da federação devem prover as suas necessidades por meio de processo de licitação pública, salvo nas exceções versadas pela legislação infra-constitucional (art. 37, XXI, CF).

A Administração Pública, no âmbito do processo licitatório, visa, com garantia de isonomia entre os competidores e ampliação, em sua dimensão máxima, da competitividade, a selecionar a proposta que seja apta a gerar, como resultado, a contratação mais vantajosa, devendo ser evitada a contratação com sobrepreço ou preço inexequível e, no curso da execução, a prática do superfaturamento, assim como a incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.¹³

Fruto de um processo isonômico de seleção, abrangido por um número irrestrito de fornecedores de bens ou prestadores de serviços, o ente público não tem conhecimento do licitante que será futuramente contratado pela Administração Pública, não possuindo, portanto, informações relevantes daquele que executará o objeto e, assim, atenderá à sua necessidade.¹⁴

Pode-se dizer, portanto, que a dinâmica de contratação isonômica formada entre o poder público e os prestadores de bens ou serviços privados, apesar dos notórios pontos positivos, dá ensejo a uma relação permeada por assimetrias informacionais.

Ante a natural impossibilidade de se conhecer o futuro parceiro de negócios, resta ao poder público a tarefa de exigir, como condição prévia à contratação, medidas de sinalização¹⁵ positivas ou negativas acerca do histórico empresarial, jurídico e econômico dos potenciais fornecedores de bens ou serviços interessados.

13 Esses são os objetivos do processo licitatório que foram estatuídos no art. 11 da Lei n.º 14.133/2021, que instituiu a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos e que, após abril de 2023, revogará as Leis n.º 8.666/1993, 10.520/2002 e os arts. 1º ao 47-A da Lei n.º 12.462/2011.

14 Conforme reconhece Marcos da Nobrega, o procedimento licitatório funciona como um “detector de mentiras” ou, em outras palavras, como um mecanismo de revelação de informação, uma vez que cabe ao órgão licitante formatar regras adequadas para tentar descobrir “quanto e como os licitantes estão omitindo informações”. (in Uma nova lei de licitações. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/uma-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 16 mar. 2022).

15 Conforme expressa Alessandro Bonato, “A sinalização de mercado é um importante mecanismo pelo qual os agentes econômicos podem lidar com os problemas de seleção adversa em uma transação econômica. Neste caso, a parte detentora de informação privada enviará um sinal por meio de uma ação que seja observável pela parte oposta, sinalizando de modo crível a qualidade e o valor de seu produto ou serviço”. (in Sinalização: uma das soluções para seleção adversa. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/sinalizacao-uma-das-solucoes-para-a-selecao-adversa>. Acesso em: 15 mar.2022).

A exigência de documentos de habilitação, qualificações econômico-financeiras e técnico-operacionais e profissional (sinalizações), bem como a consolidação de um banco de dados relativos ao histórico de contratações, apesar de atenuar a assimetria informacional entre os contratantes, não resolve, em definitivo, o problema.

Os licitantes, cientes da multiplicidade de órgãos e entidades que figuram como potenciais contratantes e também da ausência de um canal unificado de divulgação de informações, não têm o incentivo adequado para expor dados negativos a seu respeito. Eventuais penalidades experimentadas em uma determinada contratação são omitidas perante ente público diverso.

Sem prejuízo dos problemas já destacados, a estrutura federativa brasileira agrava o quadro. Entre União, estados e municípios, somam-se mais de cinco mil e quinhentos entes que pouco se comunicam e mantêm seus cadastros de maneira autônoma, tornando o cenário propício para agentes econômicos mal-intencionados.

O desafio do processo licitatório é, portanto, criar mecanismos que sejam aptos a diminuir as assimetrias de informações entre o poder público e os agentes econômicos. Neste contexto, é relevante conhecer o modo como a informação é disponibilizada, de que forma ocorre a sua dispersão e em que grau ela pode afetar o mercado e a respectiva alocação de recursos.¹⁶

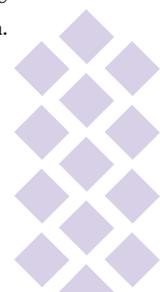
O quadro estabelecido sob a égide da Lei n.º 8.666/1993 traduz um enorme potencial de impunidade decorrente da exploração da assimetria informacional existente entre os órgãos licitantes e os potenciais contratados, haja vista que carece de um sistema unificado em que são disponibilizadas as informações acerca das contratações públicas.

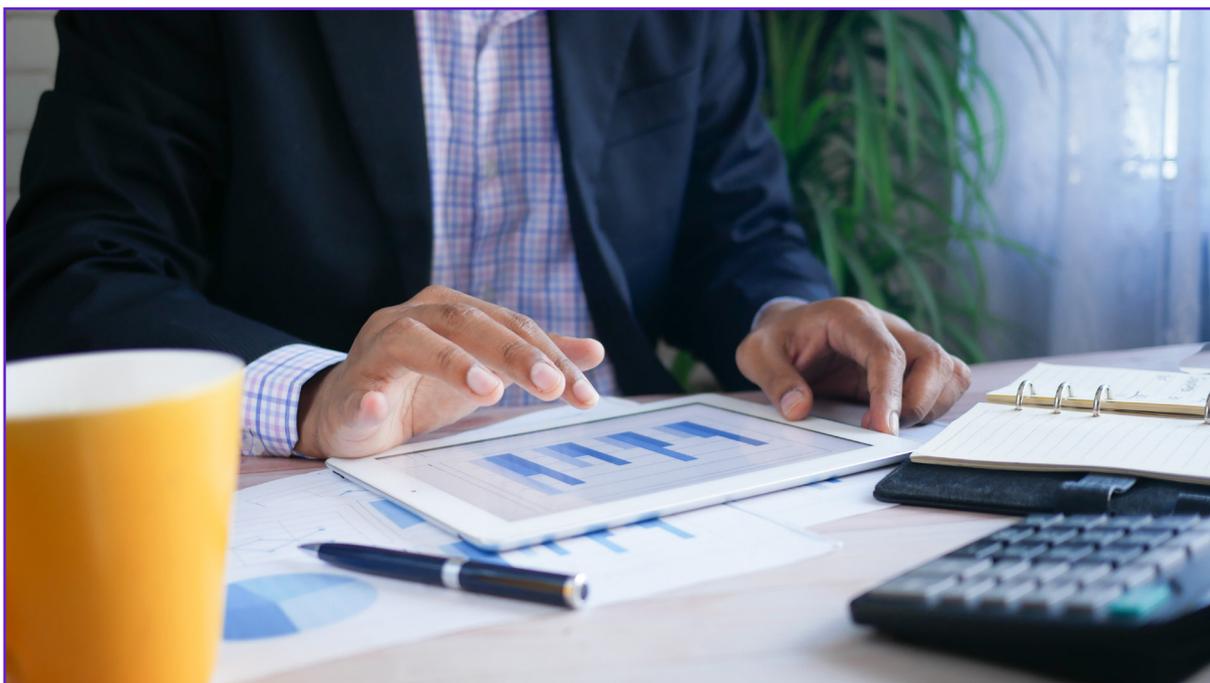
Aliás, conforme alertado alhures, a estrutura federativa nos conduz às mais variadas regulamentações e práticas administrativas no campo das contratações públicas, o que, de certa forma, dificulta a compreensão do mercado em relação a uma mesma necessidade, já que não há padronização, por exemplo, nas descrições atinentes ao núcleo do objeto que está posto em disputa.

Com a publicação da Lei n.º 14.133/2021, a mencionada conjuntura ganha um novo panorama, já que há um claro incentivo às práticas de padronização e unificação de entendimentos no âmbito das compras governamentais.

Para o estudo proposto neste tópico, interessa-nos o advento do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, que pode propiciar uma mudança estrutural no que diz respeito a

16 Cf. NOBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. *Assimetrias de Informação na Nova Lei de Licitações e o Problema da Seleção Adversa*. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n.º 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.





Fonte: <https://unsplash.com/photos/nApaSgkzaxg>

até então ausência de ampla transparência e de simetria informacional entre os contratantes – e que acabava por afetar também o acesso à informação e, conseqüentemente, o controle social.

É válido anotar que o PNCP, conforme se estudará adiante, não se traduz em mera ferramenta que permitirá o surgimento de novas formas de contratações no âmbito da Administração Pública, tampouco se restringe a possibilitar o uso de tecnologia no âmbito das licitações – o que já era realidade com o pregão eletrônico. Trata-se, principalmente, de ferramenta que permitirá um controle social mais amplo, uma vez que será facultado a todo cidadão, licitante, agente público, bem como a qualquer interessado, ter acesso a toda licitação (e todos os documentos referentes a ela) que esteja ocorrendo ou que já tenha ocorrido no país.

Além disso, os entes públicos terão a possibilidade de alcançar informações mais completas quanto aos futuros contratantes privados, tais como reputação no mercado, histórico de outras contratações com entes públicos diversos, eventuais penalidades que já tenham sofrido, entre outros.¹⁷

¹⁷ Aliás, a reputação é uma das opções possíveis dentro dos mecanismos para que, segundo Marcos Nobrega e Diego Franco de Araújo Jurubeba, possa ser minorado o problema da seleção adversa de fornecedores pela Administração Pública. Ainda, segundo os autores, a seleção adversa é um dos, senão o maior, problemas enfrentados nas contratações públicas, gerando, como consequência, o impedimento para que sejam adquiridos os produtos de melhor qualidade ou contratados os melhores serviços. (*in* Assimetrias de Informação na Nova Lei de Licitações e o Problema da Seleção Adversa. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n.º 69, p. 9-32, abr./jun. 2020).

A gama de informação agregada pelo PNCP pode gerar a considerável diminuição do risco de desequilíbrio na relação econômica firmada entre o poder público e o agente econômico, haja vista que reduz a seleção adversa e o risco moral das relações contratuais, culminando em redução de custos de transação.

A nova Lei de Licitações não apenas visou a aprimorar o processo licitatório, como também aperfeiçoou a formulação e a fiscalização dos contratos administrativos firmados entre o governo e os parceiros privados. A ferramenta de controle e transparência trazida pelo Portal Nacional de Contratações Públicas é uma das formas de aperfeiçoamento dessa fiscalização e de máxima efetivação do princípio da publicidade nas compras governamentais.

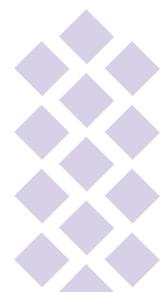
A criação e regulamentação do Portal Nacional de Contratações Públicas eleva um degrau na disciplina da transparência e da simetria informacional em relação ao diploma anterior, aproximando o agente público dos licitantes e, eventualmente, repelindo aqueles agentes econômicos que se revelem nocivos ao interesse público.

3. PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: A unificação dos meios de publicidade e transparência para o processamento das contratações públicas

A publicidade e a transparência, conforme visto neste ensaio, desempenham um relevante papel no que concerne à garantia de controle social sobre os atos da Administração Pública.

A função destes princípios, todavia, não se resume ao importante papel de controle social da gestão pública. Para além disso, de um lado, a publicidade e a transparência são também essenciais para que a própria Administração Pública obtenha informações mais concretas e genuínas para subsidiar seus próprios atos, decisões e contratações públicas e, de outro, possibilitam que os agentes econômicos possam reduzir os custos de transação existentes quando resolvem participar das contratações promovidas pelo poder público.

Nesse contexto, o Portal Nacional de Contratações Públicas surge como forma de reduzir a assimetria informacional existente entre o poder público contratante e os agentes econômicos que pretendam com ele contratar, reunindo, em uma única plataforma, o processamento das contratações públicas e a publicidade do ato convocatório, conforme foi trabalhado no tópico anterior deste artigo.



A nova Lei de Licitações trouxe um capítulo específico destinado a disciplinar o portal, além de outras disposições esparsas ao longo de seu texto.¹⁸

Segundo a nova Lei, o Portal Nacional de Contratações Públicas será gerido por um órgão colegiado, designado em lei como Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, cujas competências já foram regulamentadas pelo Decreto n.º 10.764/2021. O Comitê será presidido por um representante indicado pelo Presidente da República e composto de três representantes da União, dois representantes dos estados e do Distrito Federal e dois representantes dos municípios.

A finalidade¹⁹ do PNCP é manter, de forma centralizada e obrigatória, a divulgação de atos relacionados às licitações e contratações públicas, bem como propiciar a realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades integrantes dos três poderes dos entes federativos.

Do Portal Nacional constarão, por exemplo, a publicidade dos editais de licitação, o cadastro unificado de licitantes, as atas de registro de preços, a divulgação dos contratos firmados e seus aditamentos, o registro cadastral unificado – com informações sobre os licitantes, nota de desempenho, existência de penalidades, entre outros.

O parágrafo 2º do art. 174, da Lei de Licitações, orienta, em rol não taxativo, as informações acerca das contratações que constarão do PNCP, entre elas os planos de contratação anuais, os catálogos eletrônicos de padronização, os editais e respectivos anexos, as atas de registro de preços, os contratos, termos aditivos e as notas fiscais eletrônicas.

Relativamente à divulgação do edital de licitação, o art. 54, do mesmo diploma legal, prevê que a publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no PNCP. Vale lembrar que a divulgação no PNCP não dispensa a igualmente obrigatória publicação do extrato do edital no diário oficial.

Ademais, no contexto da nova Lei de Licitações, a divulgação do contrato e de seus aditamentos no PNCP é condição indispensável para a sua eficácia e deve se dar no prazo estipulado em lei (art. 94, Lei n. 14.133/2021).

Dentre as funcionalidades que o PNCP deverá disponibilizar, descritas no § 3º do art. 174, estão o sistema de registro cadastral unificado, painel para consulta de preços, acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas, sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, sistema eletrônico para a realização de sessões públicas, acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS), acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP) e sistema de gestão disponibilizada à sociedade com informações referentes à execução de cada contrato.

18 Trata-se do Capítulo I do Título V da Lei n.º 14.133/2021, referente aos artigos 174 a 176.

19 Incisos I e II do *caput* do art. 174 da Lei n.º 14.133/2021.

Ainda no capítulo da nova Lei de Licitações destinado à regulamentação do Portal Nacional de Contratações Públicas, o art. 176 dispõe que os municípios com até vinte mil habitantes terão o prazo de seis anos para implementar alguns temas, entre eles a obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica e o cumprimento de regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial, os quais serão realizados dentro do PNCP²⁰.

A par dos avanços significativos já mencionados operados no plano legal hipotético, a implementação fática do comando normativo exige esforços e emprego de recursos de todos os entes envolvidos. É necessário que haja servidores, por vezes investidos de conhecimentos técnicos em informática, em gestão de dados, contratação de sistemas, entre outros.

Foi pensando nisso que o legislador, aparentemente imbuído de boas intenções, concedeu aos municípios de até vinte mil habitantes o prazo diferenciado de seis anos para adaptação de alguns pontos da nova Lei de Licitações, entre eles a realização de licitação sob a forma eletrônica e a divulgação em sítio eletrônico oficial, a qual engloba a adesão ao Portal.

É necessário, contudo, analisar se o tratamento diferenciado conferido pelo legislador aos municípios de pequeno porte, no contexto atual, revela-se justificável ou se talvez cria uma espécie de retrocesso às tendências de transformação digital das atividades da Administração Pública.

Isto porque é reconhecida a tendência, na atual sociedade da informação, de migração entre o “governo eletrônico”, abalizado apenas na implementação de tecnologias e uso da internet, para o “governo digital”, no âmbito do qual a tecnologia deve ser utilizada como fator agregador para a efetiva melhoria da gestão pública.²¹

É válido anotar que a nova Lei de Licitações foi sancionada em abril de 2021, momento em que grande parte da população brasileira já tinha acesso à rede mundial de computadores²² e, por mais diminutas e desprovidas que seja a realidade dos municípios brasileiros, não parece leviano afirmar que todos eles contam com sistemas de informática – ainda que rudimentares – e acesso à internet.²³

20 Todavia, enquanto os municípios com até vinte mil habitantes não adotarem o PNCP, deverão obrigatoriamente publicar, em diário oficial, as informações que a nova Lei de Licitações exige, bem como disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, conforme prevê o parágrafo único do art. 176.

21 No Brasil, por meio do Decreto Presidencial de 03 de abril de 2000, foi criado o programa de governo eletrônico, ocasião em que se instituiu um grupo de trabalho com a finalidade de examinar e propor políticas, diretrizes e normas relacionadas ao uso das novas formas de interação por meio de ferramentas tecnológicas.

22 Segundo o IBGE, em 2019, a internet era utilizada em 82,7% dos domicílios brasileiros, número que pode ter aumentado consideravelmente nos anos de 2020 e 2021 em decorrência da pandemia de Covid-19. (*in* Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101794_informativo.pdf. Acesso em: 16 mar.2022).

23 PAIVA, Letícia. *Brasil tem internet em todos os municípios, mas milhões de excluídos digitais*. 2021. Disponibilizado em < <https://www.jota.info/coberturas-especiais/sociedade-digital/brasil-internet-municipios-milhoes-excluidos-digitais-23082021>. Acesso em: 16 mar.2022.



Nesse sentido, estudos realizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) indicam que 97,7% dos municípios brasileiros possuíam, em 2019, páginas na internet, especialmente como forma de divulgar suas ações e atender ao princípio da transparência, bem como os ditames da Lei de Acesso à Informação (divulgação de licitações, salários etc.).²⁴

Quanto a eventuais municípios que não contem com sistema de informática e acesso à internet aptos a propiciar o cumprimento das regras relacionadas às licitações, é possível afirmar que, ao menos no que se refere àqueles com população maior que dez e vinte mil habitantes, os entes federativos já se encontram em estado de ilegalidade.

Isso porque, por expressa determinação da Lei de Acesso à Informação²⁵, que iniciou a sua vigência em 2012, apenas os municípios com população de até dez mil habitantes estariam dispensados da obrigatoriedade de divulgação na internet de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. Isto é, desde seu advento, a Lei já exigia que os municípios com população de dez a vinte mil habitantes mantivessem um fluxo de informações em suas páginas na internet.

Se, de acordo com os estudos acima noticiados, quase todos os municípios brasileiros, já em 2019, possuíam plenas possibilidades de divulgação de suas ações e atos por meio de suas páginas na internet, não faz sentido a exceção criada pelo legislador na nova Lei de Licitações. É exatamente essa infraestrutura – já exigida pela LAI, com algumas adaptações – que, em tese, seria demandada para disponibilizar as informações necessárias à alimentação do PNCP.

Desse modo, havendo a estrutura necessária para a imediata operação do PNCP, revela-se injustificada a discriminação realizada pelo legislador na nova Lei de Licitações, sobretudo porque a exceção criada exclui parcela significativa dos entes que compõem a estrutura federativa brasileira. Essa conclusão se aplica, de igual forma, aos municípios com população menor que dez mil habitantes.

Conforme já mencionado, para a alimentação do Portal, não se exige uma estrutura que demande investimentos robustos em tecnologia da informação por parte dos entes subnacionais. Se, por um lado, os municípios de menor porte podem possuir recursos orçamentários escassos para investimentos, por outro também realizam menos licitações e mantêm uma menor quantidade de contratos administrativos sob gestão, necessitando, em tese, de poucos profissionais para atualizar os dados.

24 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Perfil dos municípios brasileiros: 2019/IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101770.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

25 De acordo com o art. 8º, § 4º, da LAI, os Municípios com população de até 10.000 (dez mil) habitantes ficam dispensados da divulgação obrigatória na internet.



Fonte: <https://unsplash.com/photos/ZH4FUYiaczY>

Além disso, o fato de os municípios menores lidarem, por vezes, com maiores situações de escassez e poucos recursos orçamentários aumenta a necessidade e o interesse pelos dados e informações possíveis de serem obtidos junto ao PNCP, seja para auxiliar na fase preparatória de uma licitação, seja para obter dados de potenciais fornecedores.

Poder-se-ia imaginar que a exclusão dos dados relativos a municípios cuja população seja inferior a vinte mil habitantes não represente perdas significativas de informações no PNCP. A premissa, contudo, não é verdadeira.

Os municípios nesta categoria, conforme vimos anteriormente, representam algo em torno de 70% de todos os entes da federação. Dispensá-los da participação temporária na alimentação de dados junto ao PNCP significa excluir do cidadão o amplo controle social dos atos administrativos, assim como da própria Administração Pública as informações fundamentais à boa gestão da coisa pública.

Nesse contexto, a discriminação feita pelo legislador acerca da não obrigatoriedade imediata para essa parcela significativa de entes federativos vai na contramão das tendências do direito administrativo atual, tanto no que diz respeito à publicidade, à transparência e à governança pública, quanto ao movimento de aperfeiçoamento tecnológico exigido para o desenvolvimento de uma Administração Pública voltada à eficiência e à busca por melhores resultados em sua atuação.²⁶

26 Não é demais lembrar que a nova Lei de Licitações trouxe a inovação como um dos objetivos do processo licitatório, que deve ser tanto observado pela própria Administração Pública quanto por ela fomentado. A inovação, na visão de Irene Patrícia Diom Nohara, é *“um imperativo da dinamicidade do capitalismo contemporâneo que atinge amplos setores das atividades econômicas”* (In Nova lei de licitações e contratos: comparada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 124).



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob o influxo da transformação digital e da ampliação do acesso à informação, necessária à diminuição da assimetria nas contratações públicas, o legislador trouxe, com a nova Lei de Licitações, o Portal Nacional de Contratações Públicas, que, entre outras utilidades, permite o compartilhamento ativo de dados referentes às experiências relacionadas a contratações pgressas.

Como vimos, os princípios da publicidade e da transparência relativos às informações públicas transcendem a órbita dos direitos inerentes ao cidadão e representam um valioso instrumento para a execução de uma boa e eficiente gestão pública, estando atrelado ao próprio Estado Democrático de Direito.

A complexa estrutura federativa brasileira cria um cenário fragmentado em que, na iminência de uma contratação, o ente público carece de informações acerca do histórico dos pretensos contratantes, situação que o deixa em especial situação de vulnerabilidade e que, por consequência, repercute em toda a coletividade. Essa carência de informações gera problemas para o poder público que, por vezes, são repassados para o mercado e agentes econômicos e incorporados aos preços dos produtos e serviços (custos de transação).

A ideia trazida pelo PNCP de compilar, em uma base única e centralizada, as informações trazidas por todos os entes públicos, a um só tempo, reduz a assimetria informacional inerente às contratações públicas e possibilita a mitigação dos custos de transação, trazendo benefícios não só para o poder público, mas também para o próprio agente econômico. A criação desse cadastro unificado representa um avanço significativo e só foi possível em virtude do atual grau de informatização que possibilita a integração de toda a sociedade, bem como das diversas camadas de entidades integrantes da estrutura federativa brasileira.

Na contramão dos valores que orientaram a criação do próprio PNCP e ignorando os anseios de uma sociedade que busca cada vez mais o acesso à informação pelos meios digitais, o legislador trouxe a dispensa aos municípios de pequeno porte da adoção imediata da ferramenta, concedendo prazo de seis anos para a sua implementação.

A dispensa legal de participação no PNCP, ainda que temporária, sob a aparente justificativa de possibilitar um regime de transição, não só frustra o próprio cadastro, que deixa de contar com informações relativas a parcela significativa das unidades federativas, como também prejudica os entes de menor porte, que dispõem de escassos mecanismos de governança pública e de investigação do histórico de contratação dos agentes econômicos.

As conclusões do artigo permitem afirmar que o fato de os municípios de até vinte mil habitantes ficarem de fora, pelo prazo de seis anos, da obrigatoriedade de uso do PNCP e de seus benefícios é um retrocesso injustificado que atenta contra os princípios da publicidade, da transparência e da eficiência, sobretudo se considerado o grau da infraestrutura de telecomunicações do Brasil, que, nas circunstâncias atuais, possibilita o acesso à internet em todos os municípios da federação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONATO, Alexsandro. Sinalização: uma das soluções para seleção adversa. Disponível em: <https://administradores.com.br/artigos/sinalizacao-uma-das-solucoes-para-a-selecao-adversa>. Acesso em: 15 mar.2022.

BRASIL. Controladoria Geral da União. EBT – Avaliação 360º - 2ª Edição. Disponibilizado em < https://mbt.cgu.gov.br/publico/avaliacao/escala_brasil_transparente/66 > acesso em: 14 03.2022.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/31461-ibge-divulga-estimativa-da-populacao-dos-municipios-para-2021>. Acesso em: 15 mar.2022.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Perfil dos municípios brasileiros: 2019/ IBGE, Coordenação de População e Indicadores Sociais. - Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101770.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2022.

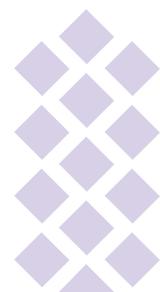
CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Nova lei de licitações e contratos: comparada**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

_____. **Direito Administrativo**. 11. ed. Barueri: Atlas, 2022.

MOTTA, Fabrício. **Notas sobre a publicidade e transparência na Lei de Responsabilidade Fiscal no Brasil**. A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 7, n. 30, p. 91-108, out./dez. 2007.



NOBREGA, Marcos. Uma nova lei de licitações. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/uma-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em: 16 mar. 2022.

NOBREGA, Marcos; JURUBEBA, Diego Franco de Araújo. **Assimetrias de Informação na Nova Lei de Licitações e o Problema da Seleção Adversa**. Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 9-32, abr./jun. 2020.

PAIVA, Letícia. **Brasil tem internet em todos os municípios, mas milhões de excluídos digitais**. 2021. Disponibilizado em < <https://www.jota.info/coberturas-especiais/sociedade-digital/brasil-internet-municipios-milhoes-excluidos-digitais-23082021> > acesso em 16.03.2022.



O Planejamento das Contratações Públicas na Fase Preparatória da Licitação

Simone Zanotello de Oliveira

Doutora em Direito Administrativo pela PUC-SP. É Gestora de Administração e Gestão de Pessoas na Prefeitura de Jundiaí-SP, advogada e professora.

szanotello@jundiai.sp.gov.br

Eloi de Castro Neto

MBA em Engenharia Logística pela UNIP/SP e MBA em Gestão de Contratos e Licitações pela PUC/MG. Gestor da Prefeitura de Jundiaí, coordenando as Diretorias de Compras Governamentais, Contratações, Planejamento e Finanças, Logística e Suprimentos e Administração.

eloicastro@jundiai.sp.gov.br

RESUMO

O presente artigo busca promover uma análise acerca do planejamento nas contratações públicas na fase preparatória da licitação, considerando que será nesse momento que a Administração irá efetuar a definição de suas necessidades de aquisição relativas a bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação, com seus respectivos quantitativos. Esse planejamento deverá ser utilizado como base para as demais fases das licitações, trazendo informações como condições de execução, garantias, condições de recebimento, estimativas do valor da contratação, dentre outras.

PALAVRAS-CHAVE: Contratações Públicas; Planejamento; Fase Preparatória; Estudo Técnico Preliminar.

ABSTRACT

This article aims to make an analysis about planning in public procurement in the preparatory phase of the bidding, considering that it will be at this moment that the Administration will define its acquisition needs related to goods, services, works and information technology solutions, with their respective amounts. This planning should be used as a basis for the other phases of the bidding, providing information such as execution conditions, guarantees, conditions of receipt, estimates of the contract value, among others.

KEYWORDS: Public Procurement; Planning; Preparatory Phase; Preliminary Technical Study.



INTRODUÇÃO

Com base no art. 18 da Lei nº. 14.133/2021, a primeira fase do processo de licitação é a preparatória, a qual obteve status legal, sendo que a Lei evidenciou nela a devida preocupação com o planejamento. As contratações públicas sempre foram objeto de críticas embasadas principalmente pela falta de planejamento. Diante disso, a nova Lei procurou trazer as premissas do planejamento para um patamar de imprescindibilidade para a fase interna do processo licitatório.

Logo, o planejamento constitui-se uma das etapas mais importantes do processo de contratação pública, pois por meio dele é possível a obtenção de contratações mais eficientes. Trata-se de uma etapa determinante para o sucesso de uma licitação. A realização prévia de estudos conduz ao conhecimento de novas modelagens/metodologias ofertadas pelo mercado e, com isso, buscar-se-á uma melhoria da qualidade do gasto e uma gestão eficiente dos recursos públicos. Não podemos nos esquecer de que as contratações governamentais possuem impacto significativo na atividade econômica, em razão do volume de recursos envolvidos e, se elas forem feitas sem planejamento, isso terá resultados desastrosos. Nas lições de Marçal Justen Filho:

Um dos pilares da Lei 14.133/21 consiste em promover o planejamento, reconhecido como essencial e indispensável para a gestão eficiente dos recursos públicos e a obtenção de contratações satisfatórias e bem executadas. A Lei pressupõe que o planejamento pode neutralizar os defeitos fundamentais das contratações administrativas, que são a ineficiência e a corrupção.¹

1 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 331.

Como bem anotado por Alexandre Nunes de Moraes, além dos princípios clássicos, o art. 5º. alçou o planejamento a princípio, o qual deve estar alinhado ao planejamento estratégico da Administração.²

Além disso, essa fase preparatória deverá demonstrar total compatibilidade com o Plano de Contratações Anual - PCA, caso tenha sido adotado, o qual deverá ser elaborado em conformidade com as diretrizes do art. 12, inc. VII da Lei, por meio de regulamento, com a utilização de documentos de formalização de demandas dos órgãos e entidades do ente federativo, com o objetivo de racionalizar as contratações, tendo em vista que este plano deverá ser observado na realização das licitações e na execução dos contratos, garantindo o alinhamento com o planejamento estratégico do órgão ou entidade.

O PCA é o documento que irá consolidar todas as compras e contratações que o órgão ou entidade pretende realizar, no ano seguinte, e contempla bens, serviços, obras e soluções de tecnologia da informação.³ O referido plano é a base para que o setor de licitações do órgão ou entidade possa analisar as demandas encaminhadas pelos setores requisitantes, com o objetivo de agregar, sempre que possível, aquelas que forem de objetos de mesma natureza, promovendo uma adequação e uma consolidação do plano, bem como para construir um calendário de licitações. Nas lições de Joel de Menezes Niebuhr:

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.⁴

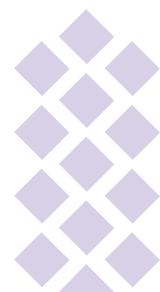
Destacamos que o PCA também se presta a subsidiar a elaboração das peças orçamentárias, quais sejam, a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO, a Lei Orçamentária Anual – LOA - e o Plano Plurianual – PPA (conforme o caso), extensíveis também para a fase preparatória.

A nova Lei não apresenta a obrigatoriedade de realização do PCA, tendo em vista que, de acordo com o art. 12, inc. VII, da Lei, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo “poderão”, na forma de regulamento, elaborar o citado plano. No entanto, Marçal Justen Filho alerta que:

2 MORAES, Alexandre Nunes de. **Guia prático da nova lei de licitações e contratos – Lei 14.133, de 1º. de abril de 2021**. Leme/SP: Editora Imperium, 2021, p. 14.

3 **O que é o PAC?** Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/assuntos/plano-anual-de-contratacoes>. Acessado em 07 fevereiro 2022.

4 NIEBUHR, Joel de Menezes. Fase preparatória das licitações. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 83.



A redação legal induz à facultatividade da elaboração do PCA. Mas essa interpretação exige cautela. A utilização do vocábulo “poderão” não deve ser o critério isolado para a interpretação. A interpretação mais adequada consiste em reconhecer a existência de um dever de elaborar o PCA, cujo atendimento será vinculado às circunstâncias e características da realidade. Caberá ao regulamento dispor sobre as condições para a elaboração do PCA, inclusive determinando a sua implementação de modo progressivo e compulsório.⁵

Nesse sentido, não obstante esse plano não se constituir como uma obrigatoriedade pelos termos da Lei, não restam dúvidas de que sua adoção pelos órgãos e entidades é uma prática recomendável, com o objetivo de realizar contratações mais planejadas, eficientes e eficazes, visando ao melhor uso dos recursos públicos. A corroborar tal entendimento, Irene Nohara argumenta:

Conforme visto, o planejamento é um princípio que guia a licitação, de acordo com a disciplina da Nova Lei de Licitação. Assim, determina o inciso VII do art. 12 da Lei que, a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma do regulamento, elaborar plano de contratação anual, com objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e das entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentária.⁶

A fase preparatória também deverá levar em consideração todas as questões técnicas, de mercado e também de gestão que possam de alguma forma ter inferência na contratação. Logo, caberá ao gestor buscar um conhecimento amplo do objeto, para poder trazê-lo a essa etapa da licitação, preparando os documentos que a compõem.

Desse modo, verificamos que a fase preparatória é uma etapa de definições, que serão fundamentais para a condução de todo o processo licitatório, com reflexos na execução do contrato. Nesse momento, é importante que o agente público tenha conhecimento da legislação, para que todas essas definições sejam realizadas com base no ordenamento jurídico vigente, bem como para dar atendimento aos princípios que regem o procedimento licitatório, os quais estão insculpidos no art. 5º. da Lei. Todas essas definições buscam a promoção da competitividade, objetivando a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. As definições da fase preparatória serão necessárias para a confecção do estudo técnico preliminar, do anteprojeto, do termo de referência, do projeto básico e do projeto executivo, conforme o caso, e, principalmente, para a elaboração do instrumento convocatório e seus anexos. Segundo Joel de Menezes Niebuhr:

A licitação pública inicia-se numa fase preparatória ou interna, em que a Administração Pública empreende planejamento e estudos prévios para definir o objeto da licitação pública e todas as condições para participar dela, elaborando o instrumento convocatório.⁷

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 273-274.

6 NOHARA, Irene Patrícia Diom. **Nova lei de licitações e contratos comparada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 127.

7 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008, p. 157.



Fonte: <https://www.pexels.com/pt-br/foto/reuniao-do-conselho-reuniao-da-diretoria-discutindo-debatendo-6949437/>

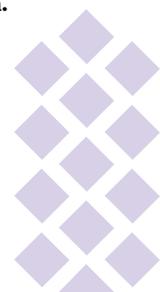
Nessa fase, o agente público, no momento de estabelecer essas definições, deverá se atentar que lhe é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório. Também é vedado ao agente público dispor condições que estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes, bem como estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras. E, principalmente, o agente público não deverá definir nessa fase condições que sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato. Diante disso, nessa etapa, é preciso que o agente público atue com razoabilidade e proporcionalidade com relação às exigências a serem feitas, as quais deverão estar devidamente motivadas, e deverão ser somente as essenciais para o atendimento das necessidades da Administração.

Conforme bem observado por Rafael Carvalho Rezende Oliveira:

A fase preparatória, que não era detalhada na Lei 8.666/1993, recebe mais destaque na nova Lei de Licitações, o que revela preocupação salutar com os atos preparatórios da licitação, uma vez que a descrição do objeto, a definição das regras do edital, a pesquisa de preços e outros atos iniciais impactam diretamente a eficiência da licitação e do próprio contrato. De fato, inúmeros problemas podem ser evitados com a realização adequada dos atos preparatórios da licitação.⁸

Por fim, o art. 18 possui um rol de exigências para essa fase preparatória, o qual possui caráter exemplificativo, sendo que, em certos casos, poderá haver a necessidade de outras definições, de acordo com a natureza do objeto.

⁸ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada**. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 116.



1. EXIGÊNCIAS DA FASE PREPARATÓRIA

1.1. Necessidade da contratação

Na fase preparatória, o gestor deve descrever a necessidade da contratação, a qual deverá estar fundamentada no estudo técnico preliminar, sendo que, em qualquer contratação, primeiramente, deverá haver interesse público envolvido.

Apenas para destacar, de acordo com o art. 6º, inc. XX, 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”.

Sabemos que promover a descrição da necessidade de contratação nem sempre é algo fácil para o agente público. Nas lições de Marçal Justen Filho:

A primeira e mais evidente dificuldade consiste no conhecimento da realidade, na sua dimensão estática. É problemático dispor das informações sobre as necessidades concretas e sobre as soluções disponíveis. Ou seja, é difícil identificar os problemas já existentes e as soluções já disponíveis, no momento da formulação do planejamento.⁹

Diante desse panorama, é fundamental que o agente público concentre todos os seus esforços no momento da descrição da necessidade da contratação, por meio de estudos, a fim de que ele tenha uma dimensão exata da realidade e possa encontrar soluções efetivas junto ao mercado para resolver os problemas e atender às necessidades da Administração.

1.2. Definição do objeto

Após a descrição da necessidade, será preciso definir o objeto para atendê-la. Essa definição será realizada nos instrumentos da fase preparatória, que posteriormente constituirão anexos do edital. O termo de referência é o documento indicado para a contratação de bens e serviços. Já o anteprojeto (peça técnica que dá subsídios para a elaboração do projeto básico), o projeto básico e o projeto executivo, utilizados conforme o caso, deverão ser destinados para as obras e serviços de engenharia.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 332.

A definição do objeto talvez seja a fase mais delicada de um processo licitatório, tendo em vista que, em algumas ocasiões, ele poderá se revestir de grande complexidade. Para tanto, será preciso que a Administração saiba o que ela quer, por meio da análise de tudo o que mercado tem a oferecer. Logo, a consulta ao mercado será um procedimento que irá auxiliar a confecção do objeto.

De acordo com a Súmula 177 do TCU:

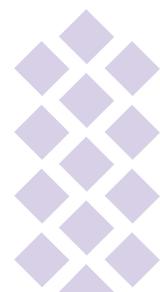
A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.

Em suma, Joel de Menezes Niebuhr ensina-nos que a virtude a ser adotada por ocasião da descrição do objeto é o meio-termo, sem que se admita restringi-lo nem ampliá-lo em demasia.¹⁰ A descrição do objeto não deverá permitir falhas que possam resultar na contratação de itens de baixa qualidade ou inaptos para o atendimento do interesse público. Também não deverá permitir a definição de itens que estão além daquilo que a Administração necessita.



Fonte: <https://www.pexels.com/pt-br/foto/adulto-banco-margem-ribanceira-8353790/>

10 NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. Curitiba: Zênite, 2008, p. 162.



1.3. Definição das condições de execução, pagamento, garantias e condições de recebimento

Na fase preparatória, será preciso que a Administração faça a definição das condições de execução do objeto, tendo em vista que estas são fundamentais para o dimensionamento do custo da licitação, bem como para nortear a oferta dos licitantes, juntamente com outros quesitos importantes para a elaboração da proposta.

Para a definição das condições de execução, a Administração necessitará ter conhecimento do mercado com relação ao objeto que está sendo licitado, pois não adianta estabelecer exigências que posteriormente não possam ser cumpridas pelos licitantes. O estabelecimento de condições de execução que não representam a praxe de mercado poderá resultar em licitações desertas. Além disso, o art. 40 da Lei prescreve que o planejamento deverá observar condições de aquisição semelhantes às do setor privado.

Ademais, de acordo com o art. 89, § 2º, da Lei, os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

Desse modo, as condições de execução deverão ser apresentadas de forma clara e objetiva, a fim de que o licitante possa ofertar sua proposta considerando todas as premissas dessa execução.

As condições de pagamento também deverão ser definidas na fase preparatória. Com relação a esse tema, o art. 40 da Lei dispõe que as condições de pagamento também deverão ser semelhantes às do setor privado. Ao contrário do que havia na Lei nº. 8.666/1993, na qual se estabeleceu que o prazo de pagamento não poderia exceder a 30 (trinta) dias corridos, a nova Lei não estipulou prazo máximo de pagamento. Diante disso, a Administração deverá definir o prazo de pagamento no edital/contrato e, para isso, será importante que ela verifique as etapas e o tempo de trâmite das notas fiscais junto ao órgão/entidade, desde a sua entrada até o pagamento, a fim de que se estipule um prazo de pagamento que seja plausível de cumprimento por parte da Administração.

Não adianta o edital estabelecer um prazo de pagamento de 2 (dois) dias úteis, por exemplo, se o trâmite de uma nota fiscal junto ao órgão ou entidade, desde a sua entrega, até o efetivo

pagamento, considerando a passagem nos diversos setores, leva no mínimo 10 (dez) dias úteis. Numa hipótese como essa, a Administração sempre estaria efetuando seus pagamentos com atraso, e isso iria contrariar o interesse público, podendo ensejar, inclusive, dispêndios de ordem financeira a título de correção monetária, multas etc. Embora a nova Lei não tenha estabelecido o prazo máximo de pagamento, entendemos que poderá ser mantida a regra contida na Lei nº. 8.666/1993, ou seja, não superior a 30 (trinta) dias corridos, tendo em vista que já representa uma prática estabelecida e aceita pelo mercado.¹¹

De acordo com o art. 121, § 3º, da Lei, nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas, condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato, ou, em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do valor devido ao contratado.

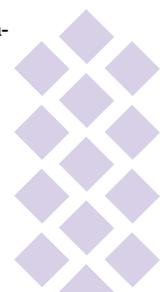
A nova Lei também passou a tratar de um tema bastante delicado com relação aos pagamentos – a sua antecipação. De acordo com o art. 145, não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços. No entanto, a Lei apresenta uma exceção com relação a essa regra geral, no sentido de que a antecipação de pagamento somente poderá ser permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço. Nesse caso, essas condições deverão estar previamente justificadas no processo licitatório e expressamente previstas no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta. Sem essas justificativas, não será possível a utilização do instituto do pagamento antecipado.¹²

Para a segurança da Administração, esta poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado e, caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido. Nesse contexto, embora a Lei disponha sobre a facultatividade com relação a essa prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado, é nosso entendimento que essa exigência passa a representar um “poder-dever”, tendo em vista que será preciso trazer segurança à Administração em suas transações. Ela não poderá correr o risco de fazer um pagamento antecipado e não ter a contra-prestação por parte do contratado, amargurando os prejuízos de uma negociação mal sucedida.

Nesse contexto, é importante analisar o posicionamento do Tribunal de Contas da União sobre o tema:

11 HIGA, Alberto Shinji; MUKAI, Toshio; OLIVEIRA, Simone Zanotello de; et. al. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei n. 14.133, de 1º. de abril de 2021**. São Paulo: Rideel, 2021, p. 105-106.

12 HIGA, Alberto Shinji; MUKAI, Toshio; OLIVEIRA, Simone Zanotello de; et. al. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei n. 14.133, de 1º. de abril de 2021**. São Paulo: Rideel, 2021, p. 106.



A falta de exigência específica e suficiente, na forma de seguros ou garantias, para autorização de antecipações de pagamento previstas contratualmente afronta o disposto no art. 38 do Decreto 93.872/1986; nos arts. 40, inciso XIV, alínea d, e 65, inciso II, alínea c, da Lei 8.666/1993; e nos arts. 31, § 1º, inciso II, alínea d, e 81, inciso V, da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais).¹³

Os órgãos da Administração Pública devem abster-se de realizar pagamentos antecipados aos contratados, quando não houver a conjunção dos seguintes requisitos: previsão da medida no ato convocatório, existência no processo licitatório de estudo fundamentado comprovando a real necessidade e economicidade da medida, e estabelecimento de garantias específicas e suficientes que resguardem a Administração dos riscos inerentes à operação. (Outros Acórdãos do TCU no mesmo sentido: Acórdão 2.955 – Plenário; 31/1994 – Plenário; 281/2002 – Plenário; 480/2002 – 1ª. Câmara e 1.442/2003 – 1ª. Câmara.)¹⁴

Em complemento, também é importante trazer à baila as lições de Marçal Justen Filho acerca da diferença entre pagamento antecipado e pagamento à vista:

O pagamento antecipado verifica-se quando a Administração executar a prestação que lhe cabe (pagamento) em momento anterior àquele previsto para a execução da prestação do outro contratante. Já o pagamento à vista pressupõe a simultaneidade da execução das prestações.¹⁵

Além dessas questões, a nova Lei também traz um tópico específico para detalhar ainda mais a questão dos pagamentos, que abrange os artigos 141 a 146.

Na sequência, caberá à Administração definir, na fase preparatória, a necessidade ou não de efetuar exigências de garantia, tanto para a fase licitatória quanto para a execução do contrato.

Caberá ao licitante ou ao contratado efetuar a opção por uma das seguintes modalidades de garantia previstas na Lei, quando estas forem exigidas, não sendo possível à Administração fazer essa escolha: (i) caução em dinheiro; (ii) caução em títulos da dívida pública emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil, e avaliados por seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Economia; (iii) seguro-garantia; (iv) fiança bancária emitida por banco ou instituição financeira devidamente autorizada a operar no País pelo Banco Central do Brasil.

Durante a fase de licitação, poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação. Trata-se de garantia relativa à licitação, e não ao contrato. Essa garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação, e

13 TCU. Acórdão 3.233/2020, Plenário, Auditoria, Rel. Min.-Subst. Augusto Sherman.

14 TCU. Acórdão 1.341/2010, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer.

15 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1534.

será devolvida aos licitantes no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação. No caso de haver recusa do adjudicatário em assinar o contrato, ou a não apresentação dos documentos por parte do licitante, essa garantia será executada em seu valor integral.

Para encerrar o tema da garantia de participação, de acordo com a Súmula 38, do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, aplicável ao caso, temos: “Em procedimento licitatório, é vedada a exigência antecipada do comprovante de recolhimento da garantia prevista no artigo 31, inciso III, da Lei nº 8.666/1993, o qual deve ser apresentado somente com a documentação de habilitação.”

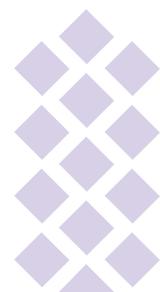
Já na fase de execução contratual, a critério da autoridade competente, em cada caso, poderá ser exigida, mediante previsão no edital, prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e fornecimentos. Trata-se de garantia contratual típica, a ser prestada pelo contratado, com o objetivo de precaver a Administração com relação a prejuízos ou danos causados durante a execução contratual. Verificamos que se trata de faculdade da Administração exigir ou não a garantia de execução do ajuste, sendo que, para tanto, deverá analisar a situação de cada contratação a ser firmada, levando-se em conta a natureza do objeto, o prazo da contratação, o valor envolvido, os riscos identificados, entre outros critérios que sugerem a necessidade de uma garantia.

Joel de Menezes Niebuhr orienta que a exigência de garantia contratual básica pode produzir benesses e malefícios ao interesse público e, por essa razão, deverá ser analisada caso a caso, de acordo com as suas especificidades.¹⁶ De um lado, por meio da garantia contratual, a Administração poderá assegurar as obrigações assumidas pelo contratado, mas, por outro lado, a exigência de garantia contratual onerará as propostas a serem apresentadas pelos licitantes e poderá, em algumas circunstâncias, restringir o caráter competitivo do certame. Logo, a análise sobre a conveniência ou não de se exigir garantia contratual deverá ser realizada no caso concreto.

Vejamos alguns exemplos de contratações que, em nosso entendimento, necessitam de garantia de execução contratual: contratações com valores elevados; serviços de natureza continuada, notadamente aqueles com dedicação exclusiva de mão de obra; obras e serviços de engenharia; e fornecimentos parcelados por longos períodos. Por outro giro, há outros objetos que, em nossa visão, dispensam a exigência de garantia, pela ausência de complexidade e riscos em sua execução, tais como: contratações de valores menos expressivos; serviços e fornecimentos com entregas integrais e imediatas, em que não haja comprometimentos futuros do contratado, entre outras ocorrências de contratação mais simples.

E, para finalizar, com relação às condições de recebimento do objeto, a exemplo do que já ocorria na Lei nº. 8.666/1993, passamos a tratar dos recebimentos provisório e definitivo.

16 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008, p. 421.





Fonte: <https://www.pexels.com/pt-br/foto/executivos-empresarios-computador-portatil-laptop-7433858/>

O recebimento provisório representa uma declaração formal de que os bens, os serviços ou as obras foram entregues à Administração, para uma posterior análise das suas conformidades, com base nos critérios de aceitação. Esse recebimento não serve para atestar a qualidade do objeto. Segundo Marçal Justen Filho:

O recebimento provisório consiste na simples transferência da posse do bem ou dos resultados dos serviços para a Administração. Não acarreta liberação integral do particular nem significa que a Administração reconheça que o objeto é bom ou que a prestação foi executada corretamente. Não importa quitação para o particular. A Administração deverá, a partir do recebimento provisório, examinar o objeto para verificar sua adequação às exigências da lei, do contrato e da técnica.¹⁷

Já o recebimento definitivo refere-se a uma declaração formal de que os bens, os serviços e as obras que foram entregues atendem aos requisitos da contratação. A partir desse recebimento, iniciam-se os procedimentos para autorização de pagamento à contratada, conforme estabelecido em edital/contrato.

É importante destacar que, caso o objeto seja entregue em desacordo com os requisitos do edital/contrato, caberá à Administração promover a sua rejeição, exigindo da contratada os devidos reparos.

As condições de recebimento do objeto do contrato, tanto provisória quanto definitivamente, estão delineadas no art. 140 da Lei, de acordo com a natureza do objeto – obra, serviço ou compra. De acordo com a Lei, os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato.

17 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 950.

1.4. Orçamento estimado

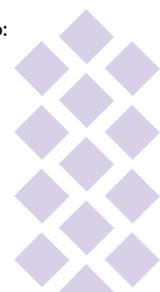
A fase preparatória deverá contar com a estimativa do valor da contratação, decorrente da pesquisa de preços realizada com base em parâmetros previstos na própria Lei. O art. 23 da nova Lei apresentou regras gerais para se buscar o valor estimado da contratação, com a premissa de que este deverá ser 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. Segundo Marçal Justen Filho:

O orçamento consiste numa projeção sobre os custos diretos e indiretos do objeto da futura contratação. Essa projeção tomara em vista os itens e as quantidades estimados como necessários para a execução da prestação no modo, tempo e locais previstos. A composição exata do orçamento detalhado depende da natureza do objeto a ser executado. Não existe a possibilidade de padronização genérica, ainda que existam algumas rubricas básicas de presença necessária. Nem seria o caso de imputar vício num orçamento que adotasse modelo distinto daquele usualmente praticado. O fundamental é o conteúdo abrangente das despesas e a previsão minuciosa e detalhada dos fatores componentes da prestação e da remuneração a ser desembolsada pela Administração.¹⁸

No caso da aquisição de bens e da contratação de serviços em geral, a orientação legal é que, conforme regulamento a ser expedido, o valor estimado seja definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não: (i) composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP); (ii) contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente; (iii) utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso; (iv) pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital; (v) pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

Com relação à elaboração da estimativa de preços, alguns entendimentos jurisprudenciais serão importantes para a condução das ações do agente público:

18 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 380.



A deflagração de procedimentos licitatórios exige estimativa de preços que pode ser realizada a partir de consultas a fontes variadas, como fornecedores, licitações similares, atas de registros de preço, contratações realizadas por entes privados em condições semelhantes, entre outras. No entanto, os valores obtidos por meio dessas consultas que sejam incapazes de refletir a realidade de mercado devem ser desprezados.¹⁹

Na elaboração de orçamentos destinados às licitações, deve a administração desconsiderar, para fins de elaboração do mapa de cotações, as informações relativas a empresas cujos preços revelem-se evidentemente fora da média de mercado, de modo a evitar distorções no custo médio apurado e, conseqüentemente, no valor máximo a ser aceito para cada item licitado.²⁰

É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos.²¹

Licitação. Orçamento estimativo. Fontes de pesquisa. Na elaboração do orçamento estimativo de licitação, bem como na demonstração da vantajosidade de eventual prorrogação de contrato, devem ser utilizadas fontes diversificadas de pesquisa de preços. Devem ser priorizadas consultas ao Portal de Compras Governamentais e a contratações similares de outros entes públicos, em detrimento de pesquisas com fornecedores, publicadas em mídias especializadas ou em sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, cuja adoção deve ser tida como prática subsidiária.²²

Com relação às contratações diretas por inexigibilidade ou dispensa de licitação, sempre houve dúvidas sobre a forma de elaboração do orçamento estimativo, pois a Lei nº. 8.666/1993 não continha indicativos para essa ação. Com a nova Lei, caso não seja possível efetuar a estimativa do objeto por meio dos parâmetros já expostos, o futuro contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes (públicos ou privados) no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

Por fim, o processo de contratação deverá ser instruído com as composições dos preços utilizados para a formação desse orçamento estimado.

19 TCU. Acórdão 868/2013, Plenário, Rel. Min.-Subst. Marcos Bemquerer Costa.

20 TCU. Acórdão 2.943/2013, Plenário, Rel. Min. Benjamin Zymler.

21 TCU. Acórdão 2.816/2014, Plenário, Rel. Min. José Múcio Monteiro.

22 TCU. Acórdão 1445/2015, Plenário, Representação, Rel. Min. Vital do Rêgo.

1.5. Elaboração do edital

O edital ou instrumento convocatório é o documento oficial que contém todas as condições para a realização de uma licitação (objeto, prazos, exigências de habilitação, critério de julgamento, forma de pagamento, etc.).

Ele deverá ser elaborado com base no estudo técnico preliminar e termo de referência ou projeto básico, os quais devem ser produzidos pela unidade requisitante/demandante.

Segundo orientações de Joel de Menezes Niebuhr:

O instrumento convocatório rege a licitação pública, revestindo status de ato regulamentar, já que abstrato e geral e sempre abaixo da lei. Um dos princípios norteadores da licitação pública é o da vinculação ao instrumento convocatório, em virtude do qual a Administração Pública e os licitantes estão adstritos às disposições nele contidas, sem que se possa exigir mais ou menos do que está ali prescrito. (...) Cumpre afirmar que o sucesso da licitação, qualquer que seja a modalidade utilizada, depende da fase interna, da elaboração do instrumento convocatório, porque é nele que a Administração define todas as condições determinantes do processo licitatório. Tanto a Administração quanto os licitantes não podem se afastar do instrumento convocatório. Se ele for mal elaborado, se, por exemplo, nele houver exigências demasiadas, por certo a Administração colherá prejuízos com a licitação e com o contrato que a segue.²³

Recomenda-se que o edital seja elaborado por agentes públicos do setor de compras/licitações e que seja expedido por uma autoridade competente desse setor, observando-se o princípio da segregação de funções.

1.6. Elaboração da minuta de contrato, quando necessária

Na fase preparatória também deverá ser elaborada a minuta do instrumento de contrato, quando este for necessário. Caso seja elaborada, a minuta irá figurar como anexo obrigatório do edital de licitação.

De acordo com o art. 95 da Lei, o instrumento de contrato é obrigatório, salvo em algumas hipóteses nas quais a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço. As hipóteses de substituição do contrato por outros instrumentos são: (i) dispensas de licitação em razão de valor, ou seja, em contratação que envolva valores inferiores a R\$

23 NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008, p. 157.



108.040,82 (cento e oito mil, quarenta reais e oitenta e dois centavos)²⁴, no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores, e em contratação que envolva valores inferiores a R\$ 54.020,41 (cinquenta e quatro mil, vinte reais e quarenta e um centavos)²⁵, no caso de outros serviços e compras; (ii) compras com entrega imediata, ou seja, aquelas com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da ordem de fornecimento, e realizada de forma integral com relação aos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

A minuta de contrato deverá contar com algumas cláusulas que são necessárias, as quais estão dispostas no art. 92 da Lei.

1.7. Regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia

No que tange aos bens, o regime poderá abranger o fornecimento de uma só vez ou parceladamente. Além disso, há a figura do fornecimento contínuo, que é aquele realizado para a manutenção da atividade administrativa, decorrente de necessidades permanentes ou prolongadas.

Ademais, a Lei trata dos serviços contínuos, que são aqueles contratados pela Administração Pública, também para a manutenção da atividade administrativa, decorrentes de necessidades permanentes ou prolongadas. Nessa categoria, há os serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, que são aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Existem, ainda, os serviços não contínuos ou contratados por escopo, que são aqueles que impõem ao contratado o dever de realizar a prestação de um serviço específico em período predeterminado, podendo ser prorrogado, desde que justificadamente, pelo prazo necessário à conclusão do objeto. E, por fim, há os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

Com relação às obras e os serviços de engenharia, a nova Lei admite os seguintes regimes, conforme art. 46: (i) empreitada por preço unitário; (ii) empreitada por preço global; (iii)

24 Valores atualizados conforme Decreto Federal 10.922, de 30 de dezembro de 2021.

25 Valores atualizados conforme Decreto Federal 10.922, de 30 de dezembro de 2021.

empreitada integral; (iv) contratação por tarefa; (v) contratação integrada; (vi) contratação semi-integrada; (vii) fornecimento e prestação de serviço associado.

Trata-se de regimes por meio dos quais a responsabilidade pelo cumprimento das prestações é assumida por terceiro, que é aquele que juridicamente irá realizar o serviço ou a obra. Sendo assim, os diversos regimes de execução previstos no art. 46 irão contemplar não apenas critérios relativos à remuneração das obrigações assumidas pelo contratado, mas também a disciplina de alocação de riscos e responsabilidades pertinentes à contratação.²⁶

1.8. Modalidades de licitação, critérios de julgamento e modos de disputa

Na fase preparatória, haverá a definição da modalidade de licitação, de acordo com a natureza do objeto, dentre aquelas elencadas no art. 28 da Lei, quais sejam, pregão, concorrência, concurso, leilão ou diálogo competitivo. Com a nova Lei, verificamos que não há mais a escolha da modalidade de licitação de acordo com critérios valorativos, mas, sim, levando-se em conta a natureza do objeto e a finalidade da contratação. Com isso, dependendo da demanda pretendida pela Administração, deverá haver o enquadramento de acordo com o conceito de cada modalidade.

Nas lições de Marçal Justen Filho:

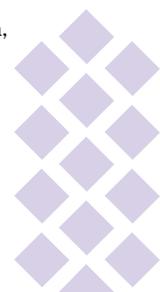
As diversas “modalidades” representam, na verdade, diversas formas de regular o procedimento de seleção. As diversas espécies de procedimentos distinguem-se entre si pela variação quanto à complexidade de cada fase do procedimento e pela variação quanto à destinação de cada uma dessas fases. No entanto, qualquer que seja a espécie (“modalidade”) de licitação, sempre nela se verificam determinadas etapas.²⁷

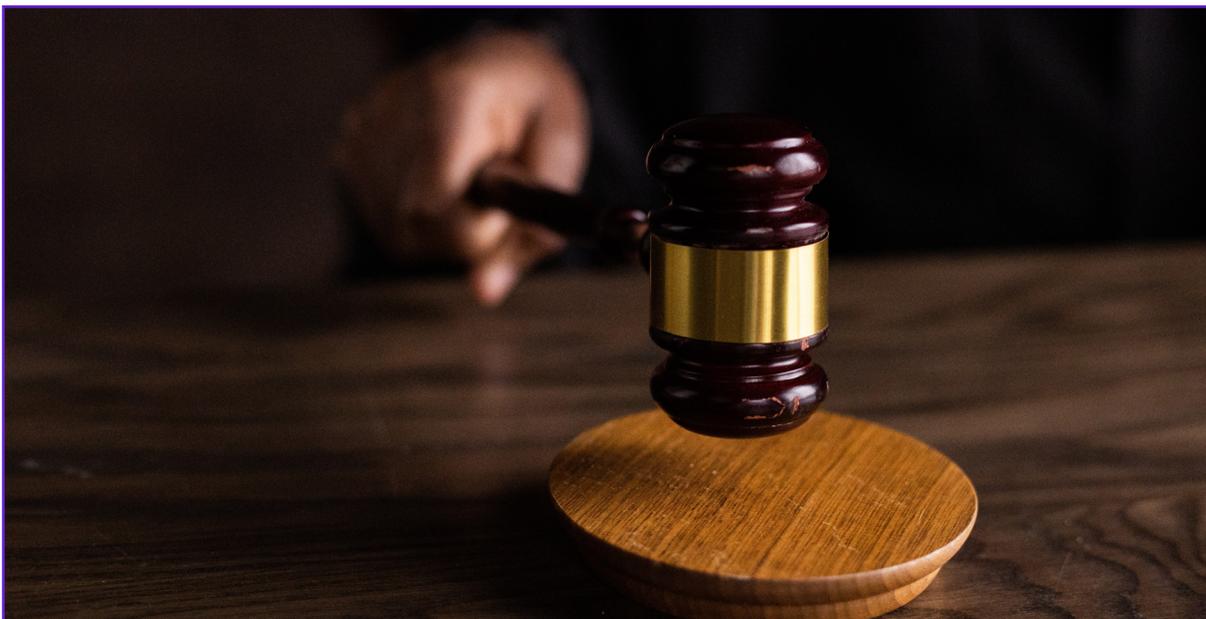
Com relação aos critérios de julgamento, estes deverão ser definidos dentre aqueles dispostos no art. 33 da Lei, que abrangem menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance (no caso de leilão) e maior retorno econômico.

Outra questão a ser definida na fase preparatória da licitação refere-se à escolha do modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros. A Lei apresenta dois modos de disputa em seu art. 56: o aberto e o fechado. O modo de disputa

26 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 583.

27 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012, p. 292.





Fonte: <https://www.pexels.com/pt-br/foto/autoridade-perito-jurisdicao-tribunal-6077326/>

aberto é aquele em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes e decrescentes. Já o modo fechado é aquele em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para a sua divulgação, ou seja, os famosos “envelopes fechados”, sejam eles físicos (nas licitações presenciais) ou criptografados (nas licitações eletrônicas). Conforme observa Rodrigo Bordalo Rodrigues:

A Lei n. 8.666/93 somente admite a modalidade fechada de disputa. O modo aberto somente passou a ser admitido na modalidade pregão, disciplinada pela Lei n. 10.520/02. Posteriormente, outras leis passaram a admitir esta forma de disputa, como o Regime Diferenciado de Contratações (Lei n. 12.462/11), que facultou o uso isolado ou conjunto de mais modos. Assim, a nova lei de licitações incorpora a possibilidade geral da adoção da disputa baseada em lances públicos.²⁸

Nos termos da nova Lei, esses modos de disputa podem ser utilizados isoladamente ou em conjunto. No entanto, quando forem utilizados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, não poderá ser utilizado de forma isolada o modo de disputa fechado; logo, nesses casos, ou utiliza-se o modo aberto, ou utilizam-se os modos fechado e aberto conjuntamente. Além disso, quando o critério de julgamento for técnica e preço, o modo de disputa aberto será vedado, restando a utilização do modo fechado.²⁹

28 RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças**. São Paulo: Expressa, 2021, posição 35% do livro eletrônico.

29 HIGA, Alberto Shinji; MUKAI, Toshio; OLIVEIRA, Simone Zanotello de; et. al. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei n. 14.133, de 1º. de abril de 2021**. São Paulo: Rideel, 2021, p. 117.

1.9. Motivação das condições do edital

Na fase preparatória, devem-se desenhar as condições que serão dispostas no edital, as quais deverão ser devidamente motivadas. No entanto, esse dispositivo necessita ser analisado com muita cautela, conforme lições de Joel de Menezes Niebuhr:

O dispositivo supracitado deve ser interpretado com cautela, sob pena de transformar o processo de licitação pública num caderno sem fim de justificativas. Imagine-se se os requisitos de habilitação devessem ser justificados, um por um; as especificidades do objeto, uma por uma; e, o que é mais absurdo, as cláusulas da minuta do contrato, uma por uma. Suponha-se um contrato com cinquenta cláusulas. A Administração já não faria outra coisa senão justificativas. Cada edital demoraria meses para ser lançado, aguardando tão só as justificativas.³⁰

Nesse contexto, o ideal é que sejam justificadas somente as condições que estabeleçam alguma espécie de limite à competição ou à livre participação dos interessados. Ademais, a necessidade de justificativas pode ser minimizada pela adoção de instrumentos previstos na Lei, como os modelos de minutas e os catálogos eletrônicos de padronização.

1.10. Análise de riscos

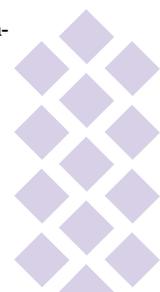
A análise de riscos, que já era matéria presente na Lei das Estatais, na Lei das Parcerias Público-Privadas e na Lei do Regime Diferenciado de Contratações, passou a integrar a nova Lei de Licitações. Logo, há exigência acerca da análise de riscos tanto no momento do processo licitatório quanto durante a execução do contrato.

Com relação às etapas da licitação, a nova Lei não ofereceu muitos subsídios acerca de como deverá se desenvolver essa análise de riscos, cabendo ao agente público avaliar, na fase preparatória, todas as hipóteses de ocorrências que possam surgir durante o transcorrer de um processo licitatório, desde a expedição do edital até a fase de assinatura do contrato.³¹

No que tange à execução do contrato, a Lei contemplou uma série de passagens dispendo orientações sobre a alocação de riscos. Desse modo, na análise dos riscos dessa etapa, o gestor deverá considerar essas disposições.

30 NIEBUHR, Joel de Menezes. Fase preparatória das licitações. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **Nova lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 92.

31 HIGA, Alberto Shinji; MUKAI, Toshio; OLIVEIRA, Simone Zanotello de; et. al. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei n. 14.133, de 1º de abril de 2021**. São Paulo: Rideel, 2021, p. 122



O art. 22 da nova Lei prescreve que o edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado. Desse modo, a princípio, verificamos que a matriz de alocação de riscos será uma faculdade na maioria das contratações realizadas pela Administração. Somente quando a contratação referir-se a obras e serviços de grande vulto, ou seja, valores superiores a R\$ 216.081,64 (duzentos e dezesseis milhões, oitenta e um reais e sessenta e quatro centavos)³², ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, é que o edital obrigatoriamente deverá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

Caso haja a matriz de risco, nela o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo órgão ou entidade.

A matriz de riscos, conforme o art. 6º, inc. XXVII, da Lei, é uma 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. Desse modo, essa matriz deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual.

A Lei, em seu art. 103, reforça que a alocação dos riscos contratuais é importante para quantificar o valor estimado da contratação e para definir o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes, devendo essa alocação ser observada na solução de eventuais pleitos das partes. A Administração tem o dever de avaliar os riscos pertinentes à licitação e à execução contratual, sendo que esses fatores serão refletidos nas decisões adotadas a propósito do certame e em regras contratuais específicas.³³

Nesse contexto, sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, não sendo cabíveis os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro que tiverem correlação com os riscos assumidos, exceto quando se referirem a alterações unilaterais propostas pela própria Administração, ou no caso de aumento ou redução, por legislação superveniente, de tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

32 Valores atualizados conforme Decreto Federal 10.922, de 30 de dezembro de 2021.

33 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 354.

1.11. Divulgação do orçamento da licitação

Nos termos do art. 24 da nova Lei, desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para elaboração das propostas. Logo, podemos concluir que o sigilo do orçamento não é a regra para a nova Lei, mas, sim, a exceção, tendo em vista que a opção pelo sigilo necessita de justificativa. A Lei ainda alerta que caso haja a opção pelo sigilo, esse não prevalecerá para os órgãos de controle, tanto internos quanto externos.

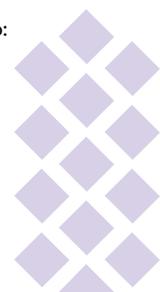
No caso de licitações em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, não restam dúvidas de que o sigilo do orçamento não poderá ser aplicado, tendo em vista que o preço estimado ou o máximo aceitável deverá constar do edital, pois servirá para balizar a proposta e os lances a serem ofertados.

2. ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR

O estudo técnico preliminar passa a integrar a nova Lei de Licitações como documento essencial da fase preparatória da licitação. É importante destacar que o estudo técnico preliminar não visa à contratação de um bem ou serviço, mas, sim, resolver um problema. Logo, é preciso evidenciar esse problema, para verificar a forma de sua resolução, a fim de que se avalie técnica e economicamente a viabilidade da contratação. Enfim, o objeto da futura contratação não é definido no início da confecção do estudo técnico preliminar, mas ao final dele, e ainda poderá sofrer alterações por ocasião da confecção do anteprojeto, do projeto básico, do projeto executivo e do termo de referência, conforme o caso.

Marçal Justen Filho alerta que o estudo técnico preliminar deverá conter a exposição quanto à necessidade a ser atendida e à indicação da solução mais adequada para isso, o que permitiria determinar a viabilidade técnica e econômica da contratação. No entanto, o autor reforça que o estudo técnico preliminar não fornece as respostas definitivas quanto à licitação e ao contrato, mas demonstra a necessidade e indica a possível solução. Diante disso, deve-se admitir que os elementos dispostos no estudo técnico preliminar possam ser retificados durante a elaboração do anteprojeto, do termo de referência, do projeto básico e do projeto executivo. Também é possível que, ao longo da elaboração desses documentos, constata-se a inviabilidade técnica e/ou econômica da solução cogitada.³⁴

34 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 354.



3. AUDIÊNCIA PÚBLICA E CONSULTA PÚBLICA

Para auxiliar nas definições da fase preparatória da licitação, a Administração poderá se valer de dois instrumentos previstos no art. 21 da nova Lei: a audiência pública e a consulta pública.

A audiência pública poderá ser convocada com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, pela forma presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com possibilidade de manifestação de todos os interessados. Nesse caso, a Administração deverá disponibilizar informações prévias pertinentes sobre o objeto, inclusive o estudo técnico preliminar e os elementos do edital de licitação.

A Administração também poderá submeter a licitação à prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.

Nas lições de Ronny Charles:

O direito de participação, na audiência ou consulta pública não se restringe aos licitantes, podendo participar dela todos os interessados, dentre os quais, qualquer pessoa, física ou jurídica, participante ou não do certame. A audiência pública poderá ser presencial ou a distância, na forma eletrônica. Com os novos recursos tecnológicos, a adoção do formato eletrônico deve ser preferencial, por permitir maior amplitude e participação. É necessária ampla divulgação de tal reunião, de forma a dar publicidade devida ao ato. Obviamente, o órgão responsável pelo procedimento poderá utilizar medidas que organizem tais reuniões, impedindo que libertinagens e abusos acabem atrapalhando a ampla participação popular. Contudo, tais restrições não podem servir como justificativa ao cerceamento da atuação coletiva e à publicidade de tais reuniões, limitando-se ao favorecimento da manutenção de sua ordem.³⁵

Esses instrumentos representam formas eficientes e democráticas para trazer o mercado e a sociedade para auxiliar na confecção dos objetos e das condições de contratação, podendo com isso obter contribuições positivas para a melhoria desses processos, sempre com o objetivo de atender às finalidades de interesse público e a busca da proposta mais vantajosa para a Administração.

35 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021, p. 154

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo que foi exposto, verificamos que o status legal obtido pela fase preparatória do processo licitatório na nova Lei de Licitações fez com que se imprimisse uma modelagem diferenciada para as contratações públicas, evidenciando-se a devida preocupação com o planejamento.

Não restam dúvidas de que, utilizando-se de um bom planejamento, a Administração Pública terá informações suficientes para execução de licitações mais ágeis, eficientes, eficazes e assertivas, com resultados mais positivos, objetivando o atendimento das demandas necessárias para dar cumprimento às políticas públicas.

Por fim, a Lei nº. 14.133/2021, com sua visão inovadora sobre as fases dos processos para as contratações públicas, tendo como ênfase o planejamento, ressalta características modernas, aproximando as relações entre organismos públicos e privados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

HIGA, Alberto Shinji; MUKAI, Toshio; OLIVEIRA, Simone Zanotello de; et. al. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei n. 14.133, de 1º. de abril de 2021.** São Paulo: Rideel, 2021.

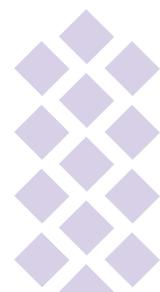
JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos: Lei 14.133/2021.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MORAES, Alexandre Nunes de. **Guia prático da nova lei de licitações e contratos – Lei 14.133, de 1º. de abril de 2021.** Leme/SP: Editora Imperium, 2021.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Fase preparatória das licitações. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (Coord.). **Nova lei de licitações e contratos administrativos.** 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

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

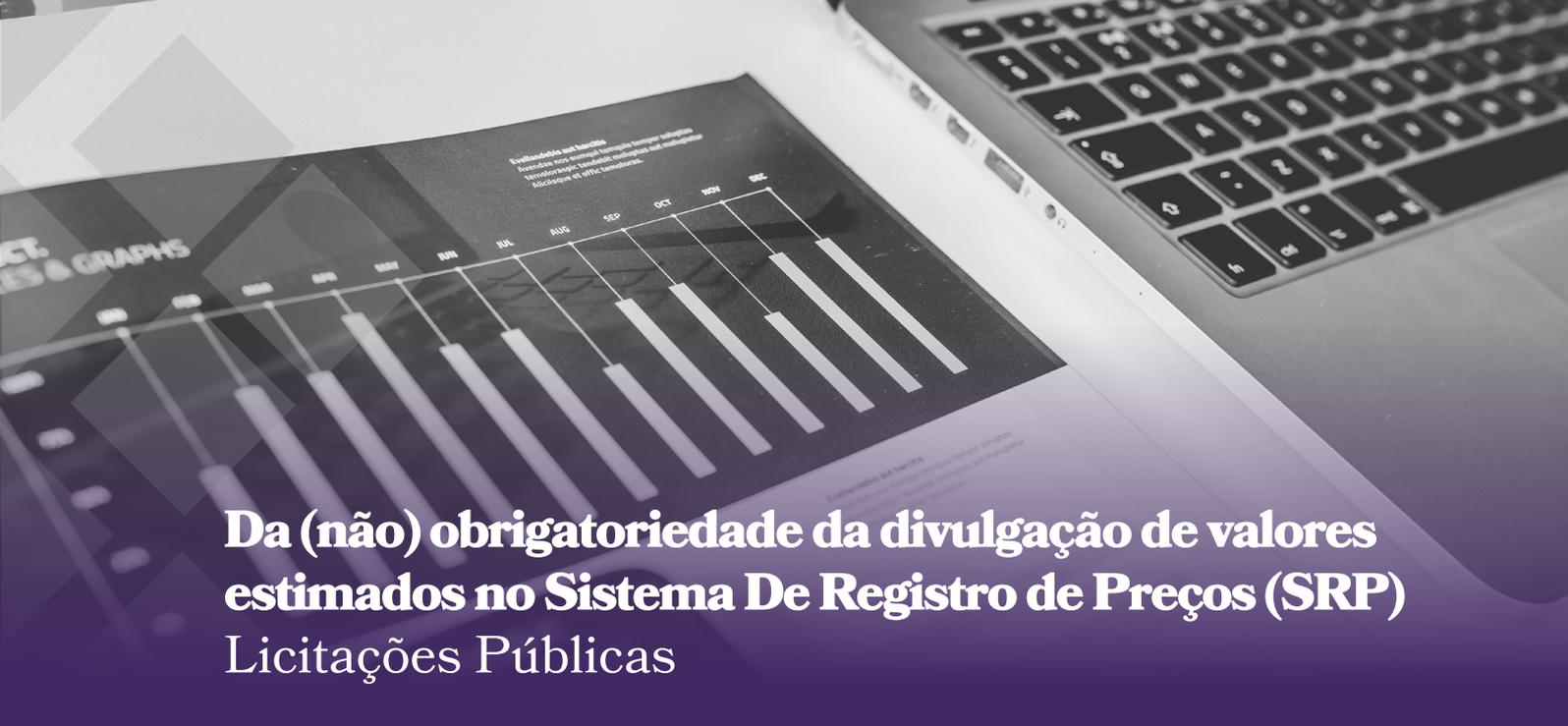
OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: comparada e comentada.** Rio de Janeiro: Forense, 2021.



O que é o PAC? Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/assuntos/plano-anual-de-contratacoes>. Acessado em 07 fevereiro 2022.

RODRIGUES, Rodrigo Bordalo. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: principais mudanças**. São Paulo: Expressa, 2021, posição 35% do livro eletrônico.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 12. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2021.



Da (não) obrigatoriedade da divulgação de valores estimados no Sistema De Registro de Preços (SRP) Licitações Públicas

Gerson Ferreira dos Santos

Pós-graduando em Direito Público e em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Legale, é servidor público efetivo do Município de Rancharia-SP e advogado.

gersonferreira.adv@gmail.com

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é concentrar estudo relativo à obrigatoriedade ou não da divulgação dos valores previamente estimados ou máximo a pagar, nos editais de licitações públicas, em especial quando envolver o sistema de registro de preços. Apresenta-se a matéria relativa à legislação vigente, trazendo, de forma resumida, as novidades advindas da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, e a concomitante vigência com a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e com os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011. Traz-se síntese sobre o entendimento jurisprudencial dos tribunais de contas e sobre o novo decreto do pregão eletrônico. Ainda, indicam-se as principais problemáticas e os reflexos da divulgação expressa dos valores estimados ou máximo a pagar. Por fim, conclui-se que, de fato, há positivação do entendimento já sedimentado pelos tribunais de contas, bem como integral respeito aos princípios da publicidade e transparência, desde que respeitadas as ressalvas e os regramentos impostos pela nova legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Administração Pública. Licitações Públicas. Publicidade e Transparência.

ABSTRACT

The objective of this research is to concentrate study on the mandatory or non-mandatory disclosure of previously estimated or maximum amounts to be paid, in public bidding documents, especially regarding the price registration system. It presents material on current legislation, bringing, in a summarized form, the news arising from Law 14133, of April 1, 2021, and the concomitant validity of Law 8666, of June 21, 1993, with Law 10520, of 17 of July, 2002, and with articles 1 to 47-A of Law 12,462, of August 4, 2011. It provides a summary of the jurisprudential understanding of the courts of auditors and the new decree on the electronic procurement. It also indicates the main problems and consequences when expressly disclosing the estimated or maximum amounts payable. Finally, it concludes that, in fact, there is a positive view of the understanding already established by the tribunal of auditors, as well as full respect for the principles of publicity and transparency, provided that the reservations and rules imposed by the new legislation are respected.

KEYWORDS: Administrative law. Public administration. Public bidding. Publicity and transparency.



INTRODUÇÃO

A presente pesquisa suscita importante análise sobre a obrigatoriedade ou não da divulgação dos valores previamente estimados nas licitações públicas, em especial quando envolver sistema de registro de preços.

Como a divulgação dos valores estimados ou máximo a pagar estabelece parâmetros que, evidentemente, influenciarão a decisão a ser tomada na sessão pública, deve haver certo cuidado pelos gestores e responsáveis pelas licitações públicas.

Aliás, a discussão não é nova. Desde o surgimento da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, comumente denominada como a “Lei do Pregão”, dúvidas como essas começaram a surgir, sem, contudo, haver uma resposta definitiva pela legislação especial.

Essa temática acabou sendo melhor delineada e expressamente prevista com o advento da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, conhecida como a “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos”.

Nesse contexto, a presente pesquisa envolverá estudo relativo à análise legal e jurisprudencial dos tribunais de contas acerca da necessidade de divulgação dos valores estimados ou máximo a pagar pela Administração Pública, além dos seus aspectos gerais e possíveis consequências.

1. DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

A Lei nº 10.520/2002 dispõe sobre os elementos que deverão ou, nas hipóteses de facultatividade, poderão constar do edital das licitações públicas na modalidade pregão, inexistindo, todavia, a obrigatoriedade de constarem do edital convocatório os valores orçados ou estimados para o certame licitatório ou os valores limites a serem pagos unitariamente pela Administração Pública.

Essa omissão legal, na realidade, já era denotada na antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos, já que o legislador da Lei nº 8.666/1993 nunca se preocupou precipuamente em regulamentar esse assunto, como se vê em toda a história da vigência da Lei.

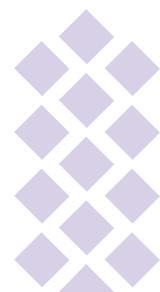
Não se deve confundir, todavia, a obrigatoriedade da divulgação dos valores estimados ou máximo a pagar com aquela de constarem dos autos do processo licitatório, na fase interna, os valores médios, reflexos das cotações de preços, estes necessários para averiguação dos valores de mercado.

É evidente que a estimativa de preços na fase interna e constante do edital é obrigatória, já que é a partir desse ato processual que, como já indicado, se verificarão os valores de mercado e a fixação média de preços, que posteriormente refletirão na aceitabilidade das propostas ofertadas pelas empresas licitantes.

Também é correto afirmar que não havia previsão legal quanto à fixação dos valores estimados nos editais convocatórios, ao se analisar a legislação específica do pregão (Lei nº 10.520/2002), comumente utilizado nos sistemas de registros de preços.

Aliás, a Lei nº 10.520/2002 reforçou o que já era previsto pela Lei nº 8.666/1993, quanto à possibilidade de utilização do registro de preços nos pregões, acrescentando, também, o artigo 2º-A, da Lei nº 10.191/2001, possibilitando a adoção da modalidade pregão, inclusive por meio eletrônico, nas aquisições de bens e serviços comuns da área da saúde. Entretanto, mais uma vez, nada trouxe a Lei quanto às regras mínimas do edital a serem adotadas no caso de sistema de registro de preços.

Ante a necessidade de melhor regulamentar o sistema de registro de preços, foi editado o Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que finalmente trouxe regramento específico ao citado sistema, regulando, entre outras questões, as diretrizes mínimas a serem seguidas na formulação dos editais de licitação, no sistema de registro de preços, como se verifica em seu artigo 9º, sendo, mais uma vez, silente quanto à obrigatoriedade ou não da divulgação dos valores estimados pelo órgão licitante.





Fonte: <https://www.pexels.com/pt-br/foto/casaco-abrigo-colaboracao-ajuda-7691671/>

Essa lacuna que só foi expressamente preenchida com a nova regulamentação do pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, pelo Decreto nº 10.024, de 20 setembro de 2019.

Diversos entes públicos estaduais e municipais, todavia, receosos da aplicação voluntária do Decreto Federal em questão, já que sua expressa aplicação se dava no âmbito da administração pública federal, como bem se vê da parte final de sua ementa, acabaram por não torna-lo aplicável aos seus editais licitatórios, mantendo-se, assim, a controvérsia sobre o tema em questão.

Somente com a vinda da “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos” (Lei nº 14.133/2021) é que a questão foi legalmente positivada, atribuindo ao ente público a faculdade da divulgação ou da atribuição do caráter sigiloso do orçamento estimado, ressalvadas as exceções previstas na própria legislação.

2. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS ACERCA DO TEMA E DO NOVO DECRETO DO PREGÃO ELETRÔNICO

Além do aspecto formal, o tema da obrigatoriedade de divulgação ou não dos valores estimados também é matéria controversa nos entendimentos dos tribunais de contas.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, possui pacífico entendimento de que é facultada à Administração Pública a divulgação ou não dos valores estimados nas modalidades pregão, inclusive no que se refere ao sistema de registro de preços:

REPRESENTAÇÃO. PREGÃO ELETRÔNICO PARA REGISTRO DE PREÇO. AQUISIÇÃO DE EMBARCAÇÕES PARA O TRANSPORTE DIÁRIO DE ALUNOS DA REDE PÚBLICA DE ENSINO. SUSPOSTAS IRREGULARIDADES NO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO NA LICITAÇÃO DOS PREÇOS ESTIMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. DESNECESSIDADE DE DIVULGAÇÃO DO ORÇAMENTO ESTIMATIVO E JUSTIFICATIVA PARA INDEFERIMENTO DO FORNECIMENTO DE CÓPIAS PELA ADMINISTRAÇÃO. INSUFICÊNCIA DE INFORMAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DAS PROPOSTAS. DIFICULDADE NO CÁLCULO DO FRETE PARA LOTE ESPECÍFICO DA LICITAÇÃO. RETIFICAÇÃO DO EDITAL. SANEAMENTO DA IRREGULARIDADE. CONHECIMENTO. PROCEDÊNCIA PARCIAL. DEFERIMENTO DE VISTAS, COM RESSALVA AO CONTEÚDO DO ORÇAMENTO FORNECIDO PELO FNDE ATÉ A FASE DE LANCES. COMUNICAÇÕES. ARQUIVAMENTO. **Em sede de licitação, na modalidade pregão, não se configura violação ao princípio da publicidade o resguardo do sigilo do orçamento estimado elaborado pela Administração até a fase de lances, sendo público o seu conteúdo após esse momento.** (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2012. Acórdão nº 2.080/2012, Plenário – TCU, Relator Ministro José Jorge, Data da Sessão: 08/08/2012). (grifei)

Pregão para registro de preços: (...) 4. Nas modalidades licitatórias tradicionais, de acordo com o art. 40, § 2º, II, da Lei nº 8.666/93, o orçamento estimado deve figurar como anexo do edital, contemplando o preço de referência e, se for o caso, o preço máximo que a Administração se dispõe a pagar. **No caso do pregão, a jurisprudência do TCU é no sentido de que a divulgação do valor orçado e, se for o caso, do preço máximo, caso este tenha sido fixado, é meramente facultativa.**(...). (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2011. Acórdão nº 392/2011, Plenário – TCU, Relator Ministro José Jorge, Data da Sessão: 16/02/2011). (grifei)

Esse entendimento sofreu algumas alterações nos últimos anos, entretanto, em recente decisão proferida pelo Tribunal de Contas da União, voltou-se ao posicionamento pela não obrigatoriedade da divulgação dos valores estimados nos editais do pregão, ainda que utilizados como critério de aceitabilidade das propostas:



[...] II – Da não obrigatoriedade de divulgação dos preços unitários no edital do pregão, mesmo quando eles forem utilizados como critério de aceitabilidade das propostas

9. A matéria foi enfrentada em algumas ocasiões pelo TCU, que decidiu no sentido de que “*é obrigatória a divulgação do preço de referência em editais de licitação, na modalidade pregão, quando for utilizado como critério de aceitabilidade das propostas*” (Acórdãos 10051/2015-2ª Câmara, 2.166/2014-Plenário e 7.213/2015-2ª Câmara).

10. Todavia, o aludido entendimento parece despido de qualquer aplicação prática, pois o orçamento estimativo será sempre critério de aceitabilidade da proposta em licitações na modalidade pregão eletrônico, nos exatos termos do art. 25 do Decreto 5.450/2005, **in verbis**: [...]

11. Como decorrência lógica, a administração estaria sempre obrigada a divulgar os preços unitários do orçamento estimativo no edital do pregão, que, nessa linha de entendimento, constituiria elemento obrigatório do edital.

12. Todavia, entendo que essa não é a melhor exegese. Afinal, o art. 4º, inciso III c/c o art. 3º da Lei 10.520/2002 não incluiu o orçamento estimativo como peça obrigatória no edital do pregão, **in verbis**: [...]

13. Da leitura direta dos dispositivos mencionados, somente o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento, as cláusulas do contrato e a respectiva minuta contratual constituem cláusulas obrigatórias do edital.

14. Dessa forma, concordo com o Ministro Walton Alencar de que não é obrigatória a divulgação dos preços unitários no edital do pregão, mesmo quando eles forem utilizados como critério de aceitabilidade das propostas. (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2018. Processo nº 009.953/2018-3. Acórdão nº 2989/2018, Plenário – TCU. Relator Ministro Walton Alencar, Data da Sessão: 12/12/2018).

O entendimento majoritário do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, por exemplo, já foi no sentido de ser dispensável o valor estimado ou máximo unitário a pagar ao se tratar de pregão, sendo obrigatório tão somente o valor total máximo estimado da contratação:

(...) Conclui-se, na ocasião, que “a Administração deva sempre divulgar no edital, o valor total estimado da contratação, ficando dispensável de divulgação apenas o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários”, posição que, a partir de então, vem prevalecendo nos julgados desta Corte. (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2013. Exame Prévio de Edital, Processo: TC-001547.989.13-7, Tribunal Pleno – TCESP, Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Data da Sessão: 14/08/13).

No entanto, diante das recentes alterações legislativas, considerando-se também os incentivos à utilização do pregão na forma eletrônica (em que a regra é a não disponibilização prévia dos valores orçados pela Administração Pública), o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ampliou o entendimento no sentido de que não é obrigatória a divulgação dos valores estimados, devendo, tão somente, ser instruídos nos autos do processo licitatório, indicando o local para verificação dos autos deste processo:

(...) E no que se refere à falta de valor estimado para contratação e ausência de orçamento detalhado em planilhas, **anoto que a jurisprudência deste E. Tribunal é no sentido de que se tratando de pregão não há obrigatoriedade na divulgação do orçamento estimado da contratação**, devendo a Administração tornar público o local onde tal informação poderá ser obtida e facilitar o acesso aos interessados. (...). (TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2019. Exame Prévio de Edital, Processo: TC-013303.989.19-8, TCESP, Conselheiro Dimas Ramalho, Data do Julgamento: 30/05/2019). (grifei)



Fonte: <https://unsplash.com/photos/3SR040CKpB0>

O entendimento sobre a facultatividade de divulgação dos valores orçados, inclusive, passou a ser regra no pregão eletrônico, ante a **expressa** previsão no Decreto nº 10.024/2019, como se evidencia em seu artigo 15, parágrafos 1º e 2º:

Valor estimado ou valor máximo aceitável

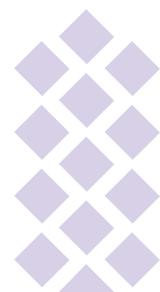
Art. 15. O valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação, se não constar expressamente do edital, **possuirá caráter sigiloso** e será disponibilizado exclusiva e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

§ 1º. O caráter sigiloso do valor estimado ou do valor máximo aceitável para a contratação será fundamentado no § 3º do art. 7º da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e no art. 20 do Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012.

§ 2º. Para fins do disposto no caput, o valor estimado ou o valor máximo aceitável para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento do envio de lances, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas. (grifei)

Pode-se dizer, com isso, que, com a edição do referido decreto, houve expresso regramento de que é facultativa a disponibilização, no edital convocatório, do valor estimado ou do valor máximo para a contratação.

Não constando expressamente do edital os valores previamente estimados, serão eles sigilosos, podendo tão somente serem disponibilizados aos órgãos de controle externo e interno, como é o caso da controladoria interna, do Poder Legislativo local ou dos tribunais de contas competente, devendo a sua divulgação ser feita após a fase de lances (artigo 15, § 2º).



3. DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI Nº 14.133, DE 2021)

Com a chegada da Lei nº 14.133/2021, diversos temas relativos às licitações públicas foram reformulados, uma vez que a nova legislação veio para substituir uniformemente as esparsas leis que regulavam as licitações públicas.

Entre as principais novidades da nova legislação se destacam a predileção por licitações eletrônicas, as alterações feitas no direito de preferência, a implantação incontroversa da inversão de fases, os valores e aspectos gerais da dispensa de licitação, os critérios de inexigibilidade, as modalidades de licitação, as novas regras dos editais licitatórios, as inúmeras comissões, os crimes em licitações e contratos, a vigência concomitante das legislações existentes e da nova legislação, e, claro, o tema relativo à obrigatoriedade da divulgação dos valores previamente estimados ou máximo a pagar pela Administração Pública.

Como já brevemente delineado, com a vinda da Lei nº 14.133/2021, o tema relativo à disponibilização dos valores previamente estimados pelo ente público passou a ser expressamente regulado em lei.

De fato, não se pode negar que o Decreto nº 10.024/2019 foi o principal responsável pela edição do trecho que trata do sigilo do valor estimado ou máximo aceitável para a contratação, principalmente ao considerarmos que, resguardadas as adaptações, foi praticamente mantido o dispositivo anterior. Entretanto, inovou o legislador ao trazer isso expressamente na legislação responsável pela regulamentação das licitações públicas, aplicável a todos os entes federativos.

Em verdade, a “Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos” foi muito esperada pelos operadores do direito e, desde sua publicação, vem trazendo diversas discussões, em especial no que se refere aos novos limites das dispensas de licitação, às novas comissões previstas na Lei e, principalmente, aos crimes em licitações e contratos, que passaram a constar de capítulo próprio no Código Penal Brasileiro.

Um dos pontos mais polêmicos da nova legislação é que, embora tenha ela entrado em vigor na data de sua publicação, ressalvados os dispositivos elencados pela própria Lei nº 14.133, de 2021, as leis anteriores que disciplinam a matéria – Lei nº 8.666, de 1993 (até então a “Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos”), Lei nº 10.520, de 2002 (“Lei do Pregão”), e Lei nº 12.462, de 2011 (que institui o “Regime Diferenciado de Contratação”) – não serão revogadas imediatamente. Permanecerão em vigência por dois anos, portanto, até o dia **1º de abril de 2023** (GUTERRES, 2021, P. 8).

Isso significa que as legislações terão sua vigência concomitante durante estes dois anos previstos na nova Lei, sendo a aplicação facultativa ao órgão, com expressa vedação de combinação de legislações no mesmo certame licitatório, como é objetivamente previsto no artigo 191, da Lei nº 14.133/2021:

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.

Não obstante as diversas novidades, a matéria relativa à divulgação dos valores estimados nos editais licitatórios é, sem dúvida, também um dos pontos em destaque, já que a Lei nº 14.133/2021, positivou entendimento que já vinha sendo verificado nos tribunais de contas e que veio à tona com o Decreto Federal nº 10.024/2019, ao trazer a possibilidade de adoção de orçamento sigiloso.

Expõe Diego Alvarenga Brito Monteiro, em seu trabalho *Lei de Licitações (14.133/2021) – Principais Mudanças* (2021, p. 15), que “a nova lei dispõe também a possibilidade de adoção do orçamento sigiloso, deixando para a autoridade responsável pela licitação decidir se o orçamento estimado da contratação será ou não sigiloso”.

Pontua no estudo, ainda, que, “de outra parte, caso seja adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável deverá constar, obrigatoriamente, do edital da licitação, conforme dispõe o parágrafo único do art. 24” (ibidem).

Essa faculdade de sigilo, na realidade, é evidenciada, discretamente, desde o previsto no artigo 18, inciso VI, da Lei nº 14.133/2021:

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:

(...)

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; (grifei)

Entretanto, não há dúvidas de que a expressa previsão legal da possibilidade de sigilo se deu em seu artigo 24, ao prever e, desde já ressaltar, que:



Art. 24. Desde que justificado, **o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso**, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:

I - o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo; (...)

Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável **constará do edital da licitação.** (grifei)

Isso significa, claramente, que ao órgão público facultou-se o fornecimento ou não dos valores previamente estimados na fase interna do procedimento licitatório, desde que justificado e, também, que o sigilo não prevaleça para com os órgãos de controle interno e externo, além de que, caso adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou máximo aceitável conste do edital da licitação.

Em outros termos, caso opte o órgão licitante pelo sigilo dos valores previamente estimados, deverá haver uma justificativa expressa no processo, sendo vedada a negativa do fornecimento aos órgãos de controle internos e externos, a exemplo controladorias internas e tribunais de contas, respectivamente.

Ainda, caso o critério de julgamento adotado seja por maior desconto, deverá, expressamente, constar do edital convocatório o preço estimado ou máximo aceitável.

Trata-se de claras limitações à prerrogativa do sigilo dos valores estimados ou preço máximo a pagar, trazendo à tona a ideia de que essa prerrogativa não é absoluta.

De qualquer forma, a recente regulamentação não contraria, como previamente elencado, o entendimento atual quanto à matéria em questão, que já era prevista no Decreto Federal nº 10.024/2019, contando, agora, com regramentos específicos e com extensão dos seus efeitos aos estados, municípios e Distrito Federal, isso porque o Decreto se limita ao âmbito da administração pública federal, enquanto à lei devem observância todos os entes federados.

4. DOS REFLEXOS EM CASO DE DIVULGAÇÃO EXPRESSA DOS VALORES ESTIMADOS OU MÁXIMO A PAGAR

Faz-se necessário, também, avaliar os reflexos que a divulgação dos valores estimados ou preço máximo a pagar pode trazer ao julgamento da licitação pública e à própria contratação, com as ressalvas previstas em lei.

Não é segredo que o pregão é uma modalidade de licitação que possui como uma das fases a etapa de lances, visando, principalmente, à economicidade, dando-se a oportunidade de redução dos preços apresentados inicialmente pelas empresas licitantes, bem como oportunizando à Administração Pública a negociação direta e posterior com estas empresas interessadas.

Ocorre que, uma vez fixados os preços máximos, estes como critério de aceitabilidade das propostas apresentadas e expressamente previstos no edital convocatório, surge uma dúvida incisiva: as propostas iniciais que se encontrarem acima dos valores orçados deverão, de plano, ser desclassificadas ou a desclassificação ou não aceitação dos preços ocorrerá apenas após o encerramento da etapa de lances?

O questionamento não é simples ao consideramos que o artigo 4º, inciso XVII, da Lei nº 10.520/2002, autoriza expressamente a negociação direta com o licitante. Logo, eventual desclassificação liminar, sem oportunizar aos interessados no certame eventual redução dos preços ofertados e adequação aos valores previamente estimados pelo órgão público, poderia, evidentemente, afrontar o dispositivo previsto em lei.

Outrossim, além de não haver previsão legal que autorize a desclassificação prévia, senão aquelas estipuladas no edital convocatório e pela própria legislação, o afastamento da tentativa de redução dos preços por meio da negociação, já que o licitante ficaria de plano desclassificado, evidentemente traria ofensa direta ao artigo 4º, inciso XVII, da Lei nº 10.520/2002.

Inclusive, iria de encontro com os objetivos do legislador da “Lei Geral da Micro e Pequena Empresa” (Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006), que prioriza a inclusão e traz reais benefícios para as microempresas, microempreendedores individuais e empresas de pequeno porte, tanto na participação quanto na concorrência do certame licitatório e da formalização do contrato administrativo.

Outra problemática vem à tona com essa questão: a excessiva dificuldade dos entes públicos na obtenção de estimativas que, de fato, refletem a realidade do mercado local e/ou regional, gerando, por inúmeras vezes, estimativas superfaturadas.



Não se pode afirmar ou declarar, contudo, que todas as estimativas prévias são superfaturadas. Porém, a dificuldade dos setores financeiros e de compras dos órgãos públicos em obter valores orçados, já que estes dependem, na maior parte das vezes, da participação de possíveis fornecedores, eleva os valores estimados, fazendo com que os preços médios sejam diretamente afetados e, conseqüentemente, resultando em estimativas além dos valores reais de mercado.

Com a publicação da Lei nº 14.133/2021, esses problemas poderão ser evitados, possibilitando-se ao ente público autorizar a divulgação dos valores previamente estimados ou máximo a pagar somente no encerramento da disputa de lances ou do certame, a depender do caso e da modalidade da licitação, atribuindo maior igualdade e competitividade ao julgamento. Ademais, quanto às problemáticas dos valores de mercado, o ente poderá optar por fornecer os valores somente quando os preços estimados refletirem, de fato e indubitavelmente, o preço de mercado, evitando, dessa forma, contratação posterior com eventual superfaturamento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem sombra de dúvidas, a Lei nº 14.133/2021 trouxe muitas inovações no que tange ao processo de compra dos órgãos públicos, conforme já esclarecido, pondo fim a diversas controvérsias há anos debatidas no mundo jurídico e no dia a dia dos servidores públicos e particulares que labutam na área das licitações públicas.

Dentre essas inovações, a possibilidade de adoção de estimativa sigilosa de preços para as modalidades legais de licitação pública, incluindo-se o sistema de registro de preços (denominado “procedimento auxiliar” pela nova Lei), até o encerramento do certame, é um dos pontos em que mais feliz foi o legislador, ao trazer, acertadamente, a prerrogativa de disponibilizar ou não os valores previamente estimados na abertura da fase externa.

A previsão da nova Lei é acertada, principalmente, ao considerarmos a necessidade de justificativa para a opção do sigilo (que pode ser, por exemplo, a economicidade, maior competição, a busca pela prevenção das irregularidades e eventuais superfaturamentos), e, ainda, o não prevailecimento do sigilo quanto a órgãos de controle externo e interno, salvaguardando a lisura e respeito às regras da publicidade, da transparência e da legalidade, como é verificado no artigo 24 da Lei em questão.

Aliás, ao se tratar da transparência, é valioso lembrar que os princípios da publicidade e da transparência são, de fato, princípios importantíssimos para a Administração Pública, nos mais amplos e gerais aspectos, tendo como seus principais pilares o artigo 37, da Constituição Federal de 1988, e a Lei nº 12.527/2011.

Tais princípios possuem como precípua finalidade a promoção de maior transparência, lisura, divulgação e publicidade, levando aos cidadãos informações dos atos e dados públicos, com ressalva àqueles cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, como preceitua o artigo 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, bem como àqueles cuja proteção deva ser mantida, como bem disciplina a “Lei de Proteção de Dados”, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

Com efeito, desde que o órgão público não mantenha o caráter sigiloso aos órgãos de controle externo e interno e tornem públicos os valores previamente estimados ou máximo a pagar, logo após o encerramento da fase de lances ou do certame, a depender da modalidade de licitação, não há que se falar em afronta aos princípios da publicidade e da transparência.

Além disso, a previsão de sua obrigatoriedade nos certames cujo julgamento utilizado seja o de maior desconto demonstra maior sensatez do legislador, uma vez que, para esse critério de julgamento, ilógica seria a não publicidade dos valores orçados, sob pena de ineficácia dos princípios licitatórios.

Algumas problemáticas, todavia, não foram ainda abalizadas pelo legislador, tais quais aquelas relativas às dificuldades verificadas pela Administração Pública na obtenção de estimativas de preços, o que vem sendo vagarosamente amenizado com o desenvolvimento de ferramentas que tendem a facilitar a busca de preços, a exemplo dos bancos eletrônicos de preços.

Não se pode negar, sobremaneira, que a nova legislação não tenha acertado ao regulamentar assunto que, há anos, deixa dúvidas e que, com a participação dos órgãos de controle, como já vem fazendo o Tribunal de Contas da União e os tribunais de contas dos estados, as controvérsias poderão ser afastadas.

Conclui-se, assim, que, mesmo em se tratando de sistema de registro de preços verificado em licitação de modalidade pregão eletrônico ou presencial, em sendo verificados melhores benefícios à Administração Pública, como a redução de irregularidades, economia, maior concorrência, nos termos do entendimento já consolidado dos tribunais de contas, e, agora, pela nova Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, poderão não ser divulgados os valores orçados, ante a facultatividade e possibilidade de sigilo, desde que respeitadas as ressalvas previstas pela própria legislação.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Decreto Federal nº 10.024, de 20 de setembro de 2019. **Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. **Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.080/2012, Plenário – TCU, Relator Ministro José Jorge, Data da Sessão: 08/08/2012. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=415027>. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2.080/2012, Plenário – TCU, Relator Ministro José Jorge, Data da Sessão: 08/08/2012. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/sagas/SvVisualizarRelVotoAcRtf?codFiltro=SAGAS-SESSAO-ENCERRADA&seOcultarPagina=S&item0=415027>. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 392/2011, Plenário – TCU, Relator Ministro José Jorge, Data da Sessão: 16/02/2011. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A14DB4AFB3014DBB36A31F4DEE&inline=1>. Acesso em 28 ago. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo nº 009.953/2018-3. Acórdão nº 2989/2018, Plenário – TCU. Relator Ministro Walton Alencar, Data da Sessão: 12/12/2018. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2989%2520ANOACORDAO%253A2018%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc/0/sinonimos%253Dfalse. Acesso em 28 ago. 2021.

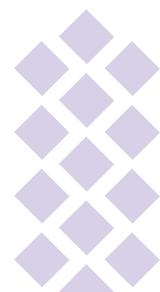
BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Exame Prévio de Edital, Processo: TC-001547.989.13-7, Tribunal Pleno – TCESP, Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Data da Sessão: 14/08/13. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/epem-02-ecr-012.pdf>. Acesso em 28 ago. 2021.

BRITO MONTEIRO, Diego Alvarenga. **Lei de Licitações (14.133/2021) – Principais Mudanças**. Repositório institucional PUCGOIAS, 2021. Disponível em: <https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/1610/1/TCC%20DIEGO.pdf>. Acesso em 28 ago. 2021.

GUTERRES, Thiago Martins. A nova lei de licitações: um panorama sobre as novidades no regime geral de licitações e contratos administrativos. Repositório institucional UFSC, 2021. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/222330/ebook%20-%20a%20nova%20lei%20de%20licitações%20-%20thiago%20guterres.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 28 ago. 2021.

SÃO PAULO, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Exame Prévio de Edital, Processo: TC-001547.989.13-7, Tribunal Pleno – TCESP, Conselheiro Edgard Camargo Rodrigues, Data da Sessão: 14/08/13. Disponível em: <https://www.tce.sp.gov.br/sites/default/files/noticias/epem-02-ecr-012.pdf>. Acesso em 28 ago. 2021.

SÃO PAULO, Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. Exame Prévio de Edital, Processo: TC-013303.989.19-8, TCESP, Conselheiro Dimas Ramalho, Data do Julgamento: 30/05/2019. Disponível em: http://www2.tce.sp.gov.br/arqs_juri/pdf/728043.pdf. Acesso em 28 ago. 2021.





Redução e Prevenção de Conflitos em Âmbito Licitatório

Diálogo Competitivo e Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias

Joelson Vitor Ramos dos Santos

Bacharelado em Direito pela Unesp e bolsista de iniciação científica do CNPq.
joelson.vitor@unesp.br

José Carlos de Oliveira

Mestre e Doutor em Direito pela Unesp; pós-doc na Universidade de Coimbra; professor do Departamento de
Direito da Unesp.
jose.c.oliveira@unesp.br

RESUMO

Este artigo objetiva analisar a modalidade licitatória do diálogo competitivo e os meios alternativos de resolução de controvérsias trazidos pela Lei nº 14.133/2021. Para isso, serão estudados, em especial, os artigos 32, 151 e seguintes da normativa supramencionada. Ademais, busca-se investigar a existência de um consenso sobre a interpretação e aplicação desses institutos. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica, através do método hermenêutico-dedutivo. Constatou-se, ao final da pesquisa, que os institutos, em tese, são substanciais e inovadores para prevenir ou resolver conflitos, havendo, todavia, em razão de a matéria ser inaugural, algumas incertezas sobre como eles são aplicados e interpretados, o que, se não for bem enfrentado, pode gerar insegurança jurídica e ineficácia desses institutos.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem; Consensualidade; Diálogo competitivo; Licitação.

ABSTRACT

This article aims to analyze the competitive bidding modality and the alternative means of dispute resolution brought by Law n° 14.133/2021. For this, it will be studied, in particular, the articles 32, 151 and the following ones of the above-mentioned law. The aim is to investigate whether there is a common ground on the interpretation and application of consensual institutes. The methodology employed was a bibliographic review, through the hermeneutic-deductive method. At the end of the research, it was verified that the institutes, in theory, are substantial and innovative for the prevention or resolution of conflicts; however, because the subject matter is new, there are some uncertainties in the application and interpretation of these institutes, and it could, if not duly tackled, generate legal insecurity and inefficacy of the institutes.

KEYWORDS: Arbitration; Consensuality; Competitive dialogue; Bidding;



INTRODUÇÃO

No cenário jurídico brasileiro, não é novidade a morosidade na resolução das lides diante do excesso de formalismo e tecnicismo na prestação jurisdicional, o que engendra a ausência de efetividade e deságua no descrédito da população ante o Poder Judiciário. Isso faz com que o ideal de justiça seja questionado, pois, como assevera Rui Barbosa (1999, p. 39), “justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. Todavia, há outras causas que contribuem com essa ineficiência. Como bem declara Sebastião Sérgio da Silveira (SUAID; SILVEIRA; SILVEIRA, 2020, *passim*), entre outras causas, temos leis gerais e abstratas conflitantes entre si (e que geram conflitos entre os entes federativos) e a alta judicialização de diversos temas, como consumo, ambiente, saúde, educação, moradia e, como será abordado nessa pesquisa, a licitação.

O Estado é um dos maiores adquirentes de bens e serviços, celebrando, para a execução de suas atividades, diversos contratos com fornecedores privados. Como o dinheiro gasto em tais negócios jurídicos é público, há o dever de não apenas escolher a melhor proposta, mas também conceder as mesmas oportunidades para todos os potenciais interessados. Nesse cenário, será escolhida a melhor proposta visando ao bem-estar coletivo.

A licitação é o modo pelo qual a Administração Pública abre um processo em que divulga para a sociedade sua pretensão de celebrar um determinado contrato. Diante disso, há a análise de interessados, as condições de execução do contrato e, por fim, a escolha da melhor proposta, de acordo com os critérios previamente estabelecidos (art. 37, XXI, CRFB/1988).



No atual cenário licitatório, em meados de 2021, foi editada a Lei nº 14.133/2021, uma nova legislação que substituirá, após dois anos de sua publicação, a Lei nº 8.666/1993, além de outras que tratam da matéria. Durante o interregno temporal, essas leis subsistirão, visando à adaptação por parte da Administração Pública ante as mudanças.

Antes de 2021, havia seis modalidades de licitação: concorrência; tomada de preços; convite; concurso; leilão e pregão. Entre as principais novidades, a Lei nº 14.133/2021 excluiu de seu rol de modalidades a tomada de preços e o convite, como também trouxe uma nova forma, o diálogo competitivo, que será objeto de análise desta pesquisa, que também examinará o Capítulo XII do Título III, que trata dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Tais inovações representam formas alternativas de resolução de conflitos, assunto primordial na atualidade. Isso se comprova pela constatação, extraída de relatórios do CNJ (2021, p. 102), de que a judicialização não é o ideal para solucionar conflitos: o Poder Judiciário finalizou o ano de 2020 com 75,4 milhões processos em tramitação.

Diversas áreas do direito têm aderido a meios alternativos para a resolução de conflitos, formas menos burocráticas de resolver as suas questões. Em âmbito cível, destacam-se a conciliação, a mediação e a arbitragem; na área trabalhista são comuns a autocomposição e a autodefesa; no direito penal, recentemente, por meio da Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, surgiu a figura do acordo de não persecução penal; por fim, no direito administrativo, também por meio do Pacote Anticrime, e com regulamentação pela Lei nº 14.230/2021, que modificou substancialmente a Lei de Improbidade Administrativa, houve a regulação dos acordos de não persecução civil, que representam a tentativa de conciliação e a celebração de acordos na seara da improbidade administrativa.

Até meados de 2019, no ramo do direito administrativo, eram expressamente vedados meios autocompositivos para a resolução de conflitos. Portanto, quanto à tutela do patrimônio público e à moralidade administrativa, a legislação era hostil aos métodos de autocomposição. Como os institutos de resolução de conflito diversos do Poder Judiciário, em matéria administrativa, entraram recentemente no ordenamento jurídico brasileiro, torna-se substancial o estudo, em especial no âmbito de licitações e contratos, da modalidade de diálogo competitivo e dos meios alternativos de resolução de controvérsias, trazidos pela Lei nº 14.133/2021.

Este artigo objetivará discutir e analisar as formas alternativas de resolução de conflitos trazidas pela nova Lei de Licitações, abordando as principais questões para a aplicabilidade e funcionamento desses institutos, ainda que de forma inaugural, uma vez que a matéria é muito nova e em constante evolução. Assim, para se alcançar esse objetivo, será necessário, a priori,

tecer algumas considerações em relação à modalidade de diálogo competitivo e, por fim, comentar o capítulo que trata dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

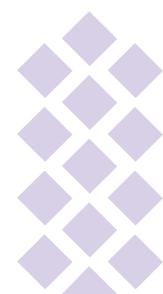
Como será melhor asseverado em momento oportuno, o modo de funcionamento e a aplicabilidade dos citados organismos são a espinha dorsal de todo imbróglgio e discussão jurídica que arrastam a doutrina e a jurisprudência. Nesse cenário, é imprescindível a análise da matéria, pois entender e estabelecer a aplicação e o modo de funcionamento desses institutos garante a segurança jurídica e, o mais importante, sua própria efetivação.

Visando analisar as formas alternativas de resolução de conflitos, este artigo adotou o método hermenêutico clássico sistemático-dedutivo, que pode ser assim caracterizado, nas palavras de Magalhães Filho (2009, p. 42): “a interpretação sistemática procura compatibilizar as partes entre si e as partes com o todo, é a interpretação do todo pelas partes e das partes pelo todo”. Ou seja, deve-se buscar o sentido e a aplicação de tal norma através de uma análise sistêmica. Não só isso, mas também a interpretação teleológica-dedutiva, observando o fim, mais especificamente, a vantagem social à qual as formas alternativas de resolução de conflitos se destinam. No tocante ao material, acolheu-se, predominantemente, a revisão bibliográfica, jurisprudencial e legislativa do tema.

Assim, buscou-se averiguar qual é o entendimento atual das cortes superiores e da doutrina majoritária sobre o tema e verificar se o que há é o ideal para a concretização da principal finalidade dos institutos, que é a busca de um bem-estar coletivo, respeitando os paradigmas do Estado Democrático Constitucional.



Fonte: <https://www.pexels.com/pt-br/foto/homem-de-terno-preto-apoiado-na-mesa-branca-3782192/>



1. DAS FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITO NO DIREITO HODIERNO

A organização em comunidade sempre foi uma preocupação dos pensadores sociais. A exemplo, tem-se o contratualismo, que é um modelo teórico criado para explicar o surgimento da sociedade. Em suma, embora haja diversos teóricos como Hobbes, Rousseau e Locke, o ponto de convergência das teorias é a ideia de que os seres humanos viviam em um estado pré-social, chamado de estado de natureza, e abandonaram-no para firmar um pacto, o contrato social.

Desde que começou a se organizar em comunidades, o ser humano enfrenta conflitos sociais e tem a necessidade de encontrar um meio apto a saná-los. Na atualidade, existe a concepção de que o Estado deve prover condições básicas para que todos, igualmente, possuam formas para acessar o Judiciário e alcançar a resolução da lide pretendida, seja ela cultural, social ou econômica (ZANINI, 2017, *passim*).

Para sanar tais conflitos, foi elencado, na legislação pátria, especificamente na Constituição Federal de 1988, na forma do inciso XXXV do artigo 5º, o acesso à justiça, o qual expressa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Entretanto, o Poder Judiciário não consegue, de forma célere, julgar todas as causas, como elencado na introdução desta pesquisa. Por esta razão, optou-se por criar formas alternativas de resolução de conflitos em matéria licitatória seja *a priori*, com o diálogo competitivo, seja *a posteriori* – com os meios alternativos de resolução de controvérsias.

Desde o início das graduações em direito, é instigado nos futuros operadores jurídicos, em âmbito cível, o uso das figuras da conciliação, mediação e arbitragem. Tais formas, apesar de serem muito impulsionadas no âmbito cível, não são exclusivas desse ramo do direito, haja vista que, por exemplo, na seara trabalhista, as partes são sempre incentivadas a realizarem suas propostas e fecharem um acordo em audiência, existindo inclusive os meios da autodefesa, autocomposição e heterocomposição. Já na área penal, criou-se a figura do acordo de não persecução penal. Estas ferramentas contribuem para a construção de um sistema de justiça mais célere, pois se percebeu que o uso exclusivo do Poder Judiciário mais prejudica do que resolve o problema.

Todavia, quando se trata da Administração Pública, vem, de prontidão, a ideia de algo burocrático e de certa forma mais lento, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público. De acordo com tal princípio, em sua versão tradicional, todas as competências conferidas ao administrador público têm em vista os interesses da sociedade tal como positivado na Constituição Federal. Logo, essas competências, apesar de muitas vezes envolverem o exercício de prerrogativas unilaterais sobre os particulares, não são poderes propriamente

ditos, mas sim funções, já que não são exercidas no interesse do Estado ou muito menos do agente público, mas sim buscando o que seria melhor para a própria sociedade. Nos dizeres de Bandeira de Mello (2013, *passim*), isso seria um “dever-poder” consubstanciado na ideia de o administrador público ser impossibilitado de se omitir ou transigir com os particulares em razão dos interesses que tem a seu cargo.

Ocorre que, com a experiência pátria, o princípio da indisponibilidade vem passando por revisões doutrinárias, jurisprudenciais e normativas. Defende-se que a abertura do direito administrativo a uma certa consensualidade não constitui propriamente uma disponibilidade do interesse público, pois a celebração de um acordo (autocomposição) com o particular pode, em determinadas situações, melhor atender ao interesse público.

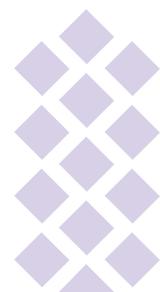
A título de exemplo, há os acordos de não persecução civil (“ANPC”) em matéria de improbidade administrativa. Como a própria nomenclatura sugere, o ANPC tem o escopo de pôr fim ou impedir o início de uma ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Para isso, há a necessidade de impor algumas condições, como a aplicação de eventuais sanções aos sujeitos responsáveis pelas condutas ímprobas e a revogação de alguns privilégios, não afetando as eventuais responsabilizações nas outras instâncias. Isso objetiva tornar mais célere e efetiva a reparação do dano causado ao erário.

Ademais, essa possibilidade de negociação entre particular e Administração Pública para o alcance da melhor solução encontra terreno no âmbito das contratações públicas. Embora materializada de forma distinta, a consensualidade no âmbito licitatório abre margem para um diálogo entre o contratante estatal e os possíveis contratados particulares cujo saldo pode ser bastante vantajoso para o interesse público.

O diálogo competitivo, trazido pela Lei nº 14.133/2021, é um procedimento concorrencial que permite uma negociação entre o ente estatal contratante e os particulares, bem como a coleta de informações destes para instruir uma melhor decisão administrativa. Conforme elenca o art. 6º, XLII, da Lei nº 14.133/2021,

XLII - diálogo competitivo: 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 (BRASIL, 2021)

Ou seja, por meio de um procedimento negociado, o Estado e particulares constroem, de forma consensual, a solução mais adequada à persecução da finalidade pública almejada com o



procedimento licitatório. Logo, um instituto de consensualidade é transformado em um estado pré-litígio, justamente objetivando evitar tal desavença. A consensualidade é formada também no estado pós-contrato com a utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias previstos entre os artigos 151 e 154 da Lei nº 14.133/2021.

Nesse contexto, há uma clara tentativa de fazer com que os entes privados contribuam para as soluções de dilemas sociais e do Estado. Não só isso, mas também se busca prestigiar a segurança jurídica, transformando os contratos públicos e processos licitatórios em uma solução mais rápida e eficiente, o que melhora a prestação de serviços para a sociedade.

2. DO DIÁLOGO COMPETITIVO

A nova Lei de Licitações e Contratos estabeleceu no ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de licitação denominada “diálogo competitivo”. Como já adiantado, a previsão da normativa inaugurou uma modalidade de licitação por meio da qual a Administração Pública e os particulares licitantes desenvolvem, após negociações desempenhadas durante a própria licitação, soluções técnicas inovadoras capazes de atender às necessidades do contratante que levaram à abertura do procedimento licitatório (ARAGÃO, 2021). Como bem leciona Alexandre da Cunha Filho e Alexandra Fuchs de Araújo (2021, p.40):

A Lei aponta para a agregação da gestão da inovação ao Direito Público em geral, e ao Direito Administrativo em particular, adotando a linha seguida desde Freeman no final da década de 1980, ou seja, a ideia de que as interações entre os atores econômicos, sociais e políticos são relevantes e podem fortalecer ou restringir suas capacidades de aprendizado e pesquisa e, como resultado, aumentar ou inibir o desenvolvimento, divulgação e o uso de inovações do país.

O diálogo competitivo, além de ser previsto como modalidade geral de licitação no artigo 28 da Lei nº 14.133/2021, também teve seu âmbito de incidência ampliado pelos artigos 179 e 180, alcançando também as licitações para concessões comuns de serviços públicos e parcerias público-privadas.

Outrossim, como será melhor detalhado a seguir, a disciplina legal do instituto foi trazida pelo art. 32 da Lei nº 14.133/2021, que, logo em seu *caput*, deixou claro se tratar de modalidade licitatória excepcional cabível apenas em hipóteses específicas bem delineadas, a saber:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I — vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
 - b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
 - c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;
- II — verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:
- a) a solução técnica mais adequada;
 - b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
 - c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; (BRASIL, 2021)

Pelo teor do dispositivo citado, em linhas gerais, o diálogo competitivo será cabível naquelas hipóteses em que a Administração Pública, ciente dos objetivos que deseja alcançar com a licitação, não conhece adequadamente os mecanismos para a consecução de suas finalidades. Ou seja, como bem retrata Aragão (2021, p. 54), “a Administração sabe onde [sic] quer chegar com a licitação, mas desconhece ou tem dúvidas acerca da melhor solução a ser adotada para que ela possa alcançar o seu objetivo”.

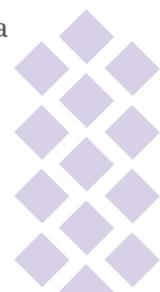
Outrossim, percebe-se, em ligeira análise, o vínculo que o diálogo competitivo pode ter com a inovação tecnológica, podendo ser inclusive aplicado em combinação com a legislação de proteção e fomento dos programas públicos e privados de inovação tecnológica.

Analisando especificamente o inciso I do artigo transcrito, nota-se que o diálogo competitivo se justifica quando as alternativas técnicas conhecidas e postas genericamente no mercado não são suficientes para alcançar a finalidade da contratação. Cabe destacar que, segundo Jessé Torres Pereira Junior (2020, on-line),

O ‘e’ que precede o terceiro requisito significa que se trata de exigências cumulativas, ou seja, para que seja cabível a modalidade do diálogo competitivo se impõe a presença concomitante dos três requisitos enumerados no inciso I, do art. 32, devidamente comprovados nos autos do respectivo processo administrativo.

Ato contínuo, cumpridos os requisitos cumulativos do dispositivo, a Lei nº 14.133/2021 autoriza o Estado a recorrer ao setor privado para que ambos, em um diálogo dinâmico, construam a melhor solução para a promoção dos objetivos pretendidos em união. Tal hipótese ocorrerá nos projetos disruptivos que a Administração eventualmente deseje executar, mas que demandem soluções igualmente inovadoras para serem realizados como, na área de tecnologia, a criação de um software.

Por sua vez, o inciso II do artigo 32 da Lei nº 14.133/2021 retrata as hipóteses em que a Administração, em face de duas ou mais alternativas passíveis de serem adotadas para a



realização de seus objetivos, tem dúvidas sobre a mais adequada, razão pela qual recorre ao setor privado, para definir o melhor desenho técnico, jurídico ou financeiro do contrato. Neste inciso, como defende Aragão (2021, *passim*), a expressão “com destaque para os seguintes aspectos” deixa em evidência que as alíneas “a”, “b” e “c” não esgotam as possibilidades de uso do instituto do diálogo competitivo. Logo, este pode ser utilizado para a pesquisa de alternativas relevantes para o projeto, constituindo um claro exemplo de rol meramente exemplificativo.

Por tal normativa ser relativamente ampla, no ato administrativo, a motivação da escolha por essa modalidade em detrimento de outras, de aplicação mais geral, será aspecto essencial para a juridicidade do procedimento. Afinal, o administrador não pode beneficiar um ou outro licitante ou contratar ao seu bel-prazer, pois não é este o objetivo da nova modalidade. Diante disso, tratando-se de hipótese licitatória excepcional, a Administração deve ser capaz de, com base em dados – como jurídicos, técnicos e econômicos –, demonstrar que o diálogo competitivo, para o caso concreto, é o instrumento que melhor contempla o bem-estar social, em razão da natureza disruptiva do objetivo que se busca alcançar.

Nesse sentido, aponta Lima (et al, 2021, n.p):

O diálogo competitivo está restrito a contratar objetos que envolvam a inovação tecnológica ou técnica, a impossibilidade de órgão ou entidade ver atendida a sua necessidade pelas soluções disponíveis no mercado, ou a impossibilidade de definir e identificar os meios e as alternativas que consigam suas necessidades. A Administração pode abrir edital informando, em sítio eletrônico próprio, as condições e necessidades para a solução e só encerrar os diálogos quando, de forma documentada em atas e gravações, identificar que o melhor interesse e solução foi alcançada, dessa forma, encerra-se o diálogo competitivo com a publicação das atas e gravações pela comissão de contratação, que deve ser composta de 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes ao quadro da Administração, sendo vedada a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão.

Assim, devidamente motivado o ato com a comprovação do cabimento do diálogo competitivo, este procedimento licitatório se desenvolverá em três fases: (i) fase de qualificação; (ii) fase de diálogo; e (iii) fase de competição.

Em breve comentário sobre o tema, Rafael Sérgio Lima de Oliveira (2021, online) afirma:

(...) a primeira fase, referente à qualificação dos candidatos interessados em participar do diálogo, e a última, a de julgamento das propostas, são rígidas e transparentes, uma vez que nessas etapas as decisões tomadas pela Administração ocorrem com base em critérios objetivos previamente fixados nos instrumentos de publicidade e sem o manto do sigilo. Como se verá mais adiante, é só na segunda fase do procedimento em estudo que os candidatos admitidos na primeira etapa (a qualificação) são chamados a dialogar exclusivamente com a Administração e com as seguintes flexibilidades: a) desnecessidade de esse diálogo ser publicizado; b) possibilidade de alteração de sua proposta inicial em razão do debate com a autoridade adjudicatória; c) considerável grau de discricionariedade da Administração em decidir pela solução adequada.

Logo, percebe-se que a primeira e a última são fases rígidas e objetivas que obedecem à racionalidade procedimental encampada nas modalidades licitatórias já existentes. A novidade mora, justamente, na fase intermediária do diálogo.

Superados tais pontos introdutórios, a construção de subtópicos foi a estratégia pela qual se optou a fim de favorecer a melhor explicitação do tema e dando natural destaque à segunda etapa do procedimento abordado.

2.1. Da qualificação

A primeira fase da modalidade licitatória do diálogo competitivo é a qualificação, que é uma pré-seleção dos licitantes, conforme previsto no § 1º do art. 32 da Lei nº 14.133/2021:

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I — a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;

II — os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos; (BRASIL, 2021)

Pela leitura do dispositivo, a Administração divulgará o edital e apresentará seus objetivos ao mercado em decorrência do princípio da publicidade, sendo aberto o prazo de, no mínimo, 25 dias úteis para que os interessados manifestem seu interesse em participar do procedimento. Como o objeto da licitação é complexo, nada impede que esse prazo seja estendido. Aliás, o ideal é que o seja, assim possibilitará que todos os virtuais interessados ponderem sobre a proposta e, se assim desejarem, apresentem suas qualificações.

Cabe destacar, outrossim, que, neste primeiro momento, não há uma fase de habilitação propriamente dita e vinculada às disposições específicas dos artigos 62 e seguintes da Lei nº 14.133/2021. Como bem destaca Aragão (2021, *passim*), esta primeira fase é uma prévia em que se garante uma margem de discricionariedade ao Administrador na definição dos critérios para a seleção dos particulares que permanecerão no certame. Muito embora os documentos de habilitação sejam exigidos posteriormente, a fase de pré-seleção é adicional e preliminar, sendo garantida pela Lei como um espaço de atuação propositalmente amplo, dentro do qual a Administração licitante poderá filtrar os agentes privados que posteriormente apresentarão suas contribuições.

Note que o legislador não trouxe uma definição exaustiva de critérios ou pré-requisitos nesta fase de pré-seleção. Como bem indica o artigo 32, §1º, inciso II, os termos e condições



necessários para o prosseguimento no certame ficarão a cargo do edital, devendo visar à objetividade. Ocorre que, em um Estado Democrático de Direito, para não subverter a utilização do instituto, ampliar os possíveis requisitos de qualificação não significa admitir uma análise subjetiva dos candidatos. Muito pelo contrário, a avaliação qualitativa nesta fase preliminar deve obedecer aos critérios gerais, os mais objetivos possíveis, descritos no edital.

Diante disso, atendidos os pré-requisitos descritos no instrumento convocatório, permanecerão na disputa todos os licitantes qualificados. Isso significa dizer que a nova Lei de Licitações e Contratos brasileira estabeleceu de forma expressa a impossibilidade de a Administração limitar o número de participantes qualificados, prevendo que “serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos” (BRASIL, 2021). A temática objetiva alcançar e respeitar o princípio da impessoalidade, todavia, como bem aponta Rafael Lima de Oliveira (2021, online), “o que deve ser notado quanto a essa possibilidade de limitação do número de participantes é que um número grande de candidatos pode inviabilizar o diálogo, uma vez que se trata de um procedimento complexo e trabalhoso, sobretudo na segunda etapa”.

Nessa toada, não há arcabouço prático o suficiente para dizer se o legislador acertou ou não na ausência de limitação do número de participantes, algo que somente poderá ser verificado na experiência prática do instituto. Por ora, esta pesquisa pondera que o legislador visou ao princípio da impessoalidade, constitucionalmente garantido. Todavia, deve-se observar também a proporcionalidade e a razoabilidade no caso concreto. Além disso, logicamente a Administração licitante deve fundamentar e motivar os seus atos.

Dito isso, pela redação atual da Lei em estudo, uma vez preenchidos os pré-requisitos previstos pelo instrumento convocatório, todos os licitantes qualificados seguem na disputa e inauguram a segunda fase do procedimento, o diálogo entre a Administração e os agentes privados.



Fonte:<https://www.pexels.com/pt-br/foto/documento-computador-portatil-laptop-notebook-6077778/>

2.2. Do diálogo

Finalizada a fase anterior, inicia-se o diálogo, a fase mais marcante em tal procedimento licitatório. Em breve síntese, como bem leciona Zago (2021, online), a fase de diálogo inicia-se com a constituição da comissão de contratação, composta por servidores, podendo ser assessorada por técnicos contratados, e a emissão do edital que definirá as necessidades da Administração e as condições de participação. Feito isso, as reuniões ocorrerão com as partes interessadas, momento em que será permitido à Administração compreender as especificidades, vantagens e desvantagens das soluções apresentadas e, a partir daí, decidir sobre a solução mais vantajosa, o que põe fim à fase de diálogo.

Pode-se dizer, então, que, inaugurada a fase do diálogo, tem início a etapa negocial, na qual a Administração e os agentes privados efetivamente passam a discutir os termos do negócio, visando ao alcance da melhor solução para o objetivo pretendido. Por ser uma etapa puramente negocial, não há como ser diferente: tal fase será marcada pela flexibilidade e dotada de maior discricionariedade, uma vez que os próprios contornos do objeto da contratação são definidos nesta etapa à medida que as soluções vão aparecendo e as condições apresentadas pelos licitantes vão sendo constantemente avaliadas e reavaliadas pela comissão processante, conforme indica Aragão (2021, *passim*).

O ponto fulcral da fase negocial do diálogo competitivo se desenvolve já durante o curso do próprio procedimento licitatório. Isto é, as flexibilizações de possíveis objetos e o debate sobre eles não são, portanto, anteriores ou posteriores ao certame público, mas concomitantes ao seu desenvolvimento, por serem condições essenciais ao seu próprio rito. Ou seja, eventuais litígios são solucionados no decorrer do procedimento licitatório, afastando as possibilidades de eventual incerteza ser decidida no Poder Judiciário.

Por expreso mandamento constitucional, a fase do diálogo será marcada pela necessidade de a Administração Pública respeitar a isonomia entre os licitantes, garantindo-lhes a necessária simetria informacional. Pode-se extrair tal informação do inciso III, do § 1º, do art. 32 da Lei nº 14.133/2021: “a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada” (BRASIL, 2021).

Por sua vez, aduz o inciso IV do referido dispositivo: “a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento” (BRASIL, 2021). Ou seja, no decorrer das negociações, a Administração deve respeitar o sigilo das informações e, em especial, as técnicas repassadas pelos concorrentes, uma vez que tais técnicas têm caráter de distinção, isto é, são essenciais para a atividade daquela pessoa - física ou jurídica - que está licitando com o Poder Público. Dito



isso, compartilhar tais informações imprescindíveis à pessoa poderá concretizar uma violação ao *caput* do artigo 170 da Constituição Federal de 1988, que dispõe sobre a ordem econômica.

Em complemento, as reuniões negociais deverão ser gravadas em mídias digitais e registradas em atas para fins de controle posterior, em prestígio aos princípios da publicidade e da transparência, conforme indica o art. 32, § 1º, inciso VI, da Lei nº 14.133/2021; logo, os dados apresentados pelos particulares não poderão ser repassados a outros licitantes sem que haja consentimento prévio e explícito daquele concorrente.

Pela leitura dos dispositivos, deduz-se que, para que seja feita a escolha da solução mais adequada às suas necessidades, a Administração terá duas opções: (i) escolher totalmente uma solução proposta por um participante do diálogo; ou (ii) construir uma nova solução adicionando as ideias e pesquisas propostas por diferentes participantes (AVELAR, 2021, *passim*).

Segundo Avelar (2021, *passim*), a primeira opção é preocupante alvo de críticas, no que concerne ao possível favorecimento de um participante em detrimento de outro em razão da discricionariedade inerente ao procedimento licitatório. Já a segunda alternativa relacionada à construção de uma solução “conjunta” engendra o perigo da confidencialidade, o que é denominado atualmente de “cherry-picking”.

O cherry-picking é justamente o risco de seleção arbitrária de aspectos apresentados pelos participantes durante a fase de diálogo para a construção da solução adequada. E associado a esse risco está a preocupação dos participantes de que soluções inovadoras ou informações sensíveis que tenham apresentado à Administração Pública em caráter de confidencialidade sejam divulgadas aos demais participantes (AVELAR, 2021, n.p.).

Já para Aragão (2021, *passim*), para que se atinja o objetivo do procedimento licitatório ora em estudo, a construção de alternativas técnicas para o contrato deve ser feita de forma individual, de modo a potencializar as ideias que cada um dos licitantes, no exercício de suas expertises, pode desenvolver.

Outrossim, não há previsão de limite temporal máximo para o período de desenvolvimento da fase do diálogo, o que dependerá da complexidade, da finalidade almejada e da capacidade dos pré-qualificados em atingir soluções com maior ou menor presteza, devendo-se observar o princípio da razoabilidade para que seja determinado o limite temporal. Pode-se extrair isso do inciso V, do mesmo art. 32, § 1º: “a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades” (BRASIL, 2021).

Nota-se novamente a discricionariedade da Administração na condução do procedimento, que poderá ser aperfeiçoado em quantas sessões de debate forem necessárias para que o objeto da contratação seja adequadamente delimitado, conforme leciona Aragão (2021, *passim*). Ou seja, há um claro afastamento da ideia da licitação como um procedimento sempre inteiramente objetivo, vinculado e calculado, pois, no diálogo competitivo, tudo dependerá do objeto.

Diante da ausência de prazo máximo para a conclusão desta fase, a Administração poderá prever, no instrumento convocatório, etapas negociais sucessivas, eliminatórias ou não. Isso significa dizer que não necessariamente o administrador deverá escolher a melhor solução em uma única rodada de negociação. A Lei almeja que o contratante encontre o melhor desenlace, filtrando as melhores propostas/soluções, como asseverado no inciso VII do mesmo artigo 32: “o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas” (BRASIL, 2021).

Como já adiantado, um aspecto procedimental é trazido pelo inciso XI, do art. 32, § 1º:

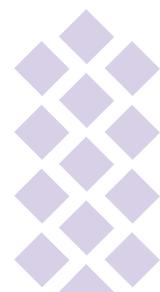
o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão (BRASIL, 2021);

Em outras palavras, em razão da complexidade dos casos, o diálogo competitivo será operacionalizado por uma comissão de contratação especificamente constituída para esse fim, sendo admitida a contratação de profissionais de notória especialização para o assessoramento dessa comissão, uma vez que, dificilmente, as administrações possuirão três servidores efetivos experts na matéria ser licitada.

Nesse sentido, apontam Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho e Alexandra Fuchs de Araújo (2021, p. 69):

O julgamento das propostas apresentadas no diálogo competitivo exigiria profissionais extremamente qualificados. Entretanto, em tese, não se trataria de uma demanda contínua, o que desestimularia manter permanentemente um corpo de funcionários públicos com conhecimento para tanto.

Por fim, superado o diálogo entre os licitantes qualificados, a Administração encerrará o assunto e estabelecerá a modelagem técnica, jurídica e econômica do objeto a ser contratado. Nos termos do inciso VIII do art. 32, § 1º, *in verbis*:



A Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto (BRASIL, 2021).

Dito isso, inicia-se a última fase do diálogo competitivo, a clássica concorrência entre os particulares para a apresentação da melhor proposta.

2.3. Da competição

Cabe iniciar o presente subtópico com a transcrição do artigo 32, § 1º, inciso IX, da Lei nº 14.133/2021: “a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado” (BRASIL, 2021).

Em suma, a Administração Pública, após definir a solução mais adequada aos seus objetivos por meio de um diálogo amplo entre os concorrentes, selecionará aquele agente privado que apresentar, dentro do escopo delineado na fase anterior, a proposta mais vantajosa. Note que, conforme indica Aragão (2021, *passim*), a fase competitiva, embora decorrente da fase do diálogo, é autônoma em relação a ela, de modo que não necessariamente aquele que formulou a melhor solução técnica será o que apresentará a proposta mais vantajosa e, portanto, vencerá a licitação.

Embora a fase competitiva seja mais objetiva e similar ao que normalmente se verifica nas concorrências, a nova Lei de Licitações não definiu um critério fechado para conceituar a “proposta mais vantajosa”. Nesse cenário, caberá à Administração, em ato discricionário, definir a cláusula aberta ainda no início da fase competitiva, podendo, portanto, prestigiar o melhor preço, a melhor técnica e assim por diante. A única exigência é a de que tais critérios sejam objetivamente aferíveis.

Outrossim, como bem destacado no inciso artigo 32, § 1º, inciso X, da Lei nº 14.133/2021, o critério de “proposta mais vantajosa” não precisará ser necessariamente estabelecido no próprio edital, podendo ser descrito “no início da fase competitiva”, após a definição do objeto a ser contratado. Isso se dá em razão de a Administração, ao formar o edital, não ter conhecimento suficiente para dizer o que será ou não mais vantajoso.

Por fim, o administrador “poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas” - inciso IX, do art. 32, § 1º, da Lei nº 14.133/2021-, uma clara manutenção do diálogo na fase competitiva.

3. DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS DA LEI Nº 14.133/2021

A Lei trouxe, em seu artigo 151, meios alternativos para a resolução de controvérsias que até pouco tempo eram rechaçadas pela doutrina e jurisprudência em matéria licitatória:

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Parágrafo único. Será aplicado o disposto no caput deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações (BRASIL, 2021).

A arbitragem é um clássico mecanismo alternativo de resolução de conflitos, sendo através dele que as partes, por meio de uma convenção, elegem uma pessoa ou colegiado para dirimir seus conflitos de forma imparcial. Como bem rememora Thamay (*et al*, 2021, *passim*), embora a legislação pátria, desde 1996, venha permitindo a arbitragem como mecanismo de resolução de conflitos, com relação à Administração Pública, tal instrumento somente foi permitido a partir de 2015, com sua positivação na Lei de Arbitragem por meio da inclusão dos parágrafos 1º e 2º no art. 1º através da Lei nº 13.129/2015. Assim, passou-se a autorizar a utilização desse mecanismo com relação aos direitos disponíveis.

Embora a Lei tenha vindo apenas em 2015, em meados de 2012, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial 904.813/PR, assentou a possibilidade de arbitragem na Administração Pública, conforme dita o voto da Ministra Nancy Andrighi:

5. Tanto a doutrina como a jurisprudência já sinalizaram no sentido de que não existe óbice legal na estipulação da arbitragem pelo poder público, notadamente pelas sociedades de economia mista, admitindo como válidas as cláusulas compromissórias previstas em editais convocatórios de licitação e contratos. 6. O fato de não haver previsão da arbitragem no edital de licitação ou no contrato celebrado entre as partes não invalida o compromisso arbitral firmado posteriormente. (...) 8. A cláusula de eleição de foro não é incompatível com o juízo arbitral, pois o âmbito de abrangência pode ser distinto, havendo necessidade de atuação do Poder Judiciário, por exemplo, para a concessão de medidas de urgência; execução da sentença arbitral; instituição da arbitragem quando uma das partes não a aceita de forma amigável. 9. A controvérsia estabelecida entre as partes – manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato – é de caráter eminentemente patrimonial e disponível, tanto assim que as partes poderiam tê-la solucionado diretamente, sem intervenção tanto da jurisdição estatal, como do juízo arbitral. 10. A submissão da controvérsia ao juízo arbitral foi um ato voluntário da concessionária. Nesse contexto, sua atitude posterior, visando à impugnação desse ato, beira às raias da má-fé, além de ser prejudicial ao próprio interesse público de ver resolvido o litígio de maneira mais célere. 11. Firmado o compromisso, é o Tribunal arbitral que deve solucionar a controvérsia. (BRASIL, 2012)



Apesar dessa permissão, os contratos de direito administrativo, os quais são fruto dos processos licitatórios em geral, não possuíam previsão legal quanto à possibilidade de se utilizar dessa técnica para resolver os eventuais conflitos.

Logo, a inserção contida no *caput* do artigo 151 da Lei nº 14.133/2021 no ordenamento brasileiro é uma conquista para as partes que enfrentam conflitos na execução dos diversos contratos firmados pelo Poder Público, pois, além de atribuir agilidade aos processos decisórios, garante que a execução do ajuste não fique prejudicada.

Além da arbitragem, a normativa expõe a mediação como outro método alternativo de resolução de conflitos, sendo que a atividade técnica é exercida por um terceiro imparcial e sem poder decisório e que visa auxiliar e estimular ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia entre as partes, conforme preceitua a Lei nº 13.140/2015, em seu art. 1º, parágrafo único. Cabe destacar que esse mecanismo não põe fim à discussão, pois o mediador apenas instiga uma solução entre as partes com cunho confidencial, sendo que o deslinde deve ser alcançado por meio do diálogo entre os próprios interessados.

Por fim, tem-se a conciliação que, nos dizeres de Thamay (et al, 2021, p. 203) é a “técnica de autocomposição dos conflitos que consiste na participação mais ativa de um terceiro imparcial, que busca indicar soluções às partes para que elas, de forma autônoma, cheguem a um consenso acerca do conflito”.



Fonte: <https://www.pexels.com/pt-br/foto/contabilidade-adulto-bancario-financeiro-8730374/>

Outrossim, como as questões que podem ser submetidas às técnicas alternativas de resolução de conflitos são aquelas consideradas como direitos patrimoniais disponíveis, que são exemplificados no art. 151, parágrafo único, da Lei nº 14.133/2021: (i) restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e (ii) inadimplemento.

A título de exemplo, o Decreto nº 10.025/2019 – que dispõe sobre a arbitragem para dirimir litígios que envolvam a administração pública federal nos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário –, em seu art. 2º, parágrafo único, elenca como sendo direito patrimonial disponível: (a) as questões relacionadas à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (b) o cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria; e (c) o inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo.

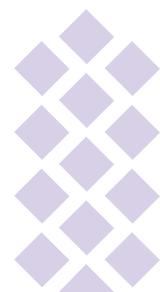
Percebe-se, então, que as partes contratantes têm uma ótima ferramenta, célere e eficaz, para resolver os seus conflitos, sem a necessidade de se dirigirem ao juiz togado.

Um ponto que merece destaque é o artigo 152 da Lei nº 14.133/2021, que põe fim em uma vasta discussão doutrinária, sobre o julgamento da arbitragem. Sabe-se que a Lei de Arbitragem permite que as partes escolham entre dois tipos de julgamento da arbitragem, de direito ou de equidade. Nas palavras de Scavone Júnior (2018, p. 26):

- a) de direito e, nesse caso, não afrontando a ordem pública (norma cogente que regule a matéria que se pretende submeter à arbitragem) e os bons costumes, as partes podem escolher a norma que querem ver aplicada pelo árbitro para solução do seu conflito decorrente de direito patrimonial e disponível. Caso não escolham, o árbitro decidirá com fundamento na lei nacional;
- b) de equidade, desde que, nesse caso, as partes convencionem a hipótese expressamente e desde que não haja, igualmente, afronta à ordem pública nacional. Ao aplicar a equidade, o árbitro se coloca na posição de legislador e aplica a solução que lhe parecer razoável, ainda que haja lei disciplinando a matéria, desde que não se trate de norma cogente;

No caso da nova Lei de Licitações, o legislador fincou, em seu artigo 152, que todo julgamento arbitral realizado com base na Lei de Licitações deverá seguir de acordo com o direito. Assim sendo, não haverá julgamento de acordo com a equidade, pois as ações da Administração Pública, conforme aduz o art. 37, *caput*, da CRFB/1988, são pautadas pela legalidade, mas também pela publicidade e transparência, embora o caso concreto possa excepcionar tal regra.

Outrossim, o artigo 153 da nova Lei de Licitações positiva e amplia aquilo que já vinha sendo entendido pela jurisprudência, que, aliás, foi matéria do Enunciado 18 da I Jornada de Direito Administrativo. Segundo o artigo, “os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias”.



Tal dispositivo é permissivo para os gestores públicos, pois lhes permite aditar os contratos vigentes, desde que tenham sido celebrados com base na nova Lei, que não possuam a previsão contratual da utilização de mecanismos de resolução de conflitos – arbitragem, mediação ou conciliação –, em relação aos direitos patrimoniais disponíveis.

Por fim, tem-se o artigo 154 da Lei mencionada, que aduz: “O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes” (BRASIL, 2021). Percebe-se, então, em ligeira análise, que a nova Lei de Licitações permite a escolha dos árbitros, desde que as comissões não sejam compostas por apenas um árbitro, em razão da interpretação gramatical do dispositivo, que utiliza o plural.

Ademais, conforme assevera Thamay (et al, 2021, *passim*), é possível que essa escolha seja feita com relação a colegiados e até comitês de resolução de disputas, desde que observados os critérios de isonomia, técnico e transparência. Sobre cada um deles, relata o doutrinador:

Isonomia: as escolhas dos árbitros devem ser feitas com a indicação de forma igualitária em conjunto com aquele que está firmando um contrato administrativo. Então, se houver a decisão de que o colegiado será composto por quatro árbitros, dois deles serão indicados pelo Poder Público e os outros dois, pelo contratado. Técnico: os árbitros devem ser pessoas técnicas, isso não necessariamente está exigindo que sejam eles da área jurídica. No entanto, a previsão do art. 152 da Nova Lei de Licitações exige que todo julgamento da arbitragem será de direito, ou seja, o conhecimento da área jurídica torna-se uma necessidade no processo de escolha.

Transparência: a escolha dos árbitros deve guardar a publicidade e a transparência acerca dos fundamentos e critérios utilizados para selecionar um tipo de árbitro em detrimento do outro. O estabelecimento de critérios objetivos é fundamental, sobretudo quando estiver relacionado com a natureza da disputa que será julgada por meio da arbitragem. (THAMAY, et al, 2021, p. 205)

Caminhando para o fim da presente pesquisa, cabe destacar que, embora na arbitragem seja uma necessidade a presença de um árbitro da área jurídica, isso não obsta a presença de outros técnicos que sejam relevantes para o processo. Aliás, a depender da matéria, o ideal seria utilizar um árbitro daquela determinada área. A título de exemplo, Thamay (et al, 2021, p. 205) menciona “o descumprimento de cláusulas contratuais na contratação de obras de engenharia”. Segundo o autor, “nesses casos, seria interessante a escolha de um árbitro engenheiro para que a tomada de decisão seja qualificada”.

Assim, não resta dúvida de que o legislador clama pela utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos. Todavia, a Administração deve se atentar à necessidade de motivação e fundamentação da escolha sobre, por exemplo, os árbitros e a sua relação para com a resolução dos conflitos que surgirem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, nota-se que o diálogo competitivo é uma nova modalidade licitatória prevista pela Lei nº 14.133/2021, a qual decorre da crescente tendência de consensualismo e participação dos particulares nas decisões administrativas. Isso busca promover, no âmbito do próprio procedimento licitatório, uma negociação entre Poder Público e particulares objetivando a construção conjunta da solução técnica mais adequada para um objeto contratual especialmente complexo e inovador. Ademais, o diálogo competitivo é dividido em três fases principais: (i) fase de pré-qualificação; (ii) fase dialógica; e (iii) fase competitiva.

Em tese, o diálogo competitivo é uma excelente alternativa criada para resolver as demandas mais complexas da Administração Pública nas quais haja incerteza ou indeterminação quanto à solução a ser alcançada. Com sua divisão em etapas, torna-se possível que os licitantes façam ofertas e discussões do que imaginam ser adequado para a efetiva resolução da demanda a eles posta.

Ocorre que, apesar de ser uma novidade no direito pátrio tendente a gerar bons frutos, devem-se observar os eventuais aspectos negativos, como arguido no decorrer desta pesquisa. Embora se trate de um mecanismo voltado à materialização de projetos inovadores por parte da Administração Pública, sua utilização nem sempre será vantajosa, pois, por vezes, a competição pode ser prejudicada pela própria natureza do procedimento.

A título de exemplo, do ponto de vista da Administração Pública, pode ser que a melhor solução desenhada por determinado particular, por questões tecnológicas, só seja exequível pelo próprio licitante que propôs aquela alternativa. Já os particulares incorrem em grande risco, pois, ao que tudo indica, realizarão estudos complexos sem qualquer garantia de sua contratação, o que pode limitar a concorrência apenas àqueles com especial capacidade econômica. Diante desse cenário, esta pesquisa entende que as previsões normativas ou em edital devem buscar mitigar esse possível desequilíbrio concorrencial.

Outrossim, o grande diferencial do diálogo competitivo é justamente o fato de a fase negocial ser desenvolvida no decorrer do curso do próprio procedimento licitatório. Isto é, as flexibilizações de possíveis objetos e o debate sobre eles são concomitantes ao seu desenvolvimento. Logo, os eventuais litígios serão solucionados no decorrer do procedimento licitatório, uma verdadeira prevenção de problemas, afastando-se as possibilidades de eventual incerteza ser decidida no Poder Judiciário.

Todavia, caso ainda se incorra em litígio, a nova Lei de Licitações também incentiva a utilização de meios alternativos para a resolução do problema existente, seja por meio da arbitragem, da mediação ou da conciliação, trazendo seus paradigmas nos artigos 151 a 154.



Por fim, tratando-se de institutos novos no direito brasileiro, tanto o diálogo competitivo quanto os meios alternativos para resolução de controvérsias ainda suscitarão muitas outras discussões, o que faz da presente obra inaugural. Posto isso, somente com o passar do tempo e a utilização dos institutos pela Administração Pública é que haverá um melhor posicionamento sobre a efetividade ou não dos citados institutos. Por ora, tem-se que acertou o legislador em positivar no ordenamento meios alternativos e preventivos para resolução de conflitos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da Administração Pública. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 280, n. 3, p. 41–66, 2021. DOI: 10.12660/rda.v280.2021.85147. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85147>. Acesso em: 12 de março de 2022.

AVELAR, Mariana Magalhães. 7 pontos do Diálogo competitivo que você precisa saber. **Observatório da Nova Lei de Licitações**. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2021/03/31/7-pontos-do-dialogo-competitivo-que-voce-precisa-saber/>. Acesso em: 12 de março de 2022.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1999

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12 de março de 2022.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. **Lei de Mediação**. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 12 de março de 2022.

BRASIL. Lei 8.429/92, de 02 de junho de 1992. **Lei de Improbidade Administrativa**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm. Acesso em: 12 de março de 2022.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Pacote Anticrime**. 2019b. Disponível em: [L13964 \(planalto.gov.br\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm). Acesso em: 12 de março de 2022.

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

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 904.813-PR**. Rel. Ministro Nancy Andrighi, 3ª Turma. Diário de Justiça Eletrônico, 17 de outubro de 2012. 2012 Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1099244&num_registro=200600381112&data=20120228&formato=PDF>. Acesso em 12 de março. 2022.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (Brasil). **I Jornada de Direito Administrativo**. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/Jornada%20de%20Direito%20Administrativo%20-%20Enunciados%20aprovados/?_authenticator=f147b8888b42ee73c25f9f3ea6258093fadd0b5a. Acesso em: 10 de março de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA- CNJ (Brasil). **Relatório Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-221121.pdf>. Acesso em: 12 de março de 2022.

CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARAÚJO, Alexandra Fuchs de. **Diálogo competitivo: a nova modalidade de licitação pode contribuir para melhores contratações pela nossa administração pública** In: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; MARÇAL, Thaís. Estudos sobre a Lei 14.133/2021. São Paulo: JusPodivm, 2021.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002

LIMA, Raphael Silva de. PEREIRA, Damiane de Souza. As modalidades de licitação previstas na lei nº14.133 de 2021 e a governança. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**. Ano 06, Ed. 05, Vol. 04, pp. 104-112. Maio de 2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/licitacao-previstas>>. Acesso em: 11 de março de 2022.

MAGALHÃES FILHO, Glauco. **Hermenêutica Jurídica Clássica**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 10. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro**. Disponível em: <www.licitacaocontrato.com.br>. Acesso em: 12 de março de 2022.



PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Do diálogo à repressão nas contratações administrativas, em contexto de pandemia.** ONLL, s.l., 2020. Disponível em: www.novaleilicitacao.com.br/2020/09/30/dodialogo-a-repressao-nas-contratacoes-administrativas-em-contexto-depandemia. Acesso em: 11 março de 2022.

PISKE, Oriana. **Formas Alternativas de Resolução de Conflito.** Disponível em: <<https://bdjur.tjdf.tj.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/3141/Artigo%20-%20in%20E9dito%20-%20%20FORMAS%20ALTERNATIVAS%20DE%20RESOLU%C7%C3O%20DE%20CONFLITO%20-%2025%20p%20p%20E1g.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 10 de março de 2022.

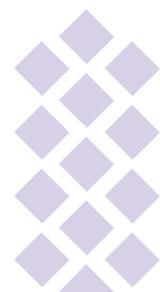
SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antônio. **Manual de arbitragem: mediação e conciliação.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SUAID, Ricardo Adelino; SILVEIRA, Ricardo dos Reis; SILVEIRA, Sebastião Sérgio da. A aplicação dos métodos autocompositivos no âmbito da Improbidade Administrativa. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**, Bebedouro, v. 8, n. 2, p. 306-339, ago. 2020. Disponível em: <http://www.unifafibe.com.br/revista/index.php/direitos-sociais-politicas-pub/index>. Acesso em: 12 de março de 2022.

THAMAY, Rennan [et al]. **Nova Lei de Licitações e contratos administrativos comentada e referenciada.** São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

ZAGO, Maria Fontão. Diálogo competitivo: Para o quê e para quem? **Migalhas.** Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/346368/dialogo-competitivo-para-o-que-e-para-quem>>. Acesso em: 12 de março de 2022.

ZANINI, Ana Carolina. **O Acesso à justiça e as formas alternativas de resolução de conflitos à luz do Novo Código de Processo Civil.** Disponível em: <<http://revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/404>>. Acesso em: 12 de março de 2022.



Como Publicar Artigos na Revista Cadernos

SUBMISSÃO DE ARTIGOS

Como parte do processo, os autores devem verificar a compatibilidade da submissão com os itens a seguir, tendo em vista que a inobservância das normas implicará devolução dos artigos.

- A contribuição deve ser original, inédita e não estar sendo avaliada para publicação em outra revista; caso contrário, deve-se justificar em “Comentários ao editor”, conforme orientações adiante no passo a passo do procedimento de encaminhamento.

- Deverá haver compatibilidade com a temática da Revista Cadernos, observando-se as peculiaridades em caso de edição especial.

- O arquivo da submissão deverá estar em formato tipo Word (*.doc ou .docx).

- As URLs para as referências devem ser informadas quando possível.

- O texto deverá estar em espaço simples.

- Deve-se usar a fonte Times New Roman em tamanho 12 para o corpo/texto. Citações, legendas e notas de rodapé em tamanho 10.

- As figuras e tabelas devem estar inseridas no texto, não no final do documento na forma de anexos.

- O texto deve seguir os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores, na página <https://www.tce.sp.gov.br/epcp/cadernos/index.php/CM/information/authors>.

ENCAMINHAMENTO

Só serão aceitas obras de autores cadastrados no site dos Cadernos, com o preenchimento do formulário online.

Todas as submissões serão feitas através do site dos Cadernos.

São cinco passos rápidos:

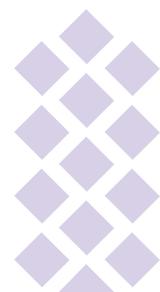
Início: Neste passo, você deve conhecer e concordar com as condições de publicação. Leia e selecione a Seção que você acredita ser mais adequada para seu artigo e marque as caixas de seleção. Neste momento, também, você pode colocar seus comentários para o editor. Salve e continue.

Transferência do manuscrito: Neste passo, você escolhe o componente do artigo – normalmente, o texto do artigo – e envia o texto do arquivo (sempre em formato tipo Word - .doc ou .docx). É possível também transferir arquivos complementares para este artigo (por exemplo, uma ilustração que servirá de capa do artigo). Salve e continue.

Inclusão de metadados: Nesse passo, você deve incluir o título, um resumo e as palavras-chave do seu artigo. As palavras chaves devem estar separadas por ponto. Se necessário, pode incluir nesse passo outros contribuidores (autores) do seu artigo.

Confirmação: Você pode voltar e conferir todos os passos anteriores. Tudo OK? Salve e continue.

Próximos passos: Agora, é aguardar enquanto seu artigo passa por nosso processo de avaliação. Você receberá informações por e-mail.



O processo de publicação

1. O artigo é enviado.

2. O artigo passa por um processo de avaliação. Neste processo, pode haver aprovação, rejeição, um pedido de correção ou melhoria ou, ainda, a recomendação para que seja submetido para outra publicação.

3. Sendo aprovado, o artigo vai para formatação e publicação. Neste processo, pode haver ainda mais pedidos de correção para o autor ou pedidos de complementação do artigo.

4. O artigo é programado para publicação.

5. O artigo é publicado.

INFORMAÇÕES GERAIS

A desconsideração das normas apresentadas implicará a recusa do trabalho.

A partir da aceitação, avaliadores selecionados em função da área de especialidade analisarão o artigo de acordo com os parâmetros científicos em vigor. A equipe editorial repassará o parecer ao candidato assim que terminar o processo de avaliação, juntamente de eventuais indicações de ajustes no artigo.

AUSÊNCIA DE REMUNERAÇÃO

A aprovação e publicação de trabalhos na Revista Cadernos não dá aos autores o direito de percepção de qualquer retribuição pecuniária, devido à gratuidade na distribuição do periódico. A publicação resguarda os direitos autorais, na forma da lei.

DECLARAÇÃO DE DIREITO AUTORAL

Os textos aprovados são publicados sem alteração de conteúdo. Os conceitos e opiniões emitidas em trabalhos doutrinários assinados são de inteira responsabilidade de seus autores. Os artigos publicados poderão ser divulgados em outros canais, desde que citada a Revista Cadernos, ano, número e data de publicação como primeiro veiculador do trabalho.

POLÍTICA DE PRIVACIDADE

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.



ENDEREÇOS DO TCE-SP

Prédio-Sede e Anexo I

Endereço: Av. Rangel Pestana, 315 - Centro

CEP: 01017-906 - São Paulo - SP

Telefone: (11) 3292-3266

Anexo II

Endereço: Rua Venceslau Brás, 183 - Centro

CEP: 01016-000 - São Paulo - SP

Telefone: (11) 3292-3266



Unidade Regional 1

Araçatuba

Endereço: Av. Café Filho, 402 - Jardim Icaray

CEP: 16020-550 - Araçatuba - SP

Telefone: (18) 3609-9700

Unidade Regional 5

Presidente Prudente

Endereço: Rua José Cupertino, 179 - Jardim Marupiara

CEP: 19060-090 - Presidente Prudente - SP

Telefone: (18) 3226-5060

Unidade Regional 2

Bauru

Endereço: Rua José Francisco Augusto, 5-4 - Jardim Godoi

CEP: 17021-640 - Bauru - SP

Telefone: (14) 3109-2350

Unidade Regional 6

Ribeirão Preto

Endereço: Rua Adolfo Zéo, 426 - Ribeirânia

CEP: 14096-470 - Ribeirão Preto - SP

Telefone: (16) 3995-6800

Unidade Regional 3

Campinas

Endereço: Av. Carlos Grimaldi, 880 - Jardim Conceição

CEP: 13091-000 - Campinas - SP

Telefone: (19) 3706-1700

Unidade Regional 7

São José dos Campos

Endereço: Av. Heitor Vila Lobos, 781 - Vila Ema

CEP: 12243-260 - São José dos Campos - SP

Telefone: (12) 3519-4610

Unidade Regional 4

Marília

Endereço: Rua Professor Francisco

Morato, 381 - Jardim São Geraldo

CEP: 17501-020 - Marília - SP

Telefone: (14) 3592-1630

Unidade Regional 8

São José do Rio Preto

Endereço: Av. José Munia, 5.400 - Chácara Municipal

CEP: 15090-500 - São José do Rio Preto - SP

Telefone: (17) 3206-0800

Unidade Regional 9**Sorocaba**

Endereço: Rua Marco Francisco Garcia
Chiuratto, 180 - Jardim Saira
CEP: 18085-840 - Sorocaba - SP
Telefone: (15) 3238-6660

Unidade Regional 10**Araras**

Endereço: Av. Maximiliano Baruto, 471 -
Jardim Universitário
CEP: 13607-339 - Araras - SP
Telefone: (19) 3543-2460

Unidade Regional 11**Fernandópolis**

Endereço: Rua Maria Batista, 209 - Boa Vista
CEP 15.600-000 - Fernandópolis - SP
Telefone: (17) 3465-0510

Unidade Regional 12**Registro**

Endereço: Rua Goro Assanuma, 259, Vila Tupy
CEP 11.900-000 - Registro - SP
Telefone: (13) 3828-7220

Unidade Regional 13**Araraquara**

Endereço: Rua Dr. Euclides da
Cunha Viana, 551 - Jd. Santa Mônica
CEP: 14.801-096 - Araraquara - SP
Telefone: (16) 3331-0660

Unidade Regional 14**Guaratinguetá**

Endereço: Av. Doutor Ariberto Pereira da Cunha, 1302
Bairro Portal das Colinas
CEP - 12515-241 - Guaratinguetá - SP
Telefone: (12) 3123-2260

Unidade Regional 15**Andradina**

Endereço: Rua Pereira Barreto, 1681 - Centro
CEP - 16901-022 - Andradina - SP
Telefone: (18) 3721-7800

Unidade Regional 16**Itapeva**

Endereço: Rua Leovigildo de Almeida Camargo, nº 143,
Jardim Ferrari - CEP 18405-100 - Itapeva - SP
Telefone: (15) 3524-4800

Unidade Regional 17**Ituverava**

Endereço: Rua Dom Pedro I, 520 - Jardim Morada do Sol
CEP 14500-000 - Ituverava - SP
Telefone: (16) 3839-0943 / 3839-0376

Unidade Regional 18**Adamantina**

Endereço: Rua Josefina Dall'Antonia Tiveron, 180 -
Centro - Adamantina - SP - CEP-17800-000
Telefone: (18) 3502-3260

Unidade Regional 19**Mogi Guaçu**

Endereço: Rua Catanduva, 145
Jardim Planalto Verde - Mogi Guaçu - SP
CEP 13843-193
Telefone: (19) 3811-8300 / 3811-8339

Unidade Regional 20**Santos**

Endereço: Av. Washington Luiz, 299
Boqueirão - Santos - SP
CEP 15055-001
Telefone: (13) 3208-2400



Direção

Bibiana Helena Freitas Camargo

Equipe

Alessandro César Finardi

Bruna Castilho Marques

Bruno Horota Horioka

Carlos Henrique dos Reis Araújo

Cinthya Harumi Yabasse

Fatima Aniceto Rodrigues dos Reis

Gabriela Giardino Costa Bernardino

Graça Aparecida Barcos

Isabelle Santos Bezerra Freitas

Ivan Moncoski Mangano

José Luiz Ribeiro Vignoli Filho

Jurema Fernandes Alves

Ligia Gonçalves Amaro

Luis Valdir Morales

Maria Luíza Costa Pascale

Marina Guglielmetti Ashcar

Maurício de Freitas Bento

Patrick Raffael Comparoni

Rosmary Donadio Tavares

Suane Jesus Aragão

Victor Jung

Vinícius Chinellato De Moura E Silva

Edição nº 9.

Esta é uma publicação da Escola Paulista de Contas Públicas “Presidente Washington Luís” do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

cadernos@tce.sp.gov.br

ISSN: 2595-2412