

O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios

The project of the new Brazilian bidding law and some of its challenges

FLÁVIO AMARAL GARCIA

Professor de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas. Advogado. Árbitro.
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

EGON BOCKMANN MOREIRA

Professor da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Advogado. Árbitro.

Sumário: Introdução. 1. Breve nota histórica sobre as contratações públicas brasileiras; 2. O Projeto de Lei de Licitações: inovações fundamentais; 2.1 Projeto executivo como requisito obrigatório; 2.2 Matriz de riscos; 2.3 Contratação integrada e semi-integrada; 2.4 Diálogo Competitivo; 2.5 Seguro Garantia; 2.6 Parâmetros para suspensão da execução dos contratos; 2.7 Inversão das fases; 2.8 Audiência e consulta pública; 2.9 Fornecimento e prestação de serviço associado; 2.10. Conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem; 3. Uma visão panorâmica sobre outras inovações do PL; 4. Considerações finais.

Resumo: A legislação brasileira de contratações públicas está em vias de experimentar sua principal alteração das últimas décadas, a ser influenciada também pelo acordo União Européia – Mercosul. Este artigo analisa alguns dos principais pontos e desafios da futura lei geral de licitações e contratos administrativos brasileiros.

Palavras-chave: *Licitação. Contratos administrativos. Projeto executivo. Matriz de riscos. Eficiência. Seguro-garantia. Paralisação de obras. Atraso pagamento. Mediação. Arbitragem.*

Abstract: *The Brazilian legislation on public contracting is in the process of its main change in recent decades, also to be influenced by the European Union – Mercosur agreement. This article analyzes some of the main points and challenges of the future general law of Brazilian biddings and administrative contracts.*

Key-words: *Bidding. Administrative contracts. Executive project. Risks. Efficiency. Insurance. Delay. Conflicts. Mediation. Arbitration.*

Introdução

O recente acordo comercial União Europeia – Mercosul trouxe como um de seus pontos principais as compras públicas, ao estatuir a *prevenção da discriminação*, o *incremento da transparência* e a busca por *padrões de justiça* nas contratações – vedando expressamente restrições a participantes oriundos da UE.¹ O que importa dizer que as legislações dos países signatários do Mercosul – o maior deles, o Brasil – deverão, em breve, experimentar efeitos diretos de tal acordo. Constatação que surge em momento especial, eis que está em vias de acontecer a principal alteração, em mais de 21 anos, das normas brasileiras sobre licitações e contratos públicos.

Desde seus primórdios, as contratações administrativas brasileiras se depararam com desafios bastante peculiares. Seja devido à estrutura federativa, que celebra normatividade multinível para o assunto (União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem legislar a respeito), seja em razão de se imaginar o formalismo exacerbado como técnica de conter abusos, ou mesmo em vista de puras barreiras de entrada, fato é que os processos adjudicatórios brasileiros tendem a gerar custos de transação extraordinários e a inibir a competição.

Isso num País de dimensões continentais, em que só as compras públicas do governo federal (União) giram em torno de 1% do Produto Interno Bruto – PIB.² Se falarmos também em empreitadas de obras públicas, contratos de

¹ Em suma: “Here the results are very satisfactory as the agreement gives EU companies access to a market that Mercosur is yet to open to any other partner and only recently began to liberalize internally. The agreement will make it easier for European firms to bid for and win government contracts. It will prevent discrimination against EU suppliers and will make tendering processes more transparent and fair. Over time, it is possible that EU firms will also get access to contracts from sub-central entities.” (*New EU-Mercosur trade agreement: the agreement in principle*, Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2019/june/tradoc_157964.pdf. Acesso em 02/07/2019).

² O Boletim de Compras Públicas – BCP, da Rede Nacional de Compras Públicas do Brasil, aponta que, de janeiro de 2007 a dezembro de 2017, *só as compras* – equipamentos, serviços (suporte, engenharia, segurança, manutenção, limpeza, etc.), subsistência, informática, mobiliários, veículos, utensílios, combustíveis, materiais de construção, etc. –, do Governo Federal movimentaram mais de R\$510bi – variando de 0,65 (2007) a 1,25% (2013), com 0,92% do PIB em 2017 (Disponível em: <https://www.compraspublicasbrasil.gov.br/portal/pdf/boletim-de-compras-publicas.pdf> Acesso em 01/07/2019). Ampliar em Egon Bockmann Moreira e Leonardo Coelho Ribeiro, Centralização de compras públicas no Brasil. In: Miguel

concessão e parcerias público-privadas, além de compras nos demais níveis federativos, os números serão estratosféricos.

Logo, a legislação regedora das licitações é assunto central das atenções do direito administrativo e, por que não dizer, das agendas empresariais brasileiras (preocupações a ser expandidas para *players* da União Européia). Por um lado, ela disciplina enorme concentração de poder econômico estatal – em estruturas que se aproximam dos piores monopólios (aqueles sem regulação), a pautar preços de compras, obras e serviços. Por outro, envolve lobbies privados poderosíssimos, que já experimentaram desvios e geraram alguns dos maiores escândalos mundiais de corrupção.³ O que permite concluir que nem sempre é fácil alterar o *status quo* legislativo das licitações brasileiras.

Não é devido ao acaso, portanto, que o Projeto de Lei atualmente em debate no Poder Legislativo nacional é um substitutivo do original datado de 1995 (nº 1.292 – ao qual foram agregadas várias outras iniciativas legislativas). Recentemente, esse projeto teve seu ritmo acelerado e a respeito dele trata este artigo, acenando para algumas das transformações já tornadas consenso.

O texto será iniciado com breve nota histórica da legislação referente às contratações públicas brasileiras, para, em seguida, serem examinadas 10 (dez) das novidades constantes da versão atual do PL 1.292/1995. Tais novidades podem ser usuais no cenário europeu, mas inovam significativamente os processos brasileiros de contratação pública – e geram desafios a ser enfrentados. Daí a atenção que merecem desde já, a fim de que possam ser manejados com facilidade quando da promulgação da futura lei geral de contratações administrativas.

1. Breve nota histórica sobre as contratações públicas brasileiras

Em seus primórdios, as contratações celebradas pela administração pública federal brasileira submetiam-se ao Código de Contabilidade Pública da União

Assis Raimundo (org.), *Centralização e agregação de compras públicas*. Lisboa: Almedina, 2019, pp. 65-86.

³ Basta pensar na dita “Operação Lava Jato”, cujos números alcançam os bilhões de dólares. A versão oficial e suas cifras podem ser encontradas em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-lava-jato>. Acesso em 01/07/2019.

(Decreto 4.536, de 1922⁴) e ao Regulamento para a Execução do Código de Contabilidade Pública (Decreto 15.783, de 1922⁵). Havia processos seletivos bastante simplificados em comparação aos que hoje existem, sem disciplina ritualística nem maiores detalhes, culminando na celebração de contratos regidos pelo Código Civil.

Como escreveu José Afonso da Silva, somente em 1967 o Decreto-Lei 200 – que organizou a administração pública federal – pontualmente revogou as normas de contratação do Código de Contabilidade e instituiu processos licitatórios propriamente ditos.⁶ Posteriormente, foi o Decreto-Lei 2.300/1986 que veio a disciplinar exclusivamente as “licitações e contratos da Administração federal”.⁷

⁴ A concorrência pública era mencionada nos arts. 49 e 50 do Código, *in verbis*:

“Art. 49. Ao empenho da despesa deverá preceder contracto, mediante concurrencia publica: a) para fornecimentos, embora parcellados, custeados por credito superiores a 5:000\$000; b) para execução de quaesquer obras publicas de valor superior a 10:000\$000.

“Art. 50. A concurrencia publica far-se-á por meio de publicação no Diario Official, ou nos jornaes officiaes dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e logar desta.”

Porém, desde então, eram fortes as barreiras de entrada – que certamente ecoarão na futura implementação do acordo UE-Mercosul:

“Art. 53. Em todos os fornecimentos feitos ás repartições publicas federaes serão preferidos, em igualdade de condições, os proponentes nacionais.”

⁵ Cujos arts. 736 a 763 tratavam das “normas gerais” das concorrências, ao passo que os 764 a 802, dos contratos (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And15783-22.pdf. Acesso em 02/07/2019). Ampliar em Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Contrato de direito público ou administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 88, p. 15-33, jul. 1967. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/29858>>. Acesso em: 02/07/2019.

⁶ “Licitações”, *Revista de Direito Público* 7/53-59. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar./1969. O Decreto-Lei 200/1967 dispunha, em seus arts. 125 a 144 sobre “normas relativas a licitações para compras, obras, serviços e alienações” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm#tituloxii. Acesso em 02/07/2019).

⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86impressao.htm. Acesso em 02/07/2019. Ampliar em: Diogo de Figueiredo Moreira Neto. Licitações e contratos administrativos – Observações para hoje e para amanhã. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 189, p. 39-57, jul. 1992. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45280/47707>>. Acesso em: 02/07/2019; Caio Tácito, “A Nova Lei de Licitação”, *Revista de Direito Público* 84/140-145. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 1987; Mônica Sette Lopes “Contrato Administrativo”, *Revista de Direito Público* 85/161-171. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar/1988.

Ocorre que, com a promulgação da Constituição brasileira em 1988, lá foram positivadas normas específicas para as licitações e contratos administrativos. Destas, as que mais nos interessam neste momento são as dos arts. 22 (competência legislativa da União) e 37 (administração pública, direta e indireta, de qualquer dos poderes).

O art. 22, inc. XXVII, conferiu à União competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III”.

Ao seu tempo, o inc. XXI do art. 37 definiu que, “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Note-se, por conseguinte, a enorme importância que o assunto “licitações públicas” assumiu no direito brasileiro: vivia no vácuo normativo, depois passou de decreto a norma constitucional. Foi alçado a essa condição tanto em termos de competência legislativa específica quanto no papel de norma formalmente constitucional, com conteúdo próprio. O que revela a crescente estatura das preocupações legislativas.

A partir de então, todas as pessoas federativas brasileiras haveriam de celebrar contratações públicas precedidas de licitações, pautadas pelas “normas gerais” editadas pela União. Muito se debateu a propósito do significado da expressão *normas gerais*,⁸ mas fato é que há consenso quanto ao fato de que são representadas majoritariamente pela Lei 8.666/1993 (ao menos para contratos de compras, obras e serviços), a Lei Geral de Licitações e Contratos

⁸ Cf. Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Ed. RT, pp. 13-71; Flávio Amaral Garcia, *Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2019, pp. 49-61; Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 39-50.

Administrativos, que inaugurou nova realidade jurídico-normativa quanto à disciplina da matéria.⁹ A maioria de seus dispositivos configura normas gerais, no sentido de serem *nacionais*: incidem sobre todas as pessoas da federação, nada obstante tenham sido editadas pela União. Esta lei geral é a grande referência normativa para todas as licitações públicas.

Todavia, isso não se deu de modo pacífico, eis que a legislação acaba por levar a culpa de boa parte das mazelas que acodem às contratações públicas brasileiras. O que explica suas constantes alterações. Por exemplo, o texto da Lei 8.666/1933 já foi objeto de 115 (cento e quinze) novas redações (alteração dos dispositivos), 02 (duas) revogações autônomas e 111 (cento e onze) novas inclusões, além de dar margem a incessantes litígios.¹⁰ Isso sem se falar nos 18 (dezoito) regulamentos administrativos editados, em nível federal, para sua “fel execução”.¹¹

Além disso, existem a Lei 10.520/2002 (institui a licitação denominada de “pregão” – um leilão, preferencialmente eletrônico, para aquisição de bens e serviços comuns) e a Lei 12.462/2011 (criou o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC).¹² Tudo em convivência federativa com legislações estaduais e municipais, além daquelas pertinentes a contratos específicos – como a Lei 8.987/1995, a Lei Geral de Concessões, a Lei 11.079/2004, de

⁹ Sobre o histórico e a racionalidade da Lei 8.666/1933, v. André Rosillo, *Licitação no Brasil*. São Paulo: Malheiros Editores/sbdp, 2013.

¹⁰ Texto atualizado disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em 01/07/2019. Se efetuada pesquisa no site do Superior Tribunal de Justiça – STJ, que tem a função constitucional de uniformizar a interpretação das leis ordinárias, aos 01/07/2019 consta o registro de 1.466 (um mil, quatrocentos e sessenta e seis) acórdãos a respeito da Lei 8.666/1933 (Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/>). As decisões monocráticas são tantas que o resultado é “Erro no sistema”. Já, no Supremo Tribunal Federal – STF, que ostenta a condição de guardião da Constituição, sobre a Lei 8.666/1933 constam 525 (quinhentos e vinte e cinco) acórdãos; 2.667 (duas mil, seiscentas e sessenta e sete) decisões monocráticas de seus ministros e 118 (cento e dezoito) decisões da presidência (disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>). Isso sem se falar nos tribunais estaduais, tribunais regionais federais e cortes de contas.

¹¹ O PL, seu trâmite e apensos podem ser encontrados em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=16526>. Acesso em 01/07/2019.

¹² Legislação atualizada disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110520.htm (Pregão) e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12462.htm (RDC). Acesso em 02/07/2019.

Parcerias Público-Privadas – e a que regula as licitações de empresas estatais, a Lei 13.303/2013.¹³

Diante desse oceano legislativo, repleto de tormentas, desenvolve-se o Projeto de Lei – PL que pretende uniformizar a legislação, unindo e harmonizando os temas. Em princípio, o PL 1.292/1995 consolida, num só diploma, as mencionadas Leis 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011 – e traz algumas originalidades. O que é bom, *ma non troppo*, eis que não implica inovação legislativa propriamente dita, mas sim o somatório impreciso de um apanhado de leis anteriores.

Ao que tudo indica, o legislador visa a consolidar a experiência pretérita, por meio da agregação de normas já vigentes – adicionando a elas alguns tons de novidade e incorporando as decisões dos tribunais. Contudo, o ideal seria promover a releitura da razão de ser e dos objetivos que se procura por meio das licitações, incorporando a pauta de que mais vale prestigiar a livre concorrência em sua máxima intensidade do que descer a detalhes incompreensíveis e formalismos vãos. Não parece ter sido esse o objetivo do PL 1.292/1995, nem de seu substitutivo – que são extensos e de razoável complexidade redacional.

2. O Projeto de Lei de Licitações: inovações fundamentais

Salvo as inovações fundamentais abaixo mencionadas (dentre poucas outras), os 188 artigos do projeto substitutivo – inclusive as emendas e destaques que ainda não foram votados até a redação final deste artigo – são reproduções “atualizadas” das leis anteriores.¹⁴ Assim e bem vistas as coisas, o PL antes retrata uma consolidação normativa do que propriamente uma lei nova.

¹³ Disponíveis, respectivamente, em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987compilada.htm (Concessões comuns e permissões); http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm (PPPs) e http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113303.htm (estatais). Acesso em 02/07/2019. Isso sem se falar nas leis estaduais e municipais, além daquelas específicas para contratos nos setores portuário, ferroviário, aeroportuário, rodoviário, de publicidade, microempresas e empresas de pequeno porte, etc. – cada qual com ostentando a condição de lei especial em relação à 8.666/1993.

¹⁴ O PL que serviu de base a este texto está disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C5CCA3992601BF85796FAD4AE728C2CE.proposicoesWebExterno2?codteor=1667857&filename=SBT+4+PL129295+%253D%253E+PL+1292/1995. Acesso em 02/07/2019. Sobre este e os demais projetos de lei, v. *Theresa*

Vamos, portanto, a alguns de seus pontos novidadeiros e à tentativa de compreensão de sua razão de existir no caso brasileiro (harmonizando-os aos demais dispositivos).

2.1. Projeto executivo como requisito obrigatório

Um dos grandes problemas enfrentados nas licitações brasileiras é a baixa qualidade dos projetos básico e executivo, sobretudo o primeiro. Muitos dos órgãos e entidades que promovem licitações não dispõem de corpo técnico em condições de elaborar projetos adequados – e as contratações de projetistas configuram outro desafio (orçamentário e técnico). Mais: a ausência de planejamento de longo prazo, unida à escassez de recursos públicos, praticamente extinguiu o estoque de projetos para obras públicas, sobretudo as mais complexas.

Esse cenário implicou o vício de se efetivar a licitação com projetos falhos ou incompletos, os quais, em tese, teriam os defeitos sanados quando da execução contratual. Mesmo porque a Lei 8.666/1993 exigia apenas o projeto básico para dar início à licitação.¹⁵ O projeto executivo – que revela os detalhes da obra – poderia ser elaborado depois de assinado o contrato administrativo, pelo próprio contratado.

Christine de Albuquerque Nobrega e Marina Falcão Lisboa Brito, A nova lei de licitações no Brasil: a licitação diante das transições legislativas, Revista da AGU, 18(2), jul./dez. 2018. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/REPATS/article/view/9151>. Acesso em 04/07/2019; Juliano Heinen, Projeto de Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Primeira Parte, Revista Colunistas de Direito do Estado 368/2017. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/juliano-heinen/projeto-de-lei-de-licitacoes-e-contratos-administrativos-primeira-parte>. Acesso em 04/07/2019; Marcos Nóbrega, Uma nova Lei de Licitações. Revista Colunistas de Direito do Estado 314/2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/marcos-nobrega/uma-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em 04/07/2019; Rafael Sérgio de Oliveira, Os 10 tópicos mais relevantes do Projeto da Nova Lei de Licitação e Contrato. Disponível em: http://www.licitacaocontrato.com.br/lecComenta_detalle.html Acesso em 05/07/2019.

¹⁵ Lei 8.666/1993, art. 6º, inc. IX (definição de projeto básico) e, sobretudo, art. 7º, § 2º, inc. I (“§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I – houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório” – não exigindo o projeto executivo).

Situação que gerava a necessidade de constantes termos aditivos aos contratos, incrementando as despesas públicas originariamente previstas. Tanto isso é verdade que o Tribunal de Contas da União – TCU houve de sumular os limites à alteração do projeto básico em licitações:

Súmula 261. Em licitações de obras e serviços de engenharia, é necessária a elaboração de projeto básico adequado e atualizado, assim considerado aquele aprovado com todos os elementos descritos no art. 6º, inciso IX, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, constituindo prática ilegal a revisão de projeto básico ou a elaboração de projeto executivo que transfigurem o objeto originalmente contratado em outro de natureza e propósito diversos.

Veja-se bem: a necessidade de editar súmula decorre da reiterada jurisprudência do TCU, que demandou consolidação. O que importa dizer que houve prática abusiva de projetos básicos falhos, cuja execução implicou a transfiguração do objeto licitado. O que vem a confirmar, como já assinalado, que “o grande problema das obras públicas no Brasil reside exatamente na elaboração de projetos básicos e executivos inconsistentes e tecnicamente deficientes”.¹⁶

Esse ciclo vicioso teve suas mazelas expostas especialmente na “Operação Lava Jato”, ao revelar termos aditivos que não só recompunham o equilíbrio econômico-financeiro do pacto, mas também se prestavam a instalar distribuição ilícita de verbas públicas (superfaturamentos e sobrepreços).

Daí o PL 1.292/1995 exigir que a licitação seja promovida com a obrigatoriedade da posse do “projeto completo”: básico e executivo (salvo exceções literais, como nas contratações integradas e semi-integradas, a ser analisadas mais abaixo). Com isso, se intenta que os projetos tenham todas as especificações necessárias e suficientes à definição do preço e das qualidades exigidas para a futura obra.

¹⁶ Flávio Amaral Garcia, *Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. p. 116. Aliás, Marçal Justen Filho assim qualifica a licitação sem projeto executivo prévio: “Essa solução é anômala e excepcional”, a demandar “justificativas satisfatórias”, com “fundamentos técnicos que autorizem a autoridade administrativa a assumir risco dessa ordem.” (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 18ª ed. São Paulo: Ed. RT, 2019, p. 234). Lamentavelmente, contudo, a ausência de projeto executivo tornou-se a regra nas licitações brasileiras, especialmente nas mais complexas.

Isso resulta da proibição expressa, no art. 44, § 2º do PL, que tem a seguinte redação: “§ 2º É vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do art. 18.”¹⁷

Como se constata, a norma do PL pretende inibir projetos falhos e assim atenuar abusos, custos extraordinários e obras inconclusas. Em outras palavras, a administração tem o dever de conhecer minuciosamente o que está contratando – mesmo porque apenas dessa forma é possível elaborar uma matriz de riscos adequada.

2.2. Matriz de riscos

A Lei 8.666/1993 foi pensada num tempo em que se supunha ser usual à administração contratante naturalmente dispor de todas as informações necessárias e suficientes à definição do objeto e conteúdo contratuais, bem como de sua execução. O corpo técnico-estatutário, formado por servidores públicos de carreira, trabalharia na fronteira do conhecimento e, assim, isentaria a administração pública de riscos extraordinários.

O contrato administrativo era concebido, portanto, como completo e estático – nasceria e desenvolver-se-ia em equilíbrio econômico-financeiro. Quando muito, os desequilíbrios decorreriam da tradicional *álea extraordinária* – reservando-se à responsabilidade do contratado a denominada *álea ordinária*. Não haveria assimetria de informações, mas apenas os fatos conhecidos *versus* os absolutamente imprevistos e extraordinários.

Quando se falava em *riscos contratuais*, portanto, era disso de que se tratava: eventos futuros e incertos que, se ocorressem, seriam então sindicados e reduzidos à teorias tradicionais (fato do príncipe, teoria da imprevisão, etc.¹⁸).

¹⁷ Eis a exceção: “§ 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízos para aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, poderá ser indicada a possibilidade de especificação do objeto apenas em termo de referência, dispensando-se a elaboração de projetos.” Mas, além dela, o PL prescreve também as contratações integradas e semi-integradas.

¹⁸ Veja-se, por exemplo, o que escreveu Celso Antônio Bandeira de Mello, ao tratar do equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão de serviços públicos: “É necessário, então, distinguir entre os riscos a serem cobertos pelo poder concedente daqueles que correrão por conta do concessionário. [...] Para proceder a tal distinção é comum recorrerem os autores à doutrina francesa, em que se discrimina a *álea ordinária*, correspondente aos riscos

Em outras palavras, os riscos eram proporcionalmente pequenos e poderiam ser definidos *ex post* e, assim, gerar impactos administráveis, extraordinários e não-precificados. Se assim não fosse, haveria litígios judiciais de longa duração e altíssimo custo (a implicar prejuízos aos particulares e isenção de responsabilidade dos atuais gestores, eis que a conta seria paga dali a décadas...).

Ocorre que, atualmente, os Poderes Públicos simplesmente não dispõem de todas as informações imprescindíveis a conferir absoluta completude aos contratos. Exceção feita aos mais singelos e de curto prazo, as contratações administrativas assumiram elevada complexidade, a demandar outras técnicas de se aferir e atribuir os eventuais contratempos e vicissitudes futuras. Mais: as sociedades empresárias sérias não estão dispostas a arcar, às cegas, com tais custos de transação, os quais inibem a concorrência e transformam contratos em apostas.

Daí a imperiosidade da ideia de *matriz de riscos*, a alterar a lógica tradicional. Por meio dela, pretende-se investigar, antes da celebração do contrato administrativo, quais eventos futuros e incertos podem ser expectados, bem como qual dos contratantes teria condições de os administrar de modo mais eficiente – atribuindo-se a ele a responsabilidade objetiva pela gestão e solução de tais riscos.¹⁹ Por conseguinte, a matriz de riscos revela predefinição consensual de eventos que podem ser, em tese, previstos e quantificados – e, assim, alocados sob a responsabilidade expressa de um dos contratantes.

A definição dos riscos contratuais *ex ante* e respectiva distribuição expressa às partes permite que se tenha mais clareza na futura execução do contrato e respectivas soluções se e quando este ou aquele risco se concretizar. Autoriza o contingenciamento de recursos e confere eficácia à solução dos eventuais desequilíbrios. Inibe, portanto, custos extraordinários em razão de surpresas e esvazia os litígios, tornando harmoniosa a relação entre as partes. Ao antecipar e predefinir, transforma custos e esforços presentes em vantagens futuras.

normais, a serem suportados pelo concessionário, da *álea extraordinária*, que se subdivide em *álea administrativa* e *álea econômica*.” (*Curso de Direito Administrativo*, 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 733).

¹⁹ Cf. Egon Bockmann Moreira, *Direito das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, pp. 108-131; Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 118-122.

Com efeito, o PL clarifica esse atribuição de riscos, tornando necessária sua avaliação prévia, ao assim conceituar a matriz de riscos em seu art. 6º:

XXVII – matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato, que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo quando de sua ocorrência;

b) em obrigações de resultado, estabelecimento preciso das frações do objeto em que haverá liberdade dos contratados para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) em obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto em que não haverá liberdade dos contratados para inovar em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

Todavia, o PL tornou obrigatória a definição da matriz de riscos apenas para “obras e serviços de grande vulto ou estiverem sendo adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada”, como se infere de seu art. 21:

Art. 21. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

§ 1º A matriz deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato, estabelecendo a responsabilidade que cabe a cada parte contratante e, também, mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e que mitiguem os efeitos deste, caso ocorra durante a execução contratual.

§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

I – às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretende o restabelecimento;

II – à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

III – à contratação de seguros obrigatórios, previamente definidos no contrato e cujo custo de contratação integrará o preço ofertado.

§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou estiverem sendo adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

§ 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pela contratante deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

Note-se que o PL define o que vem a ser “obras de grande vulto” (aquelas com valor estimado superior a R\$100 milhões de reais – art. 6º, inc. XXII), bem como os regimes de contratação “integrada” e “semi-integrada” (art. 6º, incs. XXXII e XXXIII – contratos próximo aos tipos *DBT – Design, Build, Transfer* ou *EPC – Engineering, Procurement, Construction*, a ser examinados no próximo tópico deste artigo).

Essa distinção – escolha discricionária na maioria das licitações e vinculada apenas em três categorias contratuais (grande vulto em termos quantitativo-monetário; além daquelas que atribuem maiores tarefas aos contratados, ampliando o escopo e as assimetrias da contratação) – tem sua razão de ser, eis que contratos simples, que não gerem eventualidades extraordinárias, não têm o condão de gerar matrizes de risco. Isso implicaria a instalação de custos de transação não-justificados.

Contudo, a definição da matriz de riscos em casos de contratação integrada e semi-integrada pode instalar maiores desafios – afinal, estas são marcadas pela prévia certeza da assimetria de informações e alocação de responsabilidade da elaboração do projeto básico e executivo ao contratado. Logo, demandarão maiores cautelas.

2.3. Contratação integrada e semi-integrada

Além de o exigir como elemento indispensável ao edital de licitação (art. 7º, § 2º, c/c art. 40, § 2º, inc. I), a Lei 8.666/1993 envolvia a dissociação subjetiva entre o autor do projeto básico e o executor da obra – proibindo-a, sob pena

de configurar crime, em vista da frustração do caráter competitivo do certame (art. 9º, inc. II, c/c art. 90). Com isso, pretendia-se inibir falhas na competição (quem elaborou o projeto tem dados privilegiados) e nos custos da execução do contrato (decorrentes da mesma assimetria de informações). Mais: em contratos nos quais eram usuais os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, seria potencial estímulo a ilicitudes que a pessoa responsável pelo projeto pudesse lucrar abusivamente com inconsistências, omissões e erros do projeto básico.

Esse panorama foi alterado, em específico nas empreitadas de obra pública, com a Lei 12.462/2011, que criou o já mencionado Regime Diferenciado de Contratação – RDC. Os arts. 8º, inc. V, e 9º, do RDC, estabeleceram condições excepcionais – reduzindo a exigência do ato convocatório para mero anteprojeto de engenharia e transferindo-se, portanto, o projeto básico e o executivo para a responsabilidade do futuro contratado. Em contrapartida, proibiu-se expressamente a celebração de termos aditivos, salvo nas hipóteses de “caso fortuito ou força maior” e “necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da administração pública, desde que não decorrentes de erros ou omissões por parte do contratado” (art. 9º, § 4º, incs. I e II).²⁰

Em termos bastante sintéticos e ainda se referindo ao modelo do RDC, vale citar a definição de Mauricio Portugal Ribeiro, Lucas Navarro Pinto e Mario Engler Pinto Junior, para quem “chama-se de contratação integrada aquela capaz de combinar prestações de natureza distinta, abrangendo simultaneamente a realização de obra pública ou a prestação de serviços de engenharia, com a confecção dos respectivos projetos básicos e executivos”.²¹ Ou seja, o contratado elabora os projetos, executa a obra e a entrega em pleno funcionamento.

²⁰ Sobre o tema, v. Flávio Amaral Garcia, *Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, pp. 542-550; Guilherme Reisdorfer, A Contratação Integrada no Regime Diferenciado de Contratações Públicas, in Marçal Justen Filho e Cesar Guimarães Pereira (coords), *Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)*, pp. 149-167; Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, *Licitação Pública: a Lei Geral de Licitações – LGL e o Regime Diferenciado de Contratação – RDC*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, pp. 242-261; Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães, Contratação Integrada: um novo Regime de Execução para os Contratos Administrativos no Direito Brasileiro, *Revista de Contratos Públicos* 4/5-30. Coimbra: CEDIPRE, 2012.

²¹ *Regime Diferenciado de Contratação*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 29.

Essa modalidade foi incorporada no projeto de lei (art. 6º, incs. XXXII e XXXIII; art. 21, §§ 3º e 4º; art. 22, § 5º; art. 44, incs. V e VI, §§ 3º, 4º, 6º e 8º; art. 131 e art. 170, inc. III), sob duas espécies: a *contratação integrada* (projetos básico e executivo sob responsabilidade do contratado) e a *semi-integrada* (só o projeto executivo atribuído ao contratado), que são assim definidas pelo art. 6º:

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

XXXIII – contratação semi-integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

Como se pode constatar, em tese não há limites para os casos de contratação integrada e semi-integrada. Aqui, será necessária aferição do *Value for Money* e a vantagem que poderá ser gerada pela elaboração (ou não) do(s) projeto(s). Como já assinalado a propósito do RDC, importante é que “se demonstre que a contratação integrada é o regime de execução de obras e serviços de engenharia que se revela como a opção mais satisfatória para atender ao interesse público na situação concreta.”²² No PL, talvez o elemento que permita compreender com maior precisão os limites aplicativos desses regimes de contratação esteja justamente na parte final dos dispositivos: devem ser obras e serviços que demandem “montagem, teste, pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto”.

Em contrapartida, deverão ser muitíssimo mais estreitos os caminhos para eventuais alterações nos projetos elaborados pelo próprio contratado e – muito mais ainda – os que impliquem reequilíbrio econômico-financeiro em favor do contratado. Afinal, quem assume a responsabilidade pela elaboração do(s) projeto(s) leva consigo os riscos dele(s) oriundo(s).

²² Flávio Amaral Garcia, *Licitações e Contratos Administrativos*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2018, p. 546.

2.4. Diálogo Competitivo

Inspirado no Direito Europeu, o PL pretende introduzir nova modalidade licitatória: o diálogo competitivo. Convém rememorar, a partir da experiência europeia, suas principais características.

Desde a Diretiva 2004/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31.03.2004, que o diálogo competitivo se apresenta como uma realidade no Direito Europeu. A experiência se consolidou e o diálogo se encontra mantido no artigo 30 da Diretiva 2014/24/EU.

O diálogo competitivo foi concebido para conferir maior flexibilidade nas licitações públicas, nomeadamente naqueles contratos complexos que não comportam, *a priori*, soluções herméticas. A essência do diálogo competitivo é viabilizar, no curso do próprio procedimento licitatório, a construção da solução mais satisfatória para objetos demasiadamente complexos, seja pelas características técnicas, financeiras ou mesmo jurídicas.

Como notório, existem determinados objetos que se notabilizam pelo elevado desnível informacional entre a Administração Pública e os operadores econômicos. Noutros termos, sem o auxílio e a cooperação dos agentes privados, torna-se quase impossível conceber a solução mais adequada para atender o interesse público. No diálogo competitivo, essa construção conjunta do objeto se desenvolve não antes, mas durante a própria realização da licitação.

Note-se, entretanto, que a flexibilidade não predomina em todas as fases da licitação. A lógica procedimental é, basicamente, a seguinte: (i) uma primeira etapa, aberta, de qualificação dos potenciais licitantes que pretendam apresentar soluções; (ii) uma segunda fase dinâmica e dialógica, na qual abre-se espaço para que os licitantes ofereçam soluções para o desenvolvimento do objeto; (iii) uma terceira fase, após encontrada a solução mais satisfatória, de julgamento das propostas.²³

²³ Mark Kirby esclarece e detalha essas fases do diálogo competitivo: “a-) uma primeira fase, aberta, de qualificação (apreciação da capacidade técnica e financeira) dos candidatos que pretendem apresentar soluções ao diálogo; b-) uma segunda fase, dinâmica, em que o júri desenvolve com os candidatos qualificados e que apresentaram soluções que não foram liminarmente excluídas (cfr. art. 212º, nº 2), um diálogo com vistas a discutir os aspectos previstos ou omitidos nas soluções apresentadas e relativos à execução do contrato a celebrar, que permitam a elaboração de um caderno de encargos (cf. art. 213º); c-) uma terceira fase, fechada e rígida, em que os candidatos apresentam soluções admitidas ao diálogo (e apenas estes), são convidados a apresentar propostas que respondam às exigências do caderno de

Assim, as etapas da qualificação (primeira fase) e da seleção das propostas (terceira fase) são rígidas como ocorre em qualquer procedimento licitatório. O diálogo com os operadores econômicos e, por conseguinte, a flexibilidade para a definição do objeto se configura apenas na segunda fase.

Pois bem. O PL pretende introduzir, em linhas gerais, a modalidade de diálogo competitivo no Brasil, de modo bastante similar como concebida no Direito Europeu.

O art. 6º, inciso XLII do PL conceitua diálogo competitivo como “a modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras de grande vulto 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 do diálogo”.

Não é preciso maiores aprofundamentos para perceber que as principais características da novel modalidade obedecem à mesma racionalidade do diálogo competitivo europeu.

O artigo 31 do PL prevê as hipóteses de cabimento do diálogo competitivo:

Art. 31. O modo de diálogo competitivo é restrito a contratações em que a Administração: I – vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições: a) inovação tecnológica ou técnica; b) o órgão ou entidade não possa ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; c) especificações técnicas não possam ser definidas com precisão suficiente pela Administração. II – verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam vir a 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; III – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas; IV – tenha estimado valor superior a R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

encargos elaborado pela entidade adjudicante a partir da solução (única) escolhida (cfr. Artigo 217º) por ter sido considerada apta a satisfazer as necessidades da entidade adjudicante, sendo que tais propostas, uma vez apresentadas, não mais podem ser alteradas, em obediência ao princípio da estabilidade dos elementos essenciais do procedimento, que, nesta fase, opera em toda a linha.” Mark Kirby. O Diálogo Concorrencial. In Pedro Costa Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública*, volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 278/279.

Os dois primeiros incisos se assemelham muito com a própria essência do diálogo competitivo europeu²⁴ e decorrem da dificuldade que o ente público tem em identificar a solução mais satisfatória de forma unilateral e isolada. A interação com os operadores econômicos durante a realização da licitação será determinante para identificar a solução que melhor atenda ao interesse público.

O inciso III (quando os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações da proposta) afasta o diálogo competitivo da sua essência, ou seja, a construção consensual do objeto em parceria com os próprios licitantes.

O PL parece ter confundido diálogo competitivo com o procedimento por negociação, que, igualmente, tem previsão na Diretiva 2014/24/EU²⁵ e que se caracteriza, também, por ser modalidade mais dialógica e flexível.

Socorrendo-se, novamente, das lições de Mark Kirkby,²⁶ percebe-se que no procedimento por negociação o ente público consegue definir o objeto, tendo clareza acerca daquilo que efetivamente pretende com a licitação, ao contrário do que ocorre com o diálogo competitivo. A dificuldade no procedimento por negociação está, como esclarece o autor, em definir critérios que permitam diferenciar qualitativamente as propostas a partir de parâmetros comparativos ou mesmo sem uma negociação definitiva com os concorrentes.

A flexibilidade é comum ao diálogo competitivo e ao procedimento por negociação, mas se manifesta em distintos momentos: no primeiro, para definir soluções para as necessidades públicas; no segundo, concentrada na avaliação comparativa das propostas.

Assim, ao agregar aspectos afetos ao julgamento das propostas no diálogo competitivo – como os modos de disputa aberto ou fechado – o PL, em certa medida, mescla pressupostos das modalidades europeias do diálogo competitivo e do procedimento por negociação, o que não parece salutar, haja vista que foram concebidos para distintas finalidades.²⁷

²⁴ Conforme se verifica no art.26, item 4, alínea a, subalíneas, i, ii e iii da Diretiva 2014/24/EU.

²⁵ Conforme se verifica no art. 32 da Diretiva 2014/24/EU.

²⁶ O Diálogo Concorrencial. In Pedro Costa Gonçalves (org.), *Estudos de Contratação Pública*, volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 286.

²⁷ Idêntica é a percepção de Rafael Sérgio Lima de Oliveira: “Se o legislador brasileiro pretende resolver problemas ligados à dificuldade de determinação do critério de julgamento das propostas, que importe para o Direito Brasileiro o procedimento concorrencial com negociação

O inciso IV prevê o cabimento do diálogo competitivo para contratações acima de R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais). Em uma primeira leitura, não se considera que esse critério seja absoluto.

Poderão existir necessidades públicas que venham a demandar a construção de soluções consensuais pela via do diálogo competitivo com valores abaixo do referido no inciso IV. E, de outro lado, poderão existir licitações acima de cem milhões de reais nas quais a Administração Pública não venha a ter dificuldade em definir o objeto, dispensando-se o diálogo com os operadores econômicos durante a licitação.

Espera-se, assim, que os incisos III e IV sejam objeto de aperfeiçoamento durante o processo legislativo, para evitar que o diálogo competitivo seja desvirtuado dos seus objetivos, corretamente traçados no art. 6º, inciso XLII do PL.

O procedimento do diálogo competitivo veio a ser descrito no § 1º do art. 29 do PL:

§ 1º Na hipótese de diálogo competitivo, será observado o seguinte: I – quando da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, a Administração apresentará suas necessidades e as exigências já definidas, estabelecendo prazo mínimo de 30 (trinta) dias para manifestação de interesse de participação na 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; III – é vedada a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante; IV – a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento; V – 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; VI – as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo; VII – o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas; VIII – ao declarar que o diálogo foi concluído, a Administração deverá juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo e iniciará a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que

previsto no artigo 29º da Diretiva 2014/24/EU, pois este procedimento sim foi pensado com esse intuito e tem uma marcha adequada para esse tipo de problema.” O diálogo competitivo do Projeto de Lei de Licitação e Contrato Brasileiro. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br Acesso em 09/07/2019.

atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa, abrindo prazo, não inferior a 90 (noventa) dias, para todos os interessados apresentarem suas propostas, que deverão conter todos os elementos necessários para a realização do projeto; IX – a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação ou distorçam a concorrência entre as propostas; X – a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurando o resultado da contratação mais vantajoso; XI – o diálogo competitivo será conduzido por comissão composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitindo-se a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão; XII – órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, sobre a legalidade, legitimidade e economicidade da licitação, antes da celebração do contrato respectivo.

§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso X do § 1º assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

A partir do referido regramento, o diálogo competitivo pode ser caracterizado pelas seguintes etapas:

- (i) definição das necessidades públicas e critérios de pré-seleção dos licitantes. Note-se que o PL menciona critérios de seleção, sem fixar o seu conteúdo. Remanescerá margem de discricionariedade, observados os parâmetros de razoabilidade, para a definição desses critérios. Importante referir que não se trata aqui de habilitação. Também não há limitação do número máximo ou mínimo de licitantes. Quem atender aos requisitos objetivos previstos no edital, prossegue no certame;
- (ii) o princípio da isonomia veda a divulgação de informações de modo discriminatório para qualquer licitante. O diálogo não pode ser desequilibrado a favor de um potencial interessado. Fica, assim, vedado à Administração revelar as soluções propostas por cada licitante sem o seu consentimento;
- (iii) as reuniões com os licitantes serão registradas em ata e gravadas mediante recursos tecnológicos. O objetivo foi, certamente, assegurar a transparência na interação e evitar que a modalidade seja contaminada por desvios éticos. Esses registros e gravações deverão ser juntados ao

processo administrativo da licitação, o que permitirá que os demais licitantes venham, se for o caso, questionar eventual parcialidade da Administração Pública na condução da licitação;

- (iv) o diálogo deve ser mantido até que a Administração Pública alcance a solução ou mesmo as soluções que atendam a sua necessidade. Possível notar que soluções poderão, a depender de cada situação, poderão ser mescladas ou mesmo complementares;
- (v) definida a solução ou as soluções, inicia-se a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a descrição do objeto – a partir da solução encontrada na fase anterior – com a definição dos critérios objetivos para selecionar a proposta mais vantajosa. Ao que parece, a opção do legislador foi conferir certa margem de liberdade ao administrador, que poderá, por exemplo, decidir motivadamente entre o critério do menor preço ou da técnica e preço, tudo a depender de como o objeto foi configurado a partir do diálogo empreendido na fase anterior. A Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas, conquanto não impliquem em discriminação ou distorção da concorrência;
- (vi) a condução do diálogo competitivo foi partilhada em Comissão formada por pelo menos 03 (três) servidores efetivos ou empregados públicos integrantes do quadro permanente da Administração. Pela importância e complexidade da modalidade, parece razoável e prudente a regra, evitando que o processamento da licitação se efetive por meio de órgão singular. Em caso de necessidade, poderão ser contratados profissionais para assessoramento técnico da Comissão, que, contudo, deverão assinar termo de confidencialidade e abster-se de atividade que possa configurar conflitos de interesse;
- (vii) consagra o PL prerrogativa para que o órgão de controle externo (leia-se Tribunal de Contas) acompanhe e monitore os diálogos competitivos, opinando em 60 (sessenta) dias sobre a sua legalidade, legitimidade e economicidade antes da celebração do contrato. Cria-se uma espécie de controle preventivo, fruto, talvez, da desconfiança em dar liberdade de negociação para os gestores na fase da construção consensual do objeto. Possível antever que, sem o opinamento favorável do órgão de controle externo, nenhum gestor assumirá o risco de assinar o contrato. Mais um exemplo da hipertrofia dos órgãos de controle em matéria de licitações e contratos...

Enfim, a introdução da modalidade diálogo competitivo é excelente novidade no Direito Brasileiro, ao reconhecer que, em determinados objetos, a flexibilidade para construir soluções em conjunto com os operadores econômicos é indispensável para melhor atender o interesse público.

Despe-se a Administração Pública – como já ocorre na Contratação integrada e no Procedimento de Manifestação de Interesse – de vestes imperativas e unilaterais, admitindo que objetos complexos não podem ser adequadamente estruturados sem uma interação prévia com o mercado.²⁸

2.5. O seguro garantia

O Tribunal de Contas da União, em recente auditoria operacional identificou que existem 14.403 (quatorze mil, quatrocentos e três obras) inacabadas no Brasil, implicando perda de 10 (dez) bilhões de reais para os cofres públicos.²⁹

Como bem qualificado pelo editorial do jornal “O Globo”, trata-se de verdadeiro museu nacional de obras públicas paralisadas. O desperdício de recursos públicos é avassalador, impactando o desenvolvimento econômico do país em todos os níveis.

As causas são relativamente conhecidas: deficiência na elaboração dos projetos básico e executivo (que facilita a criação da indústria dos termos

²⁸ Como bem acentuado por Thiago Marrara: “Dessas características se extrai que a grande vantagem do diálogo concorrencial reside na possibilidade de se abrir a licitação ao mercado antes mesmo da definição da minuta contratual, fugindo-se da tradição de contratação por adesão que marca o Direito Administrativo. Embora eficiente em alguns casos, a presunção de que o Estado seja capaz de elaborar minutas de modo unilateral e isolado antes da fase externa da licitação, na prática, muitas vezes dá vida a contratos deficientes ou que não guardam qualquer aderência ao que o mercado oferece. Em piores cenários, a lógica da adesão, resultante do isolamento dos órgãos contratantes e da impermeabilidade da fase interna, origina minutas defeituosas, irreais, demasiadamente obscuras ou completamente inviáveis, fazendo fracassar a licitação”. (O “diálogo competitivo” como modalidade licitatória e seus impactos. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-jan-06/thiago-marrara-dialogo-competitivo-modalidade-licitatoria> > Acesso em 10/07/2019).

²⁹ Guilherme Pimenta. Mais de um terço das obras do Brasil estão paralisadas, informa TCU. Reportagem publicada no portal *Jota* em 15/05/2019. Disponível em: <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/obras-paralisadas-tcu-15052019>. Acesso em: 10/07/2019

aditivos e a prática do “jogo de planilhas”), péssima gestão dos contratos de obras públicas e atrasos nos pagamentos devidos aos contratados.

Uma das cogitações do PL para combater o problema é a instituição do seguro garantia em outros patamares. Hoje, ele encontra-se previsto no artigo 56, inciso II, da Lei nº 8.666/93, limitado ao percentual de 5% (cinco por cento) do valor do contrato (§2º), podendo chegar até 10% (dez por cento) em obras, serviços e fornecimentos de grande vulto (§ 3º).

A proposta é aumentar o percentual de cobertura do seguro, como se vê do disposto nos artigos 96 e 97 do PL:

Art. 96. Para obras, serviços e fornecimentos, a garantia não poderá exceder a 20% (vinte por cento) do valor inicial do contrato, devendo o percentual ser justificado mediante análise de custo-benefício que considere os fatores presentes no contexto da contratação.

Art. 97. Nas obras e nos serviços de engenharia de grande vulto, exigir-se-á seguro-garantia com cláusula de retomada no percentual de 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato, hipótese em que o edital poderá prever a obrigação de apresentação de seguros adicionais.

Assim, o percentual seria aumentado dos atuais 5% (cinco por cento) para 20% (vinte por cento) nas obras, serviços e fornecimentos, sendo que nas contratações de grande vulto, o percentual seria ampliado dos atuais 10% (dez por cento) para 30% (trinta por cento). De fato, os percentuais que estão em vigor se mostram insatisfatórios e acabam ocasionando, em certa medida, cobertura insuficiente.

Além da elevação dos percentuais, a maior inovação sobre a temática do seguro garantia pode ser vislumbrada no artigo 100 do PL:

Art. 100. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação da seguradora de, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que: I – a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente, e poderá: a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal; b) acompanhar a execução do contrato principal; c) ter acesso a auditoria técnica e contábil; d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento; II – é autorizada a emissão de empenho em nome da seguradora,

ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, desde que demonstrada sua regularidade fiscal; III – a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições: I – caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de indenizar os prejuízos e as multas decorrentes do inadimplemento do contratado; II – caso a seguradora não assuma a execução do contrato, responderá pela multa contratual aplicada ao contratado, estando esta responsabilidade limitada a 15% (quinze) por cento do valor do contrato, e estará obrigada a indenizar os prejuízos ou sobrecustos decorrentes de uma nova contratação, estando a soma dessas duas obrigações limitada ao valor total da importância segurada indicada na apólice.

Note-se que o edital poderá autorizar que a seguradora se responsabilize, no caso de inadimplemento do contratado, por assumir a execução e concluir o objeto. O PL busca criar uma espécie de solidariedade entre a seguradora e Administração Pública, eis que o inadimplemento do contratado produzirá prejuízo para ambas.

Noutros termos, a seguradora será a maior interessada em prevenir o inadimplemento do contratado, já que a consequência será arcar com o custo de finalização da obra. O PL cria, portanto, estrutura de incentivos que coloca a seguradora como efetiva fiscal na correta execução do objeto.

Em certa medida, a racionalidade econômica se aproxima do *step in right*, previsto expressamente no artigo 5º da Lei nº 11.079/04 (Lei das PPPs).³⁰ Terceiros, como as seguradoras ou os financiadores, têm interesse em que o objeto do contrato seja cumprido, o que produz como consequência concreta que a Administração Pública “ganhe” mais um reforço na fiscalização na verificação do cumprimento das obrigações pelo contratado.

³⁰ “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...) § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente: I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”.

Para que a seguradora possa atuar concretamente para evitar inadimplementos, o PL cria mecanismos para que ela se assenhere do estágio da obra, evitando desagradáveis surpresas. Assim, além de ser interveniente anuente no contrato e nos seus aditivos, será facultada à seguradora ter acesso às instalações das obras e à auditoria técnico e contábil da contratada, acompanhar a sua execução e, ainda, requerer esclarecimentos ao responsável técnico da obra.

Em tese, a seguradora disporá de corpo técnico mais qualificado para fiscalizar o objeto do que a Administração Pública, o que tende a diminuir o percentual de inadimplemento nos contratos.

A emissão de empenhos em nome da seguradora, ou a quem ela indicar, também é mais uma garantia adicional, assemelhando-se, novamente, ao que ocorre com os financiadores das parcerias público-privadas, que podem, também, ter empenhos emitidos em seu nome. Essas relações são multilaterais³¹ e não mais podem ser compreendidas apenas a partir de uma visão estrita e estreita de contratante-contratado.

O PL autoriza que a seguradora subcontrate a conclusão do objeto, o que é intuitivo, já que o seu negócio não é o mercado de empreitada e sim o de seguros. A conclusão do remanescente da obra dependerá, assim, de contratação a ser efetivada pela própria seguradora.

Não honrar com a execução do contrato poderá ser bastante oneroso para a seguradora, já que o PL prevê que, nesta hipótese, deverá se responsabilizar pela multa contratual aplicada ao contrato, limitada a 15% do valor do contrato e indenizar os prejuízos ou sobrecustos decorrentes de uma nova contratação, estando a soma dessas duas obrigações limitada ao valor total da importância segurada na apólice.

O novo modelo do seguro garantia não é imune a críticas. Maurício Portugal Ribeiro aponta duas consequências que não devem, de fato, ser desconsideradas antes da sua efetiva implementação.³²

A primeira delas é o inevitável aumento dos custos da obra, em razão das seguradoras cobrarem que os tomadores do seguro lhes ofereçam

³¹ Cf. Egon Bockmann Moreira. *Direito das concessões de serviço público*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 279-281.

³² A proposta de usar “performance bond” como critério de seleção em licitações de obras públicas. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/impressa-seguro-garantia-para-tudo-6-final.pdf>. Acesso em: 13/07/2019.

contragarantias, o que dependerá, evidentemente, da disponibilidade de patrimônio das empresas.

A segunda consequência apontada é o risco de que o seguro garantia se configure como barreira à entrada das sociedades empresárias, porquanto nem todas terão condições de oferecer as contragarantias, em especial nos contratos de obra pública de maior vulto.

A introdução do seguro garantia, na forma como concebida no PL, merece reflexão mais aprofundada, porquanto pode criar sérias distorções concorrenciais e limitação do universo de competidores.

A fórmula mais próxima do infalível para agregar eficiência às obras públicas ainda é: (i) elaboração de projetos básico e executivos bem estruturados e que observem o tempo do planejamento e não o tempo político; (ii) incremento dos mecanismos de gestão e governança, com fiscalização adequada que evite desvios; (iii) honrar, pontualmente, os pagamentos devidos aos contratados, evitando o indesejável ciclo vicioso de relações contratuais dominadas por inadimplementos de ambas as partes, criando contenciosos administrativos de difícil solução.

2.6. Parâmetros para suspensão da execução dos contratos

O problema das obras públicas paralisadas no país é, de fato, uma das maiores preocupações identificadas no PL, o que se justifica pelo gravíssimo prejuízo aos cofres públicos e pela frustração das legítimas expectativas da sociedade.

Por isso que o PL cria determinados parâmetros e condicionantes que devem nortear a decisão do gestor em suspender a execução do contrato, como se vê do teor do art. 148:

Art. 148. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, não sendo possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público e deverá avaliar os seguintes aspectos:

I – impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II – riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III – motivação social e ambiental do contrato;

IV – custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V – despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI – despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII – medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou da entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII – custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX – fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X – custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI – custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de cobrança de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da aplicação de penalidades e da apuração de responsabilidades.

A inovação é relevante. Atrai para a decisão de suspender uma obra pública a necessidade de avaliar as suas consequências e a relação custo/benefício na decisão que susta a sua execução. Não raro, a paralisação de uma obra pública pode causar mais prejuízos do que a sua continuidade.

Não existe fórmula mágica que possa identificar a melhor solução. Apenas as nuances do caso concreto é que revelarão, em cada hipótese, a medida apta a atender o interesse público.

Alinha-se o PL a uma visão consequencialista,³³ cada vez mais presente no ordenamento jurídico brasileiro, como se vê da Lei nº 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro.

O artigo 20 do referido diploma legal prevê que nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos

³³ “Mais do que uma deferência ao consequencialismo, o dispositivo presta homenagem à responsabilidade da decisão. Prospector os efeitos da decisão não é irrelevante. O dever de motivar (geral a toda decisão) passa a ser reforçado, nos casos de decisão baseada em valores abstratos, com o dever de indicar as consequências antevistas pelo decisor. Mais do que isso, o dispositivo obriga a que as consequências possíveis sejam avaliadas e sopesadas. E assim exigindo, torna a decisão baseada na aplicação de princípio controlável (e censurável) quando falhar em vir acompanhado da análise das consequências. (Floriano de Azevedo Marques Neto; Rafael Vêras de Freitas. A nova LINDB e o consequencialismo jurídico como mínimo essencial. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-18/opiniao-lindb-quadrantes-consequencialismo-juridico>. Acesso em: 13/07/2019.)

abstratos, sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão e o artigo 21 estabelece que a decisão, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, deverá indicar de modo expresse suas consequências jurídicas e administrativas. O artigo 148 do PL converge plenamente com essas diretrizes.

Enfim, as consequências concretas e reais da suspensão de obra pública não podem ser desconsideradas, seja pelo gestor, seja pelos órgãos do controle. O artigo 148 do PL procura estabelecer um guia mínimo de parâmetros que, necessariamente, deverão ser sopesados antes da tomada de decisão que venha suspender ou paralisar a execução de um contrato administrativo, o que se afigura extremamente positivo.

Gestores e controladores não podem ficar indiferentes aos parâmetros traçados no artigo 148 do PL, que, de certo, modo agregam maior ônus argumentativo na decisão que suspende a execução de uma obra pública. A decisão que vier a sustar ou mesmo manter o contrato deverá enfrentar cada uma das condicionantes previstas nos seus onze incisos.

O parágrafo único revela, ainda, que caso a opção seja pela continuidade do contrato, deverá o Poder Público cobrar a indenização por perdas e danos e aplicar as devidas sanções, revelando que a paralisação da obra nem sempre é a única ou mesmo a melhor medida apta a concretizar o interesse público.

2.7. Inversão de fases

A fase de habilitação prévia, na forma como estruturada na Lei nº 8.666/1993, tem-se mostrado anacrônica e ineficiente. Examinar os documentos de habilitação jurídica, regularidade fiscal e trabalhista, qualificação econômico-financeira e qualificação técnica de todos os licitantes e somente na etapa seguinte passar às propostas de preços (e eventualmente as propostas técnicas) daqueles que atenderam às exigências do edital não se tem revelado a melhor opção.

Primeiro, porque aumenta sobremaneira o contencioso administrativo e judicial, já que, como notório, é na fase de habilitação que se agrupam as maiores discussões e polêmicas nas licitações. Muitas vezes, esse contencioso se concentra nos documentos de licitante que, posteriormente, viria apresentar uma proposta de preços inexequível ou mesmo bem acima do valor estimado e

orçado pela Administração Pública. Enfim, dispende-se tempo, energia e recursos com documentos de um licitante que, desde o início, estava “fora do jogo”.

Segundo, porque as licitações demoram a se ultimar, eis que, após o julgamento da fase de habilitação, abre-se nova fase para apresentação de recursos administrativos, além do risco de judicialização e do deferimento de medidas liminares que paralisam as licitações e interferem na promoção do interesse público.

Terceiro, porque inverte a prioridade de qualquer licitação, a saber, a verificação da proposta de preços (ou mesmo técnica) que se apresente mais vantajosa ao interesse público. É mais eficiente, lógico e razoável examinar a(s) proposta(s) e verificar a documentação de habilitação apenas do primeiro colocado. Se não atender aos requisitos previstos no edital, prossegue-se com a verificação do segundo colocado e assim por diante.

O PL identifica esse anacronismo e inverte as fases, com a habilitação sendo subsequente ao julgamento das propostas:

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

I – preparatória;

II – divulgação do edital de licitação;

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

IV – julgamento;

V – habilitação;

VI – recursal;

VII – homologação

§ 1º A fase de que trata o inciso V do caput poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

A inversão de fases não chega a ser nenhuma novidade no ordenamento jurídico brasileiro. A Lei Federal nº 10.520/2002 – que instituiu a modalidade pregão para a aquisição de bens e serviços comuns – foi a pioneira em inverter essa lógica, com o objetivo de tornar o processo de licitação mais célere e eficiente, conforme restou disciplinado no seu artigo 4º.³⁴

³⁴ “Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:(...)XII – encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital”.

A Lei Federal nº 11.079/2004 – que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública – também prevê a possibilidade do gestor, no exercício da sua discricionariedade, inverter a ordem das fases de habilitação e julgamento em seu artigo 13.³⁵

A Lei Federal nº 12.462/2011 – que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC – inverteu as fases, admitindo que o gestor, em caráter excepcional e motivadamente, possa retomar a sistemática da habilitação prévia, conforme previsto no seu artigo 12, parágrafo único.³⁶ Idêntica solução foi consagrada no procedimento licitatório específico das estatais, observado o artigo 51 e § 1º da Lei Federal nº 13.303/2016.

A rigor, o PL reproduz a solução do Regime Diferenciado de Contratações (Lei nº 12.462/11) e da Lei das Estatais (Lei nº 13.303/16), instalando nova versão de fases mas admitindo que, em caráter excepcional, retome-se o exame prévio dos documentos de habilitação (invertendo-se a versão oficial).

Entretanto, o retorno ao modelo tradicional (habilitação prévia) dependerá de ato motivado que explicita os eventuais benefícios a ser alcançados, o que, certamente, exigirá maior ônus argumentativo por parte dos gestores.

2.8. Audiência e consulta pública

A realização de audiência pública na Lei nº 8.666/1993 é bastante restrita, sendo obrigatória apenas para as licitações que ultrapassem o valor de R\$ 330

³⁵ “Art. 13. O edital poderá prever a **inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento**, hipótese em que: I – encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; II – verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; III – inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em 2º (segundo) lugar, e assim, sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; IV – proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas.

³⁶ “Art. 12. O procedimento de licitação de que trata esta Lei observará as seguintes fases, nesta ordem: I – preparatória; II – publicação do instrumento convocatório; III – apresentação de propostas ou lances; IV – julgamento; V – habilitação; VI – recursal; e VII – encerramento. Parágrafo único. A fase de que trata o inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado, anteceder as referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório”.

milhões de reais, a teor do disposto do artigo 39.³⁷ A consulta pública sequer encontra-se prevista na Lei nº 8.666/1993.

O PL cria sistemática inteiramente distinta, como se vê do disposto no artigo 20:

Art. 20. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 10 (dez) dias, audiência pública, presencial ou à distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, incluindo estudo técnico preliminar, elementos do edital de licitação e outros, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.

Parágrafo único. 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.

Não há mais critério vinculado ao valor estimado da licitação. Poderão ser realizadas audiências ou consultas públicas em qualquer situação, a depender da discricionariedade do administrador. Claro que esses instrumentos dialógicos não se justificam em toda e qualquer licitação, mas apenas naquelas que reclamam maior interação prévia com o mercado, em razão da sua complexidade, repercussão e impacto na sociedade ou mesmo por conta do elevado valor.

O PL estabelece, também, a possibilidade de realização de consultas públicas, que se diferenciam das audiências, como é intuitivo, pela forma como se operam. Enquanto a audiência se ocupa de um debate direto que comporta interação com os interessados, seja pela via presencial ou pela via eletrônica, na consulta os interessados poderão se manifestar com críticas e sugestões, mas sem uma interação imediata com a Administração Pública.

Perdeu o PL a oportunidade de explicitar o dever de que nas audiências e consultas públicas, a Administração Pública deve, obrigatoriamente, motivar

³⁷ Art. 39. Sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a 100 (cem) vezes o limite previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” desta Lei, o processo licitatório será iniciado, obrigatoriamente, com uma audiência pública concedida pela autoridade responsável com antecedência mínima de 15 (quinze) dias úteis da data prevista para a publicação do edital, e divulgada, com a antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis de sua realização, pelos mesmos meios previstos para a publicidade da licitação, à qual terão acesso e direito a todas as informações pertinentes e a se manifestar todos os interessados.

a razão pela qual acolhe ou não as sugestões e críticas endereçadas pelos eventuais interessados ou mesmo potenciais licitantes.

Não é incomum que audiências e consultas públicas sejam realizadas apenas para conferir uma aparência de diálogo, fazendo crer que se está diante de uma Administração democrática e transparente. Eventual omissão em dar respostas adequadas às críticas que venham a ser formuladas pelos interessados, torna a audiência e a consulta pública inúteis, com evidente descasamento da sua efetiva finalidade pública.

2.9. Fornecimento e prestação de serviço associado

O PL introduz um novo regime de execução de obra e serviço de engenharia: o fornecimento e prestação de serviço associado. Trata-se de conferir, a quem executa o projeto, o dever de operar e manter o equipamento por tempo determinado.

Procura-se alinhar uma correta estrutura de incentivos para o executor da obra. Sabedor que será responsável pela operação e manutenção do bem, a tendência é primar pela qualidade na concepção do projeto e na sua execução.

Os regimes de execução de obras e serviços de engenharia acabam, com alguma frequência, padecendo de uma execução de obra deficiente, já que o contratado não será o destinatário final. Ao criar a vinculação da execução da obra com a sua operação e manutenção, o fornecimento de prestação de serviços associados induz a eficiência do contratado.

O fornecimento e prestação de serviço associado vem descrito em três artigos do PL:

Art. 6º Para os fins desta lei consideram-se:

[...]

XXXIV- fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado se responsabiliza por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado;

Art. 44. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

- I – empreitada por preço unitário;
- II – empreitada por preço global;
- III – empreitada integral;

IV – contratação por tarefa;

V – contratação integrada;

VI – contratação semi-integrada;

VII – fornecimento e prestação de serviço associado.

§ 1º A adoção dos regimes discriminados nos incisos I, IV, V, VI e VII deverá ser justificada nos autos do processo licitatório.

Art. 111. O contrato firmado sob o regime de fornecimento e prestação de serviço associado terá sua vigência máxima definida pela soma do prazo relativo ao fornecimento inicial ou à entrega da obra ao prazo relativo ao serviço de operação e manutenção, este limitado ao prazo de 5 (cinco) anos contados da data de recebimento do objeto inicial, autorizada a prorrogação na forma do art. 105.

Portanto, além de se responsabilizar pela execução da obra, o contratado também deverá se obrigar a sua operação e manutenção, estimulando-o a ser mais eficiente na execução do objeto.

A novidade do fornecimento de prestação de serviços associados é agregar a operação e manutenção do equipamento, cujo prazo máximo será de 05 (cinco) anos.

A sua utilização deverá ser objeto de justificativa e motivação específica, não podendo ser compreendido como um regime de execução de obras ou serviços de engenharia comum ou corriqueiro.

2.10. Conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem

A concepção tradicional – acadêmica, jurisprudencial e legislativa – do direito administrativo brasileiro não se preocupava com as naturais controvérsias e respectivo estudo de soluções em sede de contratos administrativos. Os cursos majoritariamente se estruturavam em torno da ideia clássica de ato administrativo – num sistema binário de válido/inválido.³⁸ A solução de

³⁸ Cite-se apenas dois manuais de gigantes do direito administrativo brasileiro: Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1990) e Celso Antônio Bandeira de Mello (*Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009). Em ambos os casos, ato administrativo, responsabilidade civil e controle da administração são assuntos-chave e ocupam mais da metade dos livros.

conflitos era tratada ao final dos manuais, circunscrita a temas como “controle externo”; “mandado de segurança”; “ação popular” e “responsabilidade administrativa”. Enfim, o desenlace era cometido ao próprio Estado (sobretudo tribunais de contas e poder judiciário). Todavia, no mais das vezes, isso implicava transformar um problema em outro (eternizando litígios, sem prover a efetiva resolução).

Mais recentemente, sobretudo neste século XXI, se constatou o óbvio: anulações de atos e contratos; mandados de segurança; sindicâncias, etc., são eficazes para determinados tipos de controvérsias. Mas não para todas. Há outros mecanismos que podem diminuir os custos e construir vantagens público-privadas de modo muito mais eficiente. Dentre estes, despontam a arbitragem e a mediação (além da conciliação e dos *dispute boards*).

Ou seja, conciliação, mediação, comitê de resolução de disputas e arbitragem são técnicas de solução de controvérsias cujas características e qualidades (rapidez; especialidade técnica dos participantes; menores custos; potencial estímulo à autocomposição; harmonia nos relacionamentos, etc.) criam condições apropriadas para alguns dos desafios da administração pública contemporânea. Apesar de ter havido alguma resistência à sua aplicação no direito administrativo, isso já passou.³⁹ Hoje, especialmente devido ao fato de serem previstas em leis que fazem referência expressa à administração pública brasileira (Lei de Arbitragem; Lei de Mediação; Código de Processo Civil; leis estaduais, etc.), não será demais dizer que sua observância constitui dever administrativo.⁴⁰ O princípio da juridicidade, ao configurar as competências

³⁹ Por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello qualificou de “Novidade lamentável e, a nosso ver, grosseiramente inconstitucional” a instituição, por lei, da possibilidade arbitragem em contratos de concessão de serviço público, aduzindo que: “É inadmissível que se possa afastar o Poder Judiciário quando em pauta interesses indisponíveis, como o são os relativos ao serviço público, para que particulares decidam sobre matéria que se constitui em *res extra commercium* e que passa, então, muito ao largo da força decisória deles. É da mais solar evidência que particulares jamais teriam qualificação jurídica para solver questões relativas a interesses públicos, quais as que se põem em um ‘contrato’ de concessão de serviço público. Chega a ser grotesco imaginar-se que o entendimento revelado em decisão proferida por um sujeito privado possa se sobrepor à inteligência proveniente de uma autoridade pública no exercício da própria competência.” (*Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 711). Essa compreensão hoje é isolada.

⁴⁰ Cf. Carlos Ari Sundfeld e Jacintho Arruda Câmara, O Cabimento da Arbitragem nos Contratos Administrativos, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 248, p. 117-126, mai. 2008.

primárias dos gestores públicos, lhes atribui expressamente a capacidade jurídica de resolver os conflitos por meio de mediações e arbitragens (isso sem se falar nos comitês e negociações administrativas).

Mas, atenção: não se trata de escolha binária, com hipóteses fechadas de “conflito = solução por meio da mediação” ou “conflito = solução por meio da arbitragem” (tal como antes havia a regra do “conflito = solução por meio de ações judiciais”). Tal como Leila Cuéllar consignou, “é preciso que o jurista detenha conhecimentos necessários acerca dos meios de solução, mas também esteja apto a avaliar as peculiaridades dos conflitos, do direito material envolvido, da natureza das partes (e da relação que estas mantêm entre si), dentre outros fatores, para definir o meio de solução mais adequado ao caso concreto.” Em conclusão: “Não nos olvidemos de que não é porque existe mediação e arbitragem, por exemplo, que estes sempre serão os meios que deverão ser utilizados para a solução do conflito. Inúmeras vezes, a via judicial ainda é a mais adequada para resolver o caso examinado. Não deixemos que a ‘moda’ nos imponha soluções. Por outro lado, não nos afastemos da evolução. Esse equilíbrio entre o tradicional e o disruptivo é o estado da arte da advocacia contemporânea.”⁴¹

Com efeito, a depender das peculiaridades do caso concreto e das consequências práticas, diante do conflito o gestor público haverá de investigar qual a solução que dará melhor cumprimento ao princípio da eficiência e permitirá a solução que der melhor configuração ao interesse público. Exceção feita à previsão expressa de cláusula compromissória (que importa a instalação compulsória da arbitragem, salvo se as partes espontaneamente concordarem em dela abdicar), a administração possui leque de alternativas a ser analisadas

Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/41529/40879>>. Acesso em: 05/07/2019; Lauro Gama Júnior, Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas, *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-158, jul. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43331>>. Acesso em: 05/07/2019; Eliana B. Baraldi, Arbitragem e contratos com a administração pública, in Leonardo de Campos Melo e Renato Resende Beneduzi (coords), *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 21-57; Gustavo Fernandes de Andrade, Arbitragem e administração pública: da hostilidade à gradual aceitação, in Leonardo de Campos Melo e Renato Resende Beneduzi (coords), *A Reforma da Arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, pp. 411-457.

⁴¹ O advogado como arquiteto de processos. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/justica/o-advogado-como-arquiteto-de-processos-9cbznjie6vfhljivzmplrtrhr/>. Acesso em 05/07/2019.

em graus ou níveis de eficiência: os comitês, a conciliação e a mediação prestar-se-ão a determinados casos (sendo que podem ser interrompidos a qualquer momento, por ato de vontade); a arbitragem e a jurisdição estatal a tantos outros (uma vez instaladas, só podem ser encerradas com fundamento em consenso de todos os envolvidos). São escolhas públicas, que devem ser motivadas e implicam autovinculação da administração pública.

Essa racionalidade vem estampada com clareza no PL em comento – tanto ao positivar expressamente a arbitragem para os contratos administrativos como ao estatuir que se trata de alternativa discricionária, a ser definida no edital de licitação, a depender das peculiaridades do certame.

Eis a redação dos dispositivos:

Art. 149. 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.

§ 1º Aplica-se o disposto no *caput* às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, tais 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.

§ 2º Os contratos poderão ser aditados para se adequarem ao disposto no *caput*.

Art. 150. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

Art. 151. A utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias deverá ser justificada mediante análise prévia dos custos envolvidos e dos benefícios sociais e econômicos resultantes da sua adoção.

Art. 152. O processo de escolha dos árbitros, colegiados arbitrais e comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Note-se que o art. 152 trata de tema bastante sensível: o critério e o procedimento para a contratação de árbitros e/ou respectivas câmaras.⁴² Como não

⁴² Ampliar em: Flávio Amaral Garcia, A escolha dos árbitros e das Câmaras Arbitrais: licitar ou não? *Revista Colunistas* 150 (2016). Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/flavio-amaral-garcia/a-escolha-dos-arbitros-e-das-camaras-arbitrais-licitar-ou-nao>. Acesso em 05/07/2019; Marçal Justen Filho “Administração Pública e Arbitragem: o vínculo

poderia deixar de ser, o PL não exige a licitação – mas qualifica de “processo de escolha” a seleção daqueles que funcionarão nessa condição.

3. Uma visão panorâmica sobre outras inovações do PL

Seria impossível, nos limites deste breve estudo, aprofundar a investigação sobre todas as inovações que o PL pretende introduzir no ordenamento jurídico brasileiro; daí a opção de eleger 10 (dez) novidades consideradas relevantes, que foram objeto de comentários nos itens anteriores.

O presente item tem por objetivo descrever, ainda, que sumariamente, outras inovações que deverão compor o novo regime jurídico de licitações e contratos no Brasil. Ainda que sem maiores aprofundamentos ou mesmo pretensão de exaurir todo o conteúdo, a proposta é permitir ao leitor uma visão geral do PL.

Assim, outros importantes aspectos do PL a destacar são os seguintes:

- a.* previsão do princípio do planejamento (art. 5º) e obrigatoriedade de cada ente federativo elaborar o seu plano de contratação anual (art. 12, VII). Trata-se de medida extremamente salutar, pois um dos gravíssimos problemas das contratações públicas brasileiras é o descuido com o planejamento;
- b.* contrato de eficiência (já previsto no RD⁴³), que tem por objeto a prestação de serviços, a pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada (art. 6º, LIII).

com a câmara de arbitragem e os árbitros”. Disponível em: <http://www.justen.com.br/pdfs/IE110/IE%20110%20-%20MJF%20-%20Escolha%20de%20Institui%C3%A7%C3%B5es%20e%20C3%81rbitros%20e%20a%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es.pdf>. Acesso em 05/07/2019; Egon Bockmann Moreira, “Contratação de Árbitros e Mediadores: Inexigibilidade”, *Revista Zênite de Licitações e Contratos-ILC*, v. XXVI, p. 235-241, mar. 2019; Egon Bockmann Moreira e Elisa Schmidlin Cruz, Editais de licitação e definição de câmaras arbitrais: como transpor os desafios, *JOTA*. <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/editais-de-licitacao-e-definicao-de-camaras-arbitrais-como-transpor-os-desafios-22062019>. Acesso em 05/07/2019.

⁴³ Cf. art. 23 da Lei nº 12.462/2011.

A racionalidade econômica é permitir que a remuneração do contratado seja proporcional à eficiência gerada para a Administração, com a redução das despesas correntes. Um bom exemplo são os contratos de eficiência energética;

- c. cria-se a figura do agente de licitação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quais outras atividades necessárias ao bom andamento da licitação (art. 8, § 1º, do PL). Pretende-se que as licitações tenham um servidor que possa concentrar e se responsabilizar pelo seu êxito. Será indispensável capacitação e treinamento desses agentes;
- d. consagração do princípio do formalismo moderado (art. 12, III c/c art. 62, §1º), reconhecendo que o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou invalidação do processo. Trata-se de explicitar diretriz que já vindo amplamente admitida pela doutrina⁴⁴ e pela própria jurisprudência do Tribunal de Contas da União⁴⁵;
- e. previsão da fase preparatória das licitações (art. 18), o que se mostra inegável avanço, porquanto o êxito de um certame está diretamente conectado à capacidade de planejamento e execução correta das etapas que antecedem a sua divulgação;
- f. reconhecimento da possibilidade do orçamento sigiloso (art. 23), na mesma linha do que restou consolidado por ocasião do RDC.⁴⁶ A lógica

⁴⁴ Cf. SCHIRATO, Vitor Rhein. Legitimidade processual e tipos de processo administrativo. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 12, n. 62, jul./ago. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=68807>>. Acesso em: 15 jul. 2019; MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 211; ZYMLER, Benjamin. A Procedimentalização do Direito Administrativo Brasileiro. *Fórum Administrativo – Direito Público – FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 22, dez. 2002. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=2848>>. Acesso em: 15 jul. 2019.

⁴⁵ Cf. TCU Acórdão 357/2015 – Plenário. Relator: Bruno Dantas. Data da sessão: 04/03/2015; TCU Acórdão nº 187/2014 – Plenário. Relator: Valmir Campelo. Data da sessão: 05/02/2014. TCU Acórdão nº 1542/2019 – Plenário. Relator: Ana Arraes. Data da sessão: 03/07/2019.

⁴⁶ Cf. art. 6º da Lei nº 12.462/11.

- é não induzir ou aumentar artificialmente os preços quando se divulga, previamente, o orçamento estimado da Administração. De fato, ao conhecerem previamente a estimativa de preços, a tendência é os licitantes apresentarem propostas de preços que se aproximam desse limite, o que pode se configurar prejuízo ao princípio da competitividade;
- g. preocupação com o combate a corrupção se faz presente no PL, quando prevê a possibilidade de se condicionar, nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias (art. 24, § 4º). O desafio é tornar a medida efetiva e não um programa de integridade formalmente bem apresentado, mas despido de concretude;
 - h. obrigatoriedade de a Administração Pública obter a licença prévia para fins de licenciamento ambiental, no caso de obras e serviços de engenharia. Admite-se que as demais licenças ambientais sejam obrigatoriedade do contratado (art. 24, § 5º). O PL se ocupa do tema do licenciamento que tem sido, não raro, uma das maiores causas de atrasos nas obras e mesmo litígios administrativos e judiciais. Ainda prevê que os licenciamentos das obras e serviços de engenharia deverão ter prioridade na tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente – SISNAMA, devendo ser orientados pelos princípios da celeridade, cooperação, economicidade e eficiência (art. 24, § 7º).
 - i. previsão do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), já consolidado nos contratos de concessão e parceria público privada, admitindo que a Administração poderá solicitar à iniciativa privada, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública (art. 26). Trata-se de medida salutar, que incorpora relação dialógica com os operadores econômicos, que poderão contribuir para a estruturação dos objetos, em especial aqueles dotados de maior complexidade. Admite, ainda a possibilidade de que o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) seja restrito às *startups*, reconhecendo a importância dessas novas células de inovação e desenvolvimento (art. 26, § 5º);
 - j. as anacrônicas modalidades de tomada de preços e convite são extintas. As modalidades se resumem às seguintes: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo (art. 27);

- k. o parecer jurídico, que examina o controle prévio de legalidade ao final da fase preparatória, é disciplinado, determinando-se que: (i) deve ser apreciado a partir de critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade; (ii) elaborado em linguagem clara, simples e compreensível, (iii) apreciando todos os elementos indispensáveis à contratação, examinando os pressupostos de fato e de direito; (iv) elaboração de conclusão apresentada em tópicos, com orientações específicas para cada recomendação e alinhada com os entendimentos prévios (art. 51);
- l. previsão de prazos diferenciados para os distintos tipos contratuais (arts. 104/109), o que se afigura correto, já que o prazo está diretamente ligado à natureza do objeto e das suas prestações;
- m. possibilidade de rescisão do contrato por atraso superior a 30 (trinta) dias dos pagamentos devidos pela Administração (art. 135, §2º, inc. IV). Trata-se de evolução, já que, atualmente, admite-se uma mora de até 90 (noventa) dias. Um dos maiores problemas dos contratos administrativos no Brasil é a impontualidade dos pagamentos;
- n. correlação entre as infrações e as sanções administrativas (art. 154, §§ 2º, 3º, 4º e 5º), conferindo segurança jurídica aos contratados e aos licitantes. Atualmente, prevalece uma elevada dose de discricionariedade na definição da pena pela Administração Pública, o que pode acarretar a prática de arbitrariedades na aplicação das sanções administrativas;
- o. criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à divulgação centralizada e obrigatória dos atos pelos entes federativos (art. 173). A ideia de um portal que centralize as informações pode ser extremamente importante para fins de incremento da transparência e para a elaboração de uma base de dados que permita compreender a sistemática de licitação e contratação pública no Brasil.

4. Considerações finais

O PL que pretende uniformizar a fragmentada legislação brasileira de licitações e contratos é, ao fim e ao cabo, uma costura dos avanços obtidos, principalmente, a partir do advento da modalidade pregão e do Regime Diferenciado de Contratação – RDC. Além disso, esforça-se por adaptar alguns dispositivos da legislação europeia de contratações públicas (nada obstante

destoe de sua lógica de incentivo à plena competição – eis que insiste nos formalismos e barreiras de entrada).

Se comparado com o atual regime da Lei 8.666/1993 – ainda incrustada nas mentes dos controladores como a guardiã da moralidade das licitações e contratos públicos – é inegável avanço, na medida em que incorpora para o regime geral inovações que deram certo e tornaram as licitações mais ágeis, econômicas e céleres.

Indubitavelmente, o PL aperfeiçoa o regramento de licitações e contratos administrativos em vigor, em especial porque a vetusta Lei 8.666/1993 é, finalmente, revogada. Contudo, foi bastante tímido na compreensão do que pode vir a ser um sistema de contratações pautado pela livre concorrência.

A nosso ver, projeto de lei com essa envergadura mereceria maiores debates – especialmente prospectivos – com a sociedade e com a academia. A rigor, o PL é uma tentativa de uniformização e concentração, em apenas um diploma legal, das várias leis que foram sendo editadas para escapar do anacrônico regime da Lei 8.666/1993.

Talvez a principal crítica continua a ser a excessiva preocupação que o PL apresenta com a temática da licitação, pouco inovando no regime jurídico dos contratos administrativos, ainda dotado de excessivas exorbitâncias que aumentam os custos de transação dos contratos públicos.

Além disso, leis não são mágicas e não mudam o estado das coisas de forma automática. É preciso que a relação entre o público e privado se estruture a partir de novas bases. A lógica da desconfiança mútua da Lei 8.666/1993 não deu certo.

A Administração Pública tem que cumprir com os seus deveres contratuais, em especial com o pagamento pontual das suas obrigações. Direito contratual e Direito financeiro estão intimamente ligados e não se vê no PL mecanismos que possam restringir ou inibir manejos orçamentários que acarretem atrasos indevidos no pagamento aos contratados.

Governança e gestão de contratos são temas fundamentais que, talvez, merecessem maior protagonismo no PL. A preocupação concorrencial das licitações e com as práticas colusivas é, também, tema inexplorado.

Enfim, como se procurou demonstrar ao longo do presente estudo, o PL é um avanço ainda tímido. Mas já é um avanço....

Rio de Janeiro – Curitiba, julho de 2019