

UM NOVO OLHAR PARA A FUTURA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A FLORESTA ALÉM DAS ÁRVORES

Cristiana Fortini

Professora da Universidade Federal de Minas Gerais e da Faculdade Milton Campos (Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil); Doutora em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais; Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA); Advogada.

Rafael Amorim de Amorim

Advogado, administrador, consultor legislativo da Câmara dos Deputados - área Direito Administrativo e Administração Pública, doutorando em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais - área Direito e Administração Pública.

1 - INTRODUÇÃO

O Senado Federal aprovou, em 10 de dezembro de 2020, o Projeto de Lei (PL) n.º 4.253/2020¹, que estabelece o novo marco legal das licitações e contratos administrativos para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. O Senado Federal ainda consolidará o texto aprovado com as últimas emendas e aperfeiçoamentos do relator e promoverá adequações finais de técnica legislativa², encaminhando a Proposição, depois de aprovada sua redação

¹ Há, na sua origem, o Projeto de Lei do Senado n.º 163/1995, do Senador Lauro Campos, aprovado e remetido à revisão da Câmara dos Deputados em 29/11/1995, onde passou a tramitar como Projeto de Lei n.º 1.292/1995; e o Projeto de Lei do Senado n.º 559/2013, de iniciativa da Comissão de Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, aprovado e remetido à revisão da Câmara dos Deputados em 13/12/2016, onde passou a tramitar como Projeto de Lei n.º 6.814/2017. Os Projetos de Lei do Senado citados foram apreciados, na Câmara dos Deputados, em conjunto com aproximadamente 230 proposições de iniciativa de deputados federais, ocorrendo, em 17/9/2019, a aprovação de Substitutivo com diversos acréscimos e supressões às Proposições originais, depois remetido, em 10/10/2019, na forma prevista no parágrafo único do art. 65 da Constituição Federal, ao Senado Federal para apreciação final das modificações realizadas.

² Da redação original do PL n.º 4.253/2020, conforme Parecer da lavra do senador Antonio Anastasia, houve, na apreciação da matéria, rejeição integral apenas do art. 169 (referente à possibilidade de consultas a órgãos de controle interno ou externo), passando-se a considerar, ao longo deste texto, quando forem feitas remissões ao PL aprovado, a renumeração do texto final que ainda deverá ser realizada pelo Senado Federal, com 190 artigos no total. Disponível em:

UM NOVO OLHAR PARA A FUTURA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A FLORESTA ALÉM DAS ÁRVORES

Cristiana Fortini
Rafael Amorim de Amorim

final, para sanção – ou veto – do Presidente da República, na forma estabelecida no art. 66 da Constituição Federal.

Portanto, coincidindo com o início de um esperado novo ano, os Poderes Legislativo e Executivo estão na fase final de gestação de uma nova Lei de Licitações e Contratos.

O objetivo deste artigo é depreender, do texto aprovado pelo Congresso Nacional, os eixos estruturantes do futuro marco legal, os quais revelam o olhar do legislador para as contratações públicas, baseado em uma visão sistêmica³ que, metaforicamente falando, procurou enxergar “a floresta além das árvores”⁴, para assim estabelecer, sob influxos do princípio da eficiência consagrado na Constituição Federal, normas gerais que podem impulsionar mudanças estruturais na área responsável por prover os bens e serviços necessários à consecução das atividades finalísticas de cada órgão ou entidade pública^{5 6}.

De início, já se assinala que o PL não é perfeito, nem promove uma reviravolta procedimental. Mantém a estrutura da licitação como rito, com a

<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8912251&ts=1608807109658&disposition=inline>. Acesso em: 5 jan. 2021.

³ Ver: MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. Gestão Pública – Abordagem Integrada da Administração e do Direito Administração. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37-39.

⁴ SENGE, Peter M. A Quinta Disciplina: Arte e Prática da Organização que Aprende. Trad. Gabriel Zide Neto. 29. ed. Rio de Janeiro: Best Seller. 2013. Versão Kindle. p. 226-227.

⁵ O Parlamento, explica Jeremy Waldron, é constituído por “centenas de pessoas, com crenças e interesses divergentes e muitas vezes conflitantes”, mas, ao longo do texto, se abstraem as visões e intenções individuais, pressupondo-se uniforme a vontade subjetiva do legislador (*mens legislatoris*), sem prejuízo de ser privilegiado, na interpretação do PL aprovado pelo Congresso Nacional, o sentido autônomo e objetivo de suas norma (*mens legis*) e, sempre que possível, seu elemento teleológico. In.: WALDRON, Jeremy. A Dignidade da Legislação. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 33-34

⁶ A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), no documento “Recomendação do Conselho em Matéria de Contratações Públicas”, considera o “sistema de contratação pública” como um dos pilares nucleares da boa administração pública, reconhecendo que as contratações públicas, ao promoverem alocação de recursos significativos (aproximadamente 13% do PIB dos países membros da OCDE) e disponibilizarem os bens e serviços necessários para a concretização da missão institucional de órgãos e entidades, podem desempenhar “um papel relevante estratégico na promoção da eficácia do setor público e no estabelecimento da confiança dos cidadãos”. Disponível em: <http://www.oecd.org/gov/public-procurement/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-conselho-contratos.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2020.

licitacaoecontrato.com.br

incorporação do já consagrado viés menos formalista e mais focado em resultados.

2 – EIXOS ESTRUTURANTES DO PL Nº 4.253/2020

Há, à luz do art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal, duas considerações preliminares a se fazer: 1) o legislador tem competência para editar normas gerais de “licitação e contratação”, o que inclui todos os procedimentos que, nos âmbitos interno⁷ e externo da Administração, resultam na celebração e posterior execução dos contratos; 2) o legislador considerou, além de problemas decorrentes da legislação em vigor, experiências exitosas, incorporando-as ao novo marco legal para lhes dar maior força e relevância jurídicas, ciente do papel das leis nacionais como principal instrumento indutor de inovação na Administração Pública⁸.

Os eixos estruturantes do PL refletem, quando positivados, as considerações preliminares expostas. Haverá, no geral, redução da denominada “marginalização da legalidade” no tocante às relações e atividades internas da Administração⁹, com a edição de normas que permearão todo o sistema de contratações públicas; mas, como elas possuem densidades variadas, em meio a conceitos jurídicos indeterminados, previsões discricionárias e lacunas propositais¹⁰, subsistirão, muitas vezes, dentro das balizas estabelecidas, espaços para a conformação da Lei de acordo com

⁷ As ações internas se desenvolvem “*intra* muros, com efeitos apenas internos, também pode[m] ser juridicamente relevante, mas, em muitas das suas manifestações, dispensa as exigências reclamadas pelas formas de ação administrativa com projeção para o exterior [...]” In.: GONÇALVES, Pedro Costa. Manual de Direito Administrativo. v. 1. Coimbra: Almedina, 2019. p. 164.

⁸ O “European Public Sector Innovation Scoreboard 2013 – a Pilot Exercise”, elaborado no âmbito da União Europeia (2014, p. 5), demonstra, a propósito, que novas leis e regulamentos são considerados o principal instrumento indutor de inovações nas administrações públicas dos países pesquisados. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fe2a3b4b-3d7e-444d-82bc-790a0ab33737>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

⁹ OTERO, Paulo. Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2019. p. 179-180.

¹⁰ SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. Dogmática Jurídico-Administrativa – Um Balanço Intermédio sobre a Evolução, a Reforma e as Funções Futuras. Trad. Antonio Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 65-67

fatores objetivos e subjetivos presentes na realidade fática da Administração¹¹

¹².

2.1 – EIXO 1 – PROMOVER A GOVERNANÇA DAS CONTRATAÇÕES

Da análise do PL aprovado, exsurge a **governança** como eixo central do novo marco legal, pois a futura Lei, logo após delimitar os objetivos subjacentes aos processos licitatórios, responsabiliza a alta administração dos órgãos e entidades públicas pela governança das contratações públicas, considerando-a como meio necessário para alcançar as seguintes finalidades: “assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias”, “promover um ambiente íntegro e confiável” e potencializar a “eficiência, efetividade e eficácia” das contratações públicas (art. 11, *caput* e parágrafo único, do PL). Em essência, com a governança pública, busca-se a disseminação de “uma cultura de planejamento e probidade” e, por corolário, “o incremento da eficiência”, a fim de que “se coíbam comportamentos públicos em tudo dissonantes da boa prática administrativa.”¹³

Nesse contexto, importa realçar também que o PL se harmoniza inclusive com a tendência legislativa e administrativa de valorizar a participação da alta administração para fins de efetividade dos programas de *compliance*, na lógica segundo a qual “o exemplo vem de cima” (*tone at the top*). Como exemplo, poder-se-ia sublinhar o art. 42, inc. I, do Decreto nº 8.420/15, que, ao regulamentar a Lei Anticorrupção, estipula que, em Processo Administrativo de

¹¹ De Almiro do Couto e Silva, ao adaptar suas ideias à realidade do novo marco legal, é possível dizer, para fins ilustrativos, que o PL aprovado tem, em suas normas, “por vezes [...] fios tão estreitos, que não deixa qualquer espaço [...]”; “outras vezes, porém, os fios [...] são mais abertos”, permitindo, nas palavras de Paulo Otero, que a Administração exerça a “respectiva tarefa de determinação e densificação” do texto legal. In.: SILVA, Almiro do Couto. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. p. 51. Revista de Direito Administrativo. Vol. 179-180. Rio de Janeiro, jan./jun. 1990. p. 51-67. OTERO, Paulo. *Op. Cit.* p. 897.

¹² Como explica Pedro Costa Gonçalves, existe, nessas situações, a possibilidade de a Administração Pública também “estar condicionada, nos seus processos de ação, a regras não jurídicas” (também denominadas por Paulo Otero como “normas de natureza extrajurídica”), não se admitindo, por isso, que “regras científicas e de boas práticas [legis artis], standards e padrões técnicos”, sejam simplesmente desconsideradas. In.: GONÇALVES, Pedro Costa. *Op. Cit.* p. 188. OTERO, Paulo. *Op. Cit.* p. 763.

¹³ FORTINI, Cristiana; SHERMAN, Ariane. Governança pública e combate à corrupção: novas perspectivas para o controle da Administração Pública brasileira. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 19, n. 102, p. 27-44, mar./abr. 2017.

UM NOVO OLHAR PARA A FUTURA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A FLORESTA ALÉM DAS ÁRVORES

Cristiana Fortini
Rafael Amorim de Amorim

Responsabilização – PAR, os programas de integridade serão avaliados, quanto a sua existência e aplicação, também de acordo com o “comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa.”¹⁴

Destaca-se, a propósito, que o Tribunal de Contas da União¹⁵, ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, constatou que “uma das causas primárias de todos os problemas percebidos [na Administração Pública] é a baixa qualidade da governança pública em todos os entes da federação”¹⁶, o que demonstra, ainda hoje, a importância de o legislador nacional passar a obrigar a alta administração a avaliar, direcionar e monitorar continuamente a gestão da área de licitações e contratos, sempre com o objetivo de, ao melhorar o seu desempenho, potencializar os resultados alcançados e, ao final, gerar mais valor para toda a Administração¹⁷.

Nessa perspectiva, depois de demarcar a responsabilidade da alta administração pelo modelo de governança¹⁸, o PL passa a estabelecer regras

¹⁴ Nesse sentido, conferir: PIRONTI, Rodrigo. O *compliance* nas empresas e a fixação da cultura de integridade pelo *tone at the top*. Revista Consultor Jurídico, 27 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-27/pironti-compliance-cultura-integridade-tone-at-the-top>> Acesso em: 09 fev. 2021.

¹⁵ Sobre as influências dos órgãos de controle nos debates sobre governança pública, ver: NOGUEIRA, Ronaldo Alves; GAETANI, Francisco. Questão do Controle no Debate de Governança Pública. In.: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Boletim de Análise Político-Institucional. Governança Pública. n. 19. Dez. 2018. p. 91-100. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/181206_bapi_19.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

¹⁶ Acórdão TCU n.º 1.273/2015-Plenário, que consolidou resultados de levantamento realizado em 380 organizações da administração pública federal, 893 organizações públicas estaduais e 6.497 organizações municipais. Voto do Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. p. 8. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹⁷ O Acórdão TCU n.º 588-2018-Plenário, que consolidou resultados de levantamento da governança pública em 2017, corrobora os resultados anteriores, identificando que, nos órgãos e entidades da amostra, 54% estavam em estágio inicial, 41% em estágio intermediário e 5% em estágio aprimorado na governança das contratações (Voto do Ministro Bruno Dantas, p. 5). O Acórdão TCU n.º 2.699/2018-Plenário, que aprovou relatório de acompanhamento da governança pública em 2018, identificou, em relação à governança e gestão das contratações, evolução nos indicadores, com 41% em estágio inicial, 45% em estágio intermediário e 14% em estágio aprimorado (Relatório, p. 6). Disponíveis em: <<https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/organizacional/levantamento-de-governanca/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹⁸ O Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública do Tribunal de Contas da União (à época, 2ª versão, 2014) e os trabalhos da Corte de Contas relacionados à licitacaoecontrato.com.br

UM NOVO OLHAR PARA A FUTURA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A FLORESTA ALÉM DAS ÁRVORES

Cristiana Fortini
Rafael Amorim de Amorim

para balizar a conformação da referida determinação normativa, envolvendo as variáveis que influenciam os resultados das contratações públicas, a começar pela obrigatoriedade de promover a implementação de “processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos”, de modo a garantir o alcance dos objetivos definidos na própria Lei (art. 11, parágrafo único, do PL).

O PL não impõe a adoção de “um modelo universal (*one size fits all*)” que pretensamente funcionaria “diante de todo e qualquer cenário”¹⁹, mas exige, devido à existência de boas práticas, que a alta administração, com o auxílio de outras áreas do conhecimento²⁰, observadas as peculiaridades do seu respectivo órgão e entidade, promova a conformação de uma estrutura organizacional e de processos de trabalho que lhe possibilite a implementação da estratégia que será estabelecida²¹, sobretudo para viabilizar o monitoramento do desempenho da gestão, com vistas a retroalimentar a avaliação e o respectivo direcionamento.

Há, nos outros eixos estruturantes do PL, ainda que constem em tópicos apartados deste texto, simples desdobramentos da preocupação do legislador em fortalecer a boa governança e gestão das contratações, devendo ser

governança e gestão das contratações públicas (p. ex. Acórdãos n.ºs 1.273/2015, 2.328/2015-Plenário; 2.622/2015-Plenário, etc.) possivelmente influenciaram a elaboração do novo marco legal de licitações e contratos administrativos do País, em especial na tramitação da matéria na Câmara dos Deputados a partir de 2017, quando se incorporou, em diversos dispositivos do PL, normas voltadas à melhoria da governança e gestão das contratações públicas. Disponíveis em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

¹⁹ RIBEIRO, Leonardo Coelho. O Direito Administrativo como Caixa de Ferramentas e suas Estratégias. Revista de Direito Administrativo. p. 221. Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-279, maio/ago. 2016.

²⁰ Destaca-se, a propósito, em Odete Medaur, a compreensão da relação entre o Direito Administrativo e a Ciência da Administração “em termos de coexistência, de inter-relação, de auxílio científico mútuo”. In.: MEDAUER, Odete. Direito Administrativo Moderno. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 38.

²¹ Há, nesse contexto, a necessidade de considerar que “o propósito da governança não é, nem poderia ser, a criação de mais controles e mais burocracia. Ao contrário, a governança provê formas de descobrir oportunidades de remover controles desnecessários, que se tornam empecilhos à entrega de resultados, pois seu objetivo é a melhoria do desempenho da organização para a geração de valor [...]”. In.: Referencial Básico de Governança Organizacional para Organizações Públicas e Outros Entes Jurisdicionados do TCU. 3. ed. 2020. p. 15. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

compreendidos, à vista dos mecanismos de liderança, estratégia e controle, como conseqüências necessários para o alcance das finalidades estabelecidas. Logo, a partir do eixo central, decorrem, como se detalhará a seguir, os demais eixos estruturantes voltados a profissionalizar os recursos humanos, impulsionar o planejamento, absorver as tecnologias de informação e comunicação e, por último, fortalecer a prevenção.

2.2 – EIXO 2 – PROFISSIONALIZAR OS RECURSOS HUMANOS

O êxito das contratações não depende apenas de variáveis objetivas e, por isso, o legislador também se preocupou com as pessoas que executarão a Lei. Para estimular a **profissionalização**, outro eixo estruturante do PL, requer que a alta administração promova a gestão por competências, a exigir avaliação da estrutura de recursos humanos, identificação das competências necessárias para cada função, definição clara das responsabilidades e dos papéis a serem desempenhados²² e, ao final, seleção e designação de agentes públicos que tenham conhecimentos, habilidades e atitudes compatíveis, sem prejuízo das avaliações de desempenho (arts. 7º e 8º, § 3º, do PL)²³.

Nesse contexto, conforme inclusive já tivemos a oportunidade de expor em outra ocasião²⁴, o PL determina, no art. 173, que os “tribunais de contas

²² O § 3º art. 8º do PL exige, inclusive, regulamento específico para demarcar os papéis e responsabilidades dos agentes públicos, a saber: “Art. 8º [...] § 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.”

²³ Haverá, muitas vezes, a identificação de insuficiência de pessoal (aspecto quantitativo) e/ou déficit de competências (aspecto qualitativo), a exigir a implementação de política de recursos humanos para resolução dos problemas, inclusive plano de capacitações. O PL, por essa e outras razões, estabeleceu, como regra, o prazo de 2 anos para que os órgãos e entidades promovam todas as adequações necessárias à plena aplicação da nova Lei (inciso II do art. 189 do PL), estendendo, no caso de municípios com até 20.000 habitantes, que, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, representam 3.773 municípios brasileiros (em Minas Gerais, 666 municípios) ou 67,73% do total (em Minas Gerais, 78,07%), o prazo de cumprimento dos arts. 7º e 8º do PL para até 6 anos (inc. I do art. 175 do PL). Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?edicao=28674&t=resultados>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

²⁴ Conferir: FORTINI, Cristiana. Formação de agentes públicos como fato de mudança em licitações. Revista Consultor Jurídico, 11 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-11/interesse-publico-formacao-agentes-publicos-fator-mudanca-licitacoes>> Acesso em: 09 fev. 2021. licitacaoecontrato.com.br

UM NOVO OLHAR PARA A FUTURA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A FLORESTA ALÉM DAS ÁRVORES

Cristiana Fortini
Rafael Amorim de Amorim

deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e à distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.” Há, nesse dispositivo, a preocupação do legislador ordinário com a capacitação dos agentes públicos, como forma de contribuir para a profissionalização dos recursos humanos.

Os recursos humanos são, assim, considerados decisivos para o alcance de resultados satisfatórios²⁵, a demandar, como decorrência do mecanismo liderança inerente à governança²⁶, a institucionalização da prática de gestão por competências. Há, além da exigência de observância do princípio da segregação de funções, alguns requisitos que deverão ser observados na designação de agentes públicos, a exemplo da necessidade de que o profissional seja titular de cargo que tenha atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possua formação compatível com as atribuições a serem desempenhadas ou tenha certificação profissional na área (art. 7º do PL)²⁷.

²⁵ Convém retomar o que defendemos em outra oportunidade: “Não haverá ganho real de eficiência, ainda que se introduzam novas modalidades de licitação, altere-se o critério para a seleção do vencedor, aperfeiçoe-se a regra condutora da fase de habilitação, se os agentes encarregados do percurso, desde a sua origem até a execução do contrato, são despreparados. Ferramentas tecnológicas não suplantam a força humana propulsora do iniciar do certame. São as pessoas que expressam a demanda pública, assim como comandam os demais passos do procedimento. A construção dos editais, a capacidade de percepção das falhas, a noção exata do que se quer contratar e como, além da fiscalização dos contratos, dependem intrinsecamente da formação adequada e capacitação permanente desses importantes atores.” Ver: FORTINI, Cristiana. Formação de agentes públicos como fato de mudança em licitações. Revista Consultor Jurídico, 11 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-11/interesse-publico-formacao-agentes-publicos-fator-mudanca-licitacoes>> Acesso em: 09 fev. 2021.

²⁶ O Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública do Tribunal de Contas da União (2ª versão, 2014, p. 37), ao reconhecê-la como um dos mecanismos da governança, assim define liderança: “refere-se ao conjunto de práticas, de natureza humana ou comportamental, que assegura a existência das condições mínimas para o exercício da boa governança, quais sejam: pessoas íntegras, capacitadas, competentes, responsáveis e motivadas ocupando os principais cargos das organizações e liderando os processos de trabalho.” Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

²⁷ O Federal Acquisition Regulation, que disciplina as contratações públicas realizadas pelas agências federais dos Estados Unidos, especialmente o disposto em “1.603 Selection, Appointment and Termination of Appointment for Contracting Officers”, que impõe às altas autoridades dos órgãos licitacaocontrato.com.br

Em acréscimo, para funções essenciais à execução da Lei, inclusive no âmbito dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, as altas autoridades deverão designar preferencialmente profissionais pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública, com a ressalva de que o “agente de contratação” (nos pregões, ainda se utilizará a denominação de “pregoeiro”), por ser responsável pela condução de toda a fase externa do procedimento licitatório, deverá ser obrigatoriamente servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente da Administração Pública (art. 7º, inc. I, do PL)²⁸.

O legislador, ao demarcar requisitos a serem observados pelas altas autoridades na designação de agentes públicos, aí se incluindo requisitos para evitar conflito de interesses²⁹, tenta impor obstáculos a influências indevidas de fatores negativos da cultura do setor público nas funções-chave da área de licitações e contratos, dificultando, por exemplo, como alerta Renato Fenili, “personalismo e paternalismo” e “reformismo e rotatividade” excessivos, que podem ocasionar a escolha de “amigos do rei”, contaminada “por elementos de

federais o estabelecimento e a manutenção de um programa de gestão de carreiras na área de contratações e um sistema de seleção, nomeação e exoneração de oficiais de contratação, e o Office of Federal Procurement Policy’s Letter n.º 05-01, que estabelece diretrizes para o desenvolvimento da força de trabalho utilizada pelas agências federais dos Estados Unidos em suas contratações, também inspiraram a elaboração do novo marco legal de licitações e contratos administrativos do País, em especial na tramitação da matéria na Câmara dos Deputados a partir de 2017, quando se incorporaram novas regras voltadas à profissionalização da área de contratações públicas. Disponíveis em: <<https://www.acquisition.gov/sites/default/files/current/far/pdf/FAR.pdf>>; <https://georgewbush-whitehouse.archives.gov/omb/procurement/policy_letters/05-01_041505.html>. Acesso em: 12 dez. 2020.

²⁸ No caso de licitações de bens e serviços especiais, o § 2º do art. 8º do PL possibilita a substituição do agente de contratação por comissão de contratação, a ser formada por, no mínimo, três membros que preencham, ao menos, os requisitos estabelecidos no art. 7º do PL.

²⁹ O PL estabelece, com o objetivo de evitar conflito de interesses, duas vedações importantes: 1) proíbe a designação de agentes públicos, para atuarem em funções-chave da área de contratações públicas, que “sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais pela Administração” ou “tenham com eles vínculo de parentesco [...] até o terceiro grau ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil” (art. 7º, inciso III, do PL); 2) proíbe disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente, “aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação” (art. 14, inciso IV, do PL).

poder e por laços afetivos”, para funções essenciais ao alcance de bons resultados nas contratações^{30 31}.

Por derradeiro, impende salientar que esse olhar para a profissionalização dos recursos humanos deve ser ainda mais especial quando direcionado aos entes municipais, sobretudo os interioranos, em que o corpo profissional é muitas vezes desprovido de preparo técnico³². E, se é certo que o PL incorpora práticas e regras consideradas exitosas, tão certo também é que elas estão distantes da realidade municipal.

Ademais, embora consórcio público represente um instrumento em tese útil³³, ele não será por si só suficiente para sanar as deficiências em matéria de formação de pessoal, se se tratar de agrupar municípios que estejam em idêntica situação de despreparo. Consórcios em que Estados e a União estivessem presentes poderiam sim representar avanço. De todo modo, a

³⁰ FENILI, Renato. Governança em Aquisições Públicas – Teoria e Prática à luz da Realidade Sociológica. Niterói/Rio de Janeiro: Impetus, 2018. p. 255-263.

³¹ Não é mera coincidência, por exemplo, que, no Acórdão 588-2018-Plenário (Voto do Ministro Bruno Dantas, p. 5), em relação às pessoas dos órgãos e entidades que participaram do levantamento, consta que “mais de 65% das organizações encontram-se em estágio inicial de capacidade”, o que acarreta as seguintes consequências: “50.1. desconhecimento acerca das competências necessárias ao desempenho adequado das atividades realizadas pela área de gestão de contratações; 50.2. alocação e movimentação de pessoal para a área de gestão de contratações sem qualificação técnica necessária; 50.3. designação de gestor não capacitado adequadamente para exercer atividades críticas atinentes à gestão de contratações; e 50.4. prejuízo ao alcance das metas definidas para a área de gestão de contratações, por falta de pessoal capacitado.” Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

³² Como anota Fernando Abrucio, especialmente no âmbito dos municípios, o maior problema das administrações “é a fragilidade de sua burocracia em termos de qualificação e independência junto aos poderes políticos”. ABRUCIO, Fernando Luiz. Federalismo e Lei Orgânica da Administração Pública: Desafios e Oportunidades de Modernização dos Governos Subnacionais. p. 382. In.: MODESTO, Paulo (Coord.) Nova Organização Administrativa Brasileira. 2 ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 377-394. Nesse sentido, em análise de centenas de relatórios do Programa de Fiscalização em Entes Federativos, envolvendo pequenos municípios da Bahia, Pernambuco e Ceará, Rodolfo Dourado revela a influência política nas fraudes identificadas em contratações públicas, normalmente contando com a conivência dos agentes públicos, o que explicita, em termos empíricos, a importância das medidas previstas no PL relativas aos recursos humanos. DOURADO, Rodolfo. Manual de Pequenas Fraudes: a Dimensão Política dos Processos Licitatórios. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal da Bahia. Bahia: 2015.

³³ No caso de municípios com até 10.000 habitantes, que, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, representam 2.446 municípios (em Minas Gerais, 477 municípios) ou 43,91% do total (em Minas Gerais, 55,92%), o PL prevê a constituição preferencial de consórcios públicos (art. 180, parágrafo único, do PL). Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9103-estimativas-de-populacao.html?edicao=28674&t=resultados>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

constituição de consórcios não é obrigatória e os incentivos no novo PL não são tão inovadores quando comparados aos estímulos hoje vigentes.

Nos entes federativos locais, por conseguinte, resta ainda mais imperiosa a necessidade de buscar a profissionalização dos agentes públicos, no afã de aprimorar o agir administrativo e, assim, visar à boa administração pública. Um olhar especial para os entes federativos locais deve, então, ser levado em consideração para que os fins principiológicos do PL sejam de fato atingidos.

2.3 – EIXO 3 – IMPULSIONAR O PLANEJAMENTO

Em continuidade, o **planejamento** é outro eixo estruturante do novo marco legal de licitações e contratos administrativos, que foi fortalecido ao ser incluído entre os princípios que deverão ser observados na execução dos comandos da futura Lei (art. 5º do PL). Em um nível macro, deverá permear a própria governança das contratações, contribuindo para a conformação das variáveis já comentadas (estrutura, processos, pessoas) e a definição da estratégia (objetivos, iniciativas, indicadores e metas que possibilitarão o monitoramento do desempenho da gestão); e, em um nível micro, deverá influenciar o ciclo de cada contratação pública a ser realizada.

Os instrumentos de planejamento, em um contexto de recursos bastante escassos, devem promover, com suporte em análises de custo e benefício, a racionalização na utilização de recursos (humanos, orçamentários/financeiros, etc.), para potencializar a eficiência, efetividade e eficácia das contratações públicas, com vistas a melhorar o nível de satisfação das necessidades cada vez mais complexas da Administração e, por consequência, garantir que a área de licitações e contratos administrativos gere mais valor às atividades finalísticas da Administração, o que refletirá na qualidade das políticas públicas.

Nessa linha, para garantir o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico, a Lei vindoura estimula a elaboração de plano de contratações anual, que exigirá, antes de sua divulgação na internet, a análise

das demandas formalizadas, com mais ênfase quando envolverem objetos não recorrentes; a seleção e agregação, em termos qualitativos e quantitativos, das demandas que serão atendidas, subsidiando as leis orçamentárias; e, ao final do *pipeline*, observada a capacidade operacional da área e a criticidade, materialidade e relevância de cada demanda, a priorização das necessidades (art. 12, inc. VII do caput e § 1º, do PL).

O legislador, ao disciplinar os procedimentos licitatórios especificamente, dispensou atenção prioritária à fase preparatória, caracterizando-a, de pronto, pelo planejamento, a exigir, além de sua compatibilização com o plano de contratações anual e com as leis orçamentárias, a elaboração de estudo técnico preliminar, explicitando, no “documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação”, o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação final “da viabilidade técnica e econômica da contratação” (art. 6º, inciso XX; e art. 18, inc. I do caput e § 1º, do PL)³⁴.

No novo marco legal, a “melhor solução” deve observar “todo o ciclo de vida do objeto” e exige que, no estudo técnico preliminar, sejam analisadas todas as alternativas possíveis, inclusive considerando, por exemplo, além dos custos diretos, todos os “custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida”, para, aí sim, possibilitar, ao final da fase preparatória, uma modelagem de licitação que resulte em uma contratação efetivamente vantajosa (arts. 11, inciso I do *caput*; 18, inc. VIII do *caput*; 34, § 1º, do PL)³⁵.

³⁴ Há, nos §§ 1º e 2º do art. 18 do PL, a preocupação do legislador em garantir que o estudo técnico preliminar seja um instrumento útil da fase preparatória – não uma mera formalidade –, prevendo-se sua elaboração de forma simplificada quando a contratação tiver pouca criticidade, materialidade e relevância, notadamente quando envolver objeto contratado de forma recorrente pela Administração.

³⁵ A “seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração” (art. 11, inciso I do caput, do PL), que pressupõe a melhor relação custo vs. benefício, será, na fase externa da licitação, normalmente uma simples decorrência da devida especificação do objeto (aliás, para garantir a qualidade do objeto a ser contratado, a Administração poderá realizar testes para comprovar sua aderência às especificações estabelecidas ou exigir certificação por organização licitacaoecontrato.com.br

2.4 – EIXO 4 – ABSORVER TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

A Lei vindoura, diante dos avanços constatados desde a edição da Lei nº 8.666/1993, também se preocupou com a variável **tecnologia da informação e comunicação**, incorporando-a como eixo estruturante do PL ao prever instrumentos que, quando absorvidos por todos os entes federativos, possibilitarão a superação definitiva do paradigma analógico e presencial pelo paradigma digital e eletrônico, com o objetivo de ampliar sobremaneira a competitividade dos certames, mitigar riscos de fraudes, aumentar a transparência das licitações e da execução dos contratos e, principalmente, potencializar o controle social.

E mais: ao privilegiar a tecnologia da informação para fins de impulsionar a transparência administrativa e o controle social, propulsiona-se também a prevenção à corrupção, que tem na amplitude do acesso à informação – privilegiada pelo paradigma digital e eletrônico – importante aliado. É o natural: quanto maior a possibilidade de acesso a eventuais atos que possam ser corruptos, disponíveis na rede mundial de computadores, maior é a probabilidade de controlar a própria corrupção em si^{36 37}.

Há, para tanto, a previsão do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), com todas as funcionalidades necessárias para a ruptura

independente acreditada pelo Inmetro - art. 17, §§ 3º e 6º, do PL), da correta definição dos custos diretos e indiretos que determinarão o menor dispêndio, especialmente no caso de julgamento por menor preço ou maior desconto, e da exigência de requisitos de qualificação compatíveis com a criticidade, materialidade e relevância da contratação, sempre no sentido de dar mais segurança à Administração de que o licitante a ser contratado honrará suas futuras obrigações.

³⁶ Nesse contexto, destaca-se o entendimento de Cristiana Fortini e Fabrício Motta: “O conhecimento do que se faz e, em especial, das razões para o que se faz é crucial para se garantir a lisura do procedimento e para que se possa falar em democracia.” Conferir: FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. *Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional*. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

³⁷ A necessidade desse aperfeiçoamento decorre também da adesão, pelo Brasil, ao *Government Procurement Agreement* – GPA da Organização Mundial do Comércio – OMC. Sobre a temática, conferir: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. *A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da organização mundial do comércio*. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 18, n. 29, p.120-151, set./dez. 2020.

UM NOVO OLHAR PARA A FUTURA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A FLORESTA ALÉM DAS ÁRVORES

Cristiana Fortini
Rafael Amorim de Amorim

paradigmática. Contará, por exemplo, com o “catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras”³⁸, “painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas”, e “modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos e de outros documentos padronizados”, os quais promoverão, em favor dos diversos entes federativos, redução substancial de custos de transação³⁹ (arts. 6º, inciso LI; 19, incs. II e IV; 173, inc. II do § 2º e inc. II do § 3º, do PL).

O PNCP deverá contemplar, também, o “sistema de registro cadastral unificado”, a ser obrigatoriamente utilizado por toda a Administração Pública, assim evitando múltiplos registros cadastrais de pessoas físicas e jurídicas interessadas em participar de licitações de entes federativos diversos. E, para reduzir ainda mais os custos de transação de licitantes, o PNCP divulgará de forma centralizada, além dos planos de contratações anuais, todos os editais de licitação e avisos de contratação direta do País, dispensando a consulta a diários oficiais e a jornais espalhados pelos entes federativos (arts. 53, § 1º; 86; 87; e 173 do PL)⁴⁰.

³⁸ Há, no § 2º do art. 19 do PL, no caso de “não utilização do catálogo eletrônico de padronização de que trata o inciso II do *caput* ou dos modelos de minutas de que trata o inciso IV do *caput* deste artigo”, exigência de “justificava por escrito”, devidamente “anexada ao respectivo processo licitatório”.

³⁹ O conceito de “custos de transação” não é unívoco, aqui se utiliza o conceito elaborado por Robert Cooter e Thomas Ullen, que os compreende como “os custos das trocas”, envolvendo os: “(1) custos da busca para realização do negócio, (2) custos das negociações, (3) custos da execução do que foi negociado”. Há, ao se extrapolar o mesmo entendimento para as contratações públicas, a possibilidade de se identificarem, ao menos, os seguintes custos de transação: (1) custos da fase preparatória, (2) custos da fase externa de uma licitação, (3) custos relacionados à execução contratual. Os custos de transação resultam, a propósito, como explica Douglas North, das “instituições [i. e., regras formais e informais subjacentes às interações em uma sociedade] em conjunto com a tecnologia empregada”. In.: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e Economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araujo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. p. 105-107; NORTH, Douglass C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. 27 th print. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 3/61.

⁴⁰ Na redação original do PL n.º 4.253/2020, aprovada pela Câmara dos Deputados, não havia exigência de publicação de extrato de edital em diário oficial e em jornal, mas o Senado Federal, na apreciação final da matéria, conforme consta no Parecer da lavra do senador Antonio Anastasia já citado, determinou a inclusão de tal exigência no § 3º do art. 53 do PL, a saber: “§ 3º Sem prejuízo do disposto no *caput*, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.” Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8912251&ts=1608807109658&disposition=inline>>. Acesso em: 5 jan. 2021.

Em complemento, as licitações deverão ser preferencialmente processadas sob a forma eletrônica⁴¹, admitindo-se a realização de licitações presenciais em situações excepcionais devidamente motivadas. O PNCP disponibilizará, por isso, para todos os entes federativos, sistema eletrônico para realização de sessões públicas, possibilitando que, em uma única plataforma, ocorra o registro de licitantes, a identificação dos editais disponíveis no mercado e a própria participação nos certames, o que, ao reduzir custos de transação de licitantes, impulsionará a competitividade e possibilitará a seleção de propostas mais vantajosas (arts. 17, §§ 2 e 5º; e 173 do PL).

O PNCP poderá, como previsto no § 3º do art. 173 do PL aprovado, ainda contemplar outras funcionalidades e, com o seu desenvolvimento tecnológico, impulsionar verdadeira disrupção com a implementação definitiva do *e-marketplace*⁴², promovendo a integração da Administração Pública aos potenciais fornecedores e prestadores, com a facilitação da operacionalização das contratações, quando a necessidade da Administração envolver bens e serviços comuns, nas hipóteses de adesão a atas de registro de preços, contratação direta mediante dispensa⁴³, credenciamento⁴⁴ ou licitações na modalidade pregão⁴⁵.

⁴¹ No caso de municípios com até 20.000 habitantes, a obrigatoriedade de as licitações serem divulgadas em sítio eletrônico oficial e preferencialmente processadas sob a forma eletrônica terá o prazo de cumprimento de 6 anos (incs. II e III do art. 175 do PL).

⁴² O atual Secretário de Gestão do Ministério da Economia, Cristiano Rocha Heckert, em entrevista ao jornal "Valor Econômico", sintetizou as potenciais vantagens do *marketplace*: "Hoje, em um processo de compra, primeiro tem que se especificar, fazer termo de referência, edital e aí potenciais fornecedores apresentam suas propostas. No marketplace, a lógica se inverte. Você já tem, em uma prateleira, uma série de produtos ofertados pelo mercado, e quando a Administração tem uma necessidade ela vai lá e olha ver se tem algo na prateleira que a atende e seleciona aquele produto". In.: GRANER, Fabio. Governo Inicia Processo para Criação de Marketplace para Agilizar Compras Públicas. Valor Econômico. São Paulo, 7 set. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/07/07/governo-inicia-processo-para-criacao-de-marketplace-para-agilizar-compras-publicas.ghtml>>. Acesso em: 8 jan. 2021.

⁴³ Há, no novo marco legal, aumento considerável dos valores admitidos para contratação direta mediante dispensa por valor (art. 74, incisos I e II do *caput*, do PL), medida que considerou estudo elaborado pela Controladoria-Geral da União (Disponível em: <<https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc-1.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2020); e ampliação do sistema de registro de preços, que, entre outras inovações, possibilitará "o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço" (art. 81, inciso VII, do PL) e não terá a imposição de *licitacaoecontrato.com.br*

2.5 – EIXO 5 – FORTALECER A PREVENÇÃO

O novo marco legal adota, como último eixo estruturante, o **fortalecimento da prevenção**, que subjaz os outros eixos já expostos e, como está intimamente relacionado à governança, começa pela obrigatoriedade de a alta administração se responsabilizar pela institucionalização da gestão de riscos e controles internos (art. 11 do PL), definindo inicialmente as diretrizes a serem observadas, para depois, contínua e permanentemente, monitorar a sua execução por todos os níveis da organização, sempre no sentido de prevenir eventos negativos, inclusive riscos de fraude e corrupção⁴⁶, relacionados ao sistema de contratações públicas⁴⁷.

No art. 168, *caput* e § 1º, do PL, ainda preocupado com o ambiente de controle⁴⁸, o legislador reforçou que as contratações devem ser submetidas a “práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo”⁴⁹, inovando ao sujeitá-las às denominadas linhas de defesa⁵⁰, que,

qualquer limite para fins de adesão à ata de órgão ou entidade gerenciadora do Poder Executivo Federal nos casos de execução descentralizada de política pública decorrente de transferência voluntária federal e à ata gerenciada pelo Ministério da Saúde na hipótese aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar, tudo devidamente disponibilizado no PNCP (art. 85, §§ 6º e 7º do PL).

⁴⁴ Ver: NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles. A Nova Lei de Licitações, Credenciamento e E-marketplace: O Turning Point da Inovação nas Compras Públicas. p. 19-28. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html>. Acesso em 8. Jan. 2021.

⁴⁵ Ver: ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Mauricio. Marketplace Digital para Compras Públicas. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 77-94, set./dez. 2020.

⁴⁶ Sobre “riscos de fraude e corrupção”, a “Pesquisa Global sobre Fraudes e Crimes Econômicos da PWC” demonstrou que, no Brasil, 65% das fraudes acontecem devido a oportunidades decorrentes de falhas existentes nos controles internos, o que revela, nas palavras de Santos e Souza, com suporte em pesquisa da KPMG, que “o meio mais eficaz para combater fraudes é, sem dúvida alguma, a prevenção e mitigação de riscos em processos e métodos, por meio da implantação de controles internos preventivos e detectivos”. In.: SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto. Como Combater a Corrupção em Licitações. 3. ed. ampl. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 34.

⁴⁷ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial Básico de Gestão de Riscos. Abr. 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

⁴⁸ O ambiente de controle é o “conjunto de normas, processos e estruturas que fornece a base para a condução do controle interno por toda a organização”. In.: COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. COSO I – Controle Interno – Estrutura Integrada. Trad. PWC. 2013. p. 7.

⁴⁹ Há, como possível referencial em matéria de gestão de riscos, as seguintes normas técnicas: ABNT NBR ISO 31000 - Gestão de Riscos: Princípios e Diretrizes; ABNT NBR ISO 37001 - Sistemas de Gestão Antissuborno; INTOSAI GOV 9130 - Diretrizes para Normas de Controle Interno do Setor Público – licitacaocontrato.com.br

UM NOVO OLHAR PARA A FUTURA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A FLORESTA ALÉM DAS ÁRVORES

Cristiana Fortini
Rafael Amorim de Amorim

sob a liderança da alta administração, sempre com a observância dos custos e benefícios envolvidos⁵¹, iniciam nos próprios dirigentes e servidores responsáveis pelas licitações e contratos, continuam nas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno que devem lhes dar suporte; e finalizam no órgão central de controle interno e no tribunal de contas competente⁵².

O novo marco legal exige que a gestão de riscos e os controles internos não fiquem limitados a uma área específica e, assim, demanda uma política estruturada que promova a coordenação e comunicação entre áreas e instâncias diversas. Na lógica do PL, a primeira linha é quem “detém os riscos” e deve integrar a gestão de riscos e os controles internos aos seus processos de trabalho, com a obrigação de identificá-los, analisá-los e avaliá-los, para depois, com base na probabilidade de ocorrência e no seu possível impacto, promover o devido tratamento dos riscos críticos, implementando as medidas de controle necessárias para se ter segurança razoável nas contratações⁵³.

Por sua vez, ao ir além dos controles primários⁵⁴, a segunda linha, notadamente as unidades de controle interno, deve assistir a primeira linha e monitorar as medidas de controle implementadas e a exposição a riscos

Informações Adicionais sobre Gestão de Risco nas Entidades; COSO I – Controle Interno – Estrutura Integrada; e COSO II– Gerenciamento de Riscos Corporativos Integrado com Estratégia e Performance.

⁵⁰ Há, como referencial, até mesmo pela nomenclatura utilizada pelo legislador, os trabalhos do “The Institute of Internal Auditors” (IAA), especialmente a “Declaração de Posicionamento do IIA: As Três Linhas de Defesa no Gerenciamento Eficaz de Riscos e Controles (Jan. 2013)”, depois atualizada em “Modelo das Três Linhas do IAA 2020”. Disponível em: <https://global.theiia.org/translations/PublicDocuments/PP%20The%20Three%20Lines%20of%20Defense%20in%20>; <https://na.theiia.org/translations/PublicDocuments/Three-Lines-Model-Updated-Portuguese.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2021.

⁵¹ Os custos dos controles não podem, como já consagrado outrora (art. 14 do Decreto-Lei n.º 200, de 25/2/1967), superar os benefícios esperados, a justificar, nessa lógica, a supressão de controles puramente formais ou com custos superiores aos riscos identificados (art. 168, § 1º, do PL).

⁵² TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial Básico de Gestão de Riscos. p. 59. Abr. 2018. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

⁵³ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial Básico de Combate à Fraude e Corrupção. 2. ed. Set. 2018. p. 20. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/inicio/>. Acesso em: 18 jan. 2021.

⁵⁴ Sobre os controles primários da gestão pública, ver: BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. O Controle Primário da Gestão Pública. 2011. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41947/5/controle_primario%20%20Marcus%20V..pdf. Acesso em 18 jan. 2021.

licitacaoecontrato.com.br

residuais, para assim suprir falhas e contribuir para o seu desenvolvimento contínuo, garantindo a efetividade das medidas implementadas. E, por último, a terceira linha deve, em resumo, ter acesso irrestrito a todas as informações (art. 168, § 2º, do PL), para realizar avaliações independentes e objetivas da própria governança das contratações, inclusive das atividades de gestão de riscos e controles internos^{55 56}.

O foco é, repita-se, fortalecer a prevenção, de modo a promover “relações íntegras e confiáveis” e mais “eficiência, eficácia e efetividade” nos resultados das contratações. Por isso, quando atividades detectivas constatarem simples impropriedades formais, o PL impõe a adoção de “medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes responsáveis”⁵⁷, resguardando as atividades repressivas para as irregularidades que configurarem danos ao erário (art. 168, § 3º, do PL)⁵⁸.

⁵⁵ TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Referencial Básico de Combate à Fraude e Corrupção. p. 20-21. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

⁵⁶ Não é mera coincidência, por exemplo, que, no Acórdão TCU n.º 588-2018-Plenário (Voto do Ministro Bruno Dantas, p. 5), em relação à gestão de riscos dos órgãos e entidades que participaram do levantamento, consta que “mais de 79% das organizações não adota ou adota precariamente um modelo de gestão de riscos das contratações”, o que acarreta as seguintes consequências: “51.1. insucesso no alcance das metas da área de gestão de contratações; 51.2. perda de investimento em contratações que não atendem às necessidades da organização; 51.3. impossibilidade de usufruir do objeto da contratação em virtude de falta de preparo da infraestrutura da organização e/ou outras dificuldades, como: falta de pessoal capacitado para gerir o contrato e/ou clima organizacional desfavorável; 51.4. gasto indevido de recursos com a manutenção de controles desnecessários ou ineficientes.” Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

⁵⁷ Há, nesse contexto, a seguinte determinação no art. 172 do PL: “[...] Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e à distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas”.

⁵⁸ Há, a essa altura, a necessidade de considerar as conclusões de Rodrigo Valgas dos Santos, no sentido de que “a gestão de riscos também serve como importante ferramenta para limitação e blindagem do gestor por suas decisões”, pois, quando “as decisões forem precedidas de gestão de riscos”, as “chances de responsabilização dos administradores públicos serão reduzidas e a própria Administração será menos exposta a riscos” ou, se os riscos forem inevitáveis, “possibilitará um melhor enfrentamento dos problemas de modo transparente”. In.: SANTOS, Rodrigo Valgas. Direito Administrativo do Medo – Risco e Fuga da Responsabilização dos Agentes Públicos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 312.

Há, ainda para fortalecer a prevenção, a preocupação em ampliar a transparência e instrumentalizar o controle social. O PNCP, nesse sentido, além de permitir livre acesso às informações das contratações, inclusive “em formato de dados abertos”, deverá conter “sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato”, com interlocução dos cidadãos com a Administração, acesso a “sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo”, divulgação de relatórios finais de execução contratual, *etc.* (arts. 19, inc. III; 169, § 4º; 173, § 2º, inc. VI do § 3 e § 4º do PL).

3 - CONCLUSÃO

Os resultados alcançados pela gestão da área de licitações e contratos administrativos, em qualquer órgão ou entidade pública, não são um mero acaso, ao contrário, são, em regra, consequências da conjugação de fatores exógenos e endógenos à Administração (*p. ex.* estrutura organizacional, processos de trabalhos, recursos humanos, tecnologias, *etc.*). Por conta disso, na concretização do mesmo arcabouço normativo vigente (Lei n.º 8.666/1993, Lei n.º 10.520/2002 e Lei n.º 12.462/2011), os resultados obtidos pelos órgãos e entidades integrantes da Administração Pública são, muitas vezes, completamente diferentes.

Normalmente, os resultados alcançados nas contratações públicas em cada órgão e entidade pública têm correlação direta com o respectivo nível de maturidade da governança e da gestão. E, nesse contexto, em um novo marco legal, apesar de suscetível a críticas, é meritória a preocupação do legislador com as causas dos possíveis problemas que poderão prejudicar o alcance dos objetivos da Lei vindoura, estabelecendo uma estrutura de incentivos voltada a fortalecer a boa governança e gestão das contratações públicas, com a demarcação de eixos estruturantes que permearão todas as variáveis decisivas dos resultados a serem alcançados.

Os eixos estruturantes do PL serão, por isso, o ponto de partida para transformações, a exigir dos operadores jurídicos uma nova lógica de compreensão do futuro marco legal, que demandará, antes da execução de normas específicas a serem aplicadas à cada contratação que será realizada, a adequação de estruturas organizacionais, o aperfeiçoamento dos processos de trabalho, a absorção do planejamento às rotinas, o desenvolvimento dos recursos humanos, a incorporação de novas tecnologias de informação e comunicação e a implementação de práticas de gestão de riscos e controles internos.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. **Federalismo e Lei Orgânica da Administração Pública: Desafios e Oportunidades de Modernização dos Governos Subnacionais**. In.: MODESTO, Paulo (Coord.) Nova Organização Administrativa Brasileira. 2 ed. rev. e amp. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 377-394.

BRAGA, Marcus Vinicius de Azevedo. **O Controle Primário da Gestão Pública**. 2011. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/41947/5/controle_primario%20%20Marcus%20V..pdf. Acesso em 18 jan. 2021.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araujo da Costa. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION. COSO I – **Controle Interno** – Estrutura Integrada. Trad. PWC. 2013.

DOURADO, Rodolfo. **Manual de Pequenas Fraudes: a Dimensão Política dos Processos Licitatórios**. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais). Universidade Federal da Bahia. Bahia: 2015.

FENILI, Renato. **Governança em Aquisições Públicas – Teoria e Prática à luz da Realidade Sociológica**. Niterói/Rio de Janeiro: Impetus, 2018.

FORTINI, Cristiana. **Formação de agentes públicos como fato de mudança em licitações**. Revista Consultor Jurídico, 11 de abril de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-11/interesse-publico-formacao-agentes-publicos-fator-mudanca-licitacoes>> Acesso em: 09 fev. 2021.

_____ ; MOTTA, Fabrício. **Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional**. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016.

_____ ; OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. **A adesão brasileira ao acordo de compras governamentais da organização mundial do comércio**. R. Opin. Jur., Fortaleza, ano 18, n. 29, p.120-151, set./dez. 2020.

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

GONÇALVES, Pedro Costa. **Manual de Direito Administrativo**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2019.

HECKERT, Cristiano Rocha. Entrevista. In.: GRANER, Fabio. **Governo Inicia Processo para Criação de Marketplace para Agilizar Compras Públicas**. Valor Econômico. São Paulo, 7 set. 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/07/07/governo-inicia-processo-para-criacao-de-marketplace-para-agilizar-compras-publicas.ghtml>>. Acesso em: 8 jan. 2021.

INSTITUTO DOS AUDITORES INTERNOS. **Declaração de Posicionamento do IIA: As Três Linhas de Defesa no Gerenciamento Eficaz de Riscos e Controles**. Jan. 2013). Disponível em: licitacaoecontrato.com.br

<<https://global.theiia.org/translations/PublicDocuments/PP%20The%20Three%20Lines%20of%20Defense%20in%2>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

MAXIMIANO, Antonio Cesar Amaru; NOHARA, Irene Patrícia. **Gestão Pública – Abordagem Integrada da Administração e do Direito Administração**. São Paulo: Atlas, 2017.

MEDAUER, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 22. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

NÓBREGA, Marcos; TORRES, Ronny Charles. **A Nova Lei de Licitações, Credenciamento e E-marketplace: O Turning Point da Inovação nas Compras Públicas**. Disponível em: <http://www.licitacaocontrato.com.br/artigo_detalhe.html>. Acesso em 8. Jan. 2021.

NOGUEIRA, Ronaldo Alves; GAETANI, Francisco. **Questão do Controle no Debate de Governança Pública**. In.: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Boletim de Análise Político-Institucional. Governança Pública. n. 19. Dez. 2018. p. 91-100. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/boletim_analise_politico/181206_bapi_19.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2021.

NORTH, Douglass C. Institutions, **Institutional Change and Economic Performance**. 27 th print. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Recomendação do Conselho em Matéria de Contratações Públicas. Disponível em: <<http://www.oecd.org/gov/public-procurement/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-conselho-contratos.pdf>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

OTERO, Paulo. **Legalidade e Administração Pública – O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade**. 4. reimp. Coimbra: Almedina, 2019.

PIRONTI, Rodrigo. **O compliance nas empresas e a fixação da cultura de integridade pelo tone at the top**. Revista Consultor Jurídico, 27 de setembro de 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-27/pironti-compliance-cultura-integridade-tone-at-the-top>> Acesso em: 09 fev. 2021.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **O Direito Administrativo como Caixa de Ferramentas e suas Estratégias**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 272, p. 209-279, maio/ago. 2016.

SANTOS, Franklin Brasil; SOUZA, Kleberon Roberto. **Como Combater a Corrupção em Licitações**. 3. ed. ampl. Atual. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

SANTOS, Rodrigo Valgas. **Direito Administrativo do Medo – Risco e Fuga da Responsabilização dos Agentes Públicos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHMIDT-ABMANN, Eberhard. **Dogmática Jurídico-Administrativa – Um Balanço Intermédio sobre a Evolução, a Reforma e as Funções Futuras**. Trad. Antonio Francisco de Sousa. São Paulo: Saraiva, 2016.

SENGE, Peter M. **A Quinta Disciplina: Arte e Prática da Organização que Aprende**. Trad. Gabriel Zide Neto. 29. ed. Rio de Janeiro: Best Seller. 2013. Versão Kindle.

SILVA, Almiro do Couto. **Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro**. P. 51. Revista de Direito Administrativo. Vol. 179-180. Rio de Janeiro, jan./jun. 1990. p. 51-67.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Referencial Básico de Governança Aplicável a Órgãos e Entidades da Administração Pública do Tribunal de Contas da União**. 2ª versão, 2014. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

_____. **Referencial Básico de Gestão de Riscos**. Abr. 2018. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

_____. **Referencial Básico de Combate à Fraude e Corrupção**. 2. ed. Set. 2018. p. 20. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 18 jan. 2021.

_____. **Referencial Básico de Governança Organizacional para Organizações Públicas e Outros Entes Jurisdicionados do TCU**. 3. ed. 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/inicio/>>. Acesso em: 12 dez. 2020.

União Europeia. **European Public Sector Innovation Scoreboard 2013 – a Pilot Exercise**. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/fe2a3b4b-3d7e-444d-82bc-790a0ab33737>>. Acesso em: 18 dez. 2020.

WALDRON, Jeremy. **A Dignidade da Legislação**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Mauricio. **Marketplace Digital para Compras Públicas**. International Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 77-94, set./dez. 2020.

| |
|--|
| Publicado em ____ / ____ / ____ |
| As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira: |
| FORTINI; Cristiana. AMORIM; Rafael Amorim de. UM NOVO OLHAR PARA A FUTURA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: A FLORESTA ALÉM DAS ÁRVORES . Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br . Acesso em: dd/mm/aaaa. |