Justen, Pereira Oliveira & Talamini advogados

SINAENCO

Opinião Legal sobre a aplicação de regras da Lei 14.133 sobre serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual às empresas estatais

Sócios

Marçal Justen Filho
Cesar A. Guimarães Pereira
Fernão Justen de Oliveira
Eduardo Talamini
André Guskow Cardoso
Alexandre Wagner Nester
Marçal Justen Neto
Rafael Wallbach Schwind

Advogados

Felipe Scripes Wladeck
Paulo Osternack Amaral
Guilherme F. Dias Reisdorfer
Karlin Olbertz Niebuhr
William Romero
Rodrigo G. de Freitas Pombo
Mônica Bandeira de Mello Lefèvre
Guilherme Augusto Vezaro Eiras
Isabella M. de Andrade Vosgerau
Diego Franzoni
Mayara Gasparoto Tonin
Marina Kuliela
Fernanda Caroline Maia
Bruno Gressler Wontroba
Victor Hugo Pavoni Vanelli
Luísa Quintão
Doshin Watanabe
Isabella Félix da Fonseca
Isabella Karollina Rossito
Raphaela Thêmis Leite Jardim
Marina Kirsten Felix
Stella Farfus Santos
Jefferson Lemes dos Santos
Letícia Alle Antonietto
Eduardo Nadvorny Nascimento
Izabela Moriggi Costa
Rodrigo Costa Protzek
Caroline Martynetz
Mariana Randon Savaris
Júlia Venzi Gonçalves Guimarães
Gabriela Assis Corrêa Demeterco
Edson Francisco Rocha Neto
Matheus Guimarães Pitto
Nicole Mendes Müller
Paola Gabriel Ábila
Gabriel Bonfim
Ana Paula Sovierzoski

Escritórios

Curitiba

R. Visc. do Rio Branco, 237
80.410-000 | Curitiba/PR
Tel.: +55 41 3017.1800

São Paulo

R. Joaquim Floriano, 413, 111
04.534-011 | São Paulo/SP
Tel.: +55 11 3706.1500

Brasília

SHIS, QI 10, Cj. 7, casa 01, Lago Sul
71.630-075 | Brasília/DF
Tel.: +55 61 3578-8787

Sumário

A. Os fatos narrados pela Consulente 4
B. Os regimes jurídicos de licitações e contratos coexistentes (Lei 13.303 e Lei 14.133) 5
B.1. A segregação de regimes jurídicos pela Lei das Estatais 5
B.2. Lei 14.133: ausência de aplicação geral às estatais sujeitas à Lei 13.303 6
B.3. Aplicação da legislação geral por previsão expressa da Lei 13.303 6
B.4. Aplicação da legislação geral às estatais por analogia 7
B.4.1. Delineamento sobre a aplicação da norma por analogia e suas justificativas 7
B.4.2. A confirmação do posicionamento: precedentes do TCU 11
B.5. Síntese: distinção de regimes e hipóteses de aplicação da Lei 14.133 13
C. Aplicação de regras da Lei 14.133 sobre serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual às sociedades estatais 13
C.1. As regras da Lei 14.133 sobre os referidos serviços 13
C.1.1. Vedação ao pregão 13
C.1.2. Adoção de critério de julgamento baseado na avaliação da qualidade técnica 14
C.1.3. A finalidade das regras 16
C.2. Vedação ao uso do pregão aplicável às sociedades estatais (art. 32, IV da Lei 13.303 c/c art. 189 da Lei 14.133) 19
C.3. O comando para a adoção de critérios de julgamento de técnica 21
C.3.1. A finalidade das regras 21
C.3.2. A configuração de uma categoria uniforme 21
D. A inconsistência dos argumentos que rejeitam a aplicação dessas regras às sociedades estatais 22
D.1. O argumento da inaplicabilidade da Lei 14.133 22
D.2. O argumento da flexibilidade no regime da Lei 13.303 23
D.3. O argumento da ausência de perda de qualidade 24
D.4. O argumento da ampla competitividade 24
E. Respostas aos quesitos 25

SINDICATO NACIONAL DAS EMPRESAS DE ARQUITETURA E ENGENHARIA CONSULTIVA – SINAENCO honrou-nos com a solicitação de Opinião Legal sobre a aplicação de regras da Lei 14.133 sobre serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual às empresas estatais.

A. Os fatos narrados pela Consulente

1. O Consulente narrou que é entidade que representa nacionalmente as empresas do setor de Arquitetura e Engenharia Consultiva. O setor congrega empresas dedicadas ao desenvolvimento de estudos e projetos de obras públicas e privadas e que prestam serviços de consultoria, gerenciamento de obras e controle tecnológico.

2. Trata-se de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, que são objeto de contratações recorrentes da Administração Pública direta e indireta. Esses serviços são especialmente relevantes em setores estratégicos para o crescimento do país, incluindo transporte, saneamento, habitação, petróleo e gás, energia, urbanismo, edificações.

3. No passado, as contratações públicas desses serviços submetiam-se ao regime geral (Lei 8.666/1993 e Lei 10.520/2002), aplicável a toda a Administração Pública indistintamente. Com o advento da Lei 13.303/2016 (Lei das Estatais), as licitações realizadas por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias passaram a ser reguladas por esse diploma.

4. A Lei 14.133/2021 modificou a legislação geral sobre licitações e contratos administrativos. Revogou a Lei 8.666 e a Lei 10.520 (entre outras) e realizou diversas modificações importantes, com o propósito de aprimorar o regime de contratações administrativas em vista de problemas verificados até então.

5. Nesse contexto, foram editadas regras específicas sobre os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. Para os fins da presente Opinião Legal, cabe considerar as regras que restringem o uso do pregão e do critério de julgamento do menor preço.

6. Conforme disposto no art. 1º, § 1º, as empresas estatais não estão abrangidas na Lei 14.133. Isso suscita dúvida sobre a aplicabilidade, às

empresas estatais sujeitas à Lei 13.303, de disposições mais modernas da Lei 14.133.

7. Diante disso, o Consulente solicitou a elaboração da Opinião Legal, versando sobre os quesitos abaixo indicados:

a) A Lei 14.133 se aplica genericamente às licitações realizadas por empresas estatais submetidas à Lei 13.303?
b) O disposto no art. 1º, § 1º, da Lei 14.133 implica a completa impertinência da Lei 14.133 às empresas estatais sujeitas à Lei 13.303?
c) As novas regras da Lei 14.133 que restringem o uso do pregão e do critério de julgamento do menor preço para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual se aplicam por analogia às licitações realizadas por empresas estatais?
d) As justificativas usualmente adotadas para negar a aplicação dessas novas regras às empresas estatais são corretas juridicamente?

Passamos a responder.

B. Os regimes jurídicos de licitações e contratos coexistentes (Lei 13.303 e Lei 14.133)

8. Para os fins da presente opinião legal, cabe inicialmente examinar os âmbitos de aplicação das Leis 14.133 e 13.303, no tocante à matéria de licitações e contratos administrativos.

B.1. A segregação de regimes jurídicos pela Lei das Estatais

9. A Lei 13.303 estabeleceu o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Entre outros temas, a referida Lei dispôs sobre matéria de licitações e contratos administrativos.

10. Até então, aplicava-se às empresas estatais a disciplina geral estabelecida na Lei 8.666, na Lei 10.520 e nas demais normas sobre licitações e contratos administrativos, tais como a Lei 12.462, por exemplo. Portanto, a Lei 13.303 produziu uma segregação de regimes jurídicos, ao estabelecer um regime específico aplicável às empresas estatais a ela sujeitas.

B.2. Lei 14.133: ausência de aplicação geral às estatais sujeitas à Lei 13.303

11. De modo geral, a edição da Lei 14.133 não alterou esse panorama.

12. A Lei 14.133 estabelece as normas aplicáveis a licitações e contratos das Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

13. Ela não se aplica diretamente em regra e em termos genéricos às licitações realizadas por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, sujeitas ao regime da Lei 13.303.

14. O § 1º do art. 1º da Lei 14.133 ressalvou expressamente que "Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei".

15. Portanto, é inquestionável que existe uma segregação da disciplina jurídica de licitação e contrato da Administração Pública direta, autárquica e fundacional em relação à disciplina aplicável às empresas estatais. Há regimes distintos, cada qual aplicável a um conjunto de sujeitos.

B.3. Aplicação da legislação geral por previsão expressa da Lei 13.303

16. Apesar da distinção evidente dos referidos regimes, existem situações específicas em que a Lei 14.133 se aplica às licitações e contratos de empresas estatais.

17. Há casos em que a própria Lei 13.303 expressamente determinou a aplicação da Lei 8.666 ou da Lei 10.520, vigentes por ocasião da sua edição.

18. O art. 41 da Lei 13.303, por exemplo, prevê que "*Aplicam-se às licitações e contratos regidos por esta Lei as normas de direito penal contidas nos arts. 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993*". Do mesmo modo, o art. 55, III, prevê que, em caso de empate, aplicam-se "*os critérios estabelecidos no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991 , e no § 2º do art. 3º da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;*".

19. Nesses casos, a Lei 13.303 incorpora a disciplina específica dos dispositivos expressamente mencionados.

20. Mas há ainda os casos em que a Lei 13.303 menciona pontualmente outras leis, atraindo a sua disciplina no tocante à matéria versada. É o

caso do art. 32, inc. IV, que alude à adoção preferencial do pregão e se reporta expressamente à Lei 10.520, que instituiu essa modalidade do pregão no âmbito da Administração Pública em geral.

21. Com a revogação das Leis 8.666 e 10.520, todas as menções legislativas a esses diplomas passaram a reconduzir à Lei 14.133. Isso está expresso no art. 189 da Lei 14.133: "Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011".

22. Portanto, por previsão legal expressa, em todos os casos em que a Lei 13.303 aludiu às leis 8.666 e 10.520, cabe doravante aplicar a disciplina específica da Lei 14.133.

B.4. Aplicação da legislação geral às estatais por analogia

23. Além dos casos em que existe previsão legal expressa de aplicação da Lei 14.133 no âmbito das estatais, em outros casos específicos é inafastável a necessidade de aplicar a Lei 14.133 por analogia.

B.4.1. Delineamento sobre a aplicação da norma por analogia e suas justificativas

24. De modo sintético, a analogia consiste na aplicação de uma norma jurídica concebida para uma certa situação a uma outra situação semelhante, mas que não foi prevista pelo legislador. Essa técnica é especialmente relevante nas situações em que há regimes jurídicos coexistentes.

25. É o que se passa no tocante ao tema de licitações e contratos. A Lei 13.303 estabeleceu uma disciplina específica a ser observada no âmbito das empresas estatais. Embora existam previsões expressas de distinção dos regimes jurídicos, a superveniência da Lei 14.133 traz à tona a necessidade de se aferir a necessidade de aplicação analógica de regras desse diploma às estatais.

B.4.1.1. As normas destinadas a assegurar maior eficiência nas contratações

26. A Lei 14.133 concretizou a mais ampla reforma da disciplina jurídica de licitações realizada em muitas décadas. Ela prevê normas de conteúdo inovador, inexistentes no contexto anterior, e que constituem instrumental passível de utilização pelas sociedades estatais para aprimorar a sua atuação.

27. Em muitos casos, as inovações legislativas produzidas pela Lei 14.133 refletem a evolução da interpretação jurídica às normas das leis revogadas.

Essas novas regras da Lei 14.133 representam especialmente a consolidação da jurisprudência do Tribunal de Contas da União acerca de diversas matérias relevantes de licitação[1]. A adoção dessas regras consiste em uma etapa de um processo de evolução e aperfeiçoamento da realização de licitações no Brasil, tomando em vista especialmente os resultados práticos verificados ao longo de muitos anos.

28. Nesse contexto, há normas que foram instituídas pela Lei 14.133 e que propiciam maior eficiência às licitações. Trata-se precisamente do objetivo da própria criação de um regime próprio para as estatais. Naquele momento histórico, o que se pretendia era superar as deficiências e as dificuldades impostas pela legislação vigente (sobretudo a Lei 8.666 e a Lei 10.520) e conferir maior flexibilidade às estatais para o fim de se obter maior eficiência nas suas contratações.

29. A aplicação da Lei 13.303 proporcionou às estatais soluções jurídicas mais adequadas, atualizadas e eficientes, previstas no instrumento legislativo mais recente, para o fim de melhor atender os interesses envolvidos.

30. A Lei 14.133 traz agora uma disciplina ainda mais atualizada. Como se verá, há diversos exemplos extraídos da jurisprudência do TCU no sentido da necessidade de aplicar algumas dessas novas regras às estatais. A doutrina especializada igualmente vem reconhecendo essa necessidade.

31. Para Marçal Justen Filho, determinadas normas da Lei 14.133 não refletem o regime jurídico de direito público e, consequentemente, são aplicáveis às sociedades estatais. O autor menciona, nesse sentido, a disciplina da Lei 14.133 sobre nulidades na licitação e contratação:

> De modo geral, a ausência de aplicação da Lei 14.133 às sociedades estatais decorre do pressuposto de que as suas regras são dotadas de rigidez incompatível com a atividade empresarial. O regime jurídico das sociedades estatais é menos severo e formalístico do que o adotado para as entidades administrativas com personalidade de direito público. As regras sobre procedimento licitatório e regime

[1] Em âmbito doutrinário, um dos signatários da presente opinião legal já indicou que "A Lei 14.133/2021 é fruto da experiência acumulada ao longo de décadas de aplicação da legislação anterior. O controle exercido pelo Tribunal de Contas da União influencia na interpretação e na criação de normas de licitações e contratos". Marçal Justen Neto. O processo licitatório na Lei 14.133/2021. *In*: Novas questões em licitações e contratos (Lei 14.133/2021). Karlin Olbertz Niebuhr; Rodrigo Goulart de Freitas Pombo (organizadores). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2023, p. 34.

> contratual, quando vinculadas à natureza pública da entidade administrativa, não incidem sobre as sociedades estatais.
> Mas há normas da Lei 14.133 que não refletem o regime de direito público e que, por decorrência, são aplicáveis às sociedades estatais. Entre elas, encontram-se aquelas dos arts. 147 e 148, que dispõem sobre a disciplina da nulidade na licitação e na contratação. Esses dispositivos afastaram a solução tradicional do direito público brasileiro e adotaram um modelo muito mais flexível, vinculado às circunstâncias concretas da realidade. Suas regras são norteadas a assegurar a eficiência da atuação das entidades administrativas com personalidade de direito público.

32. De acordo com o autor, portanto, há normas da Lei 14.133 que são plenamente aplicáveis no âmbito das sociedades estatais. E assim se passa mesmo que não exista previsão legal expressa. A avaliação implica a aplicação do princípio da proporcionalidade, em vista do objetivo de se prestigiar a eficiência nas contratações das estatais.

B.4.1.2. A necessidade de compatibilidade de regras de regimes coexistentes

33. Além disso, há normas que devem ser objeto de aplicação para o fim de assegurar a necessária coerência entre os regimes jurídicos de licitações e contratos coexistentes. A Lei 14.133 regulou determinados temas estabelecendo uma disciplina que deve ser observada de modo uniforme em todas as licitações – sejam elas realizadas por sociedades estatais ou por entes da Administração Pública direta.

34. É o que ocorre, por exemplo, no tocante à emissão e avaliação de atestados de qualificação técnica de consórcios homogêneos e heterogêneos, inclusive nos casos de serviços especializados de natureza predominantemente intelectual. O tema está disposto no § 10 do art. 67 da Lei 14.133.

35. O § 10 regula questões relativas a atestados de qualificação técnica em favor de consórcios, estabelecendo critérios para sua emissão e avaliação. Prevê a observância dos critérios ali estabelecidos nos casos em que o atestado for emitido em favor de consórcio e não houver a especificação das atividades executadas individualmente por cada consorciada.

36. O inc. I determina que, em caso de atestado para consórcio homogêneo, as experiências devem ser consideradas para cada consorciada na proporção quantitativa da sua participação no consórcio. Mas o dispositivo ressalva que essa repartição não se aplica a serviços especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que todas as experiências serão reconhecidas para cada uma das consorciadas.

37. A razão de ser dessa ressalva é a indivisibilidade de experiência de serviços dessa natureza. As particularidades desses serviços tornam descabida a divisão em vista da participação formal no consórcio.

38. O inc. II prevê que, nos casos de consórcios heterogêneos, as experiências serão atribuídas para cada consorciado de acordo com o seu campo de atuação – inclusive no caso de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. Neste caso, não é necessária a repartição da experiência atinente a esses serviços, o que preserva as suas características.

39. Essas regras devem ser observadas no âmbito das sociedades estatais – ainda que não haja uma regra legal expressa assim determinando. Trata-se da aplicação de diretriz de hermenêutica em face da coerência dos sistemas de licitação existentes. Isso é necessário para assegurar a coerência na realização de licitações em diferentes regimes. Seria um despropósito que se adotassem regras distintas para emissão e análise de atestados conforme o ente emissor do atestado ou ente licitante. Não há fundamento jurídico que justifique a aplicação de critérios distintos em razão da natureza jurídica do órgão público.

40. Portanto, não é dado às sociedades estatais ignorar essas inovações e optar por emitir ou avaliar atestados em desconformidade com o disposto na Lei 14.133. Não existem razões que justifiquem a distinção de regimes nesse caso. Não existem diferenças no tocante ao instituto do consórcio, da qualificação técnica consistente em experiência anterior nem dos serviços de natureza predominantemente intelectual que autorize a aplicação de soluções jurídicas diversas.

41. Um exemplo permite compreender melhor o raciocínio: suponha-se que determinadas empresas, reunidas sob consórcio homogêneo, tenham executado a construção de uma rodovia para uma sociedade estatal, com contrato regido pela Lei 13.303. Suponha-se que o mesmo consórcio tenha executado também a construção de rodovia para um Município, submetido à Lei 14.133.

42. No exemplo citado, o Município está obrigado pela Lei 14.133 a atestar a experiência considerando a proporção da participação de cada empresa no consórcio. Mas não há norma na Lei 13.303 sobre o tema. Apesar disso, é evidente que não caberia à sociedade estatal afirmar que o silêncio da Lei 13.303 a autorizaria a atestar a experiência integralmente para cada consorciada.

43. Do mesmo modo, as sociedades estatais não podem desconsiderar a disciplina especifica sobre o modo de atestação de experiências de serviços técnicos profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual.

44. A emissão e análise de atestados de consórcios devem obedecer a uma lógica uniforme, sob pena de desvirtuamentos. Logo, cabe às sociedades estatais observar essa disciplina específica da Lei 14.133, de modo a assegurar a coerência no tocante às licitações processadas no Brasil.

B.4.2. A confirmação do posicionamento: precedentes do TCU

45. O raciocínio acima desenvolvido é confirmado pela jurisprudência consolidada do Tribunal de Contas da União.

46. No curto período de aplicação da Lei 14.133, o TCU já se manifestou em diversas ocasiões no sentido da necessidade de observância de determinadas regras da nova lei pelas sociedades estatais, submetidas à Lei 13.303.

47. Há diversos julgados nesse sentido.

48. Em um julgado relevante, o TCU reconheceu a possibilidade de as estatais utilizarem o credenciamento, apesar de não haver previsão expressa na Lei 13.303, de modo a se conferir maior eficiência na sua atuação:

> 15. Apesar de a Lei 14.133/2021 não se aplicar às sociedades de economia mista, regidas pela Lei 13.303/2006, é razoável admitir que as novas regras de flexibilização e busca de eficiência dos processos seletivos para contratações públicas, ao ser aprovadas pelo Poder Legislativo para aplicação no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional - de rito administrativo mais rigoroso -, podem, e devem, ser estendidas, por analogia, às sociedades de economia mista, que, sujeitas ao regime de mercado concorrencial, exigem, com mais razão, instrumentos mais flexíveis e eficientes de contratação. Assim, embora o credenciamento não esteja previsto expressamente na Lei 13.303/2006, é razoável admitir, na espécie, a aplicação analógica das regras previstas nos arts. 6º, XLIII, e 79, da Lei 14.133/2021 às empresas estatais.[2]

49. Em outra decisão, o TCU consignou a viabilidade de aplicação da Lei 14.133 ao Banco do Brasil, por analogia, no tocante à prorrogação do prazo de vigência de ata de registro de preços:

> Tal flexibilidade na determinação do TCU ao BB inspira-se inclusive em disposição legal prevista na nova lei de licitações e contratos (Lei 14.133/2021, art. 84): 'O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado,

[2] TCU, Acórdão 533/2022, Plenário, rel. Min. Antonio Anastasia.

> por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso'. Ainda que a referida lei não seja dirigida às estatais, é o instrumento legislativo mais recente, que pode ser utilizado por analogia para solução dessa questão.[3]

50. Em outro caso, entendeu-se que a Codevasf deve observar a Lei 14.133 para o fim de assegurar a adequada assistência técnica aos tratores por ela adquiridos, garantindo o atendimento dos interesses envolvidos:

> PREGÃO. FORNECIMENTO DE TRATORES, IMPLEMENTOS AGRÍCOLAS E VEÍCULOS. INDEVIDA EXIGÊNCIA DE REQUISITO DE MANUTENÇÃO DOS TRATORES. CONCESSÃO DE MEDIDA CAUTELAR. OITIVA. DETERMINAÇÃO PARA ANULAÇÃO DE ITENS DA LICITAÇÃO.
> 22. Ademais, registro que o art. 40, § 4º, da Lei 14.133/2021 assim dispõe:
> 'desde que fundamentada em estudo técnico preliminar, a Administração poderá exigir que os serviços de manutenção e assistência técnica sejam prestados mediante deslocamento de técnico ou disponibilizados em unidade de prestação de serviços localizada em distância compatível com suas necessidades.'
> 23. Não olvido que a Lei 14.133/2021 não se aplica à Codevasf. Entretanto, em princípio, não haveria óbices que a entidade o aplicasse de forma analógica com o intuito de melhor atender o interesse público e evitar que, eventualmente, as máquinas se tornem inoperantes em razão da falta adequada de assistência técnica.[4]

51. Por fim, há julgado em que se reconheceu que a Casa da Moeda deve se valer de diretrizes da Lei 14.133 para assegurar a justa comparação entre as propostas em licitações internacionais:

> 43. Além disso, anoto que a deliberação desta Corte não implicará a necessidade de revisão da interpretação quanto à não aplicação subsidiária da Lei 8.666/1993 pelas empresas estatais, uma vez que a necessidade de equalização das propostas nas licitações internacionais da Casa da Moeda não tem como fundamento a aplicação subsidiária da Lei de Licitações, mas sim a obediência ao princípio da igualdade, previsto nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e 31, caput, da Lei 13.303/2016.
> 44. Quanto à possibilidade de a Casa da Moeda guiar-se pelo preceito do 52, § 4º, da Lei 14.133/2021, para corrigir a falha, reputo totalmente possível, como entendeu a unidade instrutora, mas considero, todavia, que sua adoção como referência para alteração do Regulamento de Licitações e Contratos da CMB é apenas uma opção de solução para o caso, podendo a CMB optar por outras redações.
> 45. O importante é que a entidade assegure, nas licitações futuras, a comparação justa das propostas de licitantes estrangeiras com as oferecidas por empresas nacionais.[5]

---

[3] TCU, Acórdão 2.078/2023, Segunda Câmara, rel. Min. Vital do Rêgo.

[4] TCU, Acórdão 362/2022, Plenário, rel. Min. Benjamin Zymler.

[5] TCU, Acórdão 2.319/2021, Plenário, rel. Min. Bruno Dantas.

52. Os precedentes do TCU referidos confirmam a necessidade de aplicação, por analogia, de determinadas normas da Lei 14.133 às licitações e contratações das sociedades estatais sujeitas à Lei 13.303.

B.5. Síntese: distinção de regimes e hipóteses de aplicação da Lei 14.133

53. Portanto, embora a distinção evidente entre os regimes jurídicos, existem diversas normas da Lei 14.133 que se aplicam às estatais – por previsão legal direta ou por analogia, de modo a dar cumprimento a objetivos diversos.

C. Aplicação de regras da Lei 14.133 sobre serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual às sociedades estatais

54. Em vista dos pressupostos acima, cabe examinar se determinadas regras da Lei 14.133 sobre serviços técnicos profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual são aplicáveis às empresas estatais.

C.1. As regras da Lei 14.133 sobre os referidos serviços

55. A Lei 14.133 reformou a disciplina legal relativa à licitação para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, aprimorando a disciplina prevista na legislação anterior.

56. O art. 6º, XVIII, da Lei 14.133 estabeleceu um elenco das manifestações mais típicas desses serviços. Trata-se de atividades que exigem "qualificação diferenciada do prestador do serviço, configurando uma manifestação que reflete a personalidade e as habilidades próprias de cada indivíduo".[6]

57. Cabe examinar algumas das novas regras e suas finalidades.

C.1.1. Vedação ao pregão

58. O art. 29, *caput*, da Lei 14.133 alude ao rito procedimental da concorrência e do pregão. Em seguida, aponta que o pregão será adotado nos casos em que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por especificações usuais no mercado.

59. Basicamente, trata-se de reiteração da disciplina anterior relativamente às hipóteses de cabimento do pregão, nos termos da Lei 10.520.

[6] Marçal Justen Filho. Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2ª ed. São Paulo: RT, 2023, p. 174.

60. Porém, o parágrafo único do art. 29 contemplou regra inexistente na legislação anterior. Esta nova regra veda expressamente a utilização do pregão para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.[7]

61. Ou seja, deixa de existir discricionariedade para o gestor público nessas hipóteses. É proibida a adoção da modalidade pregão para a contratação de serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual.

62. Isso implica reconhecimento legal de que os referidos serviços não são serviços comuns, passíveis de contratação por pregão e critério de julgamento de menor preço ou maior desconto. De acordo com Marçal Justen Filho, "o parágrafo único reconhece a ausência de configuração de serviço comum (...). A prestação executada refletirá os atributos subjetivos do prestador do serviço. Desse modo, a prestação sempre apresentará configurações variáveis e não homogêneas".[8]

C.1.2. Adoção de critério de julgamento baseado na avaliação da qualidade técnica

63. Além de vedar a adoção da modalidade pregão, a Lei 14.133 estabeleceu regras sobre o critério de julgamento adequado para licitar serviços dessa natureza.

64. O art. 36 regula o critério de julgamento por técnica e preço. O § 1º estabelece os parâmetros para avaliação do seu cabimento, nos seguintes termos:

> § 1º O critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

65. Segue-se então um rol exemplificativo das hipóteses em que cabe adotar o critério de julgamento de técnica e preço. O inc. I alude aos "serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado".[9]

---

[7] Vedou também o uso do pregão para licitar obras e serviços de engenharia, exceto o que se configurar como serviços comuns de engenharia.

[8] Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2ª ed. São Paulo: RT, 2023, p. 461.

[9] Essa regra tem correspondência com o art. 20, § 1º, I, da Lei 12.462 (Lei do RDC).

66. O dispositivo estabelece que o critério de técnica e preço será adotado *preferencialmente*, o que se relaciona diretamente com o disposto no art. 37 da Lei.

67. No mesmo sentido de assegurar que a licitação seja orientada por critérios de julgamento adequados ao objeto, o art. 37 dispõe sobre os critérios de melhor técnica e técnica e preço. O § 2º prevê o seguinte:

> § 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas "a", "d" e "h" do inciso XVIII do **caput** do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por:
> I - melhor técnica; ou
> II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica.

68. Ou seja, para serviços específicos[10] cuja contratação seja superior a trezentos mil reais[11], a Lei determina que o julgamento seja realizado por melhor técnica ou por técnica e preço – neste caso, com 70% da valoração consistente na técnica.

69. Aliás, a parte inicial do dispositivo citado ressalva expressamente os casos de inexigibilidade de licitação. Isso se relaciona com o disposto no art. 74, III, da Lei 14.133, que indica exemplificativamente hipóteses de inviabilidade de competição e inclui uma relação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.[12]

---

[10] Os serviços indicados são os seguintes: a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso.

[11] Atualmente, esse valor mínimo é de R$ 359.436,08 (trezentos e cinquenta e nove mil quatrocentos e trinta e seis reais e oito centavos), conforme a atualização prevista no Decreto 11.871.

[12] Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:
III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:
a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;
b) pareceres, perícias e avaliações em geral;
c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

70. As regras que exigem a aplicação de critério de julgamento de técnica ou de técnica e preço afastam a adoção de critério do menor preço. Trata-se de reconhecer que a busca da proposta mais vantajosa está "mascarada, muitas vezes, pelo fetiche pelo tipo menor preço".[13]

C.1.3. A finalidade das regras

71. Essas regras que vedam o uso do pregão e determinam a seleção do prestador por critério de julgamento de técnica se baseiam em uma avaliação da experiência acumulada na generalidade dos órgãos sobre os quais recai a obrigação de licitar. Esses certames foram consistentemente examinados pelo TCU ao longo de décadas de aplicação da legislação anterior – e resultaram na norma legal que dispõe sobre o tema.

72. As regras refletem a constatação de que os mecanismos do pregão e o julgamento pelo menor preço (ou maior desconto) são inadequados para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. A Lei conferiu uma tutela diferenciada para os serviços dessa natureza, diante da sua relevância. Trata-se de um pressuposto inquestionável.

73. A experiência acumulada ao longo dos anos conduziu ao reconhecimento legal de que a utilização desses mecanismos proporcionava contratações insatisfatórias. Alguns dos problemas constatados são a mutação dinâmica da proposta e a seleção adversa.

C.1.3.1. O fenômeno da mutação dinâmica da proposta

74. A mutação dinâmica da proposta é uma condição verificada tipicamente em procedimentos de modo de disputa aberto, tal como o pregão.

75. A prerrogativa de que os licitantes dispõem para efetuarem lances sucessivos, modificando o preço durante a disputa, gera o cenário em que a redução do preço pode ser acompanhada da redução da qualidade da prestação envolvida.

76. Esse fenômeno já foi descrito há muito tempo pela doutrina, desde a aplicação da Lei 10.520:

---

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso.

[13] Marcos Nóbrega. Direito e Economia da Infraestrutura. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 26.

> A competição intensa e a redução contínua dos preços conduz ao fenômeno já referido da mutação qualitativa da proposta. Isso significa, como já exposto, a crescente redução da qualidade do produto proporcionalmente à redução do preço ao longo da disputa. Logo, o licitante cogitava, ao início da disputa, de um objeto dotado de determinado padrão de qualidade. À medida que o sujeito reduz o preço, também vai buscando formas de diminuir seu custo.[14]

77. Mesmo com medidas destinadas a evitar essa prática, a experiência demonstrou que é inerente ao modelo de disputa de lances. A redução do preço decorre não apenas da redução da margem de lucro, mas também da qualidade técnica do objeto. Por isso, mesmo após a edição da Lei 14.133, a doutrina segue alertando para esse risco:

> A Administração, muitas vezes, ignora que a sucessão de lances de valor decrescente dá oportunidade, especialmente nos casos em que o objeto não se configura como comum, ao fenômeno da mutação dinâmica da proposta. A redução do preço, produzida pelos lances decrescentes, é acompanhada da concomitante redução da qualidade do produto. No processo de lances, o fornecedor não altera sua margem de lucro. Ele diminui o seu custo, mediante a substituição de insumos, eliminação de cautelas, supressão de atributos de qualidade. O resultado final é a administração pagar o menor preço por um produto que tem qualidade mais reduzida.[15]

C.1.3.2. O fenômeno da seleção adversa

78. A seleção adversa está associada ao fenômeno anterior – ou é uma decorrência da sua existência.

79. O termo significa que a adoção de critério de julgamento exclusivamente baseado no menor preço conduzirá à seleção de uma proposta desfavorável. Ou seja, ao invés de se cumprir a finalidade da licitação (contratação da proposta mais vantajosa) se selecionará apenas um objeto de menor custo, mas sem qualidade técnica suficiente.

80. Sobre o fenômeno da seleção adversa, Marçal Justen Filho observa o seguinte:

> Se o critério de julgamento escolhido pelo adquirente for exclusivamente o preço, o resultado será a aquisição de um produto destituído da qualidade desejada. Na terminologia econômica, ocorrerá um fenômeno de seleção adversa. Isso significa

[14] Marçal Justen Filho. Pregão: comentários à legislação do pregão comum e eletrônico. 6 ed. São Paulo: Dialética, 2013, p. 132-133.

[15] Marçal Justen Filho. Comentários à lei de licitações e contratações administrativas. 2 ed. São Paulo: RT, 2023, p. 460.

> que, no intento de obter a melhor vantagem econômica possível, o adquirente realizará uma contratação desvantajosa.[16].

C.1.3.3. Conclusão

81. Em suma, a disputa restrita ao preço, por meio de lances sucessivos, implica a tendência dos licitantes de reduzirem o preço no afã de vencer a disputa. Nesse intento, eles acabam por eliminar ou reduzir custos necessários, pressupostos na sua concepção original para atender adequadamente o interesse do contratante. Isso implica a redução da qualidade do objeto a ser ofertado.

82. Nestes casos, apesar da aparência de vantagem decorrente da disputa de preços por meio de lances sucessivos, o resultado para o contratante é o recebimento de prestações destituídas da qualidade mínima necessária.

C.2. A confirmação por ampla auditoria em obras públicas

83. Os problemas derivados do uso indiscriminado do pregão ou de licitações com critério de menor preço são dados da realidade, constatados na experiência na realização de contratações públicas. Eles produzem diversos efeitos perniciosos, inclusive o desperdício de recursos públicos e a ampliação da litigiosidade entre os envolvidos.

84. Esse raciocínio se aplica a diferentes objetos, mesmo aqueles que se caracterizam como comuns. Mas tem especial relevância no tocante aos objetos não comuns, como é o caso dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

85. Basta considerar as atividades consistentes na elaboração de projetos necessários à realização de obras públicas, em diversos setores estratégicos para o país. A redução da qualidade nesses trabalhos gera efeitos muito danosos, implicando a paralisação de obras, entre outras intercorrências desastrosas.

86. Uma auditoria capitaneada pelo TCU a partir de 2018 apurou que uma enorme parcela das obras iniciadas no Brasil foi paralisada, a maior parte por problemas técnicos. Em vista disso, e entre outras providências, o TCU recomendou ao Ministério da Economia que aperfeiçoe os sistemas de gestão para controlar os

[16] Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2 ed. São Paulo: RT, 2023, p. 459.

parâmetros relacionados à metodologia de contratação de projetos e à qualidade dos produtos entregues.[17]

87. Esses resultados não podem ser ignorados pelos gestores públicos. Existe evidência empírica de resultados desastrosos na execução de contratos públicos decorrentes de defeitos na concepção da licitação.

88. A Lei 14.133 reconheceu com precisão a ocorrência desses fenômenos – chegando ao ponto de prever regras antes inexistentes para neutralizar os problemas e assegurar a realização de contratações mais satisfatórias, dotadas de maior qualidade. Essa é a finalidade à qual se vinculam o impedimento ao uso do pregão e o comando para julgar as propostas segundo critérios técnicos.

C.3. Vedação ao uso do pregão aplicável às sociedades estatais (art. 32, IV da Lei 13.303 c/c art. 189 da Lei 14.133)

89. A evolução da disciplina jurídica conduziu à incorporação dessas regras na Lei 14.133, no contexto da mais ampla reforma da disciplina jurídica de licitações realizada em muitas décadas. Não é cabível que as sociedades estatais optem por permanecer alheias a elas – até porque há previsão legal em sentido oposto.

90. A vedação ao uso do pregão se aplica às licitações de sociedades estatais que tenham por objeto serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

91. O art. 32, IV, da Lei 13.303 determina a aplicação preferencial da modalidade pregão, instituída pela Lei 10.520, no âmbito das estatais.

92. A regra se reporta expressamente ao pregão da Lei 10.520, que até então regulamentava o pregão no âmbito da Administração Pública em geral, atraindo o regime jurídico correspondente a essa modalidade. A Lei 10.520 não

---

[17] Confira-se o Acórdão 1.079/2019, TCU, rel. Min. Vital do Rêgo. Um documento publicado em veículo oficial do TCU, em 2019, registra o seguinte: “São cerca de R$ 10 bilhões já aplicados em obras paralisadas, sem que tenham sido gerados benefícios à sociedade. As consequências desse problema vão muito além dos recursos desperdiçados e são extremamente nocivas para o País. Entre outros efeitos negativos, podem ser citados os serviços que deixam de ser prestados à população, os prejuízos ao crescimento econômico do país e os empregos que não são gerados. São 132 bilhões que deixaram de ser injetados na economia. Apenas no tocante aos recursos destinados às creches do Programa Proinfância, 75 mil vagas deixaram de ser criadas e oferecidas à população”. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-obras-paralisadas.htm , acesso em 10.05.2024.

restringia a utilização do pregão para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

93. Mas a Lei 10.520 foi revogada pela Lei 14.133. Ou seja, deixou de existir o pregão da Lei 10.520. Em seu lugar, foi criada a modalidade pregão da Lei 14.133 – assim como deixou de existir a concorrência da Lei 8.666, e passou a existir outra modalidade denominada concorrência, regida pela Lei 14.133.[18]

94. A Lei 14.133 instituiu disciplina jurídica própria atinente ao pregão, com alterações e aprimoramentos relevantes. Entre esses aprimoramentos, por exemplo, vedou a utilização do pregão para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e obras e serviços de engenharia (art. 29, parágrafo único).

95. Essa regra da Lei 14.133 se comunica com o regime da Lei 13.303. Afinal, todas as referências à Lei 10.520, contidas na legislação esparsa, devem agora ser lidas como referentes à Lei 14.133, lei revogadora.

96. Isso está previsto expressamente no art. 189 da Lei 14.133:

> Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.

97. Portanto, a Lei 14.133 passa a ser aplicável nas situações em que outros diplomas se reportavam à Lei 10.520. Trata-se precisamente do caso do art. 32, IV, da Lei 13.303. Essa regra agora produz a aplicação, no âmbito das estatais, das previsões da Lei 14.133 que dispõe sobre as hipóteses de cabimento do pregão.

98. Ou seja, o art. 32, IV da Lei 13.303 prevê agora a adoção preferencial da modalidade pregão da Lei 14.133.

99. Por sua vez, o parágrafo único do art. 29 da Lei 14.133 veda expressamente a utilização de pregão para contratar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. Ou seja, deixou de ser compatível com a modalidade pregão existente na legislação brasileira a sua adoção para esse tipo de serviço. Essa vedação específica se aplica a todas as licitações

---

[18] Nesse sentido, Marçal Justen Filho aponta que houve basicamente a preservação da denominação, e que "a concorrência da Lei 14.133/2021 não se confunde com a concorrência da Lei 8.666/1993". Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas. 2 ed. São Paulo: RT, 2023, p. 455.

realizadas no Brasil, inclusive no âmbito das estatais, por força do art. 32, IV, da Lei 13.303 c/c o art. 189 da Lei 14.133.

C.4. O comando para a adoção de critérios de julgamento de técnica

100. As previsões da Lei 14.133 que comandam a adoção de critério de julgamento técnico para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual (art. 36, § 1º e art. 37, § 2º) também se aplicam às sociedades estatais.

C.4.1. A finalidade das regras

101. Como visto, essas regras visam a assegurar que a seleção do prestador tomará em consideração a qualificação do sujeito e as virtuosidades da sua atuação – e não apenas uma avaliação baseada no preço.

102. A ideia subjacente é a de que os serviços em questão são dotados de especificidades que exigem que a seleção se paute em aspectos técnicos, integral ou parcialmente, como meio de assegurar uma contratação satisfatória e eficiente.

C.4.2. A configuração de uma categoria uniforme

103. Os serviços técnicos profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual constituem uma categoria uniforme. A afirmação é feita na acepção de que não existe diferença jurídica entre um serviço dessa natureza licitado pela Administração Pública sujeita à Lei 14.133 e um serviço de mesma natureza licitado por empresa estatal sujeita à Lei 13.303.

104. Não existe nenhuma particularidade nesse tipo de serviço quando licitado por sociedades estatais. Suas características não se alteram em função da identidade de quem realiza a licitação. A situação fática é a mesma nas duas situações.

105. Todas as circunstâncias que conduziram à reforma legislativa no tocante a esses serviços são pertinentes também às sociedades estatais. O uso indevido do pregão para licitar esses serviços diferenciados, que não constituem objeto comum, não é algo estranho à atuação das sociedades estatais.

106. Logo, seria um contrassenso vedar o uso do critério do menor preço em certos casos e permitir o seu uso em outras situações equivalentes. Portanto, não é cabível que as sociedades estatais optem por permanecer alheias a essas regras, que são aplicáveis por analogia.

D. *A inconsistência dos argumentos que rejeitam a aplicação dessas regras às sociedades estatais*

107. Por fim, cabe examinar os argumentos usualmente utilizados para rejeitar a aplicação de regras da Lei 14.133 sobre serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual às sociedades estatais.

D.1. O argumento da inaplicabilidade da Lei 14.133

108. Em primeiro lugar, a negativa de aplicação da disciplina em questão se funda na alegação da inaplicabilidade da Lei 14.133 às estatais. Esse raciocínio se baseia no disposto no art. 1º, § 1º da Lei 14.133, que determina que essa Lei não se aplica às sociedades estatais sujeitas à Lei 13.303.

109. Porém, essa alegação desconsidera que existe uma previsão expressa da Lei 13.303 que remete à aplicação da Lei 14.133 relativamente ao cabimento da modalidade pregão.

110. O art. 32, IV, da Lei 13.303 alude ao pregão instituído pela Lei 10.520. A referida Lei não restringia o uso do pregão a objetos específicos, limitando-se a descrever o seu cabimento para licitar “bens e serviços comuns”.

111. Esse pregão da Lei 10.520 não existe mais.

112. Com a revogação da Lei 10.520, o art. 32, IV, da Lei 13.303 deve ser lido como referente à modalidade pregão instituída pela Lei 14.133. Isso está disposto expressamente no art. 189 da Lei 14.133. E a Lei 14.133 veda expressamente a utilização de pregão para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual (art. 29, parágrafo único).

113. Portanto, essa vedação passa a se aplicar às estatais, por força do art. 32, IV, da Lei 13.303 e do art. 189 da Lei 14.133.

114. Além disso, há diversas outras situações em que a Lei 14.133 deve ser aplicada às estatais, por analogia, conforme o posicionamento reiterado do TCU. Assim se passa por diversos motivos. Com ainda maior razão, a aplicação por analogia é necessária no tocante à disciplina dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

115. Em suma, embora a Lei 14.133 não se aplique genérica e integralmente às estatais, ela deve ser aplicada nessa situação específica diante das previsões expressas, e tendo em vista que os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual têm características uniformes, que não

variam conforme o ente contratante. Logo, sua disciplina se aplica por analogia às estatais.

D.2. O argumento da flexibilidade no regime da Lei 13.303

116. Em segundo lugar, afirma-se que a disciplina da Lei 13.303 tem o objetivo de conferir maior flexibilidade ao gestor, permitindo a modelagem da licitação com maior autonomia, o que seria contraditório com a vedação ao uso do pregão e a observância de critérios técnicos.

117. É inquestionável que o regime jurídico próprio das estatais se destinou a conferir flexibilidade à sua atuação. Porém, essa flexibilidade é um instrumento (meio) para a consecução de um fim específico, que é a eficiência. A flexibilidade conferida não é um fim em si mesma.

118. A relação de instrumentalidade da flexibilidade em relação à eficiência é ressaltada pela doutrina ao analisar a aplicação de regras da Lei 14.133 às estatais:

> a exploração empresarial inerente à atividade desenvolvida pelas sociedades estatais exige flexibilidade, exatamente para promover a eficiência.
> A eficiência é exigência inafastável quanto à atuação administrativa – especialmente em relação às sociedades estatais. Uma regra orientada à eficiência, embora pertinente à atuação da Administração com personalidade de direito público, também é aplicável às sociedades estatais. Orientação diversa viola a proporcionalidade.[19]

119. A vedação ao uso do pregão e a determinação de adoção de critério de técnica em preço para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, previstas na Lei 14.133, destinam-se precisamente a proporcionar contratações mais eficientes.

120. Portanto, as regras em questão prestigiam a finalidade que orientou a edição do regime específico das estatais.

121. Nesse contexto, de nada adiantaria adotar procedimentos mais céleres – com amparo na propalada flexibilidade – se isso resultar em contratação ineficiente, em desacordo com as disposições legais mais específicas e atualizadas.

---

[19] Marçal Justen Filho. Nova Lei de Licitações aplica-se às estatais (ao menos, em parte). Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/publicistas/nova-lei-de-licitacoes-aplica-se-as-estatais-ao-menos-em-parte-28122021?non-beta=1#:~:text=Publicistas-,Nova%20Lei%20de%20Licita%C3%A7%C3%B5es%20aplica%2Dse%20%C3%A0s,(ao%20menos%2C%20em%20parte)&text=A%20Lei%2014.133%2F2021%20estabelece,estatais%20disciplinadas%20pela%20Lei%2013.303 , acesso em 10.05.2024.

D.3. O argumento da ausência de perda de qualidade

122. Em terceiro lugar, diz-se que o processamento das licitações por pregão não prejudica a qualidade das contratações. Afirma-se que o edital contempla padrões mínimos de qualidade e que, consequentemente, todas as propostas atendem a esses requisitos.

123. A alegação não se sustenta.

124. Por um lado, porque prova demais. É impossível afirmar que todas as propostas apresentadas num pregão atendem aos requisitos do Edital. O procedimento do pregão propicia o exame apenas da proposta mais bem classificada (quando muito, de algumas outras propostas na ordem de classificação). Aliás, se houver a necessidade de avaliação de outras propostas, isso significa que a primeira colocada foi inabilitada ou desclassificada – nesse caso, ela não pode servir como parâmetro.

125. Mesmo quando se exige que os licitantes declarem atender aos requisitos do edital, é evidente que isso não dispensa um exame aprofundado sobre a sua habilitação e sobre sua proposta. Esse tipo de declaração não permite afirmar a observância das exigências do Edital.

126. Por outro lado, a alegação não tem respaldo na realidade. Desconsidera evidências empíricas e os fenômenos econômicos da mutação dinâmica da proposta e da seleção adversa. A constatação inequívoca de sua ocorrência foi justamente o fundamento para a reforma produzida na Lei 14.133 no tocante aos serviços diferenciados em questão.

127. A descrição de padrões mínimos no edital não basta. É inerente aos serviços com predominância do intelecto a influência da atuação subjetiva do sujeito na prestação que será realizada. E esse aspecto apenas pode ser captado por julgamento de ordem técnica.

D.4. O argumento da ampla competitividade

128. Em quarto lugar, costuma-se afirmar que as licitações para serviços dessa natureza têm atraído uma grande quantidade de licitantes, o que comprovaria o sucesso dos certames.

129. Porém, essa alegação apenas reforça a necessidade de observância da nova disciplina legal.

130. As regras vedaram o uso do pregão e do critério do menor preço precisamente para neutralizar a ocorrência de seleção adversa e da mutação dinâmica da proposta. Esses fenômenos se caracterizam quando a disputa de preços em lances sucessivos implica a diminuição da qualidade do objeto ofertado, resultando numa contratação desvantajosa (ineficiente).

131. É evidente que esses problemas são mais prováveis de ocorrer em licitações que contam com muitos participantes.

132. A Lei 14.133 reconheceu que os mecanismos referidos são inadequados para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. Elegeu os mecanismos adequados – concorrência com julgamento envolvendo aspectos técnicos. Aliás, a Lei 14.133 ressalva expressamente as situações em que tais serviços são passíveis de contratação direta, por inviabilidade de competição.

133. Portanto, a alegação de grande quantidade de licitantes e de ampla disputa apenas confirma a pertinência de se aplicar as novas regras.

134. De resto, não é juridicamente cabível supor que empresas interessadas, dotadas da qualificação técnica necessária, deixarão de participar de futuras licitações realizadas com base na nova disciplina.

E. Respostas aos quesitos

135. Seguem abaixo as repostas aos questionamentos formulados:

a) A Lei 14.133 se aplica genericamente às licitações realizadas por empresas estatais, submetidas à Lei 13.303?

Resposta:

Não, em princípio. A Lei 14.133 estabelece as normas aplicáveis a licitações e contratos das Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Ela não se aplica em regra às licitações realizadas por empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, sujeitas ao regime da Lei 13.303. O § 1º do art. 1º da Lei 14.133 prevê que "Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades

de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei".

De todo modo, existem situações específicas em que normas previstas na Lei 14.133 se aplicam às licitações e contratos de empresas estatais.

b) O disposto no art. 1º, § 1º, da Lei 14.133 implica a completa impertinência da disciplina da Lei 14.133 às empresas estatais sujeitas à Lei 13.303?

Resposta:

Não. É inquestionável que existe uma segregação da disciplina jurídica de licitação e contrato da Administração Pública direta, autárquica e fundacional em relação à disciplina aplicável às empresas estatais. Há regimes distintos, cada qual aplicável a um conjunto de sujeitos. Em linhas gerais, a disciplina das empresas estatais é menos severa e formalística, com o objetivo de promover maior eficiência nas contratações.

Mas é inegável que existem normas da Lei 14.133 que se aplicam às licitações realizadas por empresas estatais.

Primeiro, há os casos em que a Lei 13.303 expressamente determinou a aplicação da Lei 8.666 ou da Lei 10.520. Nesses casos, aplica-se doravante a nova Lei e não mais as Leis revogadas. Isso está expressamente previsto no art. 189 da Lei 14.133: "Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011".

Segundo, apesar da ausência de previsão normativa expressa, em alguns casos é inafastável a necessidade de aplicar a Lei 14.133 por analogia. No curto período de aplicação da Lei 14.133, o TCU já se manifestou em diversas ocasiões no sentido da necessidade de observância de determinadas regras nela previstas pelas empresas estatais.

As justificativas para essa comunicação entre os regimes jurídicos são, em geral, a necessidade de proporcionar às estatais soluções jurídicas mais adequadas, atualizadas e eficientes, previstas no instrumento legislativo mais recente, para o fim de melhor atender os interesses envolvidos. Além disso, há a necessidade de assegurar coerência entre os regimes jurídicos de licitações e contratos coexistentes. A doutrina especializada igualmente vem reconhecendo a aplicação de determinadas regras da Lei 14.133 às empresas estatais.

Portanto, não é correto juridicamente afirmar que a disciplina da Lei 14.133 seria totalmente impertinente às licitações promovidas por empresas estatais. Apesar da distinção entre os regimes jurídicos, existem regras específicas da Lei 14.133 que devem ser observadas nas licitações realizadas por estatais sujeitas à Lei 13.303.

c) As novas regras da Lei 14.133 que restringem o uso do pregão e determinam a adoção de critério de julgamento de técnica e preço para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual se aplicam às licitações realizadas por empresas estatais?

Resposta:

Sim. Isso decorre, em primeiro lugar, de previsão específica contida na Lei 13.303. O art. 32, IV, da referida Lei determina a aplicação preferencial do pregão no âmbito das estatais, reportando-se expressamente à Lei 10.520, que até então regulamentava o pregão no âmbito da Administração Pública em geral. A Lei 10.520 não restringia a utilização do pregão para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

Mas a Lei 10.520 foi revogada pela Lei 14.133. A Lei 14.133 determinou, no art. 189, que ela passa a ser aplicável nas situações em que outros diplomas se reportavam à Lei 10.520. Trata-se precisamente do caso do art. 32, IV, da Lei 13.303. Essa regra agora produz a aplicação, no âmbito das estatais, das previsões da Lei 14.133 que dispõe sobre as hipóteses de cabimento do pregão.

O parágrafo único do art. 29 da Lei 14.133 veda expressamente a utilização de pregão para contratar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. Essa vedação específica, contida na Lei 14.133, passa a se aplicar no âmbito das estatais por força do art. 32, IV, da Lei 13.303 c/c o art. 189 da Lei 14.133.

Como decorrência, cabe às estatais observar os condicionamentos da Lei 14.133 no tocante à contratação de serviços técnicos. Isso inclui a já referida vedação ao uso do pregão (art. 29, parágrafo único) e a determinação de adoção do critério de técnica e preço (art. 36, § 1º e art. 37, § 2º).

Essas regras incorporadas na Lei 14.133 refletem a constatação de que o pregão e o critério de julgamento de menor preço são inadequados para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. A experiência acumulada ao longo dos anos conduziu ao reconhecimento de que a utilização desses mecanismos proporcionava contratações insatisfatórias, com efeitos de seleção adversa, apesar da aparência de vantagem decorrente da disputa de preços por meio de lances sucessivos.

A evolução da disciplina jurídica conduziu à incorporação dessas regras na Lei 14.133, no contexto da mais ampla reforma da disciplina jurídica de licitações realizada em muitas décadas. Não é cabível que empresas estatais sujeitas à Lei 13.303 permaneçam alheias a isso, optando por desconsiderar o avanço na matéria relacionada a esses serviços. Até porque, na essência, as alterações se destinam a conferir maior eficiência às contratações desses serviços – o que guarda coerência com o vetor que orientou a edição do regime jurídico específico das empresas estatais.

A restrição ao uso do pregão e a determinação de uso de critério de julgamento de técnica e preço decorrem das características dos serviços técnicos profissionais especializados de natureza predominantemente intelectual. Trata-se de uma categoria de serviços uniforme, na acepção de que não existe diferença jurídica entre um

serviço dessa natureza licitado pela Administração Pública direta e um serviço licitado por empresa estatal sujeita à Lei 13.303. Logo, seria um contrassenso vedar o uso do pregão em certos casos e permitir o seu uso em outras situações. Como visto, essa não é a solução que se extrai da leitura conjugada da Lei 13.303 e da Lei 14.133.

Portanto, por se vincularem às características uniformes desses serviços, as novas regras se aplicam às licitações realizadas por empresas estatais.

d) As justificativas usualmente adotadas para negar a aplicação dessas novas regras às empresas estatais são corretas juridicamente?

Resposta:

Não.

Primeiro, esse posicionamento desconsidera que existe uma intersecção da Lei 13.303 e da Lei 14.133 no tocante às hipóteses de cabimento do pregão. Como a revogação da Lei 10.520, o art. 32, IV, da Lei 13.303 deve ser lido como referindo à modalidade pregão instituída pela Lei 14.133, diante do disposto no art. 189. E a Lei 14.133 veda expressamente a utilização de pregão para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. Ou seja, a modalidade de pregão existente atualmente na legislação brasileira é incompatível com a contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual. Logo, essa vedação se aplica a todos os órgãos que promovem licitação pública, inclusive as empresas estatais.

Embora a Lei 14.133 não se aplique genérica e integralmente às estatais, ela deve ser aplicada nessa situação específica diante das previsões expressas, e tendo em vista que os serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual têm características uniformes, que não variam conforme o órgão contratante. Logo, sua disciplina se aplica por analogia às estatais.

Segundo, é certo que o regime jurídico das estatais se destinou a conferir flexibilidade à sua atuação. Mas essa flexibilidade é

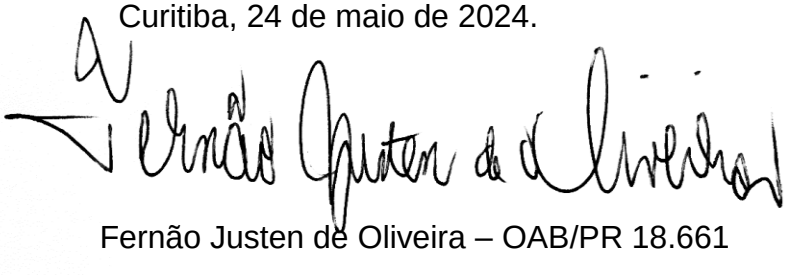
um instrumento (meio) para a consecução de eficiência (fim). A flexibilidade não é um fim em si mesma.

A vedação ao uso do pregão e a determinação de adoção de critério de técnica e preço para licitar serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, previstas na Lei 14.133, destinam-se precisamente a proporcionar contratações mais eficientes. Ou seja, essas regras prestigiam a finalidade que orientou a edição do regime específico das estatais, cabendo também por isso a sua observância. Em face das previsões legais expressas, aplicáveis às estatais, não é cabível contrapor que os mecanismos agora vedados teriam gerado contratações satisfatórias, tampouco optar pelo risco de contratações insatisfatórias no futuro.

Terceiro, a alegação de que o pregão não prejudica a qualidade das contratações não se sustenta. Ela desconsidera os fenômenos econômicos da mutação dinâmica da proposta e da seleção adversa. A constatação inequívoca de sua ocorrência foi justamente o fundamento para a reforma produzida na Lei 14.133 quanto aos serviços diferenciados em questão. A descrição de padrões mínimos no edital deve ser somada ao estabelecimento de critérios técnicos, inerentes a esse tipo de serviço. O pressuposto legal é o de que os critérios técnicos são indispensáveis para gerar contratações efetivamente satisfatórias e eficientes.

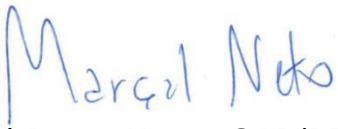
Por fim, a eventual existência de grande número de participantes em pregões realizados não justifica a opção de deixar de observar as novas regras. Essas regras vedaram o uso do pregão e do critério do menor preço precisamente para neutralizar a ocorrência de seleção adversa, quando a disputa de preços em lances sucessivos implica a diminuição da qualidade do objeto ofertado. Portanto, a alegação de grande quantidade de licitantes apenas confirma a pertinência de se aplicar as novas regras. De resto, não é juridicamente cabível a suposição de que empresas interessadas e dotadas da qualificação técnica necessária deixarão de participar de futuras licitações realizadas com base na nova disciplina.

Curitiba, 24 de maio de 2024.



Fernão Justen de Oliveira – OAB/PR 18.661

Alexandre Wagner Nester – OAB/PR 24.510



Marçal Justen Neto – OAB/PR 35.912

Rodrigo Goulart de Freitas Pombo – OAB/PR 53.450