

PALESTRA NO TCE-RN

Contratações públicas: entre princípios e consequencialismo

Odilon Cavallari

Doutor em Direito. Mestre em Direito Constitucional.
Advogado. Auditor e Assessor de Ministro do TCU.

30.07.2024

Redes sociais



odiloncavallari@gmail.com



Questões a serem abordadas

1. Princípios na Lei 14.133/2021
2. Como trabalhar com princípios
3. O consequencialismo no direito após a LINDB
4. Passo a passo para uso do consequencialismo
5. O consequencialismo do gestor na Lei 14.133/2021
6. O consequencialismo do controle na Lei 14.133/2021

Lei 14.133/2021: 22 princípios + LINDB

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro)

Lei 14.133/2021: + 1 princípio

Art. 25. [...] (sobre o edital)

§ 6º Os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos desta Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.

Lei 14.133/2021: + 3 princípios

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

V - atendimento aos princípios:

- a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;
- b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;
- c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

Lei 14.133/2021: + 1 princípio

Art. 88. [...] (sobre registro cadastral)

§ 4º A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

Lei 14.133/2021: + vários princípios

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Lei 14.133/2021: + vários princípios

Art. 89. [...]

§ 2º É facultado à Administração Pública deixar de exigir a cessão de direitos a que se refere o caput deste artigo [*direitos do autor de programa de informática*] quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação, considerados os princípios e os mecanismos instituídos pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004. [*Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo*]

Lei 14.133/2021: + 1 princípio

Art. 135 [...]

§ 4º A repactuação poderá ser dividida em tantas parcelas quantas forem necessárias, observado o **princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação**, podendo ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, como os decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários à execução dos serviços.

O que significa decidir por princípios?

- Estrutura das normas: regras e princípios
- Regras são comandos de baixa abstração
- Princípios são:
 - Mandados de otimização
 - Vetores de interpretação

O que significa decidir por princípios?

- Conflito entre regras: tudo ou nada
- Colisão entre princípios: juízo de ponderação
 - Princípio da proporcionalidade
 - Adequação
 - Necessidade
 - Proporcionalidade em sentido estrito

Cautelas ao decidir com base em princípios

CPC, art. 489:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

Cautelas ao decidir com base em princípios

CPC, art. 489:

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

LINDB, cf. Lei 13.655/2018

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Consequencialismo antes da LINDB

- Legislação brasileira. Exemplo: pressupostos das cautelares;
- Jurisprudência brasileira. Ex.: RE 852.475 (imprescritibilidade de ações de ressarcimento de dano ao erário decorrente de ato doloso de improbidade administrativa)

Consequencialismo após a LINDB: o que mudou?

- Juízo consequencialista obrigatório
- Fredie Didier:
 - O art. 20 deve ser entendido como mais um parágrafo que foi acrescentado ao art. 489 do CPC, como mais um elemento essencial da decisão

O que é uma decisão consequencialista?

- Jeremy Bentham (1789): dor e prazer
- Princípio da utilidade: aumento do prazer e redução da dor
- O desafio da proteção das minorias e das questões morais
- Pragmatismo jurídico:
 - Antifundamentalismo
 - Contextualismo
 - Consequencialismo

Consequência da obrigatoriedade de o decisor avaliar consequências práticas

- Decisão consequencialista na LINDB e na Lei 14.133/2021 impôs maior ônus de fundamentação a todas as esferas decisórias:
 - Esfera administrativa
 - Esfera controladora
 - Esfera judicial

Desafios e riscos do consequencialismo

- a) uso estratégico do argumento consequencialista para decidir segundo preferências pessoais
- b) dificuldade de identificação das consequências práticas
 - prognoses sem apoio em dados empíricos
 - ConsequenciACHISMO

Desafios e riscos do consequencialismo

c) ausência de critério seguro para decidir sobre qual consequência prática deve prevalecer entre as várias possíveis:

- Consequências econômicas, sociais, ambientais, sanitárias, etc.
- Consequências de curto ou longo prazo
- Consequências nacionais, regionais ou setoriais

Passo a passo para uso do consequencialismo

Primeiro passo:

Somente deve ser adotada uma decisão consequencialista quando a decisão natural decorrente da norma tiver potencial para causar mais desordem do que ordem.

Passo a passo para uso do consequencialismo

Segundo passo:

A decisão consequencialista deve, na medida do possível, estar amparada em dados empíricos que sustentem as prognoses realizadas quanto às prováveis consequências.

Passo a passo para uso do consequencialismo

Terceiro passo:

A decisão a favor das consequências individuais deve ser precedida de avaliação acerca da sua repercussão nas consequências sistêmicas, com as devidas justificativas jurídicas e práticas para a escolha.

Passo a passo para uso do consequencialismo

Quarto passo:

Havendo a disputa entre consequências variadas, tais como as de curto ou longo prazo, as regionais ou nacionais, as econômicas ou sociais, entre outras, a decisão deve ter como ponto de partida a ponderação entre os direitos ou princípios tutelados por cada uma das opções envolvidas, à luz da Constituição Federal, com as devidas justificativas jurídicas e práticas para a escolha.

Passo a passo para uso do consequencialismo

Quinto passo:

A decisão consequencialista deve sempre buscar a opção que melhor promova a efetivação de direitos fundamentais e dos princípios que regem as contratações públicas.

O consequencialista art. 147 da Lei 14.133/2021

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

O consequencialista art. 147 da Lei 14.133/2021

Art. 147. [...]

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

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

III - motivação social e ambiental do contrato;

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

O consequencialista art. 147 da Lei 14.133/2021

Art. 147. [...]

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

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

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

O consequencialista art. 147 da Lei 14.133/2021

Art. 147. [...]

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

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

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

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

O consequencialista art. 147 da Lei 14.133/2021

Art. 147. [...]

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

O consequencialista art. 147 da Lei 14.133/2021

- O elenco do art. 147 é exaustivo ou exemplificativo?
- As hipóteses do art. 147 devem ser aplicadas com base na interpretação literal ou sistemática?
- A decisão com base no art. 147 é discricionária ou requer fundamentação técnica?

O consequencialismo do art. 148 da Lei 14.133/2021

Possibilidade de modulação dos efeitos da declaração de nulidade

Art. 148. (...)

§ 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez.

Consequencialismo relativamente aos meios alternativos de resolução de controvérsias

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Consequencialismo nos Tribunais de Contas

Algumas decisões do TCU que, de longa data, admitem a continuidade de contrato eivado de nulidade insanável, por certo prazo, a fim de que dê tempo à Administração de realizar nova contratação precedida de licitação.

- Acórdão 898/2006 – Segunda Câmara
- Acórdão 2.414/2007 – Segunda Câmara

Consequencialismo nos Tribunais de Contas

Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 desta Lei.

Preocupação com as consequências práticas das determinações dos Tribunais de Contas

Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:

I - viabilização de oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições;

Da Construção Participativa das Deliberações (Resolução/TCU 315/2020)

Art. 14. A unidade técnica instrutiva deve oportunizar aos destinatários das deliberações a apresentação de comentários sobre as propostas de determinação e/ou recomendação, solicitando, em prazo compatível, informações quanto às consequências práticas da implementação das medidas aventadas e eventuais alternativas.

Da Construção Participativa das Deliberações (Resolução/TCU 315/2020)

Art. 14. (...)

§ 1º A manifestação a que se refere o **caput** deve ser viabilizada mediante o envio do relatório preliminar da fiscalização ou da instrução que contenha as propostas de determinação ou recomendação.

Da Construção Participativa das Deliberações (Resolução/TCU 315/2020)

Art. 14. (...)

§ 2º Dispensa-se a providência indicada no parágrafo anterior se:

I - as circunstâncias do processo permitirem antecipar a possível proposta de encaminhamento, facultando à unidade jurisdicionada manifestar-se sobre as informações previstas no caput na etapa de contraditório ou na reunião de encerramento dos trabalhos;

II- o prévio conhecimento da proposta pelos gestores colocar em risco o alcance dos objetivos da ação de controle.

Da Construção Participativa das Deliberações (Resolução/TCU 315/2020)

Art. 15. As propostas finais de deliberação devem considerar as manifestações das unidades jurisdicionadas e, em especial, justificar a manutenção das propostas preliminares caso apresentadas consequências negativas ou soluções de melhor custo-benefício.

Preocupação com as consequências práticas das medidas cautelares prolatadas pelos TCs

Art. 171, § 1º. Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas [...] definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

Preocupação com as consequências práticas das medidas cautelares prolatadas pelos TCs

Art. 171:

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

Sobre os dispositivos da NLLCA que exigem do TC que indique as providências a cargo do gestor

Para saber mais:

- OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **Projeto de Lei 4.253/2020 tem artigo inconstitucional**. Site Consultor Jurídico. Publicado em 21.12.2020.

Consequencialismo nas soluções consensuais mediadas pelo TCU

- IN/TCU 91/2022:

- Institui, no âmbito do Tribunal de Contas da União, procedimentos de solução consensual de controvérsias relevantes e prevenção de conflitos afetos a órgãos e entidades da Administração Pública Federal.

Consequencialismo nas soluções consensuais mediadas pelo TCU

- Para saber mais:
 - CAVALLARI, Odilon. **As novas soluções consensuais no Tribunal de Contas da União**. Publicado no site “Consultor Jurídico”, em 22.07.2023. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-jul-22/odilon-cavallari-novas-solucoes-consensuais-tcu>.

Sobre decisão com base em princípios e/ou consequências

Para saber mais:

- DEZAN, Sandro Lúcio; OLIVEIRA, Odilon Cavallari de. **Decisão administrativa: entre princípios e consequências.** Anais do XXIX Congresso Nacional do Conpedi Balneário Camboriú – SC, Dezembro/2022. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/906terzx/3mp2gv5p>.

PALESTRA NO TCE-RN

Contratações públicas: entre princípios e consequencialismo

Odilon Cavallari

Doutor em Direito. Mestre em Direito Constitucional.
Advogado. Auditor e Assessor de Ministro do TCU.

30.07.2024

Redes sociais



odiloncavallari@gmail.com

