

O PROJETO DA NOVA LEI DE LICITAÇÃO, O “FETICHE DA MEDIOCRIDADE” E O EMPECILHO AO *BEST VALUE FOR MONEY*

Marcos Nóbrega
@marcosnobrega48

Conselheiro Substituto do TCE-PE, Professor Adjunto IV da UFPE – Faculdade de Direito do Recife. Visiting Scholar Harvard Law School. Senior fellow Harvard Kennedy School of Government. Visiting Scholar Massachusetts Institute of Technology – MIT.

Rafael Sérgio de Oliveira
@rafaelsergiodeoliveira

Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas. Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito da Contratação Pública pela Universidade de Lisboa. Participante do Programa *Erasmus+* na Università degli Studi di Roma. Fundador do Portal L&C. Palestrante e Professor em diversos cursos de pós-graduação no Brasil. Co-autor, juntamente com Prof. Victor Amorim, do livro *Pregão Eletrônico: Comentários ao Decreto Federal nº 10.024/2019*, publicado pela Editora Fórum, 2020.

INTRODUÇÃO

O setor de contratação pública brasileiro foi recentemente tomado pela discussão acerca da vindoura “nova” *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Em sua última votação no Poder Legislativo, o texto foi aprovado pelo Senado Federal em 10 de dezembro de 2020 e pende agora de sanção presidencial.

De vários projetos existentes no Legislativo acerca do tema, vingou o que resultou do trabalho da Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, criada pela Presidência do Senado Federal em 2013. O texto foi aprovado pelo Senado em 2016 e, depois de sofrer significativas alterações, passou pela Câmara dos Deputados em 2019. No apagar das luzes de 2020, o Senado referendou o texto com as modificações advindas da Câmara dos Deputados, com algumas poucas ressalvas.

Cabe dizer que o regime de contratação pública versado no PL em foco é o das entidades de direito público nacionais, que são a Administração direta, autárquica e fundacional de todas as esferas da federação (federal, estadual, distrital e municipal). Excluem-se desse sistema as empresas estatais (as empresas públicas e as sociedades de economia mista), que se submetem à Lei nº 13.303/2016, conforme determinar o art. 173, § 1º, da Constituição.

A implantação de um novo regime de contratação pública no Brasil é esperada há muito tempo. Salvo raras exceções, há em solo pátrio um clamor no campo acadêmico e profissional para que o sistema da Lei nº 8.666/1993 seja revogado e substituído por outro mais moderno, simples e eficiente. Essa é a esperança que paira sobre o projeto que ora pende de sanção do Presidente da República.

A rigor, entende-se que a Lei nº 8.666/1993 não conseguiu cumprir sua missão de combater a corrupção e de ocasionar boas contratações para o Estado brasileiro. A ideia de reduzir ao máximo a discricionariedade do gestor público para evitar a corrupção¹ não resultou em boas contratações e também não impediu a corrupção.

Mas, e a vindoura lei, tem atributos capazes de superar essas deficiências da Lei nº 8.666/1993?

O ponto que se analisa neste estudo se pauta na qualidade da contratação de bens (excluídos os serviços e as obras). Nesse aspecto, merece destaque o critério de julgamento das licitações. É cediço que na tradição brasileira há um verdadeiro fetiche pelo menor preço dos produtos a serem adquiridos. Sem dúvida, este é o principal critério de julgamento da Lei nº 8.666/1993, sendo o único admissível para a licitação de bens. Não se pode dizer que o menor preço despreza a qualidade, mas em alguns casos o uso desse único parâmetro (preço) faz com que a licitação seja uma verdadeira máquina de seleção adversa.

Teria o projeto da “nova” Lei de Licitação e Contrato avançado nesse ponto? Como se verá adiante, o projeto avança nesse aspecto, mas há um dispositivo que ameaça qualquer espécie de modernização de contratação

¹ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 91.

de bens. O art. 20 do PL traz uma *cláusula de mediocridade* para as contratações pública nacionais. Na tentativa de evitar abusos cometidos por alguns órgãos e entidades públicas, o projeto diz que:

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à mínima necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.

Isto é, a busca pela melhor qualidade dos itens de consumo foi praticamente sepultada no projeto. A ideia é contratar aquilo que for de “qualidade comum”. Tal medida é completamente contrária à modernidade dos instrumentos de contratação pública. No âmbito internacional há uma forte preocupação com o *Best Value for Money* - *BVfM* nas contratações governamentais. Ou seja, predomina a visão de que a licitação deve ter como resultado o melhor equilíbrio possível entre qualidade e preço.

1 – *Best Value for Money* – *BVfM* nas Contratações Públicas

A expressão inglesa *Best Value for Money* – *BVfM* pode ser traduzida para o português como “melhor relação entre qualidade e preço”. Isto é, significa a maximização da qualidade do objeto desejado em troca do numerário que irá se despendar. Vejamos que aqui não importa apenas o preço no critério de escolha da solução, mas também a qualidade da entrega que será feita. A seleção do futuro contratado é resultado de uma ponderação entre custo e benefício (público). A proposta dos concorrentes, nesse modelo, é julgada por aspectos multidimensionais, sendo o preço apenas uma dessas dimensões.

O objetivo de estabelecer parâmetros do *BVfM* é melhorar a flexibilidade, a qualidade e a eficiência das compra pública através de um adequado procedimento licitatório, partindo de uma abordagem mais ampla e considerando aspectos de transparência e equidade². Essa análise de eficiência, qualidade e flexibilidade requer uma avaliação dos custos e benefícios

² ASIAN DEVELOPMENT BANK. **Value of Money: Guide Note on Procurement**. Disponível no endereço eletrônico: <https://www.adb.org/sites/default/files/procurement-value-money.pdf>. Acesso em 04/01/2021.

relevantes juntamente com uma avaliação dos riscos, atributos que vão além do preço e custo total da aquisição.

Nesse sentido, e considerando esses três pilares do *BVfM*, podemos observar o que se segue:

Quanto à eficiência, o primeiro aspecto a considerar é a diminuição dos custos de transação. Isso pode ser alcançado na nova lei por conta de medidas simples como regra da fase de julgamento vir antes da habilitação, além de embutir no escopo da lei as regras de Pregão e Registro de Preços. O problema é que, dependendo do objeto e da forma na qual a licitação for conduzida, a economia conseguida com a celeridade e agilidade do pregão, por exemplo, pode ser consumida pela má qualidade do bem ou mesmo atrasos na entrega do objeto. Assim, ancorar todas as expectativas no menor preço pode frustrar os planos da Administração de adquirir o melhor bem. Da mesma forma, a ancoragem ao menor preço pode mitigar a aquisição de produtos com melhor tecnologia e que possa, mais adiante, apresentar melhor durabilidade e conservação.

No que se refere à qualidade e flexibilidade, fica claro que apenas utilizar o critério de menor preço com *proxy* para a escolha da proposta mais vantajosa é insuficiente para garantir o *BVfM*. Em matéria de contratação pública, esse é um ponto que tem ganhado destaque³. É sabido que a busca pelo menor preço acarreta muitas vezes a compra de um objeto de baixa qualidade, que tem o potencial de gerar mais prejuízos para a Administração com outros custos ou com a baixa satisfação das necessidades públicas.

Por isso, o *BVfM* é a consagração de um critério de julgamento da licitação pública que considere o preço e as utilidades que as variações da solução desejada apresentem no mercado. É um parâmetro de julgamento das propostas adequado para os bens, serviços e obras que existem de forma heterogênea. Ou seja, é um bom critério para os casos de bens que se diferenciam no mercado em razão de eventuais valores agregados. Cabe dizer, que no caso das contratações públicas, esse valor agregado que diferencia o objeto daqueles considerados comuns deve ser útil ao interesse público, o que

³ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **Direito da Contratação Pública**. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 310.

significa que a relação entre o custo e o benefício deve indicar que este último prestigia o interesse público, e não a satisfação do agente público.

Embora a nova legislação continue arraigada ao fetico do menor preço, é necessário encontrar mecanismos para atenuar a carga decisória sobre esse critério. Assim, mecanismos adequados de cadastramento ou pré-qualificação, além de instrumentos de pontuação para empresas que cumpriram adequadamente os contratos anteriores para entregas de bens semelhantes, podem ser instrumentos de *rating* e funcionariam para “contornar” o enorme peso que o critério de menor preço deposita sobre a aquisição de bens comuns.

Dessa forma, critérios adicionais ao preço podem ser úteis para garantir um *BVfM*, sobretudo se alguns aspectos forem considerados:

- a) Reduzir os riscos da contratação e melhorar a qualidade. Quando a administração simplesmente contrata pelo menor preço, corre o risco de comprar de empresas que ofertam seus preços mas de antemão sabem que terão grande dificuldade de cumprir o contrato no prazo avençado e com a qualidade devida. Assim, critérios além do preço devem ser utilizados para diminuir o risco da seleção adversa em licitação. Da mesma forma, adequados de padrões de qualidade devem ser utilizados para garantir o mínimo de funcionalidade aos bens e serviços adquiridos.
- b) Melhoria de performance. Nesse caso, dependendo da adequada formatação dos editais, podem oferecer bens e serviços que apresentem inovadoras soluções para as necessidades da Administração.

Outro aspecto que deve ser verificado é a admissão de critérios relacionados a políticas públicas indiretamente ligadas à contratação governamental. Trata-se da conhecida função horizontal da compra estatal, que também é considerada entre os critérios ponderados quando da busca pela melhor relação qualidade e preço⁴.

⁴ Nesse ponto é referência internacional o caso *Concordia Bus Finland* (C-513/99 do TJUE), julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, no qual se admitiu a valoração da proposta com base em critérios ambientais. Vide: CARANTA, Roberto. **I Contratti Pubblici**. 2 ed. Torino: G. Giappichelli, 2012, p. 490.

No âmbito internacional, várias são as organizações que estimulam os países a selecionarem as propostas pelo *BVfM*. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, em um de seus instrumentos legais sobre licitação, aponta em diversos quesitos que a Administração Pública deve buscar o *value for money* (melhor relação qualidade e preço) nas contratações públicas⁵.

O Acordo de Compras Públicas da OMC, em seus arts. X, nº 9, e XV, nº 5, admite expressamente que se considere a qualidade como critério de julgamento das licitações, inclusive com expressa menção a fatores ambientais.

No mesmo sentido é o previsto na *Model Law on Public Procurement* da Uncitral, a comissão das Nações Unidas – ONU voltada para a promoção do comércio internacional. Segundo Nicola Dimitri, o primeiro dos objetivos da lei modelo da Uncitral aponta para o *BVfM*⁶. Tal objetivo é o de maximizar economia e eficiência em contratação pública⁷, o que, de fato, é o sentido do *BVfM*.

Ainda na esteira das lições de Nicola Dimitri⁸, verificamos que o *BVfM* tem sido priorizado pelo ordenamento jurídico de diversos países⁹. Como alerta Pedro Fernández Sánchez, é crescente a preferência por um critério de

⁵ OECD, **Recommendation of the Council on Public Procurement**, OECD/LEGAL/0411, 2019. Disponível em: <https://legalinstruments.oecd.org/en/>.

⁶ DIMITRI, Nicola (2013), “Best value for money” in procurement, **Journal of Public Procurement**, Vol. 13 No. 2, pp. 149-175. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JOPP-13-02-2013-B001>

⁷ O Preâmbulo da *Model Law* da Uncitral se refere a esse objetivo com o seguinte texto: “(a) Maximizing economy and efficiency in procurement”. É possível encontrar o mesmo objetivo no sistema de contratação pública federal americano. O item 1.102, (b), 1, do *Federal Acquisition Regulation – FAR* diz: “(b) The Federal Acquisition System will- (1) Satisfy the customer in terms of cost, quality, and timeliness of the delivered product or service by, for example- (i) Maximizing the use of commercial products and services; (ii) Using contractors who have a track record of successful past performance or who demonstrate a current superior ability to perform; and (iii) Promoting competition;”.

⁸ DIMITRI, Nicola (2013), “Best value for money” in procurement, **Journal of Public Procurement**, Vol. 13 No. 2, pp. 149-175. Disponível em: <https://doi.org/10.1108/JOPP-13-02-2013-B001>

⁹ A título de exemplos, vide: AUSTRALIA. Government of South Australia. **Value for Money in Procurement Guideline**. January 2018. Disponível em: <https://spb.sa.gov.au/sites/default/files/Value%20for%20Money%20Guideline%20v%201.0%20January%202018.pdf>.; NSIAH-ASARE, Evelyn; PREMPEH, Kwadwo Boateng. Measures of Ensuring Value for Money in Public Procurement: A Case of Selected Polytechnics in Ghana. **Munich Personal RePEc Archive**. Mar 2016. Disponível em: <https://mpra.ub.uni-muenchen.de/70051/>.

juízo multidimensional, considerando também fatores qualitativos, tudo pela convicção expressada no ditado popular de que “o barato sai caro”¹⁰.

O caso europeu é um bom exemplo. Antes mesmo da edição da Diretiva Europeia 2014/24/UE, que versa sobre contratação pública, a Comissão Europeia, órgão de execução da União Europeia, já anunciou em 2011 que a desejada reforma que resultaria naquela Diretiva tinha como um de seus objetivos melhorar a eficiência pelo *value for money*¹¹. Nesse sentido, o art. 67º, nº 2, da Diretiva 2014/24 expressamente admite que os Estados-Membros da União Europeia proibam em suas leis a seleção das propostas baseadas exclusivamente no critério do preço. Note-se que a União deixa a decisão para o Estado-Membro, mas já demonstra com isso a sua preferência pelo critério de juízo multidimensional.

Ainda sobre o Direito Europeu, um ponto relevante à luz da futura lei de licitações brasileira, é que a Diretiva 2014/24/UE determina que o diálogo competitivo, modalidade importada no art. 32 do PL¹², deve ser julgado “exclusivamente com base no critério da proposta economicamente mais vantajosa tendo em conta a melhor relação qualidade/preço” (art. 30º, nº 1, da Diretiva 2014/24/UE). Ou seja, no caso do diálogo competitivo, o Direito Europeu impõe o uso do *BVfM*, afastando o juízo da proposta com base exclusivamente no preço.

No Brasil, não há na legislação vigente um critério que se baseie propriamente na relação qualidade e preço. Em solo pátrio, o que mais se aproxima do *BVfM* é o tipo de licitação de técnica e preço, prevista no art. 45, § 1º, inciso III, da Lei nº 8.666/1993. A técnica e preço é, de fato, um critério multidimensional, mas ela não pode ser considerada uma medição da melhor relação qualidade e preço porque os critérios técnicos levados em consideração

¹⁰ SÁNCHEZ, Pedro Fernández. **Direito da Contratação Pública**. Lisboa: AAFDL, 2020, p. 310.

¹¹ EUROPEAN UNION. European Commission. **Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Public Procurement**. COM(2011) 896 final. Brussels, 2011. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:EN:PDF>.

¹² Sobre o diálogo competitivo, vide: OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro. Disponível em: <http://licitacaocontrato.com.br/exibeArtigo.html?assunto=oDialogoCompetitivoProjetoLeiLicitacaoEContratoBrasileiro>.

pendem mais para questões curriculares dos concorrentes do que para os benefícios entregues na execução do contrato.

Nos termos do inciso I do § 1º e do art. 46 da Lei nº 8.666/1993, a dimensão técnica do julgamento das propostas deve considerar

“a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, compreendendo metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução” (vide § 2º do mesmo art. 46).

É fato que a qualificação e a experiência do contratado potencializam a qualidade da entrega, mas não é garantia. Além disso, devemos reconhecer que o texto também se refere a elementos estranhos a questões curriculares, como é o caso da metodologia, tecnologia e materiais usados nos trabalhos. Ainda assim, esses fatores têm capacidade limitada para garantir a qualidade do objeto contratado, sobretudo em razão de a Lei nº 8.666/1993 admitir a utilização desses critérios apenas para a seleção de propostas relativas a serviços de natureza predominantemente intelectual (art. 46).

Esses contornos da legislação nacional apontam para o fato de o sistema de licitação brasileiro ter um verdadeiro fetichismo pelo menor preço, o que será demonstrado no tópico seguinte.

2 – A preferência brasileira pelo menor preço e os obstáculos para a implantação do BVfM no Brasil

A tradição da contratação pública brasileira preza pela seleção das propostas calcada no critério de menor preço. O Código de Contabilidade Pública, Decreto nº 15.783/1922, que trazia normas de licitação, já dizia que, salvo os casos de preferências legais, a proposta a ser escolhida deveria ser a “mais barata” (art. 755).

O Decreto-lei nº 2.300/1986 trazia como critérios de julgamento das propostas o menor preço, a melhor técnica, a técnica e preço e o preço base¹³ (art. 37). Entretanto, não indicava uma preferência pelo menor preço. Por isso e

¹³ No caso do julgamento de preço base, a Administração fixa um valor de base e limita para mais ou para menos o valor da proposta a ser adjudicada (art. 37, Parágrafo único, IV, do Decreto nº 2.300/1986).

por outros fatores¹⁴, há uma visão de que o referido diploma prestigiava o atendimento à necessidade pública, e não o menor preço¹⁵.

A Lei nº 8.666/1993 procurou prestigiar enormemente o menor preço como critério de julgamento da licitação. Tal diploma até admite outros critérios de julgamento, mas condicionados a determinadas situações. São admitidos o menor preço, a melhor técnica, a técnica e preço e o maior lance ou oferta (§ 1º do art. 45).

Acontece que o art. 46 desse diploma determina que os tipos de licitação de melhor técnica ou técnica e preço só podem ser “utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual”. Ou seja, nos termos da Lei nº 8.666/1993, a aquisição de bens deve se basear exclusivamente no preço mais barato e a contratação de serviços, em regra, deve selecionar a proposta também pelo preço¹⁶.

Salientamos que o § 3º do art. 46 autoriza, de forma excepcionalíssima, o uso da melhor técnica ou da técnica e preço para a contratação de bens. Para tanto, a autoridade máxima da Administração contratante deve justificar de forma circunstanciada que se trata de contratação de bens:

“de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório” (art. 46, § 3º).

Devemos ressaltar que nos últimos anos a imensa maioria das licitações processados no Brasil para contratação de bens e serviços ocorreram

¹⁴ O art. 36 do Decreto-lei nº 2.300/1986, em seu § 1º, admitia a seleção de proposta que não tivesse o menor preço, exigindo a justificativa da comissão da licitação para tanto.

¹⁵ ROSILHO, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 78.

¹⁶ Vale ressaltar a lição de André Rosilho ao destacar que a Lei nº 8.666/1993 resgata a tradição de priorização do critério de julgamento do menor preço: “É importante atentar para este aspecto, pois com a aprovação da Lei 8.666/1993 o ordenamento jurídico brasileiro voltará a dar preferência quase absoluta ao critério de melhor preço para a seleção dos licitantes vencedores, tornando o processo de julgamento extremamente objetivo” (ROSilho, André. **Licitação no Brasil**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 78).

na modalidade pregão, cujo critério de julgamento é exclusivamente o de menor preço¹⁷ (art. 4º, X, da Lei nº 10.520/2002).

Todo esse esforço histórico faz saltar aos olhos que o Brasil não prestigia o critério de julgamento do *BVfM* nas licitações. Relembramos, inclusive, que o critério de qualidade e preço não encontra guarida para a seleção da proposta nas licitações voltadas para a aquisição de bens. Mesmo na contratação de obras e serviços, na história recente, há uma forte preferência pelo critério do menor preço.

A vindoura lei de licitações e contratos administrativos, de um modo geral, avança para possibilitar que a contratação de bens ocorra pelo critério de técnica e preço. Como se verá adiante, o texto traz possibilidades interessantes e que caminham no sentido do *BVfM*, embora não se possa dizer que se trate do *BVfM propriamente dito*.

Em matéria de aquisição de bens, continua prevalecendo o critério exclusivamente baseado no preço. Segundo o art. 33 do projeto de lei, são critérios de julgamento menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance (leilão) e maior retorno econômico. O uso dos parâmetros baseados exclusivamente no preço (menor preço ou maior desconto) é a regra no caso das compras de bens, mas, como será exposto adiante, o projeto avança para admitir o uso da técnica e preço em algumas situações.

Ocorre, entretanto, que o art. 20 do projeto tende a ser um empecilho à busca pela melhor relação qualidade preço da compra de bens. Uma atenção deve ser dada ao texto desse dispositivo, a saber:

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à mínima necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.

¹⁷ A rigor o objeto do pregão foi inflado nas últimas duas décadas, admitindo-se essa modalidade para bens e serviços cuja qualidade comum é questionável (AMORIM, Victor Aguiar Jardim de; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **Pregão Eletrônico: comentários ao Decreto Federal nº 10.024/2019**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, p. 42-47).

Em primeiro lugar, o conceito de “qualidade comum” dificulta a possibilidade de uma avaliação mais ampla na busca do *BVfM* para aquisição de bens para a Administração Pública. Esse dispositivo tem forte incentivo para empurrar os preços dos bens adquiridos para baixo e impedir que melhores soluções sejam encontradas. Uma consequência disso é a seleção adversa que vai expulsar as empresas com seus melhores produtos do mercado, restando os produtos de pior qualidade, o que, no limite, demandará um maior custo global para a Administração, seja pela rápida deterioração do bem, ou seja pela sua impossibilidade de atender ao interesse público. Essa é uma das razões porque as compras para bens comuns se repetem com tanta frequência no setor público. Isto é, a baixa qualidade dos bens adquiridos por uma seleção baseada no critério exclusivamente de preço acarreta sua deterioração acelerada ou uma baixa satisfação das necessidades públicas.

O fetiche do menor preço distorce o mercado de bens, o que fica mais contundente quando a administração exerce poder monopsonista¹⁸ em determinados mercados.

Já há dados suficientes na plataforma de compras do Governo Federal para termos ideia de como o mercado esta formatado para atender essas demandas de má qualidade. Se não tivéssemos uma legislação tão míope, certamente o mercado teria mais incentivos à inovação e melhoria de qualidade dos bens.

É preciso destacar, ainda, que o texto do art. 20 traz conceitos de difícil – para não dizer impossível – delimitação. Termos como “itens de consumo”, “qualidade comum” e “artigos de luxo” são conceitos indeterminados e, por isso, se continuarem na lei, tenderão a gerar ruídos nas licitações. Não será surpresa se editais de licitação forem impugnados ou até sindicados judicialmente ou perante órgãos de controle em razão de questionamentos ligados à natureza comum ou luxuosa dos bens a serem adquiridos. É fato que tal questionamento pode ser pertinente em alguns casos, mas em outros serão

¹⁸ O poder monopsonista indica uma concentração de um determinado setor do mercado em um comprador ou em um número reduzido de demandantes. No caso do Estado, isso ocorre porque alguns produtos existentes no comércio são preponderantemente consumidos pelo Poder Público para a satisfação de necessidades públicas.

apenas resultantes da assimetria de informação entre a Administração contratante e o responsável pelo questionamento.

A rigor, o texto ora atacado parece ter um objetivo mais do que nobre, pois tem o fim de evitar que agentes públicos se beneficiem do erário para satisfazer gostos pessoais, abusando de sua condição¹⁹. Entendemos que posturas como essa já são suficientemente combatidas pelo ordenamento pátrio, que prevê princípios cujos comandos deônticos já rechaçam esse tipo de abuso (impessoalidade, moralidade e eficiência, todos previstos no art. 37 da Constituição). Esse aspecto já demonstra a inutilidade do texto. Porém, como já exposto aqui, mais do que inútil o art. 20 tende a atrapalhar a qualidade da contratação de bens, tanto pelo seu potencial de causar ruídos nos certames, como pelo fato de ser um empecilho para a seleção dos bens de melhor qualidade.

3 – O requisito da “qualidade comum” do projeto da nova lei representa o enterro do BVfM no Brasil?

A questão posta na epígrafe deste tópico requer uma análise de diversos dispositivos do projeto da tal “nova” lei de licitação e contrato. Como já exposto no item anterior, enxergamos no art. 20 um empecilho para a qualidade da contratação de bens, com potencial de neutralizar, inclusive, outras normas capazes de trazer grandes benefícios para os certames brasileiros. Em outras palavras, o texto do art. 20 não é um obstáculo intransponível, mas é, sem dúvida, uma barreira a ser rompida.

Nesse sentido, o art. 20 merece ser vetado por ferir de morte o princípio constitucional da eficiência na administração pública (art. 37, *caput*, da Constituição), já que vai na contramão da busca por bons resultados na contratação. Uma boa lei incentiva boas práticas, e não se apresenta como um obstáculo para o avanço. Enxergamos no art. 20 uma verdadeira cláusula de mediocridade da contratação de bens.

¹⁹ O dispositivo nos faz lembrar do caso alardeado pela imprensa nacional sobre compra de lagostas pelo Supremo Tribunal Federal. Vide: <https://exame.com/brasil/justica-federal-suspende-licitacao-do-stf-com-menu-de-lagosta-e-vinho/>.

Ressaltamos que, ao legislar nos termos do dispositivo em comento, o legislador incorreu no mesmo erro da Lei nº 8.666/1993: diminuiu a discricionariedade do gestor público no intuito de evitar desmandos, contribuindo, assim, para um sistema de licitação e contrato limitado. Por isso, ainda que torcendo pelo seu veto, devemos trabalhar no sentido de que a construção do seu significado não anule os benefícios oriundos de outros institutos previstos no PL.

Primeiramente, a mensagem legal a ser retirada é de que os bens que apresentem variação no mercado, mas sem valor agregado hábil para trazer vantagens para o interesse público, devem ser adquiridos pelas entidades públicas em qualidade comum. Isto é, se não há interesse republicano que reclame a contratação do bem em melhor qualidade, ele deve ser adquirido na qualidade comum. Inclusive, os termos do art. 20 do PL indicam que essa qualidade comum é a “não superior à mínima necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam”, o que deixa claro que a qualidade superior à comum pode ser demandada se o interesse público assim requerer.

Em segundo plano, embora os presságios do art. 20 da futura nova lei de licitação sejam desabonadores quanto à eficiência dos procedimentos licitatórios voltados para a contratação de bens, como falamos anteriormente, há como encontrar outros caminhos. É necessário fortalecermos os mecanismos de pré-qualificação (art. 79 do PL) e cadastramento (art. 86 do PL) para diminuir o “peso” decisório sobre o critério preço. Dessa forma, deve-se estabelecer regras de *signaling* suficientemente robustas para mitigar o efeito da seleção adversa.

Além disso, devem ser construídas inovadoras e eficientes regras de *rating* para premiar empresas que cumpriram seus contratos anteriores quanto a prazo e qualidade, ao passo que empresas que foram ineptas no passado devem ser penalizadas. Da mesma forma, um sistema que alerte para as empresas que sofreram sanções administrativas em certames anteriores.

Isso é importante porque a primeira grande revolução no sistema de compras públicas no país foi a criação do pregão há duas décadas atrás, que diminuiu consideravelmente o custo de transação do certame, repassando esses ganhos para os preços licitados. Agora, a segunda grande revolução, capitaneada por ideias como a dispensa eletrônica (e posterior *e-marketplace*) é

a criação de mecanismos de sinalização (*signaling*) da capacidade do licitante cumprir o contrato e da qualidade do bem adquirido.

Esse componente pode qualificar o mecanismo de compras, descolando-se da ancoragem do menor preço e tentando dotar o sistema de compras no país de uma mínima capacidade de conferir algum *BVfM* aos bens licitados.

Ademais, o projeto da nova lei abre mais possibilidades para aferição de outros critérios além do relativo ao preço do bem.

Primeiramente, o seu art. 34, *caput*, determina que o julgamento por menor preço, maior desconto e até técnica e preço considere também o dispêndio a ser acarretado pelo bem²⁰. Já o § 1º do mesmo dispositivo diz que o menor dispêndio pode ser definido com base nos custos indiretos ligados a despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação, impacto ambiental e ciclo de vida do bem. Embora esses pontos digam respeito exclusivamente a questões pecuniárias, já são avanços em face da legislação atualmente vigente. Notemos que esses critérios serão aferidos pelo fator puramente financeiro, porém são aspectos com forte possibilidade de interferir na qualidade²¹.

O art. 36 do PL também traz um avanço para a qualidade da contratação de bens. De forma mais ampla, o *novel* texto admite o uso do critério de técnica e preço para a contratação de bens. Enxergamos nessa previsão um progresso, mas ainda tímido. Atribuímos essa timidez a dois motivos.

Primeiro, o ideal seria deixar para o gestor discricionariamente decidir quando deve usar outro critério, que não aqueles calcados exclusivamente no preço (menor preço ou maior desconto). Porém, não se pode negar que o PL traz uma flexibilização, na medida em que afrouxa os requisitos para o uso da técnica e preço na seleção da melhor proposta para a aquisição de bens.

O § 1º do art. 36 permite a técnica e preço nos casos em que o estudo técnico preliminar demonstrar que a qualidade técnica superior a mínima

²⁰ Com isso, compra de lâmpadas, por exemplo, consideraria também no julgamento das propostas o seu potencial de consumo de energia.

²¹ Vejamos o ciclo de vida de um bem. Um produto cujo ciclo de vida seja longo implica menos custos de transação, na medida que a Administração passará um maior tempo sem precisar realizar outra licitação para repor o mesmo bem.

exigida no certame é relevante para a satisfação da finalidade perseguida pela Administração com a contratação. No caso dos bens, além desse requisito republicano, a técnica e preço seria possível para:

- a) “bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação” (art. 36, § 1º, III); e
- b) “objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação” (art. 36, § 1º, IV).

O *segundo* motivo para considerarmos que os avanços são tímidos diz respeito aos critérios indicados pelo projeto para a consideração dos fatores técnicos (qualitativos) da proposta. Segundo o PL, a dimensão qualitativa da proposta pode ter peso de até 70% (art. 36, § 2º) e deve incidir sobre:

- c) “verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados” (art. 37, I);
- d) “atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues” (art. 37, II); e
- e) “atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 87 desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP)” (art. 37, III).

Como se pode ver, a técnica e preço da futura lei de licitação e contrato, então, continua com o mesmo perfil da Lei nº 8.666/1993. Os critérios técnicos admitidos pelo texto baseiam-se preponderantemente na qualificação e

O Projeto da Nova Lei de Licitação, o “Fetico da Mediocridade” e o Empecilho ao Best Value for Money
Marcos Nóbrega e Rafael Sérgio de Oliveira

na experiência dos concorrentes, o que não é garantia de qualidade da entrega. Assim, esse critério de julgamento tem potencial limitado na avaliação multidimensional do bem, o que limita também a busca pelo *BVfM*.

Publicado em 8/1/2021.

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

NÓBREGA, Marcos; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Projeto da Nova Lei de Licitação, o “Fetico da Mediocridade” e o Empecilho ao Best Value for Money**. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.