

Entrevista: Rafael Valim, advogado especialista em Direito Público

O presidente Jair Bolsonaro [sancionou na quinta-feira \(1º/3\)](#) a aguardadíssima nova Lei de Licitações, que havia sido aprovada no Senado Federal no último dia 10. O texto nasceu com a missão de modernizar a Lei 8.666, de 1993, bastante criticada por especialistas em licitações e contratos públicos mais.



O entusiasmo com a novidade, porém, não resistiu por muito

tempo, já que a redação final do Projeto de Lei 4.253/20 foi considerada tímida demais — quem esperava por uma revolução no setor certamente se decepcionou.

O advogado **Rafael Valim**, especialista em Direito Público, está entre os muitos que esperavam mais da nova Lei de Licitações. Sócio do escritório Warde Advogados, ele acredita que o Brasil perdeu uma boa chance de refundar o seu modelo de contratações públicas.

"A gente poderia ter feito uma mudança de paradigma nas contratações públicas no Brasil. Mas é preciso estar absolutamente consciente de que conseguir essa substituição da Lei 8.666 já foi uma façanha", disse Valim.

Apesar da frustração, o advogado também tem elogios a fazer ao texto aprovado pelo Senado. Em entrevista à **ConJur**, ele comenta alguns pontos da nova lei que, em sua avaliação, vão dar mais transparência e agilidade às licitações e à execução dos contratos públicos, como a criação de um portal de contratações e a fixação de um prazo para que os tribunais de contas tomem uma decisão sobre os processos licitatórios que suspenderem.

Leia a seguir a entrevista:

**ConJur — O Brasil realmente precisava de uma nova Lei de Licitações?**

Rafael Valim — A substituição da Lei 8.666 é uma promessa antiga, me parece que existia desde que ela foi promulgada. A dinâmica da Administração Pública mudou, houve uma evolução tecnológica e também uma mudança nos desafios enfrentados pela Administração nos últimos anos, e isso justificava, e continua a justificar, uma atualização da lei. E um outro ponto importante é que, dada a dificuldade para criar uma nova lei geral de contratações públicas, houve o fenômeno da pulverização do regime. Então surgiram Lei do Pregão, Lei do RDC, que foi criada naquele contexto dos megaeventos esportivos... De modo que hoje nós temos uma colcha de retalhos, e essa nova lei unifica o regime de contratações públicas, o que ao meu ver é algo bastante positivo.

ConJur — Você acredita que a nova lei será capaz de dar agilidade e transparência às licitações?

Rafael Valim — Há uma opinião majoritária de que esse projeto não foi tão ambicioso quanto se desejaria, que não foi aproveitada a oportunidade para se refundar o nosso modelo de contratações públicas. Na verdade, trocamos seis por meia dúzia. Mas me parece que há aspectos positivos na lei. Ela traz alguns pontos positivos que estão sendo ocultados por essa visão muito negativa. Mas é claro que a gente poderia ter avançado mais, sempre é possível.

ConJur — As mudanças promovidas pelo novo texto legal, então, poderiam ter sido mais aprofundadas?

Rafael Valim — Sem dúvida, a gente poderia ter feito uma mudança de paradigma nas contratações públicas no Brasil. Mas é preciso estar absolutamente consciente de que conseguir essa substituição da Lei 8.666 já foi uma façanha. São muitos interesses econômicos, políticos; então, a gente não pode ter um pé fora da realidade.

ConJur — A lei promove avanços no terreno da desburocratização do processo de licitação?

Rafael Valim — Infelizmente, não. O que me parece é que ela dá um pouco mais de impessoalidade para o administrador montar o modelo de contratação adequado para o caso concreto, mas daí a dizer que vai haver um avanço em termos burocráticos, um avanço em termos de agilidade, de tempo na contratação... Eu sou muito cético em relação a isso.

ConJur — Seria possível cortar esse caminho da burocracia sem aumentar o risco de corrupção?

Rafael Valim — É difícil. Veja, o processo administrativo é uma forma de revelar a vontade da Administração. O problema é que, se você produz muitos atalhos, acaba fragilizando o controle da Administração. É claro que tudo isso tem uma medida, e me parece que no Brasil a gente tem um excesso de atos de burocracia, de entraves. E, no final, não serve para nada. E temos também uma acumulação de responsabilidades que, quando você vai ver, acaba não inibindo a corrupção. Creio que a gente deveria ter menos regras, mas com efetividade maior. No Brasil há muitas regras, mas tem regra que só serve para fomentar a corrupção, e não para combatê-la.



ConJur — Então a nova lei tem poucas chances de eliminar, ou pelo menos de reduzir significativamente, a corrupção nas obras públicas, nas licitações?

Rafael Valim — Nosso problema com a corrupção vai muito além das contratações. Com esse modelo burocrático muito pesado, do jeito que foi colocado, me parece que não há um avanço tão expressivo em termos de burocracia. Agora, um ponto positivo que eu vejo na lei é que ela reforça a transparência. Ela obriga a gravação em áudio e vídeo das reuniões presenciais, reforça a publicidade do edital de contratação... São coisas pequenas, mas que fazem uma diferença enorme. Além disso, fica proibida aquela exigência de identificação para as pessoas que queiram acessar o edital de licitação. Era uma coisa muito comum: era publicado o edital de divulgação na internet, só que eles pediam um cadastro e depois iam monitorando quem tinha interesse na licitação. Isso a lei proibiu. E também foi criado um portal de contratações públicas, que é um incremento na transparência. São medidas estruturais que ajudam a combater a corrupção. Outra coisa importante: a lei reforça a ideia de planejamento, com um plano de contratações anual e a obrigatoriedade de projeto executivo nas obras. Nesses pontos, a lei avança.

ConJur — Outra novidade é a criação um seguro-garantia para o caso de a empresa contratada ficar sem dinheiro. Isso realmente pode diminuir o problema das obras paradas?

Rafael Valim — Esse é um tema debatido há alguns anos e me parece que se apresenta como um dos pontos positivos da lei. É o chamado *performance bond*, a possibilidade de uma garantia contratual, pois, em caso de inadimplemento do contratado, a seguradora assume a execução e conclui o objeto. Creio que é um ponto positivo também porque a seguradora vai acabar ajudando a Administração a fiscalizar o contrato, já que evidentemente ela não vai querer assumir a obra.

É claro que o fenômeno das obras paralisadas no Brasil tem muitas causas; às vezes ele pode ocorrer por iniciativa de um órgão de controle, por uma decisão judicial, e nesses casos a seguradora não vai resolver. Assim mesmo, me parece que essa novidade tem uma capacidade enorme de minimizar o problema lamentável das obras paralisadas no país.

ConJur — Estamos falando da entrada de um novo elemento nessa equação, que é a seguradora. Isso pode ter o efeito colateral de complicar ainda mais o processo? E não seria necessário fazer uma licitação para contratar a seguradora?

Rafael Valim — É uma boa pergunta. O que me parece é que a seguradora terá de examinar muito bem os projetos em que vai entrar, analisar bem os riscos envolvidos. Mas eu não vejo nenhum problema jurídico que possa impedir ou dificultar a participação e eventual execução dessas obras pela seguradora. Não há nenhum empecilho para isso.



ConJur — Como fica o papel do Tribunal de Contas da União, assim como dos demais órgãos de controle, com a mudança na legislação? Eles podem ganhar em eficiência?

Rafael Valim — A lei, em muitos aspectos, consolida a jurisprudência do TCU, em vários pontos ela é uma consagração legislativa de entendimentos do tribunal. Por outro lado, há um dispositivo, o artigo 171, que responde a uma reivindicação sobretudo das empresas que atuam nesse setor, por mais celeridade, para que as suspensões dos processos e contratos pelos tribunais de contas tenham um prazo razoável. O artigo coloca que o tribunal pode suspender cautelarmente um processo licitatório, mas deve decidir sobre o mérito da irregularidade em um prazo de 25 dias úteis. Isso é algo que deve ser saudado. Antes se suspendia uma licitação e a decisão poderia demorar muito. A mera estipulação de um prazo é um importante instrumento para coibir atos de corrupção. Quando você deixa que o agente público decida quando quiser, isso é um campo fértil para favorecimentos ou perseguições.

ConJur — E isso atualmente ocorre na fase de projeto ou também na execução da obra?

Rafael Valim — É o que a gente chama de exame cautelar da licitação, algo bastante comum, mas aí uma licitação que estava prevista para durar 40 dias, por razão de suspensão do tribunal de contas, pode demorar um ano. E você se pergunta como é que pode demorar um ano para comprar uma caneta... No Brasil se fala muito do processo, da burocracia, dos 40 dias do processo licitatório, mas se a gente tiver uma fase preparatória adequada, e isso significa planejamento, todo o resto vai bem. Muitas vezes, o problema da demora é a fase preparatória mal planejada. Se você tem um projeto péssimo, é claro que depois vai dar problema. Vai ser mal executado, dar margem a aditivos, e os aditivos são o grande problema da corrupção no Brasil. A fase de planejamento e o posterior acompanhamento de execução da obra são aspectos muito mais importantes, que passam muitas vezes ao largo, despercebidos e as pessoas só ficam discutindo regrinhas de licitação.

ConJur — E a nova lei promove um avanço nesse campo?

Rafael Valim — Ela promove, sim, mas avanços também contraditórios. Porque, por exemplo, ela reforça o planejamento, só que permite a manutenção da contratação integrada, que foi criada no regime diferenciado de contratações da Copa do Mundo (de 2014), quando o governo não tinha como executar os projetos no tempo que era necessário. Então foi criado um regime em que é delegada a execução do projeto ao particular. E isso é a consagração da falta de planejamento. Em outros países, passa-se muito tempo planejando a obra e depois a licitação e a execução têm de ser rápidas, porque tudo estava planejado nos mínimos detalhes. No Brasil, não, querem gastar pouco tempo no planejamento, e depois é jogado um peso enorme na execução da obra, e aí acontecem os problemas que a gente conhece. O foco das pessoas está no lugar errado, na licitação, enquanto deveria estar no planejamento e na execução.

Então, ao mesmo tempo em que a lei promove alguns avanços em termos de planejamento, ela, de modo contraditório, mantém a contratação integrada, que é a antítese do planejamento e que está dando muito problema porque você não define adequadamente o objeto da licitação e depois desloca todas as disputas entre a Administração e o contratado para a fase de execução. E aí surge a chance de ter obra paralisada por falta de um acordo no curso da execução contratual.



ConJur — E quanto à transferência para o contratado da responsabilidade por licenciamento ambiental e desapropriação, também é um aspecto negativo do texto?

Rafael Valim — É outra contradição. Essa novidade deve ser objeto de críticas porque esses pontos precisam ser resolvidos antes da licitação. Se você permite que o objeto da lei seja contratado com esses aspectos pendentes, isso se torna uma fonte de insegurança, que depois resulta no fenômeno das obras paralisadas.

ConJur — Mas por que a lei permite essa transferência ao particular de obrigações como licenciamento e desapropriação, que são próprias do poder público?

Rafael Valim — Isso é uma discussão de alguns anos, essa lógica de que é melhor deixar na mão do particular porque ele vai resolver de maneira mais rápida e mais barata. Essa lógica está equivocada, no meu modo de ver; essa é uma responsabilidade do poder público. Acho que essas atividades até podem ser realizadas pelos particulares, mas o problema é permitir que uma licitação seja deflagrada sem esses pontos resolvidos, porque isso vai de encontro à ideia a que eu me referi antes. Acabei de falar de planejamento e a lei coloca riscos, embute riscos, na execução do contrato que não devem ser embutidos.

ConJur — O que, lá na frente, pode fazer a obra parar...

Rafael Valim — A obra para. E aí você tem de mudar o cronograma, não consegue avançar. Vai ter de fazer um remanejamento, aí a empresa vai falar que a expectativa de executar a obra é por um determinado período e que vai ficar com a equipe imobilizada enquanto isso não se resolve, que precisa pagar por essa imobilização... Então essa transferência acaba gerando ineficiência e riscos enormes.

ConJur — Você deixou claro no começo da conversa que considera que a nova lei tem pontos positivos e negativos. Claramente nós acabamos de falar de um ponto negativo. Há algum outro?

Rafael Valim — A possibilidade de orçamento sigiloso, que vinha já do regime diferenciado de contratações, é algo de que eu sou crítico desde a primeira hora. Isso gera risco de assimetria de informações e corrupção. As eventuais vantagens do orçamento sigiloso estão longe de justificar os riscos que ele impõe. Um deles é que um agente da Administração Pública pode transmitir o valor do orçamento para um dos concorrentes e, assim, dar a ele uma vantagem enorme. Então, é criado um monopólio sobre a informação que abre a possibilidade para que ela seja vendida. A desconsideração da personalidade jurídica na via administrativa é um tema polêmico e que também me parece um risco enorme às empresas, porque isso tem de ficar nas mãos do Judiciário, e não das autoridades administrativas.

Outro problema que eu vejo é a possibilidade de ocupação provisória de bens e serviços, que já estava na Lei 8.666 e foi mantida. Isso ocorre especialmente em contratos que lidam com questões muito sensíveis, como os da área de saúde. Por exemplo, a Administração alega um determinado problema de execução e faz a ocupação dos bens. Aí ela diz que não pode parar o serviço, então determina que vai continuar usando os bens e os funcionários da empresa até resolver o problema, e isso me parece absolutamente inconstitucional porque cria um atalho para a Administração. Ela é que tem de fazer a contratação direta por emergência, não pode deixar esse problema no colo do particular. Não é o particular que tem de zelar pelo interesse público, é a Administração.

ConJur —



Entre pontos positivos e negativos, o que prevalece no texto da nova lei?

Rafael Valim — Para mim o balanço é positivo, não vou ser tão pessimista. Um ponto interessante a se ressaltar é a previsão de que a defesa das autoridades que tenham atuado de acordo com a orientação dos órgãos de assessoramento jurídico pode ser feita pela advocacia pública. Atualmente, as pessoas opinam muitas vezes de completa boa-fé, seguindo parecer jurídico das procuradorias, mas aí tomam uma ação de improbidade e têm de contratar o próprio advogado. E isso, de novo, é uma fonte de corrupção, porque gera a possibilidade de fazer favores para depois receber favores.

Outro ponto positivo é que a nova lei estipula um prazo para a resposta a um pedido de reequilíbrio econômico-financeiro. Qual é o ponto hoje no Brasil? Você faz o pedido e a Administração simplesmente o negligencia.

ConJur — E isso gera mais atrasos...

Rafael Valim — Mais atrasos, depois mais litígios... A matriz de riscos nos contratos também é importantíssima, a generalização da matriz de riscos. O que nós temos hoje? Temos uma teoria que está na lei que diz que em determinadas hipóteses, como caso fortuito, força maior ou fato do príncipe — ou seja, conceitos bem abertos —, deve ser feito o reequilíbrio do contrato. Aí em cada contrato a Administração faz um exercício de futurismo, de previsão dos possíveis riscos que podem acontecer nesse contrato. Com a nova lei, o particular já fica sabendo de antemão que o risco é dele. Fica melhor esclarecida a regra do jogo.

ConJur — Há mais alguma boa novidade a ser destacada?

Rafael Valim — Há, sim. A partir da entrada em vigor da nova lei, a execução de cada etapa da obra vai ser precedida de depósito em conta vinculada dos recursos financeiros, ou seja, a Administração vai ter de depositar o dinheiro em uma conta bancária e ele ficará disponível. Isso é superinteressante também. É um avanço porque se tenta evitar o fenômeno lamentável da indisponibilidade financeira. Esse é um ponto em que a lei tenta dar alguma salvaguarda ao contratado, e não se trata de privilégio, nada disso, mas de salvaguardas que podem resultar em benefício de todos. Quando a gente coloca muitos riscos nas costas do contratado, ele vai precificar esses riscos.

Então, as medidas que a lei apresenta, longe de buscar privilegiar o contratado, aumentam a segurança jurídica e, em última análise, podem resultar em benefício de todos. A gente precisa de segurança jurídica para todos, para o agente público, para as empresas que estão contratando com o poder público, para todo mundo. Isso, sim, é eficiência econômica, e não deixar as coisas nas mãos do particular como se isso fosse uma panaceia que vai resolver tudo.

Date Created

04/04/2021