

ENTREVISTA COM O MESTRE

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Professor de Direito Administrativo. Advogado, Escritor, Consultor, Conferencista, Palestrante de renome nacional e internacional. Fundador da Jacoby Fernandes & Reolon Advogados Associados. Desenvolveu uma longa e sólida carreira no serviço público, ocupando vários cargos, dos quais se destacam: Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, Membro do Conselho Interministerial de Desburocratização, Procurador e Procurador-Geral do Ministério Público perante o Tribunal de Contas do Distrito Federal, Juiz do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, Advogado e Administrador Postal da ECT e, ainda, consultor cadastrado no Banco Mundial. Como conferencista e palestrante é um dos profissionais mais solicitados no ramo, onde ministra diversos cursos, congressos e seminários em todo o país. Autor de várias obras sobre o tema da Administração Pública, das quais se destacam: Contratação Direta sem Licitação, Tomada de Contas Especial, Sistema de Registros de Preços e Pregão Eletrônico.

Primeiramente, agradecemos ao ilustre professor Dr. Jorge Ulisses Jacoby Fernandes pela gentileza em nos conceder esta entrevista exclusiva para a Edição Comemorativa de 6 anos do nosso periódico mensal *SLC – Solução em Licitações e Contratos*.

Gostaríamos de parabenizá-lo pelos recentes lançamentos das belíssimas obras Lei nº 14.133/21 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 2. ed., e Tratado de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 14.133/2021, 1. ed.

Por fim, não poderíamos deixar de mencionar sua brilhante atuação no cenário do Direito Público ao longo de toda a sua grandiosa trajetória profissional, em especial na seara das contratações públicas, sempre apresentando obras de grande valia e inspiração para todos aqueles que atuam no Poder Público, dentre as quais destacamos:

- *Contratação Direta sem Licitação*, 11. ed., 2023;
- *Terceirização: Legislação, Doutrina e Jurisprudência*, 2. ed., 2018;
- *Sistema de Registro de Preços e Pregão Presencial e Eletrônico*, 6. ed., 2015;
- *Tomada de Contas Especial – Desenvolvimento do Processo na Administração Pública e nos Tribunais de Contas*, 7. ed., 2017;





- Dentre inúmeras outras contribuições em livros, coletâneas legislativas e artigos publicados.

Imóveis Públicos e Obras Públicas – Inovações com base no novo ordenamento jurídico

Até o presente momento, quais seriam as principais irregularidades observadas pelas Cortes de Contas na fiscalização de obras públicas?

As irregularidades podem ser divididas em três grupos, basicamente.

O primeiro grupo é relacionado à fase interna da licitação, onde por pressa para lançar uma obra ou finalizar uma obra, muitas irregularidades são cometidas, iniciando-se por deficiências nos projetos básicos, irregularidades em sondagem de solo, proteção ao meio ambiente e licenças ambientais. Essa fase interna da licitação foi agora muito bem detalhada pela nova Lei de Licitações.

A segunda é relacionada à execução do contrato. A execução do contrato pode ter irregularidades que são imputadas à própria empresa executora da obra. Assim, ocorre, por exemplo, na aplicação de materiais de qualidade inferior ou em abreviar procedimentos com prejuízo à durabilidade da obra. Ainda existe o risco do superfaturamento, ou seja, serem faturadas parcelas que não foram executadas. Em razão de deficiências da fiscalização, esses fatos não são descobertos. Nesse ponto, também a nova lei tratou de impor o acompanhamento informatizado de obras, no art. 19. Esse acompanhamento, por exemplo, pode permitir que o Tribunal de Contas fiscalize também *on-line*.

E há um terceiro conjunto de irregularidades frequentes para as quais os tribunais de contas não têm utilizado todo o seu instrumental. Refere-se, pois, a irregularidades no pagamento das empresas. Há uma garantia constitucional que impõe à Administração preservar as condições efetivas da proposta. Essa regra está no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, mas até a Lei nº 14.133, não era imposto aos tribunais de contas do Brasil a fiscalização desse pagamento. Pouco mais de seis tribunais de contas do Brasil fiscalizavam a ordem de pagamento das obras públicas. Havendo irregularidades nessa fiscalização ou no próprio pagamento, é certo que isso refletirá na qualidade da execução das obras. Agora a nova lei impõe o dever de fiscalização a todos os tribunais de contas. Na prática, isso implica garantir às empresas o direito de buscarem também nos Tribunais de Contas a regularidade dos pagamentos. E isso pode ser feito por entidades de classe.

A seu ver, a nova Lei de Licitações seria suficiente para evitar tais irregularidades?

A nova Lei de Licitações não é suficiente para evitar tais irregularidades.

Sempre haverá a possibilidade de lesar o erário ou causar prejuízo com proveito próprio. Mas a nova lei dá passos decisivos e importantes para instrumentalizar a Administração Pública com mecanismos para evitar algumas das irregularidades amplamente conhecidas e recorrentes.

A primeira delas está no artigo 19, que permite à Administração colocar no edital exigências relacionadas ao acompanhamento eletrônico da obra, como ocorre, por exemplo, com técnicas de

georreferenciamento. Temos defendido que a Administração deve exigir do contratado “embarcar essa tecnologia” no edital como exigência; alternativamente a Administração contratar esse *software* e obrigar que o *software* do contratado, se esse possuir, se integre à base dados.

Outro ponto importante é a exigência da modelagem BIM, que vem indicar um processo muito mais avançado que o simples AutoCAD. O sistema identifica inclusive a quantidade de material a ser utilizado em cada uma das etapas. Com isso, facilita, por exemplo, a conjugação da tabela BIM com o SINAP, e a Administração teria mecanismos melhores para acompanhar os preços das obras. Por fim, também enfatiza que o fiscal poderá ser auxiliado por agentes de Administração Pública ou por empresa terceirizada. Nesse sentido o art. 74 vem a estabelecer a possibilidade de se contratar notórios especialistas na fiscalização de obras para garantir a qualidade do empreendimento.

Então, a nova Lei de Licitações dotou a Administração Pública de novas ferramentas para evitar irregularidades.

Outro ponto importante foi o dever de capacitar os que trabalham na área. Havíamos proposto um capítulo inteiro tratando do tema, mas foi excluído no Senado. Mas em vários pontos a lei impõe essa qualificação como ocorre entre as exigências de qualificação, no art. 7º, e quando determina que a alta Administração deve zelar pela governança das contratações, no art. 11. Também impôs ao Tribunal de Contas, que havendo dano ou não, deve obrigar a capacitação.

Embora discorde do fato de a lei criminalizar condutas dos que trabalham com licitações e contratos, é forçoso reconhecer que os tipos penais ficaram mais claros em relação ao fato de que somente as condutas dolosas serão punidas.

É importante que além de qualificar a Administração regule os procedimentos internos, inclusive com a padronização de formulários, editais, contratos, e outros artefatos previstos em lei.

Qualificando, regulamentando e padronizando o processo vai melhorar muito.

Qual a efetiva importância, em face da nova Lei de Licitações, dos agentes públicos envolvidos com planejamento, licitação e fiscalização de obras e serviços de engenharia?

A nova Lei de Licitações tenta reproduzir a modelagem do pregão, definindo um agente responsável para a fase da licitação, que é o agente de contratação. Embora o nome seja agente de contratação, ele está voltado para a licitação, e funciona desde a criação da demanda, num documento, denominado documento de formalização da demanda ou de oficialização da demanda, até a assinatura do contrato.

O agente de contratação também pode ser substituído por uma comissão.

Note que a figura agora é a celeridade do procedimento. E a nova lei se encarrega de dar a esse agente muito mais segurança jurídica quando ordena que o órgão jurídico e o controle interno vão apoiar a atividade do agente de contratação.

Também no artigo 8º, § 4º, a lei admitiu a contratação de consultoria específica por prazo determinado, quando o objeto não for usualmente licitado, de tal modo que os novos desafios poderão contar com apoio externo.

Por fim, no artigo 10, a lei garante ao agente de contratação e ao agente público envolvido nas fases da licitação a certeza de que seguindo o parecer jurídico terão a garantia da defesa pela advocacia pública.

Essas melhorias na fase interna – definição de responsável, apoio, capacitação foram sistematizadas de forma melhor. O capítulo II do título II trata da fase interna minuciosamente, detalhe por detalhe.

Em seu entendimento, os agentes que atuam na fase preparatória poderão também atuar na fase de execução contratual, como gestor ou fiscal do contrato?

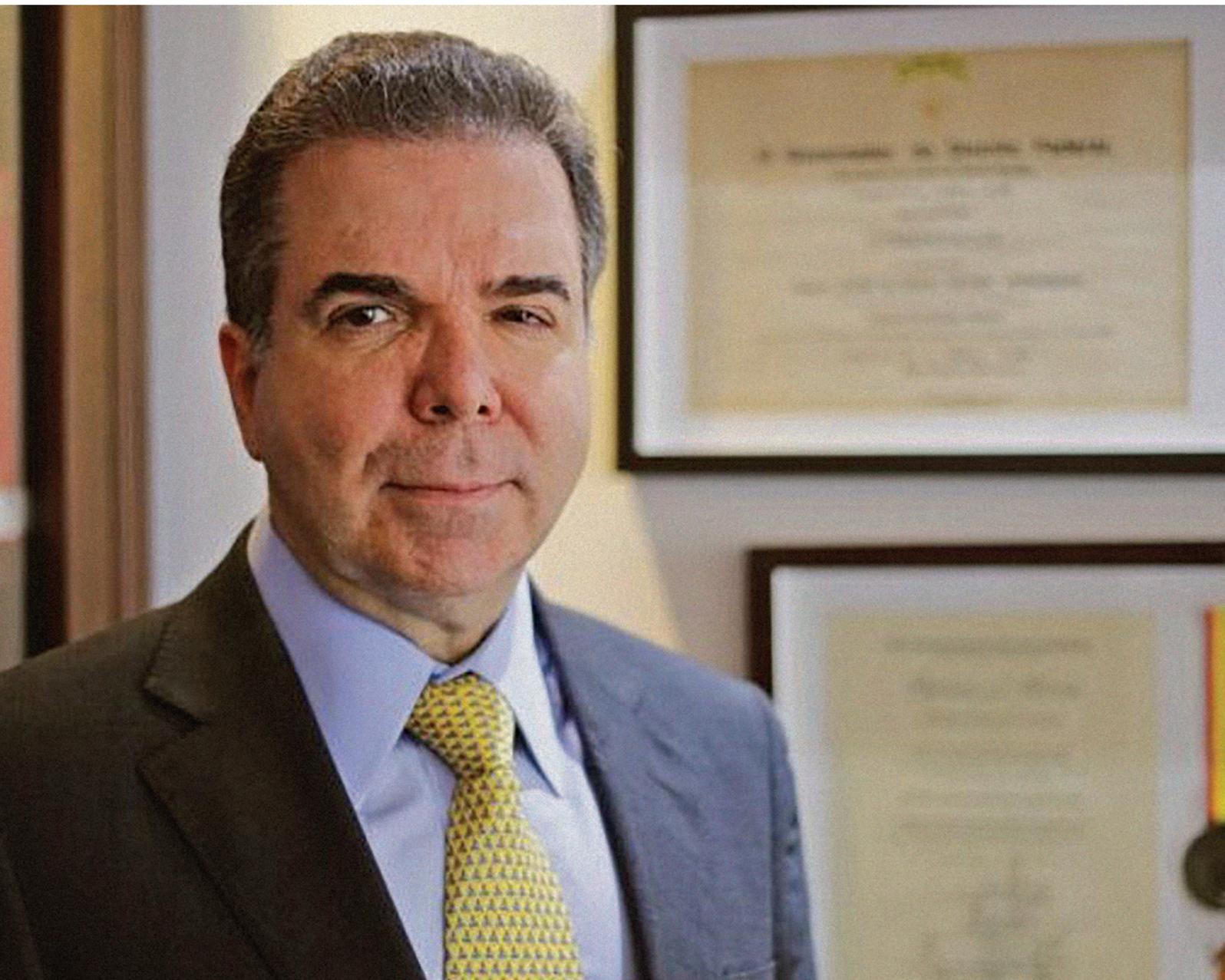
Sim, a unidade setorial ou o agente específico que faz o documento de formalização da demanda – DFD pode sim ser encarregado de fiscalizar a execução do objeto. O que se não admite é a possibilidade de o mesmo agente ser encarregado de atos sucessivos como formular o pedido, participar da licitação do julgamento de propostas e depois se tornar o fiscal do contrato. Isso ofende o princípio da segregação das funções que agora está vedado expressamente em lei. Não é mais permitido a violação do princípio da segregação das funções.

Está assim redigido:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

§ 1º A autoridade referida no *caput* deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

Note que o conceito do princípio fica aparente no texto da lei, podendo ser facilmente deduzido.



No caso da pergunta, o exercício de funções relevantes não se dá continuidade, ou seja, sucessivamente. Aqui a função de especificar o objeto e mais adiante de fiscalizar a execução do contrato não são atividades simultâneas ou colocadas sucessivamente na mesma ordem. Por isso, a vedação não incide.

Em se tratando de obras públicas, o Estudo Técnico Preliminar (ETP), a Análise de Riscos e os Projetos Básico e Executivo, eventualmente, poderão ser dispensados? Se sim, em quais situações?

A primeira situação de dispensa de tais documentos é na contratação direta sem licitação. Isso porque no art. 72, inciso I, a lei exige o documento de formalização da demanda e depois acrescenta: “se for o caso” o estudo técnico preliminar, a análise de risco, o termo de referência, o projeto básico ou o projeto executivo. Ou seja, diante do caso concreto, a Administração vai decidir o que deverá ser exigido na contratação direta. Essa é a primeira situação a que alude a pergunta.

A outra situação é tratada no art. 46, § 1º, que estabelece que é vedada a realização de obras de engenharia sem projeto executivo. Então, a regra agora passou a ser a necessidade de projeto executivo, não é só mais o projeto básico. O nível de detalhamento, agora, é para ser levado a sério, o que exige, por exemplo, a sondagem de solo, como um dos elementos para oportunizar a realização do projeto executivo. Mas esse mesmo § 1º abre as exceções do § 3º do artigo 18, que é a contratação integrada e semi-integrada. Nessas situações, na contratação integrada, a Administração pode, inclusive, fazer a licitação sem o projeto básico e sem o projeto executivo. E na semi-integrada, pode realizar a licitação sem o projeto executivo. Nas duas situações, a Administração transfere pelo edital, ao particular, o dever de elaborar o projeto executivo, se for o caso, também o projeto básico.

A análise de riscos e o estudo técnico preliminar poderão ser dispensados em alguns casos, mas é importante considerar que são instrumentos importantes para que a Administração possa, inclusive, dar reequilíbrio econômico ao contrato, pois se existir uma análise de riscos e o evento estiver previsto na análise de risco, na matriz de risco correspondente, a Administração pode conceder o reequilíbrio, sem caracterizar o crime de conceder vantagem específica não prevista no edital, no contrato ou na lei. Estando previsto na matriz de risco, a Administração não cometerá o crime.

O anteprojeto é obrigatório em toda e qualquer obra pública?

Sim, o anteprojeto é obrigatório em toda e qualquer obra pública. Pode ser inclusive um documento padronizado pela Administração quando se tratar de obras de menor complexidade. Mas o anteprojeto é, na verdade, a definição de funcionalidades necessárias para a Administração Pública atender a determinado interesse público. Então, o anteprojeto, sim, é necessário em toda e qualquer obra pública, inclusive no caso de contratação integrada e semi-integrada. Vemos aqui o documento de formalização da demanda, mas se obra pública estiver conceituada na forma do art. 6º, inciso XII da lei nº 14.133, deverá ser realizado o projeto básico com os elementos previstos no art. 6º, inc. XXIV da mesma lei.

Quais foram as principais inovações da Lei nº 14.133/2021, no tocante à exigência de atestados em contratações de obras públicas?

A primeira está no art. 18 que no inc. IX obriga a motivar circunstanciadamente as exigências.

O art. 67 passou a definir com clareza temas discutidos na doutrina e na jurisprudência.

Assim, definiu:

a) o percentual de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, como sendo aquele tem valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação;



- b) A exigência de atestado com quantidade que fica limitado a 50% (cinquenta por cento) das parcelas de maior relevância;
- c) A restrição as pequenas e microempresas participarem da licitação de obras, quando excedido determinado valor, conforme art. 4º;
- d) Permanece a vedação a limitar a tempo e locais específicos;
- e) Serviços não classificados como de engenharia substituir aos atestados por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes;
- f) Admitiu atestado emitido por entidades estrangeiras quando acompanhados de tradução para o português;
- g) Em relação a serviços contínuos, admitiu que o edital exija que o licitante tenha executado períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos;
- h) E, por fim, uma das mais importantes é o direito de contratar por notória especialização a fiscalização, supervisão e o gerenciamento de obras e serviços.

Como elaborar adequadamente o orçamento estimado pela Administração Pública, na contratação de uma obra pública? Os parâmetros utilizados pela União também deverão ser utilizados por Estados e Municípios?

Antes de precificar uma obra é importante considerar que a lei agora recomenda seja preferencialmente utilizada a Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modelling* – BIM) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la.

A precificação especificamente foi tratada no art. 23 e a precificação de obras públicas no § 2º. Importante notar que o uso de planilhas deve considerar o preço do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi).

A lei não trata da ociosidade e da improdutividade, mas a doutrina já possui recomendações a respeito.

No tocante à alienação de bens públicos, a ADI nº 927-3/RS havia suspenso alguns importantes dispositivos da Lei nº 8.666/1993. A seu ver, tal ADI possui efeitos práticos em face da nova Lei de Licitações, especificamente nos dispositivos legais correlatos?

Sim, a decisão do Supremo Tribunal Federal que considerou inconstitucional partes da Lei nº 8.666/1993 vale para a aplicação da Lei nº 14.133/2021 que repetiu em parte os dispositivos. Como integrante da Comissão de Federalismo da OAB, comissão presidida pelo eminente e culto Ophir Cavalcanti, propus e a comissão aceitou que a OAB federal ingressasse com representação no STF para dar interpretação conforme à Constituição a artigos da nova lei. Em síntese, não cabe a União federal legislar sobre o uso, venda, alienação de bens integrantes do patrimônio das demais esferas de governo.

Qual a sua expectativa referente à nova Lei de Licitações, nesse importante universo das obras públicas?

Em poucas palavras que a segurança jurídica passe a imperar nas relações entre a Administração Pública e as empresas que vierem a ser contratadas. Essa segurança jurídica nas palavras da própria lei corresponde à criação de um ambiente confiável e que as regras gerem uma justa competição. Por outro lado, quando a lei permite a contratação de notórios especialistas para garantir a qualidade de uma obra e a fiscalização do seu desenvolvimento, o país pode retomar o desenvolvimento de empresas especializadas nesse setor. Isso porque o uso do pregão para contratar projetos e fiscalizar obras gerou o aviltamento do preço da mão de obra especializada cuja formação tem custo elevado. Além disso a possibilidade de impor aos tribunais de contas a fiscalização dos pagamentos segundo ordem cronológica do atesto de faturas, vai permitir um novo cenário que preservará melhor os valores republicanos. O país já teve empresas de obras com tecnologia de ponta; temos obras notáveis no solo nacional revelando não só a criatividade do nosso povo, mas a capacidade de execução em grandes desafios.

A nova lei incentiva a inovação e coloca a atuação do controle num patamar de um ideário que distingue aqueles que se devotam ao interesse público.

Portanto, coerente com a personalidade do nosso povo, mantemos a esperança no futuro e a certeza de que estamos no caminho certo.

Considerações finais do entrevistado e agradecimentos.

Precisamos ter, no direito, um amplo fórum de debate sobre os grandes temas associados a contratações públicas no Brasil. Desse modo, saúdo com muito entusiasmo o trabalho da SGP com a possibilidade de condensar, somar e transferir ao público e aos operadores da norma que atuam em caráter especializado, uma fonte de debate enriquecedora. Note que não podemos concentrar nos órgãos públicos a produção de doutrina e jurisprudência sem o exercício crítico, sob pena de termos a interpretação unilateral e oficial apenas.

Por isso, muito além de repositório de conhecimento, a SGP tem a missão de fomentar o debate, atualizar e manter atualizado um acervo enriquecedor que possa ser sempre um guia seguro para os que atuam nas licitações e contratações públicas. Que tenhamos aqui “soluções em gestão pública” com o idealismo da inovação e elevado senso crítico construtivo.

Como citar essa publicação:

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. “Imóveis Públicos e Obras Públicas – Inovações com base no novo ordenamento jurídico”. In *Solução em Licitações e Contratos nº 73*. Seção Entrevista com o Mestre. São Paulo: SGP, abril/2024, p. 21-28.