REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PUBLICA



ISSN 2595-5667

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 09 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01
ISSN 2595-5667

Editor-Chefe:
Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro e Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil

Rio de Janeiro, 2024.

Revista de Direito da Administração Pública

Law Journal of Public Administration

Conselho Editorial Internacional:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACh), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turqia

Conselho Editorial Nacional:

Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontifícia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasílialia, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do SUl, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontifícia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piripiri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de SÃ£o Paulo, USP, Brasil.
Sra Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goías, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de SÃ£o Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

EXPRESSION OF INTEREST PROCEDURE

Rodrigo Santos Neves[1]

RESUMO: O artigo analisa o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI) na Lei de Licitações brasileira (14.133/2021), focando no equilíbrio entre a busca por soluções inovadoras e a isonomia em licitações. O autor questiona se a restrição de participação em licitações se aplica ao autor do estudo no PMI, explorando os desafios e oportunidades do PMI. A pesquisa aborda a participação do setor privado no desenvolvimento de soluções para o setor público, utilizando o método dedutivo, pesquisa bibliográfica e documental, incluindo jurisprudência do TCU. É destacada a importância da Lei 14.133/2021 na atualização das normas de licitação, com foco no PMI como ferramenta para inovação. Aborda a seleção de projetos, a necessidade de objetividade e os riscos de seleção adversa, além da importância da isonomia e da vedação à participação de agentes que possam comprometer a igualdade de condições. O autor conclui que, apesar dos desafios, o PMI é uma ferramenta importante para a busca de soluções inovadoras, mas ressalta a necessidade de aprimoramento para garantir a isonomia e a competitividade.

PALAVRAS-CHAVE: inovação – licitações – colaboração – iniciativa privada – isonomia.

ABSTRACT: This article examines the Expression of Interest Procedure (EIP) within the context of Brazilian Bidding Law (Law No. 14.133/2021), focusing on the balance between seeking innovative solutions and maintaining fairness in public procurement. The author questions whether the restriction on participation in bidding processes applies to the author of the study within the EIP framework, exploring both the challenges and opportunities presented by this procedure. The research delves into the private sector's role in developing solutions for the public sector, employing a deductive method, bibliographic and documentary research, including jurisprudence from the Federal Court of Accounts (TCU). The study

[1] Doutor em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória - ES, Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Candido Mendes – RJ, Professor Adjunto de Direito Público da Faculdade Municipal de Linhares - ES, Membro associado efetivo da Academia Brasileira de Direito Civil, Membro da Comissão de Estudos Constitucionais da OAB-ES, Procurador Municipal. E-mail: profrsneves@gmail.com.

highlights the significance of Law No. 14.133/2021 in modernizing bidding regulations, emphasizing the EIP as a tool for innovation. It addresses project selection, the need for objectivity, and the risks of adverse selection, in addition to the importance of isonomy and the prohibition of participation by agents who could compromise equal conditions for all potential bidders. The author concludes that, despite the challenges, the EIP stands as a valuable tool for pursuing innovative solutions, yet underscores the need for refinement to guarantee fairness and competitiveness.

KEYWORDS: innovation - bidding - collaboration - private initiative - isonomy.

I. INTRODUÇÃO

A Lei nº 14.133/2021, que é a lei geral de licitações e contratos da Administração Pública brasileira, previu o procedimento de manifestação de interesse (PMI) como ferramenta para fomentar a inovação, de modo a possibilitar a colaboração da iniciativa privada para a busca de soluções a demandas estatais específicas. Este artigo analisa a aplicação do PMI, particularmente em licitações de soluções inovadoras, de modo a equilibrar a busca por novas tecnologias com a isonomia entre os participantes e o estímulo à competitividade do processo licitatório.

A participação do setor privado na elaboração de estudos e projetos para suprir demandas públicas é o ponto central da discussão. No entanto, a legislação impõe limites para garantir a imparcialidade, como a restrição à participação em licitações de empresas que elaboraram o projeto básico ou executivo.

Por meio do método dedutivo, foi feita uma combinação de pesquisa bibliográfica e documental com elementos de análise jurídica. Foi realizada uma pesquisa bibliográfica ao fundamentar sua análise na legislação brasileira, especificamente a Lei nº 14.133/2021, que rege as licitações e contratos da Administração Pública.

Além disso, o trabalho se apoia na doutrina, para apresentar diferentes perspectivas sobre o tema. A pesquisa documental se faz presente na análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), ao utilizar acórdãos e decisões relevantes para ilustrar a aplicação prática da legislação em casos concretos. O trabalho busca analisar os dispositivos legais, interpretando seus conceitos, princípios e implicações práticas. Ele examina a Lei nº

14.133/2021, comparando-a com a legislação anterior, e avalia criticamente seus pontos fortes e fracos na aplicação do PMI.

É sobre isso que o problema de pesquisa se concentrou: o impedimento ao autor de projeto em participar de licitações se estende ao autor do estudo ou projeto no procedimento de manifestação de interesse? O artigo explora os desafios e oportunidades do PMI, e utiliza a análise da legislação, a doutrina e a jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU), com o objetivo de contribuir para um modelo de contratação pública que estimule a inovação de forma justa e transparente.

II. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

A Lei 14.133/2021 simplesmente repetiu disposições e institutos que já havia na legislação anterior, normatizou práticas administrativas já consagradas e criou ferramentas de trabalho para os agentes públicos que atuam em licitações e contratações públicas.

Uma das novidades são os procedimentos auxiliares – ao menos de forma agrupada como estão - que servem para dar suporte às futuras contratações. Dentre esses instrumentos existe o procedimento de manifestação de interesse, que poderá ser utilizado pela Administração Pública quando houver a necessidade de uma solução inovadora a uma demanda estatal.

Essa ferramenta já tinha previsão no art. 21 da Lei 8.987/1995, que trata de concessão de serviços públicos, no art. 2º da Lei 11.922/2009, que dispõe sobre o Sistema Financeiro Habitacional e no art. 31, § 4º, da Lei 13.303/2016, que criou o regime jurídico das empresas estatais. No entanto, com a incorporação do tema na Lei Geral de Licitações houve aperfeiçoamentos do instituto.

Pelo procedimento de manifestação de interesse (PMI), a Administração Pública convoca interessados por meio de um chamamento público, para que realizem estudos e projetos de soluções inovadoras que contribuam para demandas específicas estatais, consideradas de relevância pública.

Após a passagem do Estado Social, o Estado brasileiro sentiu uma redução de sua estrutura, sendo transferidos para a iniciativa privada vários setores econômicos, em especial a partir da década de 1990. Essa redução estrutural foi uma consequência da recepção da doutrina neoliberal e o reconhecimento de que o Estado não pode promover todas as soluções

aos problemas, mas que cabe à iniciativa privada trazer soluções, quando assim chamada a atuar.

Em vários momentos tem sido solicitado à iniciativa privada que elabore estudos e modelagens de concessões de serviços públicos, em especial no âmbito de parcerias público-privadas, de modo a apresentarem soluções para a prestação de serviços à sociedade. Já previsto na Lei 8987/1995, o procedimento de manifestação de interesse veio sofrendo aperfeiçoamentos no decorrer do tempo.

Em muitos casos, há uma assimetria de informações entre o Poder Público e a iniciativa privada. Daí se pode dizer que haverá determinados problemas complexos em que não haverá pessoas habilitadas na Administração Pública para desenvolver um estudo técnico preliminar e nem projetos para dar solução ao problema enfrentado.

Mas, não é só isso. Se o Poder Público não tem pessoal técnico hábil para a elaboração de estudos na fase preparatória, seria o caso de se realizar uma contratação específica para a elaboração de tais projetos e não se aplicar o instrumento do PMI. Esse procedimento auxiliar será usado em casos que, dada a complexidade do problema, a Administração Pública não sabe exatamente qual será o objeto do futuro contrato, buscando no setor privado a expertise necessária para a definição do objeto que atenda à necessidade pública.

Esse procedimento difere do diálogo competitivo, tendo em vista que este é uma modalidade de licitação, enquanto o procedimento de manifestação de interesse é um procedimento auxiliar. Além disso, no PMI, após a seleção do projeto, não há obrigatoriedade de realização da licitação (art. 81, § 2º, I e II), enquanto no diálogo competitivo a licitação será concluída para a contratação da proposta vencedora.

Como se pode ver, o procedimento de manifestação de interesse tem âmbito de aplicação próprio, não se confundindo com o diálogo competitivo.

Os interessados deverão observar os parâmetros estabelecidos no edital de chamamento público, para a identificação da necessidade da Administração Pública e elaborar os estudos e projetos necessários à sua satisfação.

Por meio de critérios objetivos estabelecidos no edital, a Administração deverá escolher o projeto vencedor. Quando se exige objetividade no julgamento se quer que os interessados tenham igualdade de condições, a partir de parâmetros mínimos para uma seleção. Para tanto, a Administração deverá emitir um parecer técnico, para motivar a decisão, com a demonstração de que o produto ou serviço é suficiente à compreensão do objeto a ser

licitado, de que as premissas adotadas para a elaboração do projeto são compatíveis com a real necessidade a Administração Pública e que a metodologia adotada seja a que proporcione maior vantajosidade para o Poder Público (§ 3º, art. 81).

É evidente que haverá subjetividade na escolha final do projeto, tendo em vista a diversidade de projetos e soluções possíveis ao problema apresentado. Portanto, haverá certa discricionariedade na escolha do projeto, o que não importa na invalidação do procedimento, mas deve ser vista como condição de possibilidade de uma seleção.

Como já fora informado, o procedimento de manifestação de interesse não torna obrigatória a realização de licitação posterior (§ 2º, II, art. 81). Mas seria razoável aceitar a afirmação de que é facultado ao gestor realizar ou não a licitação após a seleção do projeto? A resposta parece negativa. Embora não se trate de um ato vinculado, a própria instauração de procedimento de manifestação de interesse já indica que a Administração tem uma necessidade e precisa supri-la. Além disso, a atuação da Administração Pública em instaurar procedimento de manifestação de interesse indica futura contratação. Não o fazer sem uma justificativa por fatos supervenientes pode caracterizar má-fé do Poder Público e, nesse caso, gerar dever de indenizar o autor do projeto selecionado. Com ensina Celso Antônio Bandeira de Mello, Carolina Zancaner Zockun e Maurício Zockun:

> [...] os cânones da lealdade e da boa-fé impõe à Administração o dever de proceder em relação aos administrados com sinceridade e lhaneza, sendo-lhe interdito qualquer comportamento astucioso, eivado de malícia, produzido de maneira a confundir, dificultar ou minimizar o exercício de direitos por parte dos cidadãos. Assim, redunda manifestamente lesivo à boa-fé, o comportamento da Administração que lançando o particular a empreender esforços além daqueles ordinariamente suportados no regular desempenho de suas atividades, atrela o acolhimento do estudo vencedor ao seu bel-prazer, o que não se admite.[2]

Há que se considerar que todas as empresas que atendem ao chamamento público, desde o início colaboram com a Administração Pública e desenvolvem estudos e projetos ao encontro do interesse público. No entanto, para a realização desse empreendimento as empresas têm custos, que esperam ser compensadas com o ressarcimento feito pela empresa contratada (§ 1º, art. 81). Desta forma, a regra prevista no art. 81, § 2º, III não pode ser interpretada no sentido de que a empresa autora do projeto não terá compensação financeira

[2] MELLO, Celso Antônio Bandeira de; ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 81. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (Coord.). *Lei de licitações e contratos administrativos* comentada: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 444.

pelo dispêndio com a elaboração dos estudos. Caso não haja justificativas razoáveis para a não realização da licitação, a autora do projeto deverá ser indenizada pelo Estado, sob pena de se desestimular a participação da iniciativa privada.

Uma vez selecionado o projeto e aceito pela Administração Pública, a empresa autora deverá ceder os seus direitos autorais àquela, como consequência lógica do procedimento.

A lei é clara no sentido de que não haverá nenhum tipo de vantagem para o autor do projeto em relação aos outros licitantes, pois nem direito de preferência na execução do projeto ele terá (§ 2º). No entanto, há que se considerar se essa realmente foi a melhor solução dada pelo legislador. Como já fora dito, para a realização dos estudos e projetos as empresas participantes o farão por sua conta e risco e somente será ressarcido pelos custos o autor do projeto selecionado. Essa sistemática acaba por desestimular a participação da iniciativa privada. Desse modo, corre-se o risco de haver uma seleção adversa, com a participação das piores empresas do mercado e, com isso, se perderá a oportunidade de implementação de projetos realmente inovadores para a Administração Pública.[3]

Pensando em evitar a seleção adversa e a assimetria de informações entre as empresas participantes e o Poder Público, o Tribunal de Contas da União elegeu alguns critérios a serem considerados na escolha dos projetos, a saber:

> a) o risco de que a influência exercida pela empresa que tiver os estudos selecionados, no decorrer do processo de desenvolvimento dos estudos de viabilidade e de elaboração do edital e da minuta contratual, gere para si vantagens informacionais em relação a outros competidores nos processos concessórios;
>
> b) o risco de que os objetivos das empresas privadas, tais como a maximização do retorno esperado e a minimização do risco, se sobressaiam ao interesse público de que deve se revestir o processo concessório;
>
> c) o risco de que as soluções de engenharia propostas pela empresa que tiver os estudos selecionados não sejam adequadas, eficientes e econômicas, gerando um excedente econômico indevido resultante do processo de outorga da concessão;
>
> d) o risco de que os editais e minutas contratuais a serem utilizados nos processos licitatórios contenham obrigações ou exigências que gerem vantagens competitivas indevidas para a empresa que tiver os estudos selecionados ou para empresa do grupo econômico de que ela faça parte;
>
> e) o risco de que estudos entregues por consultorias independentes sejam preteridos mesmo quando tiverem melhor qualidade, em razão da possibilidade de empresas construtoras tenderem a solicitar menores valores de ressarcimento no âmbito do PMI.[4]

Não se trata da melhor forma de atrair boas ideias e possibilitar melhorias significativas para uma boa Administração Pública.

[3] FORTINI, Cristiana; NÓBREGA, Marcos. Comentário ao art. 81. *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 2, p. 191.
[4] TCU, Acórdão 1873/2016, Plenário, Rel. Walton Alencar Rodrigues, julg. 20/07/2016.

Ainda é possível que o referido procedimento de manifestação de interesse seja restrito a empresas *startups*, conforme estabelece o § 4º, do art. 81.

III. IGUALDADE DE CONDIÇÕES E VEDAÇÕES LEGAIS

Quando a Administração Pública necessita de bens ou de serviços que não podem ser realizados por seus servidores é necessário realizar processo licitatório, salvo em situações em que a lei possibilita a contratação direta.

Tal exigência visa possibilitar que todos aqueles que se interessem em celebrar negócios com a Administração Pública possam disputar essa oportunidade em igualdade de condições, sempre buscando se garantir a competitividade do certame e, com isso, possibilitar condições contratuais mais vantajosas para a Administração.

O art. 14 da Lei 14.133/2021 merece especial atenção por sua relevância na preservação dos princípios fundamentais que regem o processo licitatório, com destaque para o princípio da isonomia e da competitividade.

O princípio da isonomia, consagrado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988, encontra expressão específica no âmbito das licitações pelo do art. 14 da Lei 14.133/2021. Este dispositivo estabelece que "não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente", uma série de agentes que, por sua posição ou relação com o processo licitatório, poderiam comprometer a igualdade de condições entre os participantes.

A isonomia, neste contexto, não se limita apenas à igualdade formal entre os licitantes, mas se estende à busca por uma igualdade material, que proporcione efetivas condições de competição justa. Isso se reflete na proibição expressa de participação de agentes que possam ter acesso privilegiado a informações ou que possam influenciar indevidamente o processo licitatório.

Entre as vedações estabelecidas pelo art. 14, destaca-se a proibição de participação de autor do anteprojeto, do projeto básico[5] ou do projeto executivo (inciso I), bem como de

[5] "É vedada a participação em certames licitatórios de pessoa jurídica vinculada ao autor do projeto" (TCU, Acórdão 1596/2007-Primeira Câmara, Relator: Marcos Bemquerer). No mesmo sentido: "O servidor efetivo ou investido em função, na condição de agente público, está impedido de participar, direta ou indiretamente, da licitação ou do fornecimento de bens necessários à instituição pública contratante" (TCU, Acórdão 3006/2006-Segunda Câmara, Relator: Ubiratan Aguiar). Mas há necessidade da função do servidor poder influenciar o

empresa que tenha em seu quadro societário ou como administrador pessoa que tenha participado da elaboração do edital ou dos projetos a ele relacionados (inciso II).

Note-se que não está impedida de participar do processo licitatório a empresa vinculada ao autor do anteprojeto. Isso se deve ao fato que o autor do anteprojeto não tem o mesmo nível de conhecimento sobre o objeto a ser licitação como o autor do projeto, dado que o anteprojeto não possui o mesmo detalhamento que o projeto.[6] Assim, não há grande assimetria entre o autor do anteprojeto e os demais licitantes e, por isso, o legislador tomou uma decisão arrazoada.

Além disso, o § 3º do art. 14 equipara ao autor do projeto as empresas do mesmo grupo econômico. Tais disposições visam evitar que conhecimentos prévios ou informações privilegiadas possam conferir vantagens indevidas a determinados participantes, comprometendo a isonomia do certame.

O § 2º do art. 14 autoriza que a Administração Pública contrate o autor dos projetos e a empresa mencionada nos incisos I e II do *caput*, para participar no apoio das atividades de planejamento da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade. Embora impedido de competir no mesmo certame, o autor do projeto pode assessorar de forma especial a Administração Pública em razão do seu conhecimento do objeto licitado.

Com relação a esses incisos, parece que o legislador se omitiu em relação ao autor de termo de referência, pois só se referiu ao autor de anteprojeto, projeto básico e projeto executivo. No entanto, o termo de referência é o documento equivalente ao projeto, no caso de aquisições e serviços comuns.

processo licitatório: "Não se enquadra na vedação prevista no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993 a contratação de empresa que tenha, na condição de sócio cotista, servidor do órgão contratante sem capacidade para influenciar o resultado da licitação e sem atribuições ligadas à gestão ou à fiscalização do contrato" (TCU, Acórdão 2099/2022-Plenário, Relator: Benjamin Zymler). Em sentido contrário: "A participação em licitações e a contratação direta de empresas que tenham como sócios militares da ativa servindo na organização militar contratante infringem os princípios da moralidade e da impessoalidade e o art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993" (TCU, Acórdão 1511/2022-Plenário, Relator: Augusto Sherman).

[6] ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Lei de licitações e contratos comentada*: análise da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, artigo por artigo, segundo uma visão crítica e prospectiva da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 182.

Na maior parte dos casos, quem elabora os termos de referência são servidores do órgão ou entidade licitante. Sendo assim, tais servidores ficam impedidos de participarem da licitação por força do art. 9º.[7]

Sobre o tema, há que se fazer uma observação: o impedimento não deve ser aplicado a todos os servidores do órgão ou entidade indistintamente, mas somente sobre o servidor tem poder de influenciar o processo licitatório ou a execução do contrato, conforme já observou o Tribunal de Contas da União.[8]

Mas em se tratando de bens e serviços especiais, é possível que a Administração contrate particulares para a sua assessoria (art. 8º § 4º). Em tais casos, seria razoável se estender o impedimento em participar em processos licitatórios sobre esses particulares, por violar o princípio da isonomia, pois tais empresas terão mais informações que os demais licitantes.

Qualquer particular que tenha participado da fase preparatória ou que tenha prestado serviço de assessoria à Administração Pública também está impedido de participar da licitação, conforme regra do art. 9º, § 2º, sendo pessoa física ou jurídica.[9] Assim, mesmo que a lei não tenha mencionado o termo de referência, o impedimento deve ser aplicado.

A manutenção da competitividade, por sua vez, é assegurada pela ampla proibição de participação de agentes que possam, de alguma forma, restringir a concorrência. Em razão disso, é proibida a participação de empresas controladoras, controladas ou coligadas, concorrendo entre si (inciso V). Esta disposição visa evitar que empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico participem simultaneamente de uma licitação, o que poderia resultar

[7] "Art. 9º [...] § 1º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego, nos termos da legislação que disciplina a matéria". Sobre o tema, o TCU já se manifestou como lícito o impedimento quando o sócio de empresa for servidor da licitante: "A vedação a que se refere o art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993 diz respeito tanto à participação na licitação, como pessoa física, de servidor do órgão contratante, quanto à participação de pessoas jurídicas cujos sócios sejam servidores do contratante, em observância aos princípios da moralidade e da impessoalidade" (TCU, Acórdão 921/2019-Segunda Câmara, Relator: Augusto Nardes).

[8] "Não se enquadra na vedação prevista no art. 9º, inciso III, da Lei 8.666/1993 a contratação de empresa que tenha, na condição de sócio cotista, servidor do órgão contratante sem capacidade para influenciar o resultado da licitação e sem atribuições ligadas à gestão ou à fiscalização do contrato" (TCU, Acórdão 2099/2022-Plenário, Relator: Benjamin Zymler). No mesmo sentido: ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Lei de licitações e contratos comentada*: análise da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, artigo por artigo, segundo uma visão crítica e prospectiva da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 183.

[9] Para Joel Niebuhr, a empresa contratada não está abrangida pela regra do art. 9º, § 2º, mas apenas o representante da empresa (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 656). No entanto, o representante da empresa atua como um *longa manus* da empresa, que está igualmente impedida.

em conluio ou simulação de competição. A referida disposição legal derroga entendimento consolidado no enunciado nº 265 da Súmula do Tribunal de Contas da União, que possibilitava a participação de empresas do mesmo grupo econômico, quando houver "compatibilidade com os preços de mercado e pertinência entre o serviço a ser prestado ou os bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das mencionadas entidades". Com a nova regra, portanto, empresas do mesmo agrupamento societário ficam impedidas de participarem do mesmo certame.

Para evitar situações que possibilitem favorecimentos, há vedação à participação de empresas que possuam vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade licitante ou com agentes públicos que desempenhem função na licitação ou atuem na fiscalização ou na gestão do contrato (inciso IV).

Para desestimular condutas contrárias à legislação trabalhista, é vedada a participação em licitações e contratações públicas a pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista (inciso VI).

A aplicação prática dessas disposições requer uma análise cuidadosa por parte dos gestores públicos e dos órgãos de controle. A identificação de situações que possam comprometer a isonomia ou a competitividade nem sempre é evidente, exigindo uma avaliação criteriosa das circunstâncias de cada caso concreto.

Foi estabelecida vedação à participação de empresa que tenha sofrido sanção restritiva do direito de licitar. Trata-se de norma que visa dar sistematização ao regime licitatório com o sistema sancionador. A própria lei de licitações prevê aplicação dessa penalidade, nas hipóteses de infração às obrigações contratuais por parte da empresa contratada. Ou seja, em uma contratação anterior, a empresa contratada deixou de cumprir cláusulas contratuais e, após processo que lhe garantiu contraditório e ampla defesa, foi reconhecida a infração contratual e, por conseguinte, aplicada sanção impeditiva de contratar com a Administração Pública por um período.

A outra previsão desse tipo de sanção está na Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992), nos casos de prática de atos de improbidade administrativa que importem em

enriquecimento ilícito (até 14 anos), nos casos de prática de atos de improbidade administrativa que importem em prejuízo ao erário (até 12 anos) e nos casos de prática de improbidade administrativa que importem em violação a princípios da Administração Pública (até 4 anos).

Ao estabelecer vedações claras e abrangentes, o legislador buscou criar um ambiente mais transparente e equitativo para as contratações públicas, alinhado com os princípios constitucionais da Administração Pública e com as melhores práticas de governança. A efetiva implementação dessas disposições contribuirá significativamente para o aprimoramento dos processos licitatórios no Brasil, promovendo uma concorrência mais justa e eficiente na aplicação dos recursos públicos.

Uma questão que deve ser enfrentada é saber se as hipóteses previstas no art. 14 são exemplificativas ou taxativas. Existem quatro razões principais para defender a taxatividade das proibições estabelecidas no art. 14, que serão detalhadas nas linhas seguintes.

a) Separação de poderes: O legislador define critérios que impedem indivíduos e empresas de participar de licitações e firmar contratos com o Estado, regulando a atividade humana por meio da lei. Isso permite a liberdade aos indivíduos enquanto limita a atuação estatal. A intervenção do Judiciário na criação de normas jurídicas pode restringir a liberdade de indivíduos e empresas que desejam licitar e contratar com a Administração Pública.

b) Princípio da isonomia: Todos os interessados devem ter a oportunidade de participar de licitações e celebrar contratos em condições de igualdade. Discriminações não autorizadas por lei criariam um tratamento desigual entre indivíduos e empresas que, em teoria, são iguais.

c) Verificação de violação a princípios no caso concreto: Qualquer violação a princípios deve ser analisada no contexto específico e não ser considerada como um pressuposto geral. É essencial realizar uma análise empírica em cada situação.[10] É possível que se pratiquem fraudes por agentes que não estejam previstos no art. 14, mas cada situação fraudulenta deve ser tratada de modo particular, para não haver uma generalização desmedida e ilegal dos casos de impedimento.

[10] "Não existe vedação legal para a participação, em licitações, de empresas com sócios comuns, a despeito de que, em tese, tal situação pode determinar graves prejuízos à isonomia, ao sigilo das propostas e à ampla competitividade, configurando até mesmo fraude à licitação. É preciso que se verifiquem, em cada caso, os efetivos efeitos dessa condição no processo licitatório e no resultado alcançado pela Administração Pública" (TCU, Acórdão 2589/2012-Plenário, Relator: Augusto Nardes).

d) Segurança jurídica: A aplicação das restrições para licitar e contratar com a Administração Pública deve se limitar aos casos especificados na lei, em respeito ao princípio da segurança jurídica. Indivíduos e entidades baseiam suas ações nas regras jurídicas. Quando a aplicação da lei se torna incerta, devido à criação discricionária de novas proibições por analogias ou interpretações extensivas, ocorre arbitrariedade. Isso gera insegurança jurídica, de modo a aumentar o risco nas atividades empresariais.[11]

Há que se compreender que as hipóteses legais previstas no art. 14 são os limites mínimo e máximo para o acesso ao certame e ao contrato administrativo.[12]

Resta saber se as restrições impostas aos autores de projetos para não participarem das licitações se estendem ao autor do projeto selecionado no procedimento de manifestação de interesse. Isso será investigado no próximo tópico.

IV. (IN)APLICABILIDADE DA VEDAÇÃO DO AUTOR DO PROJETO NA LICITAÇÃO

Como se viu, o impedimento ao autor de projeto preparatório de participar da licitação está relacionado ao princípio da isonomia, da impessoalidade e da moralidade, para que o referido autor, por conhecer melhor o seu projeto, tenha uma vantagem competitiva em relação aos outros licitantes.

Mas o problema que se apresenta é se o autor do projeto ou estudo selecionado no procedimento de manifestação de interesse é proibido de participar da licitação para contratação de empresa para executar o seu projeto.

Tal impedimento poderia ser justificado tendo em vista a necessidade de se promover um processo licitatório em igualdade de condições entre todos os participantes. Como o autor do projeto tem conhecimento prévio sobre o empreendimento objeto da licitação, ele estaria em uma condição privilegiada em relação aos outros licitantes.

Sob a vigência da Lei 8666/1993, o autor dos projetos e estudos realizados para o procedimento de manifestação de interesse, regulado pelas Leis 8987/1995, 11.922/2009 e

[11] NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023, p. 652-655.
[12] PUCCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Comentários aos artigos 11 a 17. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (Coord.). *Lei de licitações e contratos administrativos* comentada: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 142.

13.303/2016, não poderia participar das licitações, tendo em vista que a Lei 8666/1993 era aplicada subsidiariamente, impondo a regra geral que impedia a sua participação.

Para Juliano Heinen, como a regra está disposta no § 2º do art. 81, há discricionariedade do gestor à permissão ou não da participação do autor do projeto selecionado na licitação.[13] Esta não parece ser a solução mais correta.

Diante de tais razões, seria possível defender que seria aplicável a regra do art. 14, I, da Lei 14.133/2021 para impedir que o autor do projeto selecionado participe da licitação, restando-lhe apenas o direito ao ressarcimento pelas despesas realizadas para a elaboração do projeto.

No entanto, há que se observar a finalidade do procedimento de manifestação de interesse. Trata-se de procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública convoca a iniciativa privada para que utilize a sua expertise em favor do Estado, para a elaboração de estudos ou projetos de inovação, para o atendimento do interesse público. Portanto, por esse procedimento a iniciativa privada, em colaboração com a Administração Pública, reúne esforços e recursos para desenvolver estudos e projetos com o fim de atender à demanda administrativa.

Há de se notar que as empresas que atendem ao chamamento público não têm nenhuma garantia de que o seu projeto será selecionado para a execução e, caso o seja, a empresa terá direito ao ressarcimento de despesas apenas.

Impedir que a empresa autora do projeto participe da licitação seria um desestímulo à produção intelectual e à própria colaboração com o Poder Público, o que inviabilizaria a mitigação da assimetria de informações entre Estado e a iniciativa privada.

Além disso, o art. 81, § 2º, I afirma que não haverá direito de preferência em favor do autor do projeto selecionado na licitação. Ora, se a lei dispõe que não haverá preferência ao autor, isso significa que ele poderá participar da licitação.[14] Portanto, caso o autor do projeto não vença o certame, deverá ser indenizado pela empresa vencedora, que executará o projeto.

[13] HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*: Lei nº 14.133/2021. 4.ed. São Paulo: JusPodivm, 2024, p. 707.
[14] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 1155-1156.

V. CONCLUSÃO

Em conclusão, o procedimento de manifestação de interesse (PMI), incorporado ao texto da Lei 14.133/2021, apresenta-se como um instrumento promissor para a busca por soluções inovadoras em licitações públicas, especialmente em cenários de assimetria de informações entre o Estado e o setor privado. No entanto, a análise da legislação, doutrina e jurisprudência, especialmente à luz do art. 14 da Lei 14.133/2021, revela a necessidade de aprimoramento do PMI para mitigar os riscos inerentes à sua aplicação.

A sistemática atual, ao não garantir o ressarcimento de custos a todas as empresas participantes, pode desestimular a participação da iniciativa privada, resultando em seleção adversa e limitando o potencial inovador do PMI.

A busca por um equilíbrio entre a necessidade de isonomia e a atração de empresas inovadoras exige cautela por parte da Administração Pública. A observância de critérios objetivos e transparentes na seleção dos projetos, a exemplo daqueles recomendados pelo TCU, torna-se fundamental para evitar favorecimentos indevidos e garantir a economicidade e a eficiência nas contratações públicas.

A implementação de mecanismos que possibilitem a justa remuneração dos participantes do PMI, independentemente da seleção final, e a criação de incentivos para a participação de empresas com expertise em inovação, como *startups*, são medidas que podem contribuir para o sucesso do PMI como ferramenta de promoção da inovação na Administração Pública. A efetividade do PMI depende, portanto, da conjugação de um marco legal robusto com uma atuação diligente e ética por parte dos agentes públicos, sempre em busca do interesse público.

As hipóteses de impedimento de participação em licitações previstas no art. 14 da lei 14.133/2021 são taxativas, não cabendo ao intérprete estender o impedimento a outros casos nem a utilização de analogia.

O autor do projeto selecionado no procedimento de manifestação de interesse pode participar da licitação, tendo em vista que não há vedação no art. 14 e o § 2º do art. 81 afirmar que não haverá nenhum benefício, como a preferência, para o autor do projeto selecionado.

REFERÊNCIAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. *Lei de licitações e contratos comentada*: análise da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, artigo por artigo, segundo uma visão crítica e prospectiva da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

CAMARÃO, Tatiana. Comentário ao art. 18. *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 1. p. 251-293.

FORTINI, Cristiana; NÓBREGA, Marcos. Comentário ao art. 81. *In*: FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). *Comentário à lei de licitações e contratos administrativos*: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 2. p. 186-201.

HEINEN, Juliano. *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*: Lei nº 14.133/2021. 4.ed. São Paulo: JusPodivm, 2024.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratações administrativas*: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de; ZOCKUN, Carolina Zancaner; ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 81. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (Coord.). *Lei de licitações e contratos administrativos* comentada: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 442-444.

NEVES, Rodrigo Santos. Advocacia pública e a Nova Lei de Licitações. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 23, n. 266, p. 73-92, fev. 2024.

NEVES, Rodrigo Santos. *Direito fundamental à boa administração*: a função administrativa a serviço da efetividade dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: CEEJ, 2024.

NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 6.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2023.

PUCCETTI, Renata Fiori; ESTEFAM, Felipe Faiwichow. Comentários aos artigos 11 a 17. *In*: DAL POZZO, Augusto Neves; CAMMAROSANO, Márcio; ZOCKUN, Maurício (Coord.). *Lei de licitações e contratos administrativos* comentada: Lei 14.133/21. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 123-157.