

O ADVÉRBIO “PREFERENCIALMENTE” NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS



Cristina Andrade Melo

Procuradora do Ministério Público de Contas do Estado de Minas Gerais. Mestre em Direito Administrativo e Especialista em Contratações Públicas, ambos pela Faculdade de Direito da UFMG. Diretora-tesoureira da Associação Nacional do Ministério Público de Contas (Ampcon).
Editora-chefe da Controle em Foco: Revista MPC-MG.

Muito se tem escrito e falado a respeito da Lei n. 14.133/2021, a nova lei de licitações e contratos administrativos. Discute-se, nos mais variados fóruns, seus avanços, retrocessos, inovações e perspectivas. Neste breve ensaio, propõe-se uma abordagem incomum a respeito do tema, que passa pela análise gramatical do advérbio “preferencialmente”, bastante presente no texto legal, com a finalidade de perquirir se este revela competência discricionária ou vinculada da administração pública. A interpretação do termo tem impacto em inúmeras situações na prática administrativa de condução de processos licitatórios, bem como no controle do ato administrativo, o que, aliado à escassez doutrinária sobre o tema, justifica a investigação.

Em uma análise comparativa, verificou-se que as Leis n. 8.666/1993 e n. 10.520/2002 empregaram, cada uma, somente uma vez o advérbio “preferencialmente”, e a Lei n. 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), empregou-o duas vezes.

Destoando desse histórico legislativo, a Lei n. 14.133/2021 empregou o advérbio “preferencialmente” em 16 artigos diferentes, como se pode observar no quadro abaixo:

Nº	ARTIGO	TEMA
01	Art. 7º, I	Agentes públicos para o desempenho de funções licitatórias
02	Art. 12, VI	Atos digitais no processo licitatório
03	Art. 17, §2º	Forma eletrônica das licitações
04	Art. 19, I	Centralização de procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços
05	Art. 19, §3º	BIM (<i>Building Information Modelling</i>) para obras e serviços de engenharia e arquitetura
06	Art. 36, §1º, I	Critério de julgamento de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual
07	Art. 40, §1º, I	Catálogo eletrônico de padronização
08	Art. 60, II	Desempate entre propostas – avaliação do desempenho contratual

(continua)

Nº	ARTIGO	TEMA
09	Art. 75, XVIII	Dispensa de licitação – Programa Cozinha Solidária
10	Art. 75, §3º	Procedimento eletrônico para dispensa de pequeno valor
11	Art. 75, §4º	Utilização de cartão de pagamento para compras de pequeno valor
12	Art. 92, §6º	Prazo para resposta do pedido de repactuação de preços
13	Art. 103, §2º	Transferência ao contratado dos riscos que tenha cobertura de seguradoras
14	Art. 158, §1º	Composição da comissão de processo de responsabilização
15	Art. 169, §3º, I	Aperfeiçoamento de controles preventivos e capacitação dos agentes públicos
16	Art. 181, p. u.	Centrais de compras para município com até 10.000 habitantes por consórcios

Fonte: Elaborado pela autora com base na Lei n. 14.133/2021, disponível em: www.planalto.gov.br.

Preferência, segundo o Dicionário Aurélio¹, significa “1. Ato ou efeito de preferir. 2. Predileção”. Já preferir, conforme o mesmo dicionário, é “1. Dar primazia a, escolher. 2. Ter predileção por. 3. Achar melhor”. No Dicionário Michaelis², preferência é “1. Ação ou efeito de preferir uma pessoa ou coisa a outra; predileção. 2. Manifestação de agrado, atenção ou distinção relativamente a alguém. 3. Condição do que ocupa o primeiro lugar em importância, necessidade, premência etc.; precedência, primado, primazia”.

Conforme Evanildo Bechara³, advérbio é a expressão modificadora que, por si só, denota uma circunstância, podendo referir-se a um verbo, a um adjetivo ou a um advérbio (como intensificador). Fazendo referência à Nova Nomenclatura Gramatical Brasileira, Ataliba T. de Castilho⁴ ensina que a maioria dos advérbios terminados em “-mente” são considerados advérbios de modo.

Nesse sentido, a utilização do advérbio “preferencialmente” em comandos normativos referentes à função administrativa estatal acaba por modificar o verbo que determina o modo como a ação deve se desenvolver por meio do ato administrativo. Via de consequência, interfere em aspectos importantes deste, notadamente a vinculação e discricionariedade.

Nos relatórios dos projetos de lei que antecederam a promulgação da Lei n. 14.133/2021, não foram encontradas justificativas para a alargada utilização do advérbio “preferencialmente”. Apesar disso, podem ser presumidas algumas razões que levaram o legislador a lançar mão em variados contextos do termo.

Se, por um lado, uma das características marcantes da Lei n. 14.133/2021 é que ela consolida práticas que já existiam na administração, mormente no plano federal, bem como entendimentos pacificados no âmbito do Tribunal de Contas da União (TCU), por outro, a lei trata de normas gerais, a serem aplicadas por entes federativos com capacidades bastante díspares em termos técnicos, operacionais e econômicos.

1 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Miniaurélio** Século XXI: O minidicionário da língua portuguesa. Coordenação de edição: Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; Lexicografia, Margarida dos Anjos [et al.]. 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

2 PREFERÊNCIA. In: MICHAELIS ON-LINE, Dicionário Brasileiro da Língua Brasileira. São Paulo: Editora Melhoramentos Ltda., 2015. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=prefer%C3%A2ncia>. Acesso em 19 nov. 2024.

3 BECHARA, Evanildo. **Moderna gramática portuguesa**. 37. ed. rev. e amp. 14ª reimpr. Rio de Janeiro: Lucerna, 2004. p. 287.

4 CASTILHO, Ataliba T. de. **Nova gramática do português brasileiro**. 1. ed., 7ª reimpressão. São Paulo: Contexto, 2022. p. 542.

Nesse sentido, a inserção do advérbio “preferencialmente” junto ao verbo núcleo do comando normativo tem o efeito de retirar o caráter obrigatório, peremptório e rígido da obrigação legal, o que beneficia, de forma especial, entes de reduzida estrutura burocrática.

Contudo, mitigar a obrigatoriedade não significa conferir liberdade ao administrador público, no sentido de que este poderia optar por agir de um ou outro modo livremente. O termo, portanto, não pode ser interpretado como mero artifício linguístico, de modo a afastar a ação que o legislador considerou que deve vir em primeiro lugar. Princípio basilar da hermenêutica jurídica orienta-nos no sentido de que a lei não contém palavras inúteis, o que significa que deve ser extraído o sentido de cada palavra e a ela deve ser dada a máxima eficácia possível. Assim, o advérbio “preferencialmente” funcionaria como um qualificador da motivação a ser demonstrada pelo gestor público, como será dissertado mais adiante.

A estratégia também pode ter sido utilizada para amenizar disposições que poderiam ser consideradas normas específicas direcionadas tão somente à União. Como se verá no tópico seguinte, em ao menos dois artigos da Lei n. 14.133/2021, a doutrina especializada tem apontado que as normas, se consideradas gerais, violam a autonomia administrativa dos demais entes federativos por se imiscuírem em questões sobre as quais a Constituição assegura competência a eles, tais como regime de servidores e organização administrativa (art. 7º e art. 181, parágrafo único). Obviamente que a utilização do termo “preferencialmente” não possui o condão de transformar uma norma, que, na essência, é específica, em norma geral, mas, na prática, pode enfraquecer o argumento em questionamentos judiciais, por exemplo.

De modo geral, com relação à alargada utilização do advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021, a doutrina ocupa-se do assunto quando comenta algum artigo que contenha o citado advérbio, fazendo uma interpretação, no mais das vezes, concentrada no contexto do dispositivo normativo objeto do comentário.

Em pesquisa realizada em livros que comentam a lei de licitações por artigos⁵⁶⁷, Marçal Justen Filho foi o que mais se posicionou a respeito do advérbio “preferencialmente”, abordando-o em subtópicos específicos de sua obra de referência. Em geral, o citado autor manifestou-se pela ausência de discricionariedade – algumas vezes de maneira veemente – para o administrador, pontuando que o agir administrativo dissonante da regra legal que conferiu primazia à ação deve ser sempre justificada.

Até o momento, foi identificado apenas um artigo, que tratasse de forma específica e sistêmica sobre a alargada utilização do advérbio “preferencialmente” no contexto da Lei n. 14.133/2021, de autoria de Hamilton Bonatto e Vivian Aparecida Ciscato Chuchene Bonatto, intitulado “O advérbio ‘preferencialmente’ na Lei n. 14.133, de 2021”, com reflexões interessantes:

Verificando-se essa opção do legislador pela palavra **preferencialmente**, observa-se que ao repeti-la de forma contínua estabelece uma diretriz, uma uniformidade de forma sistemática da utilização desse termo no texto. Nas previsões acima relacionadas, o acréscimo do advérbio, cuja função sintática é modificar o modo como a ação verbal será praticada. (Sic.) Dar preferência a um comportamento significa impor uma condição de primeiro lugar em importância, necessidade, premência. Em outras palavras, houve uma evidente manifesta-

5 JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

6 FORTINI, Cristiana; OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima; CAMARÃO, Tatiana (Coord.). **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** – Lei n. 14.133, de 1.º de abril de 2021. Belo Horizonte: Fórum, 2022. v. 1 e 2.

7 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de Licitações Comentadas**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Juspodivm, 2023.

ção legislativa pela distinção entre a ação prevista e o modo como executá-la, tendendo a um propósito uniformizador com esta utilização.⁸

Observa-se que não há uniformidade na doutrina a respeito da interpretação do advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021. Há quem refute, como Marçal Justen Filho, que o uso da palavra confira discricionariedade para a administração pública agir na forma que bem entender; há outros que consideram que o termo traz flexibilidade e liberdade para o processo de tomada de decisão do agir administrativo^{9,10} e até quem, a despeito de ser posição isolada, radicaliza a ponto de desconsiderar os dispositivos legais que contêm o mencionado advérbio, por interpretar como mera recomendação¹¹.

Os aspectos do ato administrativo da vinculação e discricionariedade são amplamente estudados pela doutrina administrativa, tendo em vista a importância desses conceitos para o agir administrativo e para o controle exercido por outros poderes e órgãos.

De modo geral, entende-se por haver aspecto vinculado no ato administrativo sempre que a própria norma delimitar a ação administrativa com comandos unívocos, de modo a restar ao administrador, na aplicação da norma, apenas um comportamento, que é considerado, de antemão, o melhor possível. Já a discricionariedade encerra inúmeras controvérsias, que ditam os limites do controle jurisdicional, ou pelos tribunais de contas, sobre a função administrativa.

Segundo os autores espanhóis Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, a discricionariedade significa escolha entre “indiferentes jurídicos”, porque qualquer solução adotada seria igualmente justa e correta perante o direito. Em suas palavras:

A discricionariedade é essencialmente uma liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas, ou, se se preferir, entre indiferentes jurídicos, porque a decisão geralmente se fundamenta em critérios extrajurídicos (de oportunidade, econômicos etc.) não incluídos na Lei e remetidos ao crivo subjetivo da Administração.¹²

Retomando o problema que norteia o presente artigo, questiona-se se a Lei n. 14.133/2021, ao utilizar o advérbio “preferencialmente” de forma recorrente, mais precisamente por 16 vezes, confere discricionariedade ao administrador público na aplicação da norma, isto é, se existe liberdade de escolha entre as opções delineadas pela lei, todas de mesmo valor perante o direito.

Hamilton Bonatto e Vivian Bonatto¹³ dissertam que, quando confrontado com os advérbios “exclusivamente” e “facultativamente”, que denotam, sem questionamento, atos ditos vinculados e discricionários, respectivamente, o advérbio “preferencialmente” não se encontra em nenhum desses extremos, pois, se, por um lado, não traduz uma única opção e exclusão das demais, tampouco parece revelar liberdade de escolha entre opções possíveis delineadas pelo legislador. Prosseguem os autores:

-
- 8 BONATTO, Hamilton; BONATTO, Vivian Aparecida Ciscato Chuchene. O advérbio “preferencialmente” na Lei nº 14.133, de 2021. **Site Ronny Charles**, seção Artigos, 28 fev. 2024. Disponível em: <https://ronnycharles.com.br/o-adverbio-preferencialmente-na-lei-no-14-133-de-2021/#:~:text=N%C3%A3o%20se%20trata%20de%20liberdade,uma%20a%C3%A7%C3%A3o%20em%20primeiro%20lugar>. Acesso em: 30 jul. 2024. Grifo no original.
- 9 FURTADO, Madeline Rocha; VIEIRA, Antonieta Pereira. A Lei de Licitações nº 14.133/2021: velhos atores para uma nova lei, afinal quem licita e quem fiscaliza os contratos? **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 21, n. 244, p. 71-85, abr. 2022.
- 10 GIROTO, Maria Coutinho Ferreira. Considerações sobre a designação de agentes públicos para funções previstas na Lei n. 14.133/21. **Revista Simetria do Tribunal de Contas do Município de São Paulo**. 2021, v. 1, n. 8, p. 28-39. Disponível em: <https://revista.tcm.sp.gov.br/simetria/article/view/99>. Acesso em: 21 nov. 2024.
- 11 RIGOLIN, Ivan Barbosa. Dispensa por valor (Lei nº 14.133/21, art. 75, I e II, e §§1º a 4º). **Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP**, Belo Horizonte, ano 23, n. 275, p. 13-19, nov. 2024.
- 12 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; TOMÁS-RAMÓN, Fernández. **Curso de Direito Administrativo**. Revisor técnico: Carlos Ari Sundfeld. Tradutor: José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 467.
- 13 BONATTO, Hamilton; BONATTO, Vivian Aparecida Ciscato Chuchene. O advérbio “preferencialmente” na Lei nº 14.133, de 2021, *op. cit.*

Quando a Lei nº 14.133, de 2021, utiliza o advérbio *preferencialmente* nos 16 (dezesseis) dispositivos supracitados, sem juízo desta opção do legislador, é preciso aceitar que é exigida a primazia da preferência de uma ação em primeiro lugar. Não há adoção de alternativas. Por conseguinte, ao não ser dada a preferência ao modo apontado para executar a ação prevista, requer-se a justificativa idônea de tal antagonismo, sob pena da caracterização de ilegalidade.

Concorda-se com os citados autores, na medida em que o vocábulo “preferencialmente” não encerra alternativas para o agir administrativo na aplicação da norma. Não está o legislador a disciplinar que, diante de determinada situação, o administrador pode livremente optar entre a solução A ou B e que ambas são de mesmo valor perante o direito (indiferentes jurídicos), porque não o são. O que o legislador pretende é a primazia de determinada ação, que esta seja realizada em primeiro lugar, que seja buscada com precedência em relação a outras ações.

Um exemplo pode ajudar a clarear a questão: quando a lei determina que devem ser designados preferencialmente servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes para atuar nas licitações e contratações públicas, não significa que o administrador possa escolher entre um servidor efetivo ou um servidor comissionado para exercer tais funções, pois as opções não possuem o mesmo valor perante o direito. Dada a preferência legal pelo servidor efetivo – por presumir o legislador que este seja menos sujeito a influências e pressões em área tão sensível à administração pública, como a das compras públicas –, essa condição tem primazia em relação a outras opções (servidor comissionado ou temporário) e, conseqüentemente, um valor maior perante o direito.

Portanto, interpretar o advérbio “preferencialmente” como um vocábulo que confere discricionariedade ao administrador não parece ser a solução mais acertada. Muitos autores rechaçam essa interpretação de forma expressa. Por todos, cite-se Marçal Justen Filho, para quem inexistente liberdade do administrador nas situações em que a Lei n. 14.133/2021 utiliza o mencionado advérbio.

Não havendo discricionariedade, é de se perguntar se se trata de ato vinculado da administração pública, uma vez que, como ensina a expressão em latim, *tertium non datur*. Se é certo que o advérbio “preferencialmente” não possui o mesmo significado de “exclusivamente”, que, quando empregado em textos legais, denota de forma mais potente a conduta que se pretende, não menos certo que o citado vocábulo vincula o agir para a ação que se considera primacial, precedente, prioritária.

Pode-se dizer, portanto, que o advérbio em comento revela um aspecto do ato administrativo vinculado, na medida em que a administração pública, toda vez que se deparar com um comando normativo que disciplina uma conduta de modo preferencial, está vinculada à ação que a lei considerou que deva ser tomada em primeiro lugar, por ser essa a melhor solução possível.

Florivaldo Dutra de Araújo propõe o seguinte conceito de vinculação, em contraponto à discricionariedade:

A vinculação caracterizará dado aspecto do ato administrativo, sempre que a norma de direito positivo regulá-lo de modo a transparecer que, na consideração axiológica do direito e das circunstâncias em que este se faz aplicável, deve o administrador, ao aplicar essa norma, fazê-lo da melhor maneira possível.¹⁴

Prosseguindo, o professor ensina que a decisão do administrador está sujeita a controle porque “o ato se acha *vinculado* a uma regra de direito que pede *um só*, pois, o *melhor* comportamento possível”. Adotando esse raciocínio, é inegável concluir que a ação preferencial, definida em todas as 16 oportunidades em que a Lei n. 14.133/2021 empregou o advérbio, é o melhor comportamento possível e deve ser perseguida pelo administrador.

14 ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. **Motivação e controle do ato administrativo**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 65.

Nesse sentido, o vocábulo “preferencialmente” indica mais que uma diretriz, como ensina Ronny Charles; na verdade, indica uma ação vinculada na busca do melhor comportamento possível. Obviamente que a norma não pode ser “mais realista que o rei” e fechar os olhos para situações em que a práxis torna impossível o atendimento do comando preferencial. O agir administrativo que a lei considera preferencial deve ser lido como a regra, de forma que a exceção deve ser motivada de acordo com o contexto local.

O agir administrativo destoante da conduta preferencial disposta na lei exige do administrador público motivação aderente à impossibilidade de cumprimento da ação preferencial ou mesmo à constatação de que a ação preferencial traria algum prejuízo ao interesse público. Por essa razão, pode-se dizer que o próprio comando normativo da nova lei de licitações determina o conteúdo da motivação, característica que a torna qualificada. Voltando ao exemplo da motivação para designação de servidor não efetivo para exercer funções ligadas às contratações públicas, não basta se ater aos atributos profissionais e pessoais do agente, mas sim às características inerentes ao aparato burocrático daquele momento, notadamente ao quadro de pessoal, a fim de justificar que não existe servidor efetivo com capacitação em contratações públicas disponível para atender às demandas do órgão ou entidade e que a abertura de concurso público traria prejuízo ao interesse público em razão da demora. A motivação qualificada revela-se ainda mais essencial em estruturas maiores de órgãos e entidades públicas, como a União, estados ou municípios de grande ou médio porte, pois estes, a princípio, possuem maior disponibilidade de servidores efetivos para exercer funções relacionadas às contratações públicas.

A motivação funciona como instrumento que dialoga com o objetivo do uso reiterado e excessivo do advérbio “preferencialmente” na Lei n. 14.133/2021, que é o de impedir que uma norma geral, que deve ser aplicada pelos três entes da federação, apresente uma solução rígida em uma realidade extremamente desigual entre eles. Na motivação, portanto, o administrador precisa justificar a impossibilidade de seguir a regra disposta no comando normativo ou mesmo que seu cumprimento importaria em prejuízo ao interesse público.

É importante registrar que, dos 16 artigos da Lei n. 14.133/2021 que empregam o advérbio “preferencialmente”, apenas o art. 17, § 2º¹⁵, estabelece expressamente o dever de motivação do ato que não acolhe a conduta preferencial. Contudo, o dever de motivação deve ser estendido a todos os outros comandos da lei, até mesmo em deferência ao parágrafo único do art. 20 da Lei n. 13.655/2018 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), segundo o qual “A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas”.

Tal conduta não deve ser vista como mais um encargo imposto à burocracia estatal, pois se insere no dever de motivação dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários. É preciso, portanto, esclarecer que a situação fática que tenha motivado o ato é consentânea à finalidade da norma, o que se revela de fundamental importância para o controle do ato, seja ele judicial ou pelos tribunais de contas. Vários autores e entendimentos jurisprudenciais citados neste texto convergem para esse mesmo entendimento, qual seja, a necessidade de motivação do ato administrativo que destoa do agir preferencial.

15 Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

[...]

§ 2º As licitações serão realizadas *preferencialmente* sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

§ 5º Na hipótese *excepcional* de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

Em conclusão, entende-se que o vocábulo “preferencialmente” não encerra alternativas para o agir administrativo na aplicação da norma. Não se tratando de discricionariedade, conclui-se, portanto, que o advérbio em comento revela um aspecto do ato administrativo vinculado, na medida em que a administração pública, toda vez que se deparar com um comando normativo que disciplina uma conduta de modo preferencial, está vinculada à ação que a lei considerou que deva ser tomada em primeiro lugar, por ser essa a melhor solução possível.

Nesse sentido, o vocábulo “preferencialmente” indica uma ação vinculada na busca do melhor comportamento possível. O agir administrativo que a lei considera preferencial deve ser lido como a regra, de forma que a exceção deve ser motivada de acordo com o contexto local, a fim de justificar a impossibilidade de seguir a regra disposta no comando normativo ou mesmo que seu cumprimento importaria em prejuízo ao interesse público.