

INCLINAÇÕES PRAGMÁTICAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI Nº 14.133/2021): NOVOS PRINCÍPIOS, VELHOS PROBLEMAS

PRAGMATIC INCLINATIONS IN THE NEW LAW OF BIDS AND ADMINISTRATIVE CONTRACTS (LAW N.º. 14.133/2021): NEW PRINCIPLES, OLD PROBLEMS

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza

Pós-Doutoranda em Direito pela Mediterranea International Centre for Human Rights Research dell Università Mediterranea di Reggio Calabria (Itália). Pós-Doutora em Direito e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Doutora em Educação e Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Especialista em Combate à corrupção: prevenção e repressão aos desvios de recursos públicos pela Faculdade Estácio CERS. Especialista em Direito do Estado e Especialista em Direito Municipal pela UNIDERP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Tiradentes - UNIT. Especialista em Auditoria Contábil pela Universidade Federal de Sergipe - UFS. Professora Titular de Graduação e Pós-graduação da Universidade Tiradentes. Líder do Grupo de Pesquisa em Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos - DPEJDH/UNIT/CNPq.
E-mail: patncss@gmail.com.

Thiago de Menezes Ramos

Mestre em Direitos Humanos pela Universidade Tiradentes (UNIT). Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT). Advogado. Pesquisador integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos na contemporaneidade - CNPq/UNIT.
E-mail: thiagomenezes1211@gmail.com

Lucas Gonçalves da Silva

Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi G. dAnnunzio (Itália) e pela Universidade Federal da Bahia. Doutor e Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Professor Associado da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito na Universidade Federal de Sergipe-UFS. Consultor da Câmara de Assessoramento da FAPITEC/SE. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes. Membro da Diretoria do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI.
E-mail: Lucasgs@uol.com.br

Recebido em: 09/06/2021
Aprovado em: 07/01/2022

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo investigar a maneira pela qual as novas regras estabelecidas na nova lei de licitações e contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021) favorecem ou obstaculizam melhores práticas no âmbito da Administração Pública. O estudo considera o contexto do consequencialismo jurídico como novo paradigma do Direito Administrativo, focado no caráter prático da aplicação dos comandos normativos. Parte-se do seguinte questionamento: A nova lei de licitações e contratos administrativos está alinhada com inclinações pragmáticas voltadas ao aprimoramento da Administração Pública? A metodologia empregada na pesquisa

abrange a abordagem qualitativa da problemática, com base em pesquisa bibliográfica sobre o novo marco das licitações e contratos administrativos. O estudo apresenta caráter exploratório, visto que há o enfrentamento do tema a partir dos aspectos legais e principiológicos da norma que vislumbram a implementação de mudanças de ordem prática. Desta pesquisa infere-se que a nova lei traz diversos procedimentos cabíveis a tornar mais eficaz e eficiente o processo licitatório no país à luz das boas práticas de governança pública.

Palavras-chave: Consequencialismo jurídico. Inovação. Licitações e contratos administrativos. Princípios. Tribunais de Contas.

ABSTRACT: This article aims to investigate the way in which the new rules established in the new law on bids and administrative contracts (Law No. 14,133/2021) favors or hinders best practices in the field of public administration. The study considers the context of legal consequentialism as a new paradigm of administrative law, focused on the practical nature of the application of normative commands. It is based on the following question: Is the new law on bids and administrative contracts aligned with pragmatic inclinations aimed at improving public administration? The methodology used in the research covers the qualitative approach, based on bibliographical research on the new framework of bids and administrative contracts. The study has an exploratory character, since there is the confrontation of the theme from the legal and principled aspects of the norm that envision the implementation of practical changes. From the research, it can be inferred that the new law brings several appropriate procedures to make the country's bidding processes effective and efficient, in light of good public governance practices.

Keywords: Legal consequentialism. Innovation. Bids and administrative contracts. Principles. Courts of Auditors.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Notas sobre as inovações principiológicas da Lei nº 14.133/2021. 2 A Nova Lei de Licitações e Contratos versus a Lei nº 8.666/93: Suas vantagens para a Administração Pública. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A garantia da estabilidade das relações jurídicas é uma promessa – ainda não cumprida – do Direito. O mundo das normas se baseia em abstrações e inevitáveis tensões, o que cria, por vezes, distanciamentos concretos em relação aos problemas sociais. Nesse sentido, o abismo entre os comandos normativos chancelados pelo Direito e os problemas do mundo real tem suscitado cada vez mais inclinações pragmáticas no âmbito do Direito Público.

As impotências e incertezas sobre a efetiva aplicabilidade das normas fomentam e articulam debates sobre a necessidade de reformas incrementais no contexto da Administração Pública brasileira. A mais recente reforma envolve a Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, a qual institui normas gerais de licitações e contratos administrativos.

A promulgação da nova lei cria desafios instigantes em matéria de modernização do Estado. Há, em um primeiro plano, a incumbência de fazer com que o novo regramento esteja em sintonia com os problemas que assolam a organicidade do Estado e, também, que os seus dispositivos possam ser, de fato, implementados e aplicados com graus de eficiência e eficácia pelas Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.¹

¹ De acordo com o artigo 1º, I e II da Lei nº 14.133/2021, a aplicação da norma também recai sobre os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos

A lei prevê novos princípios a serem considerados na sua aplicação, bem como o dever de observância aos dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). As recentes regras da LINDB, introduzidas no ordenamento jurídico pela Lei nº 13.655/2018, incluem o dever de os tomadores de decisões, sejam administrativas, controladoras ou judiciais, se aterem às consequências práticas, quando a fundamentação evocar valores jurídicos abstratos. Além disso, possui uma sistemática voltada à garantia da segurança jurídica, inovação e aprimoramento da gestão pública.

Destaca-se que a nova redação da LINDB não retira os poderes de agentes públicos, nem condiciona a viabilidade de sua responsabilização, ao garantir que o agente responde pessoalmente pela tomada de decisões, caso incorra em dolo ou erro grosseiro em sua conduta. Assim, a lei mantém todas as qualidades da máquina pública, inclusive os mecanismos de controle, bem como contribui para minimizar o número de processos intentados contra gestores. Ademais, a nova lei busca gerar efeitos nas ferramentas de controle na gestão pública (lei de improbidade administrativa, licitações, etc.).²

O objetivo do artigo é investigar a maneira pela qual as novas regras estabelecidas na Lei nº 14.133/2021 favorecem ou obstaculizam melhores práticas na Administração Pública. Considera-se o contexto do consequencialismo jurídico, na medida em que as recentes discussões que pautam o Direito Público têm sinalizado para a necessidade de sintonia das regras jurídicas com a sua efetiva aplicação, numa perspectiva pragmática e realista.

A justificativa para a escolha do presente objeto de pesquisa se dá pelo fato de a nova lei de licitações e contratos administrativos integrar a atual conjuntura de implementação de reformas de Estado no país a partir da tentativa de oxigenação das práticas e regramentos jurídicos. Dessa maneira, o estudo parte do seguinte problema de pesquisa: A nova lei de licitações e contratos administrativos está alinhada com inclinações pragmáticas voltadas ao aprimoramento da Administração Pública?

Para responder ao questionamento suscitado e alcançar o objetivo proposto, estruturou-se a pesquisa em duas partes. Inicialmente, aborda-se as inovações relacionadas aos princípios estabelecidos no recente diploma legal, tendo no consequencialismo jurídico a perspectiva de análise e marco teórico do trabalho.

Em seguida, esmiúça-se as principais mudanças trazidas na lei a partir da busca da identificação de mudanças que tenham por finalidade transformar as práticas da gestão pública brasileira em matéria de licitações e contratos administrativos. A interlocução entre o consequencialismo jurídico e a nova lei em comento é o traço que confere originalidade da perspectiva adotada no trabalho. Destaca-se, ainda, a intenção de fomentar as discussões a partir de bases realistas.

A metodologia da pesquisa inclui a abordagem qualitativa do tema. O emprego do método qualitativo ocorre em virtude da necessidade de revisão da literatura correlata, tendo como objeto de investigação os próprios contornos normativos da lei e as suas intersecções com o consequencialismo e pragmatismo jurídicos. Realiza-se pesquisa de caráter bibliográfico e, também, documental, a partir da análise direta dos próprios dispositivos da lei.

Dentre os referenciais bibliográficos adotados no estudo, há destaque para as lições de Sabino Cassese sobre o fenômeno das transformações do Direito Administrativo na atualidade. Quanto aos objetivos, o estudo apresenta natureza exploratória, na medida em que há a finalidade

Municípios, quando no desempenho de função administrativa, assim como sobre os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: 1 abr. 2021, ed. 61 - F, seção 1 - Extra F, p. 2, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

² SOBRAL DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho. **O termo de ajustamento de gestão como forma de tutela de direitos sociais**: o caso do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2018.

de enfrentamento do tema a partir da exploração dos aspectos legais da lei que vislumbram mudanças de ordem prática.

1 NOTAS SOBRE AS INOVAÇÕES PRINCIPIOLÓGICAS DA LEI Nº 14.133/2021

A nova lei de licitações e contratos administrativos apresenta características que transitam entre tentativas de implementação de novas práticas para a gestão pública e disposições maximalistas em seus comandos gerais. Ao todo, a norma é composta por 194 artigos e, sobretudo, por uma principiologia um tanto quanto excessiva, o que pode levar à insegurança jurídica pela subjetividade concreta (princípios são normas abstratas).

O artigo 5º prevê um rol de 22 princípios³ a serem observados quando da aplicação da lei. Isso representa um aumento considerável de comandos gerais a serem concretizados, se comparado ao tratamento do tema na Lei nº 8.666/1993, que consagra apenas 8 princípios⁴ aplicáveis em matéria de licitações e contratos administrativos. Nesse aspecto, Marçal Justen Filho tece críticas incisivas ao aumento no rol de princípios, sustentando ainda que a nova lei amplia a burocracia e exige novas e maiores formalidades.⁵

Alguns princípios, de fato, foram introduzidos no artigo 5º de modo desnecessário, se considerada uma perspectiva fundada em bases realistas. Um bom exemplo disso está na inserção do princípio do interesse público, que há tempos tem sido apontado como a própria razão de ser da atuação do Estado-Administração.

Aliás, a noção de interesse público em si tem passado por ressignificações, na medida em que há uma conjugação de fatores no âmbito da atividade estatal que pressupõe uma pluralidade de interesses, tensões e dicotomias no campo da gestão das necessidades coletivas⁶. Dessa forma, não há apenas um interesse público numa dimensão uníssona e estável, mas uma perspectiva contemporânea que o visualiza a partir da satisfação do bem comum de toda a coletividade alinhada à concretização de direitos fundamentais.⁷

³ Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: 1 abr. 2021, ed. 61- F, seção 1 - Extra F, p. 2, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

⁴ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 22 jun. 2021, seção 1, p. 8269. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. A nova Lei de Licitações e a ilusão do 'governo dos seres humanos': se uma lei não funciona, o problema é a própria lei. **Jota**, 15 dez. 2020. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/12/15.12.20-A-nova-Lei-de-Licitacoes-ea-ilusao-do-governo-dos-seres-humanos--JOTA-Info.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

⁶ Nesse sentido, ver MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. In: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353-415.

⁷ SILVA, Lucas Gonçalves da; SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de; TAKANO, Camila Cardoso. O princípio da supremacia do interesse público na contemporaneidade sob a ótica dos direitos fundamentais. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 4, n. 5, p. 228, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3942>. Acesso em: 25 maio 2021.

No atual estágio do Direito Administrativo, não há espaço para a defesa de uma supremacia do Estado, nem para a sujeição geral dos particulares, mas para um conjunto dúctil de conformações possíveis entre direitos individuais e metas coletivas.⁸ É por esse motivo que, em termos práticos, o destaque para a excessiva principiologia foi uma aposta sem necessidades reais.

Ideal seria que os princípios viessem elencados com base em elementos concretos, a fim de garantir que o espaço de discricionariedade do tomador de decisão não se torne um terreno para o livre e sofisticado arbítrio de aplicação da lei, dado o rol exaustivo de comandos legais.

Em posição crítica, Carlos Ari Sundfeld sustenta que o atual Direito Público brasileiro está inserido em um ambiente de geleia geral, em que princípios vagos podem justificar qualquer decisão.⁹ Se essa proposição e esforço argumentativo estiverem corretos, então o principal valor que deve guiar de maneira significativa todo o arcabouço normativo é justamente a segurança jurídica, também positivada na Lei nº 14.133/2021.

Muitos princípios são caracterizados pela indeterminação de seu conteúdo. Nesse viés, há contundentes dúvidas a respeito da própria coerência da inserção de princípios específicos, como o princípio do planejamento, que, em verdade, não é um comando geral e abstrato a guiar normas, mas parte essencial da instrumentalização dos atos e procedimentos administrativos.

Com efeito, o dilema recai sobre a vagueza que ofusca os limites da aplicação dos princípios e que, por sua vez, tem o potencial de comprometer a segurança jurídica dos administrados. Se existe uma aparente oposição entre a segurança na aplicação dos princípios até então inseridos, então é necessário que toda a evocação e fundamentação seja justificada em cada caso concreto.

Dessa forma, estabelece-se um ônus argumentativo que os tomadores de decisão devem assumir quando da aplicação da lei. Isso vale para as esferas administrativas, controladoras e judiciais, com fundamento no artigo 20 da LINDB.¹⁰ A imposição de limites no processo de fundamentação das decisões é a principal essência do consequencialismo jurídico enquanto técnica decisória.

Partindo da constatação de que a Lei nº 14.133/2021 consagra uma quantidade elevada de princípios, acentua-se ainda mais a importância, de igual teor prático, do consequencialismo jurídico como novo paradigma do Direito Administrativo.

Nesse ínterim, não basta que os princípios sejam utilizados por si só, como se fossem categorias jurídicas autossuficientes. É preciso que os operadores do Direito estejam atentos às consequências práticas de suas decisões. Todavia, essa mesma ênfase de viés pragmático não está imune aos problemas de dimensão normativa.

Para Fernando Leal, as dificuldades em gerir as incertezas nos processos decisórios incluem o desafio de determinar os critérios de valoração para ordenar as consequências antecipáveis, bem como a tarefa de como solucionar possíveis colisões entre critérios de decisão igualmente aplicáveis.¹¹ Assim, identifica-se nesses dois aspectos limitações de ordem prática no contexto do consequencialismo jurídico.

⁸ BINENBOJM, Gustavo. Crise, oportunismo e o retorno da supremacia do interesse público: o pêndulo que não voltou. *Jota*, 25 ago. 2020, p. 2. Disponível em: http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/08/25.08_Crise-oportunismo-e-o-retorno-da-supremacia-do-interesse-p%C3%BAblico-JOTA-Info.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 205.

¹⁰ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. BRASIL. Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. *Diário Oficial da União*: 26 abr. 2018, p. 1, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm. Acesso em: 17 maio 2021.

¹¹ LEAL, Fernando. Consequencialismo. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. In: LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro (coord.); VASCONCELOS, Agta Christie Nunes;

Essas tensões, que se revelam verdadeiros desafios para o aprimoramento do Direito Público, estão inseridas em um contexto ainda mais amplo de implementação de novas agendas de pesquisas e de ressignificação da gestão pública. O desafio posto é a inovação. E, nessa perspectiva, inovar é criar.

De modo geral, a ciência do Direito, o que inclui o Direito Administrativo, há tempos se distanciou da realidade. Por meio de postulados vagos e abstratos, fundou suas bases a partir de princípios gerais que serviram de razão para a sua própria existência. No entanto, essas mesmas bases principiológicas, por si só, não oferecem mais respostas satisfatórias capazes de solucionar os problemas atuais da gestão pública. Por esse motivo, a defesa de uma certa completude e plena coerência do Direito Administrativo não é mais um argumento convincente.¹²

Além disso, cabe destacar que nos processos de transformações do Direito Administrativo, há um conjunto de fatores que se relacionam de modo recíproco, o que envolve não somente aspectos jurídicos, mas, também, dimensões de natureza política. Nesse contexto, Sabino Cassese preconiza que a conduta da Administração tem influência sobre o direito que a sustenta. Dessa forma, se o Estado tem características policêntricas ou fragmentadas, o Direito tende a ter menor uniformidade e características unitárias.¹³

Esses dilemas que envolvem a própria fragmentariedade e, até mesmo, as contradições do sistema jurídico constituem umas das causas para as distorções e desconfiâncias, inclusive, da sociedade, sobre as transformações atuais no Direito Público.

Outro princípio a ser destacado é o da transparência, corolário do postulado da publicidade que deve ocorrer nos atos realizados no exercício da atividade administrativa. O artigo 174 da Lei nº 14.133/2021 prevê a imperiosidade da criação de Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

Inegável que a transparência incentiva a participação popular, visto que a divulgação da informação promove a aproximação entre a população e a administração pública, estimulando um espaço de pesquisa e reflexão, como meio de fortalecimento da cidadania.¹⁴

Com relação a divulgação/publicidade do edital da licitação e de seus anexos, a nova lei determina que deve ser mantido o inteiro teor do edital em um portal nacional de contratações públicas. O Portal é uma plataforma digital estabelecida pela nova lei, no qual os entes públicos – Distrito Federal, Estados e Municípios, devem divulgar o inteiro teor dos seus respectivos editais e dos anexos desses editais.

Diante disso, sendo os princípios bases em que se fundamentam as normas legais, possuindo latente relevância para a estruturação dos ordenamentos que permeiam. Com a nova lei de licitações e contratos, percebe-se que os princípios assumem um papel mais explícito no campo da normatividade, se tornando cada vez mais relevantes, ao ponto de se concluir que é possível que se extraia diretamente deles a cogência, a partir de uma fundamentação adequada, que outrora somente se esperava de leis em sentido formal.

FEITOSA NETO, Pedro Meneses (org.) **Direito Regulatório Comportamental e Consequencialismo: nudges e pragmatismo em temas de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 30.

¹² Sobre o tema, Eduardo João considera que inexistente completude no Direito Administrativo. Defende que este ramo possui dimensões jurídica, gerencial e política, o que é útil para afastar concepções unísonas ou monísticas que tangenciam abordagens realistas. Ver JORDÃO, Eduardo. The three dimensions of administrative law. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1092/794>. Acesso em: 27 maio 2021.

¹³ CASSESE, Sabino. As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, Fórum, n. 24, ano 6, mar./abr., 2004, p. 13.

¹⁴ SILVA, Lucas Gonçalves da.; SOBRAL DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho. O Controle Social como instrumento de Defesa da Democracia. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, v. 04, p. 207-230, 2017.

2 A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS *VERSUS* A LEI Nº 8.666/93: SUAS VANTAGENS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Decerto, a nova lei de licitações e contratos (nº 14.133/2021) trouxe significativas inovações e alterações na regulação dos procedimentos licitatórios, trazendo, além de um novo rol principiológico, como mencionado acima, novas diretrizes para formalizar, modificar ou extinguir contratos administrativos.

Após vinte e oito anos destaca-se que a Lei nº 8.666/93 se tornou objeto de novas redações, revogações autônomas e inserções. Disso se extrai que há muito existia a necessidade de promover alterações significativas em seu texto, com a finalidade de evitar práticas fraudulentas e corruptas em procedimentos licitatórios.

De logo, cabe mencionar uma inovação com relevante destaque na Nova Lei de Licitações e Contratos. A nova modalidade do Diálogo Competitivo, previsto no inciso XLII, do artigo 6º¹⁵, para a contratação de obras, serviços e compras, onde a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente escolhidos, utilizando de requisitos objetivo para tanto, com a finalidade de desenvolver uma ou mais opções adequadas a cumprir as suas demandas, exigindo ao final do diálogo a apresentação da proposta terminativa por parte dos licitantes.

Além disso, o novo Marco Regulatório também trouxe diversas inovações. Todavia, nesta seção serão tratados apenas alguns pontos considerados relevantes para o tema ora em discussão.

Sobre a matriz de riscos, estabelecido no art. 6º, inciso XXVII, da nova lei, há a predefinição dos eventos que podem ser previstos, quantificados e colocados sob a responsabilidade dos contratantes, viabilizando-se maior previsibilidade na execução contratual e na resolução de eventuais controvérsias jurídicas.

Acerca da inversão de fases de habilitação e julgamento, destaca-se que o procedimento já existente desde a Lei do Pregão, sem margem de dúvidas, torna o procedimento licitatório mais célere e eficiente, visto que a Administração Pública examinará a documentação de habilitação somente do licitante provisoriamente escolhido em primeiro lugar no certame.¹⁶

Também é importante mencionar a extinção das modalidades do convite e da tomada de preços, limitando-se os procedimentos licitatórios ao pregão, à concorrência, ao concurso, ao leilão e ao diálogo competitivo. A extinção da primeira modalidade age como um combate as práticas de fraudes associadas à modalidade. Já a extinção da tomada de preços seria resultado da lógica da supressão realizada pela modalidade de concorrência, agora com maior celeridade por conta a inversão de fases (art. 28).

¹⁵ Art. 6º. [...] XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos. BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: 1 abr. 2021, ed. 61- F, seção 1 - Extra F, p. 2, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁶ Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I - preparatória;
- II - de divulgação do edital de licitação;
- III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV - de julgamento;
- V - de habilitação;
- VI - recursal;
- VII - de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

O art. 194 da Lei nº 14.133/2021 estabelece que a nova lei entrará em vigor na data da sua publicação, inexistindo, neste caso, o conhecido *vacatio legis*. Todavia, ocorrerá uma “fase de transição”, onde a nova lei de Licitações e Contratos vigorará pelo prazo de dois anos com as Leis nº 8.666/93, nº 10.520/02 e nº 12.462/11, salvo quanto às disposições penais da Lei nº 8.666/93, que foram revogadas de imediato.

Com isto, à Administração Pública será atribuída a prerrogativa de aplicar o novo Marco Regulatório ou de aplicar a legislação pretérita, com a obrigatoriedade de desta escolha ser indicada no edital de licitação (art. 191), inexistindo a permissibilidade de aplicação concomitante.

Diante disso, poder-se-á escolher entre aplicar o novo marco regulatório imediatamente, aplicar o regime anterior ou alternar os regimes, com a nova legislação e a pretérita. O objetivo precípua é viabilizar que ocorra uma forma da Administração Pública adotar a nova legislação, solução parecida com a adotada no art. 91 da lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016).¹⁷

As contratações diretas, dispensa e inexigibilidade da licitação, houveram poucas alterações em relação a Lei nº 8.666/93, podendo se destacar, o aumento dos limites para dispensa de licitação em razão do valor, que com a nova lei em obras de engenharia, serviços de engenharia, e manutenção da frota de veículos, o limite para dispensa é de R\$100 mil reais, em que a cada primeiro de janeiro, a União, o Governo federal editará uma medida majorando/atualizando estes limites, com base na variação do INPC.

No tocante à contratação direta, deve-se chamar a atenção para o detalhe que na Lei nº 8.666/93, no inciso II do artigo 25, existe uma das hipóteses de inexigibilidade, a contratação de pessoa ou profissional de notória especialização para prestar serviço de natureza singular. Na nova lei esta hipótese de inexigibilidade também se encontra presente, mas o legislador não fala mais de serviço de natureza singular, apenas mencionando da inexigibilidade para a licitação para contratação de profissional de empresa de notória especialização para desempenhar trabalho ou serviço de natureza predominantemente intelectual.

Ainda, sobre o credenciamento ser uma hipótese de inexigibilidade de licitação, a nova lei positivou o credenciamento, sendo o mesmo inexigível porque no procedimento de credenciamento tem-se um processo de inclusão, onde se faz um chamamento público e contrata todos os particulares que demonstrarem interesse e apresentarem a documentação exigida. Então, no credenciamento tem-se uma inclusão, diferente da licitação, onde há um processo de exclusão, porque de todo o universo dos que apresentam propostas de licitação, se contratará apenas um.

Ainda, cabe comentar sobre os procedimentos que tiveram seu curso iniciado antes do advento da Lei nº 14.133/2021, mas cujos editais serão publicados após a sua entrada em vigor. Dessa forma, o legislador não buscou impor um tempo incerto para o uso da legislação anterior, na medida em que o prazo de dois anos é considerado adequado para a adaptação de todos os procedimentos. Diante disso, apenas os processos licitatórios com editais publicados podem continuar até findo o prazo de dois anos regidos pela lei pretérita.

Neste interim, os órgãos e entidades públicas devem instituir sua política de governança, por meio de implantação de processos e estruturas, especialmente de gestão de riscos e controles internos, para alcançar determinados objetivos, como: a) garantir a escolha de proposta adequada a gerar o resultado mais benéfico para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; b) garantir o tratamento isonômico entre os licitantes, além da justa competição; c) obstar as contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e

¹⁷ Em Municípios de até vinte mil habitantes, existe um prazo adicional, uma vez que no art. 176 se concede um prazo de até seis anos para que se executem os requisitos dos artigos 7º e 8º, referentes aos agentes responsáveis pela condução das licitações, à segregação das funções entre os agentes públicos, às regras acerca da divulgação em sítio eletrônico das contratações e à obrigatoriedade de licitações eletrônicas, uma vez que as licitações presenciais serão exceção e deverão ser devidamente fundamentadas.

superfaturamento na execução dos contratos; d) promover a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável; e) incentivar um ambiente íntegro e confiável, para alcançar a vantajosidade nas contratações; f) garantir o equilíbrio das contratações ao seu planejamento estratégico e às leis orçamentárias; e, g) promover a eficiência, a efetividade e a eficácia nas contratações.

Assim, nesta toada, a nova Lei traz elementos importantes sobre a liderança e deve ater-se quando do exercício de sua função, como as medidas de integridade direcionadas aos agentes públicos (art. 7º, III e § 1º; art. 9º); a gestão por competência (art. 7º, I e II) e a matriz de responsabilidade (art. 8º); o plano de capacitação (art. 18, §1º, X; art. 169, § 3º, I; art. 173); e a definição de funções (art. 8º, §3º e 4º).

Já o mecanismo da estratégia, dentro do mesmo espectro de aquisição dos resultados das contratações, abrange ter uma conceituação clara de diretrizes, objetivos, planos e ações com critérios que respeitem o equilíbrio entre os interesses das organizações e os das partes interessadas (art. 5º do Decreto nº 9.203/2017). Pontua-se que o planejamento estratégico deve ser levado em conta na etapa de elaboração do plano anual das contratações (art. 12, inciso VII, da Lei nº 14.133/2021).

Em capítulo próprio (arts. 169 a 173), a nova Lei deu atenção à adoção do controle, direcionando especial atenção ao controle preventivo através de linhas de defesa expressas. São elas:

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

I – primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II – segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III – terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo Tribunal de Contas.¹⁸

Para a nova Lei o objetivo primordial dos órgãos e entidades públicas deve ser o cumprimento do atendimento dos anseios da sociedade, quando estabelece a possibilidade de manifestação de descontentamento das partes interessadas com a prestação do serviço ou mesmo de solicitação de informações.

No âmbito do consensualismo da Administração Pública, o que se almeja é viabilizar a integração entre os novos paradigmas da juridicidade e da Administração consensual, permitindo que o controle ganhe características de diálogo, para maximizar os objetivos fundamentais e os fundamentos do Estado Democrático de Direito.¹⁹

Os Tribunais de Contas, neste contexto, realizam papel fundamental no controle, seja no acompanhamento, seja na fiscalização das contratações públicas. Além disso, através da capacitação dos servidores públicos, promovendo cursos e eventos, presenciais ou virtuais, direcionados para o desempenho das funções de execução (art. 173). Eis neste dispositivo a importância das Escolas de Contas, como ferramentas essenciais na promoção deste aperfeiçoamento.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: 1 abr. 2021, ed. 61- F, seção 1 - Extra F, p. 2, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁹ FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substantivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

De fato, a nova lei trouxe um rol de desempenho na fiscalização e controle em procedimentos licitatórios (art. 171), por meio da viabilização de oportunidade de manifestação acerca das possíveis propostas que terão importante impacto no trabalho de órgãos e entidades fiscalizados; a adoção de procedimentos objetivos e imparciais e da criação de relatórios técnicos fundamentados e na definição de objetivos, em regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, e nas contratações semi-integrada e integrada.

Além disso, a lei também limitou razoavelmente a validade de decisões de caráter cautelar dos Tribunais de Contas com a determinação do prazo de julgamento. Assim, foi estabelecido o prazo de 25 dias úteis, prorrogável uma única vez, para julgar em definitivo o mérito do ato administrativo sob análise que tenha sido suspenso por uma cautelar (art. 171). Tal prazo não é terminativo, mas sim indicativo, porque no correr do processo podem ocorrer fatos a serem apurados que independem da ação direta e exclusiva do órgão fiscalizador.

Por derradeiro, cabe mencionar a relevância da nova lei ao tratar da responsabilização administrativa de licitantes que pratiquem quaisquer dos atos lesivos contra a Administração Pública determinado no art. 12, XII, combinado com o art. 5º da Lei Anticorrupção, abrangendo, assim, as condutas típicas de fraudes. A nova lei de licitações traz as infrações administrativas no art. 155, em doze incisos. Entre as principais inovações, destacam-se a distinção entre a inexecução parcial do contrato (inciso I) e a inexecução parcial que cause grave dano à administração (inciso II), as quais serão sancionadas com penas diferentes. A prática dos atos lesivos do art. 5º da lei anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) é também considerada infração à Lei nº 14.133/2021. Além disso, foi retirada a infração de prática dolosa de fraude fiscal, constante no art. 88, I, da Lei nº 8.666/93, mesmo sendo ato reprovável, este deve ser reprimido por lei própria.

Em síntese, a nova lei não trouxe apenas vantagens à Administração Pública, também expandiu seus efeitos à sociedade civil, por meio da implementação de maior transparência dos atos da Administração Pública, por meio da criação de um sistema informatizado (com recursos de áudio e vídeo) para o acompanhamento de obras públicas (artigo 19, III); juntamente ao fortalecimento da participação popular nas decisões administrativas, caracterizado pela previsão da possibilidade de convocação de audiências e consultas antes da realização de licitações (artigo 21, parágrafo único). Poderá propiciar mais agilidade quanto às controvérsias nas licitações e contratos, com a possibilidade de se utilizar de meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, como a conciliação, a mediação e a arbitragem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A nova lei de licitações (nº 14.133/2021), sem margem de dúvidas, trouxe importantes inovações aos procedimentos licitatórios e de contratações públicas. Assim, com a edição da nova lei, objetivou-se, especialmente devido a defasagem da Lei nº 8.666/93, elaborar uma só lei que tratasse de temas anteriormente abordados em leis esparsas, por meio de um texto legal avançado, com maior transparência, eficácia e celeridade nos procedimentos licitatórios e para a execução das contratações públicas.

Mesmo ocorrendo diversas inovações, a Lei de Licitações não abandonou por completo o modelo trazido pela Lei nº 8.666/1993, visto que ainda viabiliza a sua aplicação pelo prazo de 2 (dois) anos após a sua promulgação. O que demonstra que o legislador, na construção do novo marco regulatório, buscou aperfeiçoá-la, unindo várias normas legais e infralegais sobre licitações e contratos.

Enfim, resta evidente que os princípios da governança permeiam por todo o texto da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A Lei, inegavelmente, estabelece diversos procedimentos que podem tornar eficaz e eficiente os processos licitatórios no Brasil à luz das boas práticas na Administração Pública. Contudo, o avanço depende se o órgão ou a entidade pública

absorverá da Lei se encontrará intimamente ligado ao grau de maturidade em governança da entidade.

É sabido que o novo marco regulatório representa avanços nos procedimentos licitatórios. Todavia, não é possível que as normas da lei alcancem todos os órgãos e entidades públicas de maneira uniforme, visto que não é concebível estabelecer os mesmos critérios para órgãos de grande estrutura, como o Município de São Paulo em relação a um pequeno município carente de recursos técnicos e materiais.

Diante disso, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos tem distintos matizes, trouxe diversos avanços, produzindo maior efetividade no controle das licitações e contratos, devendo ser observada pelos entes levando-se em conta o seu grau de maturidade em governança, sempre objetivando alcançar maior eficiência e minimizar custos para a população.

REFERÊNCIAS

BINENBOJM, Gustavo. Crise, oportunismo e o retorno da supremacia do interesse público: o pêndulo que não voltou. **Jota**, 25 ago. 2020, p. 2. Disponível em: http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/08/25.08_Crise-oportunismo-e-o-retorno-da-supremacia-do-interesse-p%C3%BAblico-JOTA-Info.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL. Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. **Diário Oficial da União**: 23 jun. 2017, seção 1, p. 3-4. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9203.htm. Acesso em: 02 jun. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: 1 abr. 2021, ed. 61- F, seção 1 - Extra F, p. 2, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**: 22 jun. 2021, seção 1, p. 8269. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 10 maio 2021.

CASSESE, Sabino. As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI. **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, Fórum, n. 24, ano 6, p. 13-23, mar./abr., 2004.

FERRAZ, Luciano. **Controle e consensualidade**: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública (TAG, TAC, SUSPAD, Acordos de Leniência, Acordos Substantivos e instrumentos afins). Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JORDÃO, Eduardo. The three dimensions of administrative law. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 21-38, jan./mar. 2019. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/1092/794>. Acesso em: 27 maio 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. A nova Lei de Licitações e a ilusão do ‘governo dos seres humanos’: se uma lei não funciona, o problema é a própria lei. **Jota**, 15 dez. 2020. Disponível em: <http://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2020/12/15.12.20-A-nova-Lei-de-Licitacoes-ea-ilusao-do-governo-dos-seres-humanos--JOTA-Info.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2021.

LEAL, Fernando. Consequencialismo. Inclinações pragmáticas no Direito Administrativo: nova agenda, novos problemas. *In*: LEAL, Fernando; CARDOSO, Henrique Ribeiro (coord.). VASCONCELOS, Agta Christie Nunes; FEITOSA NETO, Pedro Meneses (org). **Direito Regulatório Comportamental e Consequencialismo: nudges** e pragmatismo em temas de Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020, p. 25-32.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A Bipolaridade do Direito Administrativo e sua Superação. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim (org.). **Contratos Públicos e Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 353-415.

SILVA, Lucas Gonçalves da; SOUZA NETTO, Antonio Evangelista de; TAKANO, Camila Cardoso. O princípio da supremacia do interesse público na contemporaneidade sob a ótica dos direitos fundamentais. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 4, n. 25, p. 228, 2019. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3942>. Acesso em: 25 maio 2021.

SILVA, Lucas Gonçalves da.; SOBRAL DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho. O Controle Social como instrumento de Defesa da Democracia. **Revista Jurídica - Unicuritiba**, v. 04, p. 207-230, 2017.

SOBRAL DE SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho. **O termo de ajustamento de gestão como forma de tutela de direitos sociais**: o caso do Tribunal de Contas do Estado de Sergipe. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, Salvador, 2018.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? *In*: SUNDFELD, Carlos Ari. **Direito Administrativo para Céticos**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.