



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

EDUARDA SOUZA DANTAS MARTINS TORRES

**NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES EM MATÉRIA DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS TRAZIDAS PELA LEI 14.133/2021**

MONOGRAFIA

BRASÍLIA/DF

2022

EDUARDA SOUZA DANTAS MARTINS TORRES

**NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES EM MATÉRIA DE
LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS TRAZIDAS PELA LEI 14.133/2021**

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão da Graduação em Direito e obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão

BRASÍLIA/DF

2022

FOLHA DE APROVAÇÃO

EDUARDA SOUZA DANTAS MARTINS TORRES

NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES: ANÁLISE DAS ALTERAÇÕES EM MATÉRIA DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS TRAZIDAS PELA LEI 14.133/2021

Monografia apresentada como requisito parcial para a conclusão da Graduação em Direito e obtenção do grau de Bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Orientador: Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão.

Aprovado em: 23 de setembro de 2022.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Jorge Octávio Lavocat Galvão
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Marcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Membro)

Prof. Dr. Othon de Azevedo Lopes
(Membro)

Mestre Claudia Maria de Freitas Chagas
(Membro)

AGRADECIMENTOS

Obter meu diploma pela Universidade de Brasília é o objetivo que venho ativamente tentando alcançar desde a conclusão do ensino médio em 2016. Ao longo desse extenso caminho, cursei ciências biológicas por um breve período, tive o ensino suspenso por um semestre em decorrência da pandemia da Covid-19, enfrentei dois anos e meio de aulas à distância, sofri bruscas mudanças na minha vida pessoal e cheguei a acreditar que não seria possível concluir essa etapa.

Nada obstante, hoje concluo a última etapa do meu ensino superior. Olhando em retrospecto, tenho certeza de que não seria possível sem o apoio dos meus familiares, amigos e colegas de profissão, a quem passo a agradecer.

Aos meus pais, Marcelo e Renata, por me ensinarem desde cedo o valor da educação e nunca medirem esforços em prol do meu crescimento intelectual e sucesso acadêmico.

À minha irmã, Luiza, por ser meu grande exemplo. Mais do que me ensinar a tabuada e os fundamentos do direito tributário, ela me lembra constantemente de que tudo é possível com a dedicação necessária.

Ao meu namorado e melhor amigo, Matheus Freire, por todo o suporte ao longo dos pouco mais de cinco anos da graduação. Dele obtive a feliz notícia de aprovação no vestibular e, agora, com ele posso celebrar o encerramento desse ciclo.

À família Lima, por tornar a jornada tão mais leve.

Às minhas tia Marcia e avó Iracema, por me acolherem com tanto zelo, e ao meu avô Ruy, que certamente estaria muito feliz pela conquista e com quem amaria comemorá-la.

Aos meus avós Josemar e Maria Josefina, que nunca disfarçaram a admiração pelos netos. Agradeço por torcerem e acreditarem tanto no meu sucesso.

Ao Carlos e à Maya, por todos os ensinamentos, que foram desde valores até teoria dos recursos.

Aos colegas de profissão e amigos que fiz no escritório Piquet, Magaldi e Guedes Advogados ao longo de quatro anos, aqui representados por Amanda Lemos, Antonio Coutinho, Arthur Guedes, Daniel Bogéa, Gilberto Gomes, Guilherme Magaldi, Jéssica Carvalho, Juliana Litaiff, Mariana Carvalho, Pedro Lustosa, Rafael Navarro, Raffael Masullo e Vitória Damasceno, pelo convívio e oportunidade de crescimento profissional.

Ao meu chefe e amigo Gilberto Gomes, pelo auxílio na escolha do tema e constante motivação.

Aos meus maiores apoiadores, verdadeiros mentores e grandes amigos, Vitória, Pedro e Mariana. Obrigada por me lembrarem que todo dia tem uma boa, por trilharem primeiro os percursos que eu pretendo percorrer, sempre me mostrando o caminho das pedras, e por sempre saberem as palavras certas para me confortar nos momentos de caos e desespero. Vocês são a melhor companhia que eu poderia pedir.

Às amigades feitas ou fortalecidas na Universidade de Brasília, aqui representadas por Vitor Imbroisi, Daniel Segalovich, Isabela Gurgel, Hugo Nakashoji, Mariana Furtado, Vitória Sernégio, Ana Carolina Mattos e Henrique Borges, por todo o auxílio e companheirismo ao longo desses anos.

Ao meu querido grupo motivacional do TCC, pelo apoio tanto emocional quanto prático nessa última etapa. Leticia, João Victor Foss, Marcella, Thiago Sancler, Gabriela, Karine, Tayná, Sandryelle, Pedro, Samella, Rodrigo, Sofia, Natalie e Gabriel, não seria sequer possível chegar até o final do curso sem a ajuda em provas, seminários e artigos ao longo do caminho.

Às amigas que estiverem presentes desde a aprovação no PAS até a aprovação na OAB, comemorando todas minhas vitórias, tendo paciência com meus períodos de ausência e tornando a vida mais feliz. Agradeço especialmente a Larissa Fonseca, Luma Bessa, Isabella Terumi, Marcela Guimarães, Gabriela Vilaro, Mariana Valle, Ana Clara Carvalho, Yasmin Pietra, Beatriz Aiza, Laura Oliveira, Clara Mendes, Clara de Azevedo, Fernanda Bemquerer, Thaise Mello e Luna Dourado.

À família Freire, que entrou na minha vida praticamente junto com o curso de direito, por também me receber como parte dela, sempre oferecendo amparo e incentivo.

Aos professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, agradeço por todos os valiosos ensinamentos. Agradeço especialmente ao meu orientador, Jorge Galvão, pelo auxílio na elaboração desse texto, bem como aos professores Márcio Iorio, Lucas Furtado, Tarcísio Carvalho, Janaína Penalva e Humberto Jaques, todos responsáveis por despertar meu interesse pelo Direito Público.

Aos membros da banca avaliadora, Marcio Iorio, Cláudia Chagas, e Othon de Azevedo, por gentilmente aceitarem esse convite.

Meu mais sincero, obrigada!

FICHA CATALOGRÁFICA

Sn Souza Dantas Martins Torres, Eduarda
Nova Lei Geral de Licitações: Análise das alterações em
matéria de licitações e contratos públicos trazidas pela Lei
14.133/2021 / Eduarda Souza Dantas Martins Torres;
orientador Jorge Octávio Lavocat Gavão. -- Brasília, 2022.
63 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de
Brasília, 2022.

1. Direito Administrativo. 2. Licitações e Contratos. 3.
Alteração Legislativa. 4. Lei 8.666/1993. 5. Lei
14.133/2021. I. Lavocat Gavão, Jorge Octávio, orient. II.
Título.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

TORRES, Eduarda Souza Dantas Martins. (2022). *Nova Lei Geral De Licitações: Análise das alterações em matéria de licitações e contratos públicos trazidas pela Lei 14.133/2021*, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, p. 63.

*“Quando os ventos de mudança sopram, umas
pessoas levantam barreiras, outras constroem
moinhos de vento.”*

– Érico Veríssimo.

RESUMO

O presente monografia tem por objeto avaliar em que medida a recém-aprovada Lei Licitações e Contratos Administrativos nº 14.133/2021, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, apresentou avanços no que concerne à regulação do procedimento licitatório e de contratações, que até então seguia as diretrizes da Lei nº 8.666/1993, em conjunto com a Lei do Pregão (nº 10.520/2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (nº 12.462/2011). No primeiro momento, trata-se das premissas básicas e princípios do procedimento de licitações, sendo delimitado o escopo de incidência das normas ora analisadas. Em seguida, avalia-se as Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011, notadamente quanto ao contexto histórico de aprovação, bem como suas principais falhas. Após, é feita breve exposição quanto às alterações promovidas pela Lei nº 14.133/2021, comparando-a com o regime antecessor. Por fim, são tecidas considerações quanto ao êxito ou não da Lei em sanar as falhas identificadas nas normas então vigentes.

Palavras-chave: Licitação pública; contratação pública; alteração legislativa; Lei 8.666/1993; Lei 14.133/2021.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to evaluate the extent to which the recently approved Law on Administrative Bidding and Contracts n° 14.133/2021, which establishes general rules for bidding and contracting with Public Administration, presented advances regarding the regulation of the bidding and contracting procedure, which until then followed the guidelines of the Law n° 8.666/1993, among Laws n° 10.520/2002 and 12.462/2011. At first, will be exposed the basic premises and principles of the bidding procedure, delimiting the scope of incidence of the rules analyzed. Next, the previous Laws are evaluated, essentially regarding the historical context of approval, as well as their main flaws. Afterwards, a brief exposition is made about the changes promoted by Law n° 14.133/2021, comparing it with the former guidelines. Finally, considerations are made about the achievement of the goals intended.

Keywords: Public bidding; public contract; legislative change; Law 8.666/1993; Law 14.133/2021.

LISTA DE QUADROS

Quadro 1: Quadro comparativo entre os crimes previstos nas Leis nº 8.666/1993 e nº 14.133/2021	46
---	----

LISTA DE ACRÔNIMOS

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CT – Comissão Temporária

LGL – Lei Geral de Licitações

LINDB – Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro

NLLC – Nova Lei de Licitações e Contratos

PL – Projeto de Lei

PLS – Projeto de Lei do Senado

PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse

RDC – Regime Diferenciado de Contratações

TCU – Tribunal de Contas da União

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. ASPECTOS GERAIS.....	14
1.1. REGIME JURÍDICO	14
1.2. CONCEITOS, FINALIDADES E PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS	15
1.3. ESCOPO DE INCIDÊNCIA	18
2. LEI Nº 8.666/1993 – ANTIGA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS	20
2.1. CONTEXTO DE APROVAÇÃO	20
2.2. PRINCIPAIS FALHAS IDENTIFICADAS NA LEI Nº 8.666/1993 E INOVAÇÕES LEGISLATIVAS	22
3. LEI Nº 14.133/2021 – NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS.....	26
3.1. VIGÊNCIA E REGIME DE TRANSIÇÃO.....	28
3.2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES	29
3.2.1. <i>INVERSÃO DAS FASES</i>	30
3.2.2. <i>MODALIDADES DE LICITAÇÕES</i>	30
3.2.3. <i>PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE</i>	34
3.2.4. <i>CRITÉRIOS DE JULGAMENTO</i>	36
3.2.5. <i>MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS</i>	37
3.2.6. <i>FASE INTERNA: ANTEPROJETO, ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR, MATRIZ DE RISCOS E PROGRAMA DE INTEGRIDADE</i>	38
3.2.7. <i>CONTRATAÇÃO DIRETA</i>	42
3.2.8. <i>REGIME SANCIONATÓRIO</i>	45
3.2.9. <i>AGENTE DE CONTRATAÇÃO</i>	52
4. ALCANCE (OU NÃO) DOS OBJETIVOS PRETENDIDOS.....	54
CONCLUSÃO.....	58
REFERÊNCIAS	60

INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, feito como requisito para outorga de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, tem por objetivo explorar o assunto “Nova Lei Geral de Licitações: Análise das alterações em matéria de licitações e contratos públicos trazidas pela Lei 14.133/2021”.

O recorte conferido à análise foi avaliar em que medida a recém-aprovada Lei de Licitações e Contratos Administrativos nº 14.133/2021 – que estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – apresentou avanços no que concerne à regulação do procedimento licitatório e de contratações, que até então seguia primordialmente – mas não apenas – as diretrizes da Lei nº 8.666/1993, em conjunto, essencialmente, com a Lei do Pregão (nº 10.520/2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (nº 12.462/2011).

A pertinência e relevância do tema se justificam tanto em função do amplo escopo de incidência – na medida que aplicável às Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes políticos –, quanto em função da atualidade do tema – seja por ter sido recentemente aprovada, seja por sua aplicação se tornar obrigatória a partir de abril de 2023, prazo em que serão efetivamente revogadas as Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011.

A principal hipótese do presente trabalho é de que a Nova Lei foi responsável por conferir maior grau de segurança jurídica e racionalidade ao processo licitatório em virtude da consolidação da jurisprudência dos órgãos de controle e da positivação de diversos institutos aptos a ampliar o diálogo entre o particular e a Administração Pública – tais quais a modalidade licitatória de diálogo competitivo, o procedimento auxiliar de manifestação de interesse e o método alternativo de resolução de conflitos do *dispute board*. Por outro lado, manteve-se o texto excessivamente detalhado e burocratizante, com pouca flexibilidade para adaptações necessárias às especificidades das contratações públicas, bem como delegou-se a posterior regulamentação aspectos essenciais para a aplicação das novas disposições inseridas pelo texto final da Lei.

Para realização dessa análise, adotou-se metodologia bibliográfica e documental, a partir da realização de pesquisa em artigos científicos sobre os principais conceitos, princípios e funções atinentes ao procedimento licitatório, sobre as efetivas dificuldades enfrentadas pela administração e pelo particular para aplicação da Lei 8.666/1993 e demais, bem como sobre as alterações efetivamente realizadas.

O primeiro capítulo situa as leis ora analisadas no âmbito do regime jurídico de direito público, a que se submete o ente político na realização de atividade essencialmente administrativa, sendo inicialmente abordados os conceitos básicos de licitações e contratos públicos, suas funções e os princípios que regem a atuação do gestor público. Delimita-se, ainda, o escopo de incidência das normas em comento.

O segundo capítulo do presente trabalho destina-se a elucidar os principais aspectos das Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011. Para tanto, é apresentado o contexto fático de aprovação da Lei nº 8.666/1993, abordando o cenário político da época e o debate legislativo envolvido, bem como as principais falhas identificadas que ensejaram múltiplas alterações legislativas – dentre elas a sanção das Leis do Pregão e do RDC –, até a efetiva promulgação de nova lei.

O terceiro capítulo aborda os principais aspectos da Lei 14.133/2021, notadamente quanto às modalidades licitatórias, hipóteses de contratação direta, ordem das fases do certame, procedimentos auxiliares, critérios de julgamento, métodos alternativos de resolução de conflitos, exigências técnicas da fase interna, agente de contratações e regime sancionatório, tanto penal quanto administrativo.

Concluída a exposição dos aspectos mais relevantes da legislação aprovada, são apresentadas as principais críticas tecidas pela doutrina, tanto positivas quanto negativas, que permitem avaliar em que medida a nova lei foi capaz ou não de atingir os fins pretendidos pelo legislador quanto à solução das falhas identificadas nas normas então vigentes.

1. ASPECTOS GERAIS

A regulação do procedimento licitatório e de contratações públicas, até a edição da Lei nº 14.133/2021, se dava, via de regra, por meio da Lei nº 8.666/1993, em conjunto com as posteriores Leis nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e 12.462/2011 (Lei do RDC) – ressalvadas as hipóteses em que expressamente afastada.

Antes que se possa efetivamente tratar dos principais aspectos das supracitadas normas, é necessária a contextualização acerca do âmbito de incidência destas, abordando o regime jurídico a que se submete a Administração Pública, bem como os princípios que devem ser observados e dos quais decorrem o dever de licitar.

1.1. REGIME JURÍDICO

Conforme explica Marçal Justen Filho, o regime de direito público se distingue do regime de direito privado na medida em que o primeiro consiste em um conjunto de normas jurídicas que disciplinam poderes, deveres e direitos vinculados diretamente à supremacia e à indisponibilidade dos direitos fundamentais, sendo caracterizado pela criação de órgãos e funções na esfera pública, a quem se atribui a titularidade de bens vinculados à persecução de valores essenciais, bem como a competência para promover a satisfação de interesses indisponíveis, ao passo que o segundo é norteado pela autonomia da vontade na escolha dos valores a realizar e na disponibilidade dos interesses em conflito¹.

Em outros termos, importa dizer que os particulares estão livres para praticar qualquer ato ou desenvolver qualquer atividade, desde que não estejam expressamente proibidos por lei, conforme art. 5º, II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

A Administração Pública, por sua vez, por se sujeitar ao regime jurídico administrativo, deve atuar em observância a diversos princípios constitucionais, dentre os quais o da legalidade e da impessoalidade – estes diretamente ligados à existência de um procedimento licitatório².

Essencialmente, tal distinção entre a atuação de entes públicos e privados decorre da vinculação do gestor público à realização do interesse público, cuja definição é intimamente relacionada à realização dos direitos fundamentais concretizados em qualquer texto constitucional moderno, inclusive na CF/88. Interesse público é, portanto, aquele que realiza direito fundamental³.

1.2. CONCEITOS, FINALIDADES E PRINCÍPIOS LICITATÓRIOS

Di Pietro conceitua como contrato administrativo “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”⁴.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 128.

² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 19.

³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 72.

⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 562.

A licitação, por sua vez, tem como função precípua a celebração de futuro contrato. Trata-se, portanto, de uma atividade meio da Administração Pública para seleção de empresa com a qual celebrará o contrato. Desse modo, o procedimento licitatório constitui a regra para o administrador, ao passo que a contratação direta constitui exceção, cujas hipóteses constam expressamente da Lei Geral de Licitações. É o que expressamente prevê o texto constitucional, nos seguintes termos:

Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações

Posto que a licitação nada mais é que o exercício de atividade meio da Administração Pública, seu procedimento deve ocorrer em observância aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, os quais devem nortear a atuação do gestor público, nos termos do art. 37, caput, da CF/88.

A licitação, nesse sentido, tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para Administração Pública, sendo esta, via de regra, aquela em que se oferece maior qualidade na prestação ou maior benefício econômico, a depender do tipo de licitação – se o critério for de menor preço, a proposta mais vantajosa será a menos custosa para Administração Pública; caso seja uma licitação avaliada segundo o critério da melhor técnica, a mais vantajosa será a que ofereça maior qualidade técnica na prestação; para as licitações do tipo técnica e preço, adota-se como mais vantajosa a proposta de melhor relação custo-benefício⁵.

Notadamente sobre as finalidades do procedimento licitatório, o artigo 3º da antiga Lei de Licitações e Contratos, nº 8.666/1993, assim dispõe:

⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**. Coordenação Maria Sylvia Zanella, 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

“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.”⁶

De maneira enfática, a Lei nº 14.133/2021 reitera a relevância dos supracitados princípios, incluindo outros – tal qual observância à Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB) – em seu 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).”

Ainda sobre as funções, para além daquelas que o texto legal prevê, a licitação pode também cumprir funções específicas. A título exemplificativo, fala-se de em função regulatória da licitação:

“A licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação de mercado, de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la — a licitação — como mecanismo de indução de determinadas práticas (de

⁶ _____. **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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 10 mai. 2021.

mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade”⁷

Quanto aos princípios, Lucas Furtado confere especial destaque aos de impessoalidade e legalidade, conceituando o primeiro destes como “o próprio fundamento para a existência do procedimento licitatório”⁸, na medida em que a Administração Pública sempre deverá proceder à abertura de procedimento licitatório para celebração de contratos – ressalvadas as hipóteses de dispensa e inexigibilidade –, assegurando a todos os interessados que preencham os requisitos legais a oportunidade de apresentarem propostas para o fornecimento de bens, prestação de serviços, execução de obras.

A legalidade, por sua vez, decorre da necessidade de que haja lei para que a Administração Pública possa exigir do particular qualquer conduta, como assegura o art. 5º, II, da CF/88, sendo igualmente necessária a existência de lei para tratar de temas para os quais o texto constitucional tenha sido expresso em requerer o seu disciplinamento por meio dessa espécie normativa – exatamente como a LGL regula o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

1.3. ESCOPO DE INCIDÊNCIA

Primeiramente, é imprescindível ressaltar que se trata de competência privativa da União legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, nos termos do art. 22, XXVII, do texto constitucional, conforme redação dada pela redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998.

Isso implica dizer que, a partir da referida Emenda, a competência privativa de cada ente político foi repartida entre a União, que estabelece normas gerais, e os Estados e Municípios, que estabelecem as normas suplementares⁹.

⁷ FERRAZ, Luciano. **Função regulatória da licitação**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 133.

⁸ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 347

⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 576.

A definição das modalidades e tipos de licitação, bem como das hipóteses de dispensa, por exemplo, são temas que se inserem no âmbito das normas gerais, de modo que o Estado ou Município que editar normas a esse respeito incorrerá em inconstitucionalidade formal¹⁰.

A redação da Lei Geral de Licitações é clara ao delimitar o âmbito de incidência desta. Trata-se de norma aplicável à Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário destes entes federados e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa, bem como os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública¹¹.

Estão expressamente excluídas do escopo da LGL as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, posto que reguladas pela Lei nº 13.303/2016 e submetidas a regime jurídico próprio das empresas privadas, nos termos do art. 173, II, da Constituição Federal. O objetivo da distinção é conferir regras menos rígidas e formalistas para as empresas estatais que exploram atividade econômica¹².

Não obstante, constitui exceção à regra a sujeição das empresas públicas e sociedades de economia mista às disposições que tratam de crimes em licitações e contratos administrativos, previstos pela Lei 14.133/2021, nos termos dos arts. 1º, §1º, e 178.

Para além da exclusão expressa no texto legal das sociedades de economia mistas e empresas públicas, há uma série de outros normativos setoriais que afastam expressamente a aplicação da Lei Geral de Licitações. É, por exemplo, o caso da Lei nº 9.472/1997, que prevê, em seu art. 210, que as concessões, permissões e autorizações de serviço de telecomunicações e de uso de radiofrequência e as respectivas licitações regem-se exclusivamente por esta Lei, a elas não se aplicando a Leis nº 8.666/1993.

Nesse sentido, apesar de as Leis nº 8.666/1993 e 14.133/2021 instituírem normas gerais de licitações, é imprescindível analisar a aplicação destas essencialmente em função do conteúdo licitado, que pode ser regulado por outros normativos pertinentes, como é caso das telecomunicações.

¹⁰ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 29.

¹¹ _____. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 21 ago. 2022.

¹² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 21.

Quanto às atividades reguladas pela Lei, o legislador elencou: alienação e concessão de direito real de uso de bens; compra, inclusive por encomenda; locação; concessão e permissão de uso de bens públicos; prestação de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados; obras e serviços de arquitetura e engenharia e; contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

2. LEI Nº 8.666/1993 – ANTIGA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

Compreendido o ramo jurídico em que se inserem as leis que disciplinam os contratos públicos e licitações, imprescindível tecer considerações quanto ao histórico da legislação pátria a esse respeito.

2.1. CONTEXTO DE APROVAÇÃO

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal foi “idealizada para combater a corrupção e tornar as contratações públicas mais eficazes”¹³.

A esse respeito, cumpre rememorar que, à época, a celebração de contratos pelo Estado brasileiro com o setor privado era regida pelo Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, normativo objeto de muitas críticas – seja pela excessiva margem de discricionariedade conferida ao agente público, seja pelo excesso de detalhamento que possibilitava interpretações diversas à norma.

A título exemplificativo, o referido Decreto previa a dispensa de licitação para contratação dos serviços com profissionais ou empresas de notória especialização (art. 12, §1º), porém não indicava quaisquer critérios objetivos para identificação do que seja notória especialização, cabendo ao gestor público definir quais empresas se enquadram na hipótese.

Outra previsão amplamente criticada era a modalidade de licitação por preço-base, em que a Administração era responsável por fixar um valor inicial e estabelecer, em função dele, limites mínimo e máximo de preços, especificados no ato convocatório (art. 37, IV). Suas

¹³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade; MONTEIRO NETO, José Trindade. Visão Geral sobre a Gênese e a Vigência da Nova Lei de Licitações. *In*: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli D. **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo, Almedina, 2021, p. 21 a 32. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

críticas decorriam da ausência da elaboração de um projeto executivo detalhado, o que facilitava a atuação das empresas no sentido de fornecerem propostas iguais, resultando em empate que culminava na decisão da licitação por sorteio.

Para além das inconsistências relativas ao Decreto-Lei nº 2.300/1986, o Projeto de Lei nº 1.491/1991, posteriormente aprovado na forma da Lei nº 8.666/1993, foi proposto em contexto político conturbado, envolvendo inúmeros escândalos do governo do Presidente da República Fernando Collor de Mello – em alguma medida atribuídos também a este Decreto.

Conforme explica Rosilho¹⁴, desde o início do ano de 1991 havia suspeitas de compras superfaturadas na administração do então presidente, que culminaram na instalação de uma Comissão Parlamentar de Inquérito pelo Congresso Nacional para apurar supostas irregularidades de sua gestão – especificamente quanto ao relacionamento entre Paulo César Farias e o governo Collor. Notadamente, essa sequência de eventos resultou na abertura do processo de *impeachment* do então Presidente da República, com sua posterior cassação.

A eclosão de uma série de escândalos envolvendo o governo serviu de pretexto para alteração do diploma normativo que regulamentava o grande foco de corrupção do momento, qual seja, as contratações públicas.

Ainda segundo Rosilho, a análise dos debates legislativos relativos ao Projeto de Lei nº 1.491/1991 permite concluir que os parlamentares viam na aprovação da nova lei sobre licitações públicas uma forma de responder às demandas da sociedade, conferindo mais lisura na conduta do governo e promovendo justiça ante a descoberta das incontáveis irregularidades nas contratações públicas, de modo a se combater a corrupção e moralizar a Administração Pública Brasileira.

Não havia, porém, um consenso acerca do viés maximalista ou minimalista a ser conferido ao novo diploma legal – de um lado, havia parlamentares que compreendiam que a lei deveria ser minuciosa, coibindo a discricionariedade do gestor público e, de outro, havia aqueles que defendiam um caráter menos abrangente e detalhista do normativo, contendo tão somente diretrizes fundamentais.

A título exemplificativo, sugeriu-se à época, por parlamentar adepto da corrente minimalista, que a lei dotasse apenas de seis ou sete artigos, cabendo aos editais a definição dos

¹⁴ ROSILHO, André Janjácómo. **Qual é o modelo das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas**. Dissertação de Mestrado, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, 2011, p. 76

critérios a serem adotados em cada licitação. É o que se verifica do comentário feito pelo deputado Israel Pinheiro quando da apresentação de substitutivo:

“Mas, em princípio, esse projeto não melhorou nada. Para mim, ele tinha que ter seis ou sete artigos. Cem artigos é maneira de fraudar este País, permitir diversas interpretações. A coisa tem que ser sucinta. Isso aqui está parecendo lei orgânica, com definições que não interessam a ninguém.”¹⁵

Ainda sobre o caráter minimalista, importante distingui-lo de uma tendência à desregulação. A opção consiste tão somente em conferir menos densidade jurídica às leis, de modo que caiba ao plano infralegal – por meio de regulamentos, decretos, portarias e instruções – a regulação minuciosa do tema.

Nada obstante, restaram vencidos os parlamentares que defendiam a mera fixação de diretrizes na Lei Geral de Licitações. Do processo legislativo em questão, originou-se uma lei rígida e minuciosa, responsável por reduzir significativamente a margem de discricionariedade do gestor público, amarrando-o ao que fora previamente definido nas normas e transformando-o em gestor boca da lei.¹⁶ Sundfeld assim sintetizou os objetivos da Lei nº 8.666/1993: “neutralizar o administrador público, declarar sua morte”¹⁷.

Não por outra razão, as excessivas amarras impostas pela lei ao procedimento licitatório e de contratações tornaram necessária a previsão normativa de outros mecanismos de que se pudesse valer o gestor público. É o que se passa a expor.

2.2. PRINCIPAIS FALHAS IDENTIFICADAS NA LEI Nº 8.666/1993 E INOVAÇÕES LEGISLATIVAS

Dentre as principais críticas atribuídas à Lei de Licitações, Trajano destaca: “a responsabilidade pelo engessamento do processo, facilitação da ocorrência de fraudes e

¹⁵ Diário Oficial do Congresso Nacional, Seção I, Brasília, 21 mai. 1992, p. 9975 e 9976. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21MAI1992.pdf#page=184>>. Acesso em: 22 ago. 2022.

¹⁶ ROSILHO, André Janjácómo. **As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, 2013.

¹⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Como reformar as licitações**. Editora Forum, Belo Horizonte, 2009.

corrupção, encarecimento de bens e serviços fornecidos e a excessiva judicialização dos certames.”¹⁸

Duras são as críticas quanto à rigidez procedimental e de controle, uma vez que esta não foi acompanhada pela eficácia na escolha da melhor proposta, de modo a se criar um sistema em que conviveu com burocracia e sobrepreço.

A Lei nº 8.666/1993, na forma como foi concebida, tornou o ato de contratar com o poder público um risco tanto para o particular quanto para o gestor envolvido. No que diz respeito ao ônus imposto ao particular, temos que

“**o excesso de procedimentos e formalidades** (como, por exemplo, a vedação quase absoluta à participação do autor do projeto na execução das obras por ele projetadas – artigo 9º, inciso I – e a verificação de todo o acervo documental referente à habilitação de todos os licitantes, antes de se processar à análise do conteúdo das propostas – artigo 43, incisos I a III), o **grande número de cláusulas exorbitantes** muitas vezes injustificadas (caso da mitigação, em favor da Administração Pública, da exceção do contrato não cumprido, autorizando verdadeiro calote público não superior a noventa dias – artigo 78, inciso XV) e a **presença de mecanismos rígidos** – e, muitas vezes, irracionais – **de controles procedimentais** (vide a sistemática dos recursos no curso do procedimento licitatório, muitos deles dotados de efeito suspensivo *ex lege*) acabou resultando num cenário em que só pessoas de muita fé se arrisca(va)m a contratar com o poder público, o que levou a que se praticassem preços, em média, bem maiores do que os das contratações no setor privado”¹⁹

Já para o gestor público, responsável por conduzir procedimentos licitatórios e por fiscalizar execução de contratos, os principais receios se relacionam às dificuldades práticas de aplicação da lei em decorrência da complexa teia de procedimentos estabelecidos, bem como ao receio sofrerem fortes punições por suas decisões administrativas.

¹⁸ TRAJANO, Alan. **Lei de Licitações completa 20 anos e pede reformas**. Conjur, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-06/alan-trajano-lei-licitacoes-completa-20-anos-reformas>>. Acesso em: 11 mai. 2021.

¹⁹ CAVALCANTE FILHO, João Trindade; MONTEIRO NETO, José Trindade. **Visão Geral sobre a Gênese e a Vigência da Nova Lei de Licitações**. In: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli D. *A Nova Lei de Licitações*. São Paulo, Almedina, 2021, p. 21 a 32. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

Quanto ao primeiro desses riscos, cita-se como exemplo a dificuldade para se determinar, com precisão, quando uma alienação deve ocorrer por meio de leilão, de concorrência, ou segundo o critério de melhor técnica – artigos 19; 22, § 5º; e 23, § 3º, artigo 46, § 1º. Sobre o segundo, mencionasse à previsão de responsabilização solidária de todos os membros da comissão de licitação, por qualquer ato praticado por esse colegiado – artigo 51, § 3º²⁰.

Ainda, atribuiu-se à tendência de incorporar à legislação preocupações de setores específicos da Administração Pública a culpa por uma redução da eficiência do procedimento licitatório na medida em que houve baixa preocupação em se dimensionar o custo em sentido amplo dos procedimentos – não apenas o financeiro, mas também o do tempo, o de pessoal e o diretamente associado ao procedimento²¹.

A Lei nº 8.666/93 passou então a ser vista como problemática, uma vez que havia excessos relativamente “ao ônus, à demora, aos impedimentos e ao custo (em sentido estrito) da contratação”²², de modo que se deu início a uma tendência legislativa de objetivo de afastar a incidência da LGL.

Por essas razões, as iniciativas do poder legislativo deixavam claro o objetivo de conferir maior flexibilização às disposições vigentes. No que diz respeito à própria Lei nº 8.666/93, as alterações realizadas foram no sentido de introduzir novas hipóteses de contratação direta, ampliação dos limites de valor, de hipóteses de dispensa de licitação e de cabimento dos procedimentos licitatórios mais complexos.

O caminho que percorreu a regulação das licitações e dos contratos públicos no Brasil também foi também marcado pela edição de inúmeras outras leis, merecendo especial destaque a Lei do Pregão (nº 10.520/2002) e a Lei do Regime Diferenciado de Contratações (nº 12.462/2011).

O pregão diz respeito à modalidade de licitação para contratação de bens e serviços comuns (art. 1º da Lei nº 10.520/2002), não havendo valor limite para sua utilização. A Lei do Pregão inovou ao trazer a inversão das fases de habilitação e julgamento, tornando praticamente sem eficácia as disposições da Lei nº 8.666/1993 sobre modalidades licitatórias como o convite e a tomada de preços²³.

²⁰ *Ibidem*, p. 22.

²¹ SUNDFELD, Carlos Ari. **Como reformar as licitações**. Editora Forum, Belo Horizonte, 2009, p. 1.

²² *Ibidem*, p. 2.

²³ CAVALCANTE FILHO, João Trindade; MONTEIRO NETO, José Trindade. **Visão Geral sobre a Gênese e a Vigência da Nova Lei de Licitações**. In: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli D. **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo, Almedina, 2021, p. 21 a

Apesar de ser uma faculdade do administrador a adoção da modalidade, no plano federal a discricionariedade foi afastada²⁴ por meio do Decreto nº 5.450/2005, que trata do pregão eletrônico e adota a seguinte regra:

Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.

§1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Já sobre a lei que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, esta foi originalmente aprovada para realização de obras vinculadas à Copa das Confederações de 2013, à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, todos sediados no Brasil, posteriormente ampliada até mesmo ao Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), obras do Sistema Único de Saúde (SUS) e de unidades do sistema prisional.

Para além de também prever a inversão das fases de habilitação e julgamento, a Lei inovou ao trazer a modalidade de contratação integrada, em que a contratada é responsável por realizar a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto, cabendo ao ente contratante a apresentação apenas de anteprojeto (art. 9º da 12.462/2011).

Ressalte-se ainda a previsão dos modos de disputa aberto e fechado, os quais podem ser combinados na forma do regulamento. No primeiro destes, os licitantes apresentam suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, conforme o critério de julgamento adotado, ao passo que no segundo as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas (art. 17º da 12.462/2011).

Todas as medidas visavam, essencialmente, a tornar o procedimento licitatório menos moroso e ineficiente.

Para além das referidas leis, outro exemplo de modificações graduais do sistema normativo das licitações e contratações públicas foi a adoção de procedimentos originalmente

32. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 484.

sem previsão em nível legal, como o Procedimento de Manifestação de Interesse e o credenciamento²⁵.

A despeito de a ineficácia da lei ser amplamente apontada e discutida ao longo de todo o período de vigência do regime, a pandemia da Covid-19 foi responsável por escancarar a ineficácia da lei. Nesse sentido:

“Em 2020, a antiga lei se mostrou completamente ineficaz para atender às demandas da Administração Pública com o advento da pandemia causada pela Covid-19. O que vimos desde o início da pandemia foi a criação de um verdadeiro regime excepcional de emergência sanitária, com a promulgação das Leis nº 13.979/2020 e nº 14.124/2021”.²⁶

Quanto às citadas Leis, registra-se ambas autorizam a Administração Pública a celebrar contratos ou outros instrumentos congêneres com dispensa de licitação para a aquisição de vacinas e de insumos destinados à vacinação contra a covid-19, inclusive antes do registro sanitário ou da autorização temporária de uso emergencial, bem como para a contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária, de treinamentos e de outros bens e serviços necessários à implementação da vacinação contra a covid-19.

3. LEI Nº 14.133/2021 – NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS

A ineficiência da LGL nº 8.666/1993 foi atestada em pouco tempo de sua vigência, ao que amplamente aponta a doutrina. Por esse motivo, não tardou para que o poder legislativo, para além das leis esparsas que complementavam a regulação do tema, apresentasse proposta de substituição do normativo.

A esse respeito, determinou-se, por meio de Ato do Presidente nº 19/2013, a criação de Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, presidida pelo então Senador Vital do Rêgo e de relatoria da Senadora Kátia Abreu.

²⁵ CAVALCANTE FILHO, João Trindade; MONTEIRO NETO, José Trindade. **Visão Geral sobre a Gênese e a Vigência da Nova Lei de Licitações**. In: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli D. **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo, Almedina, 2021, p. 21 a 32. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

²⁶ MACHADO, Gabriela de Ávila. **Considerações sobre a nova Lei de Licitações**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/gabriela-machado-consideracoes-lei-licitacoes#:~:text=O%20que%20vimos%20desde%20o,2020%20e%20n%C2%BA%2014.124%2F2021.>>. Acesso em: 15 ago. 2022.

O Relatório Final produzido pela CT sintetizou de maneira muito objetiva as falhas já tratadas em tópico anterior, especialmente no que diz respeito ao excesso de enrijecimento da atuação do gestor público, bem como à necessidade de edição de inúmeras leis que flexibilizassem em alguma medida as diretrizes fixadas na Lei nº 8.666/2013. *In verbis*:

A vigência da Lei nos últimos 20 anos significou avanços que, embora emblemáticos pela ruptura com o passado que representaram, não permitiram a adequada equalização entre as necessidades da administração e as complexidades do mercado. O seu conteúdo tem se mostrado com frequência pouco prático ou mesmo inexecutável. Por um lado cria insegurança para os administradores públicos responsáveis pelos procedimentos a que se refere – independentemente da capacitação a eles oferecida –, e, de outro, deixa margens excessivas para práticas desleais de quem vende para a administração.

Em seu conjunto, isto abriu espaço para certo ativismo dos órgãos de controle e para a proliferação de normativos infralegais que, apesar de terem tido como foco, em sua maioria, atualizar a legislação, acabaram por enrijecer os seus dispositivos, em prejuízo do próprio espírito da Lei.

Mas as reformas não se limitaram ao arcabouço infralegal. Ainda que nenhuma macrorreforma tenha sido realizada, é marcante que desde 1993, ano de publicação da Lei 8.666, a legislação voltada para compras públicas no Brasil tenha sofrido inovações por meio de 80 normas, das quais 61 Medidas Provisórias, média de 3 por ano, e 19 Leis, média de 1 por ano.

Trabalho realizado pela Consultoria do Senado, aponta que o conjunto de reformas já executado sobre o tema optou ora por mudanças pontuais, ora pela edição de legislação inovadora. Entre estas, são dignas de registro a Lei 10.520, de 17 de julho de 2000, que instituiu o pregão; a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, que conferiu tratamento favorecido a microempresas e empresas de pequeno porte; a Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010, que trata de licitação e contratação de serviços de publicidade; a Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), e as que dela decorreram com o fim de expandir seu alcance; e a Lei nº 12.598, de 22 de março de 2012, que estabeleceu normas especiais para compras e contratações de produtos e de sistemas de defesa.

Entre as mudanças pontuais, limitada a análise às que foram promovidas mais recentemente, sobressaem em número as que ampliaram as possibilidades de dispensa de licitação. Desde 2007, foram acrescentados ao rol de dispensas previstas no art. 24 da Lei 8.666, de 1993, objetos tão distintos quanto bens e serviços das Forças Armadas em operações de paz, a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural, as aquisições com transferência de tecnologia para o SUS e a implementação de cisternas. Inicialmente em número de 15, hoje as dispensas somam 33, como bem relaciona o estudo acima citado.

Ainda na esteira das mudanças promovidas no próprio texto da Lei 8.666, de 1993, não se pode deixar de mencionar a realizada pela Lei 12.349, de 2010, que instituiu margens de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras. Em primeira análise, tal mudança foi significativa porque reorientou o princípio, antes consagrado na Lei, de vedação a cláusulas ou condições que pudessem comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo de certames, por indicação de preferências ou distinções quaisquer. Esta mudança é importante para um grupo de fornecedores nacionais, mas não pode representar redução da competitividade para quem compra. Ainda deverão ser avaliados os resultados das medidas impostas pela Lei 12.349, de 2010, sobre a economia brasileira.”²⁷

A proposta constante do Relatório Final da Comissão foi submetida à apreciação do Congresso por meio do PLS nº 559/2013, posteriormente alterado para PL 4253/2020 em decorrência de substitutivo apresentado pela Câmara dos Deputados. Foi nesse contexto que, apenas em 2021, houve a aprovação pelo Congresso Nacional e sanção pelo Presidente da República da Lei nº 14.133/2021, que será analisada na sequência.

3.1. VIGÊNCIA E REGIME DE TRANSIÇÃO

O art. 194 da Lei nº 14.133/2021 prevê sua imediata entrada em vigor a partir de publicação, que se deu em 1º de abril de 2021, sem a ocorrência da *vacatio legis* cuja regra geral é de 45 dias, conforme art. 1º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Nada obstante, as Leis nº 8.666/1993, nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011 (apenas no que trata de

²⁷ _____. **Diário do Senado Federal nº 212/2013**, Suplementar F, Brasília, 24 dez. 2013. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/18804?sequencia=3>> Acesso em: 22 ago. 2022.

licitações, arts. 1º a 47-A), somente serão revogadas após decorridos 2 anos da publicação oficial da nova lei, exceto no que diz respeito aos crimes, conforme será visto.

Em outros termos, importa dizer que até abril de 2023, a NLLC conviverá com as leis antigas, sendo facultado ao gestor público a adoção do regime que julgue mais pertinente, sendo necessário apenas que a opção escolhida conste expressamente do edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta (art. 191).

O regime de transição, ao menos em teoria, possibilita que a Administração Pública faça os estudos necessários sobre a nova lei, adaptando os seus processos internos e promovendo a qualificação os seus servidores para aplicação do novo regime²⁸. Importante ainda destacar que a realização de um procedimento licitatório segundo o novo regime não impede que o mesmo órgão opte pela realização de outro procedimento nos termos das leis anteriores ao longo desses dois anos. A única vedação propriamente feita em lei é da utilização de um regime híbrido.

Ainda a esse respeito, o art. 190 da NLLC preceitua que o contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada. Trata-se de disposição que confere segurança jurídica ao proteger o ato jurídico perfeito – definido pelo art. 6º, § 1º, da LINDB como aquele “já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

Ademais, não haveria de se falar em alteração do regime dos contratos já firmados em decorrência do princípio da vinculação ao edital. O edital, na condição de “lei interna da licitação”²⁹, vincula aos seus termos ambos o licitante e a Administração que o expediu.

Já no que diz respeito aos crimes em licitações e contratos e suas penas, a Lei nº 14.133/2021 optou por revogar, na data de publicação, todas as disposições da Lei nº 8.666/1993 a esse respeito (arts. 89 a 108), conforme art. 193, I.

3.2. PRINCIPAIS ALTERAÇÕES

A Lei nº 14.133/2021 não é apenas uma lei, mas um novo regime jurídico, de modo que suas alterações precisam ser analisadas de forma sistêmica. Nesse sentido, para além de incorporar as Leis do Pregão e do Regime Diferenciado de Contratações à Lei Geral de Licitações e Contratos, a nova lei prevê uma série de alterações quanto a procedimentos e modalidades licitatórias, regime sancionatório e agentes envolvidos.

²⁸ NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 8.

²⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 321.

A seguir, passa-se a detalhar as supracitadas alterações.

3.2.1. INVERSÃO DAS FASES

Primeiro aspecto da NLLC que merece destaque diz respeito à alteração das fases do procedimento licitatório. Seu artigo 17º prevê a seguinte sequência de etapas como regra: preparatória, de divulgação do edital de licitação, de apresentação de propostas e lances, quando for o caso, de julgamento, de habilitação, recursal e de homologação. Há, portanto, a inversão da regra contida na Lei nº 8.666/1993, em que a habilitação das licitantes ocorria antes do julgamento, excluindo-se as empresas sem condições de serem contratadas.

A habilitação é a fase da licitação em que se verifica a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, podendo ser (i) jurídica, (ii) técnica, (iii) fiscal, social e trabalhista ou (iv) econômico-financeira. O julgamento, por sua vez, consiste na seleção de propostas segundo o critério adotado na fase preparatória – menor preço, maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico, técnica e preço, maior lance, no caso de leilão, ou maior retorno econômico.

A ordem padrão adotada pela Lei anterior era objeto de críticas na medida em que limitava o número de propostas de preço conhecidas pelo Poder Público e, em virtude da rigidez formal e da demora dos procedimentos, incentivava a litigância entre os proponentes, uma vez que era possível inabilitar uns aos outros³⁰.

Por essa razão, a inversão conferida pela NLCC foi avaliada como positiva por evitar recursos, com clara motivação procrastinatória, sobre formalidades da habilitação, gerando economia, sobretudo de tempo, bem como por dificultar a ação de cartéis, seja porque “impede a ação conjunta de grupo de licitantes sobre concorrente não participante do conluio, seja porque, na abertura das propostas, o preço artificialmente produzido pelo cartel pode ser revelado ante a apresentação de proposta de outros concorrentes”³¹.

3.2.2. MODALIDADES DE LICITAÇÕES

A NLLC trouxe alterações quanto às modalidades licitatórias anteriormente previstas. O art. 22 da Lei nº 8.666/1993 elencava as seguintes modalidades: concorrência, tomada de

³⁰ ROSILHO, André Janjácómo. **As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, 2013, p. 9.

³¹ _____. **Diário do Senado Federal nº 212/2013**, Suplementar F, Brasília, 24 dez. 2013. Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/18804?sequencia=3>> Acesso em: 22 ago. 2022.

preços, convite, concurso e leilão. O art. 28 da Lei nº 14.133/2021, por sua vez, prevê as modalidades de pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo. Nota-se, portanto, que houve a exclusão da tomada de preços e do convite, bem como a inclusão do diálogo competitivo.

Ressalta-se que há vedação expressa quanto à criação de novas modalidades, bem como à combinação daquelas já existentes (art. 28, § 1º, da Lei nº 14.133/2021).

3.2.2.1. TOMADA DE PREÇOS E CONVITE

A modalidade de tomada de preços, extinta pela NLLC, era realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22, § 2º da Lei nº 8.666/1993).

Já o convite consistia na modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a quem incumbia afixar, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estender aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (art. 22, § 3º da Lei nº 8.666/1993).

A antiga Lei condicionava a definição das modalidades com base nos valores do objeto contratado, nos termos do art. 23, segundo o qual, para obras e serviços de engenharia, a Administração poderia se valer de convite quando o objeto tivesse o valor estimado de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e da tomada de preços quando o valor atingisse o limite de até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), sendo necessária a realização de concorrência para valores superiores. Já para as demais compras e serviços não contemplados acima, o convite poderia ser utilizado até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e a tomada de preços até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

A Lei nº 14.133/2021, no entanto, não prevê critérios de natureza monetária para escolha da modalidade a ser utilizada, sendo esse um dos motivos pelos quais as modalidades perderam objeto.

Ainda, ambas as modalidades eram utilizadas para promover facilidade e rapidez na contratação pública. Nada obstante, a NLLC trouxe uma série de previsões - como a inversão de fases, mencionada no tópico anterior, e procedimentos auxiliares, que serão tratados na

sequência - que amenizam impactos dessa natureza, não havendo efetivo prejuízo à celeridade e eficiência nas contratações.

3.2.2.2. DIÁLOGO COMPETITIVO

Nos exatos termos da Lei, o diálogo competitivo diz respeito à 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 (art. 6º, XLII). Trata-se de uma forma de a iniciativa privada auxiliar no atendimento das necessidades da Administração Pública, concretizando os interesses social e público³².

Consiste em mecanismo inspirado em modelo europeu, “imerso em sistema normativo pautado no tratamento igualitário, no princípio da não discriminação e na transparência, os quais devem guiar a interpretação dessa modalidade de licitação”³³.

A NLLC alterou ainda a Lei Geral de Concessões de Serviços Públicos e a Lei de Parceria Público-Privada (Leis nº. 8.987/1995 e 11.079/2004, respectivamente), de modo que o diálogo competitivo consta como modalidade de licitação para concessão de serviço público e para concessão de serviço público precedida da execução de obra pública³⁴, bem como para a contratação de parceria público-privada³⁵.

As hipóteses de utilização da modalidade estão previstas no artigo 32 da Lei nº 14.133/2021, que as restringe a contratações cujo objeto envolva (i) inovação tecnológica ou

³² ROBL FILHO, Ilton Norberto; MARRAFON, Marco Aurélio. **Diálogo Competitivo**. In: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli D. **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo, Almedina, 2021, p. 187 a 204. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>>. Acesso em: 7 set. 2022.

³³ *Ibidem*, p. 188.

³⁴ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: [...] II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

³⁵ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: [...]

técnica, (ii) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado, ou (iii) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração. Ainda, utiliza-se do diálogo público quando a Administração Pública verifica a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para (i) a solução técnica mais adequada, (b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida e (iii) a estrutura jurídica ou financeira do contrato.

Isso posto, observa-se que “o diálogo é uma modalidade cuja aplicação é definida em estreitos termos na legislação, não havendo espaço para se recorrer a ela fora dos casos previstos no art. 32”³⁶.

Nos termos do art. 32, § 1º, a modalidade ocorre em três fases: a de pré-qualificação, a de diálogo e a competitiva. A primeira delas diz respeito à “realização da seleção prévia dos candidatos aptos a participar do certame, conforme critérios de qualificação previamente estabelecidos em edital”³⁷, enquanto na segunda são apresentadas as propostas de solução - podendo essa etapa ser realizada de maneira sucessiva, a teor do art. 32, § 1º, VII³⁸.

Destaca-se que a pré-seleção configura uma etapa tão somente de nivelamento, devendo o particular ser julgado segundo habilitação técnica e econômico-financeira. A esse respeito, destaca Oliveira:

“No diálogo competitivo brasileiro, a pré-seleção não é uma etapa na qual há competição, em que a Administração julga quem tem os melhores requisitos. Trata-se de uma etapa de nivelamento, em que o edital prevê os parâmetros minimamente aceitáveis para que o licitante possa contribuir na formação da solução e, se vier a vencer a fase competitiva, tenha condições técnicas e econômico-financeiras de executar o contrato. Por isso, entende-se que o mais razoável no modelo pátrio é que a seleção prévia pautar-se pelos requisitos da habilitação técnica e econômico-financeira.”³⁹

³⁶ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Diálogo Competitivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 31.

³⁷ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 4. ed. – Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021, p. 134.

³⁸ VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

³⁹ OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Diálogo Competitivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 41.

Já sobre a fase de diálogo, o normativo foi claro ao indicar a necessidade de um tratamento isonômico entre os licitantes. Isso porque, conforme explica Oliveira, a modalidade é marcada por uma ampla negociação, inclusive oral, devendo ocorrer nas mesmas bases informacionais para todos os concorrentes⁴⁰.

Finda a fase de apresentação de soluções, a Administração deverá juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da primeira fase diálogo, dando início à fase seguinte com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma legal apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto (art. 32, § 1º, VII).

Por fim, ressalta-se que a modalidade é conduzida por uma comissão de contratação, composta por ao menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitindo-se ainda a contratação de profissionais para assessoramento técnico desta comissão (art. 32, § 1º, XI).

3.2.3. PROCEDIMENTO DE MANIFESTAÇÃO DE INTERESSE

O legislador conferiu à Administração procedimentos auxiliares ao procedimento licitatório, elencados e disciplinados no Capítulo X do Título II. São eles o credenciamento, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse, o sistema de registro de preços e o registro cadastral.

Dentre os procedimentos auxiliares elencados, merece especial atenção o Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), comumente utilizado com a finalidade de subsidiar a Administração Pública na estruturação de desestatização de empresa e de contratos de parcerias, e anteriormente regulamentado apenas pelo Decreto nº 8.428/2015. A previsão foi importada para o escopo das licitações públicas.

Trata-se de procedimento que viabiliza a realização de estudos relativos a projetos de interesse público, com o auxílio da iniciativa privada e sem o desembolso imediato de recursos.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 44

No caso, o particular que tiver o seu projeto aprovado apenas será remunerado se a licitação de fato ocorrer, oportunidade na qual o pagamento deverá ser arcado pelo licitante vencedor.⁴¹

O texto legal contou com uma inovação no sentido de o procedimento previsto poder ser restrito a *startups*, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração (art. 81, § 4º).

No entanto, os critérios estabelecidos de “natureza emergente” e de “grande potencial” não são objetivos e a própria característica do PMI pode esvaziar a participação dessas empresas, posto que “elas não possuem grandes recursos e investirão seu tempo e esforços em projetos sem a garantia de remuneração, pois a futura licitação pode não ser realizada”⁴².

Apesar de semelhantes em alguma medida, o PMI não se confunde com a modalidade de licitação diálogo competitivo. No primeiro caso, a relação entre a Administração Pública e particular ocorre antes da licitação e sem a garantia de que ela será realizada, enquanto no diálogo competitivo a apresentação de estudos e soluções para a Administração Pública já ocorre no âmbito da licitação, sendo a etapa anterior à competitiva.

⁴¹ Art. 81 A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento. § 1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital. § 2º A realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto no caput deste artigo: I – não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório; II – não obrigará o poder público a realizar licitação; III – não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração; IV – será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

⁴² LAHOZ. Rodrigo Augusto Lazzari. **Modalidades de Licitação e Procedimentos Auxiliares**. In: NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 79.

Além disso, no diálogo competitivo as interações entre particulares e Administração Pública são constantes até a definição do objeto que será contratado, ao passo que no PMI, apresenta-se um projeto completo e definitivo⁴³.

3.2.4. CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

Em relação à fase de julgamento da licitação, foram incorporados, para além dos critérios de menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance, os critérios de maior desconto, melhor técnica ou conteúdo artístico e maior retorno econômico.

No que concerne ao critério de maior desconto, este já era previsto na Lei nº 12.462/2011 (Lei do RDC) e na Lei nº 13.303/2016 (Lei das Estatais), e consiste naquele que sagra como vencedor o licitante que oferecer o maior desconto percentual a um valor previamente fixado pela Administração Pública. Registra-se que esse critério será praticado na modalidade Pregão e terá como referência o preço global fixado no edital de licitação.

Além disso, uma vez adotado o critério de maior desconto, a porcentagem proposta pelo licitante vencedor deverá ser estendida aos eventuais termos aditivos, de modo a seguir a mesma racionalidade econômica que norteou sua contratação.

O critério de melhor técnica ou conteúdo artístico, por sua vez, será cabível para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística e, em razão da sua especificidade, não envolvendo propostas de preços pelos interessados. Desse modo, o seu julgamento considera a capacitação e experiência dos licitantes, definindo previamente os prêmios ou remunerações devidas aos vencedores do certame.

Já o julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, deverá considerar a maior economia para a Administração, devendo a remuneração ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato, nos termos do art. 39.

É possível inferir, diante da vinculação exclusiva da remuneração à própria performance contratual, que se trata de um critério de julgamento e de uma modalidade contratual arriscada para os licitantes. Esse risco se apresenta ainda mais concreto com a disposição de que, nos casos em que não for gerada a economia proposta, a diferença deverá ser descontada da

⁴³ *Ibidem*. 79.

remuneração e, caso exceda o limite máximo estabelecido no contrato, será cabível a aplicação de outras sanções⁴⁴.

3.2.5. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A NLCC prevê, em seu art. 150, que poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias nas contratações regidas por essa Lei, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

A esse respeito, merece destaque a previsão do comitê de resolução de disputas, ou *dispute board*, identificado como “grande novidade” da Lei. Conforme aponta a doutrina, trata-se de ganho duplo, na medida em que positiva a possibilidade de contratos administrativos se valerem dos comitês de resolução de disputas para resolver e prevenir seus conflitos, bem como se torna a primeira lei federal brasileira a prever o instituto, dando fim às discussões atinentes à possibilidade de a Administração Pública valer-se do seu uso, uma vez que inexistia, até o momento, previsão legal nesse sentido⁴⁵.

Os comitês de resolução de disputas (*dispute boards*) consistem em prática já conhecida e utilizada no cenário do direito internacional. Estes são compostos por profissionais dotados de capacidade técnica e indicados pelas partes, e têm por objetivo específico o alinhamento de divergências sobre o conteúdo do contrato e sua execução, podendo, eventualmente, fazer o seu acompanhamento, com recomendações. Sua característica, portanto, é de desenvolvimento de uma atividade concomitante e, de certo modo, preventiva⁴⁶.

Ainda, conceitua-se o *dispute board* como um

⁴⁴ Art. 39 (...) § 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência: I – a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado; II – se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

⁴⁵OIVEIRA, Murillo Preve Cardoso de. **Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias**. In: NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 135.

⁴⁶SANTOLIM, Cesar. **Contratos Administrativos e os Meios Alternativos de Solução de Controvérsias**. In: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli D. **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo, Almedina, 2021, p. 402. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

“mecanismo extrajudicial de solução e prevenção de conflitos por meio do qual as partes instituem, em geral, na ocasião da celebração do contrato, um especialista ou comitê de especialistas para acompanhar sua execução, prevenindo e solucionando eventuais litígios decorrentes do referido contrato”⁴⁷.

O mecanismo é responsável por manter entre as partes do contrato uma relação harmônica e construtiva, poupando-as, em princípio, de desgastes e prejuízos financeiros decorrentes de litígios levados ao judiciário ou à arbitragem.

Outras vantagens identificadas na utilização do referido método dizem respeito à qualificação técnica e familiaridade com matéria objeto do contrato por parte do comitê instituído, bem como a redução de custos inerentes ao *dispute board* quando em comparação, por exemplo, à arbitragem⁴⁸.

3.2.6. FASE INTERNA: ANTEPROJETO, ESTUDO TÉCNICO PRELIMINAR, MATRIZ DE RISCOS E PROGRAMA DE INTEGRIDADE

Nos termos do art. 17, inciso I, da lei em análise⁴⁹, a licitação tem início com a fase preparatória ou interna, na qual a Administração elabora o seu planejamento, definindo o seu objeto e todas as suas condições, bem como procedimentos específicos. No que concerne à essa importante fase licitatória, diversas são as alterações propostas em comparação com a legislação atualmente em vigor.

Marçal Justen assim conceitua os objetivos da fase preparatória: (i) identificar objetivamente as suas necessidades; (ii) conceber numa solução técnica para o seu atendimento; (iii) determinar a viabilidade econômica e jurídica da contratação; (iv) elaborar a minuta de um instrumento contratual e; (v) verificar a viabilidade de competição entre os particulares e a necessidade de licitação⁵⁰.

⁴⁷ RODRIGUES, Marco Antonio; MELLO, Felipe Varela. **Os *dispute boards* na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes>>. Acesso em: 4 set. 2022.

⁴⁸ *Ibidem*

⁴⁹ Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I – preparatória;

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Inicialmente, destaca-se que o legislador adotou como padrão a elaboração de anteprojeto. Trata-se, nos termos do art. 6º, XXIV, de peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, ao menos, todos os elementos elencados na Lei.

De forma similar, a exigência de estudo técnico preliminar foi incorporada ao regime geral. Sua elaboração é de extrema relevância para fase preparatória, visto que a descrição da necessidade da contratação fundamentada deve ser feita com base em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido (art. 18, I).

Além disso, conforme dispõe o § 1º do art. 18, exige-se que esse estudo evidencie o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, permitindo a avaliação de viabilidade técnica e econômica da contratação.

Na sequência desse dispositivo, são detalhados os elementos que deverão estar contidos no estudo técnico preliminar, sendo evidenciada a complexidade desse estudo que teria natureza preliminar:

Art. 18 [...] § 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte,

que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da solução;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais ou financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

Conforme se observa, são exigidos diversos elementos no estudo técnico preliminar, de modo a sedimentar o planejamento da contratação e proporcionar maior embasamento ao termo de referência ou ao projeto básico a ser elaborado, caso se conclua pela viabilidade da contratação.

Por meio do mesmo artigo da nova lei dispendo acerca do estudo técnico preliminar, foi inserida a exigência de elaboração de análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual. Contudo, ao contrário do estudo técnico preliminar, essa nova previsão não se encontra amparada por dispositivos que delimitem seus elementos básicos, nem mesmo se remete a posterior regulamentação.

Quanto à matriz de riscos, a NLLC a conceitua, de maneira mais concreta, como “cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação”. Para tanto, estabelece as informações mínimas que devem estar contidas nessa cláusula, tais quais:

Art. 6º, XXVII [...] a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

Não obstante essas informações mínimas, tem-se de grande relevância algumas disposições contidas no art. 103 da Lei⁵¹, as quais envolvem a orientação de que a alocação de riscos deve considerar (i) a natureza do risco, (ii) o beneficiário das prestações a que se vincula e (iii) a capacidade de cada setor para melhor gerenciá-lo. Além disso, no mesmo artigo, prevê-se que, preferencialmente, os riscos que possuam cobertura oferecida por seguradoras serão de responsabilidade do contratado.

Não suficiente, nota-se o receio do legislador quanto aos inúmeros pleitos de reequilíbrio judicializados, uma vez que o projeto torna expresso que a matriz de riscos definirá o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes e deverá ser observada na solução de pleitos das partes. Nesse mesmo sentido, registra que, sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de riscos, será considerado mantido o equilíbrio, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento de equilíbrio relacionados aos riscos assumidos.

⁵¹ Art. 103. O contrato poderá identificar os riscos contratuais previstos e presumíveis e prever matriz de alocação de riscos, alocando-os entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados.

Ressalva-se que essa matriz não é exigida em todos os tipos de obras e serviços, sendo a sua obrigatoriedade atrelada a obras e serviços de grande vulto ou quando forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada.

Por fim, destaca-se a inclusão em edital da obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor quando no âmbito das contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto. Assim, contando da celebração do contrato, o licitante terá o prazo de seis meses para implementar esse programa⁵².

Todavia, a Lei delega para regulamento posterior as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo descumprimento dessa exigência, de modo que poucas são as certezas acerca do programa de integridade previsto, exceto quanto ao seu prazo e obrigatoriedade. Nesse sentido, da maneira como se encontra previsto atualmente, ao contrário de incentivar o mercado privado a desenvolver normas de *compliance* e integridade, corre-se o risco de serem implementadas práticas ineficientes com o simples intuito de se cumprir a exigência.

3.2.7. CONTRATAÇÃO DIRETA

A contratação direta diz respeito à exceção ao dever de licitar, podendo ser realizada em decorrência de dispensa ou de inexigibilidade de licitação. A diferença entre as situações de dispensa e de inexigibilidade reside essencialmente no fato de que, na primeira, haveria a possibilidade de competição entre possíveis interessados, o que torna possível a realização de licitação. Ao passo que na segunda, não haveria competição, por só haver um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração, tornando a licitação inviável⁵³.

Em linhas gerais, a NLLC manteve os mesmos conceitos de inexigibilidade e dispensa da lei antecessora, prevendo a inexigibilidade “quando for inviável a competição” e a dispensa nos casos elencados no texto legal.

⁵² Art. 25 (...)§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

⁵³ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 130.

Independente da modalidade, a Lei estabeleceu uma série de critérios a serem observados para contratação direta. Nesse sentido, o art. 72 elenca todos os documentos que devem ser apresentados:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Apesar de a previsão conferir maior grau de segurança, a Lei não logrou êxito em conferir clareza ao dispositivo. Por exemplo, nota-se que não há certeza quanto à imprescindibilidade de parecer jurídico. A esse respeito:

“Nos textos das Leis 8.666/93 e 13.303/2016 não há a menção ao parecer jurídico ou ao parecer técnico, sobretudo porque certos casos de contratação direta exigem celeridade da Administração Pública. Exigir parecer para a contratação poderá inviabilizar a contratação direta, pois muitos Municípios

podem não contar com corpo jurídico especializado à disposição. Entretanto, a interpretação adequada é no sentido de que o parecer jurídico é necessário, trazendo à baila as orientações dos Tribunais de Contas – sendo-lhe lícito divergir desde que exponha seus fundamentos – e o texto legal”⁵⁴.

Não obstante, a preocupação da Lei nº 14.133/2021 quanto à formalização dos processos administrativos de contratação direta por dispensa e inexigibilidade de licitação não deixa de representar uma grande evolução da matéria, visto que há previsão legal expressa mais adequada, especialmente quanto aos elementos que devem instruir tais processos.

Ainda no que concerne às hipóteses de contratação direta, vale mencionar que já há julgado da Corte de Contas a respeito da modalidade de dispensa de licitação. O Acórdão 2458/2021-Plenário, de relatoria do Ministro Augusto Nardes, firmou entendimento no seguinte sentido:

“Licitação. Contratação direta. Princípio da publicidade. Dispensa de licitação. Portal Nacional de Contratações Públicas. Diário Oficial da União.

A dispensa de licitação prevista no art. 75 da Lei 14.133/2021 (nova Lei de Licitações e Contratos) pode ser utilizada por órgãos não vinculados ao Sistema de Serviços Gerais (Sisg), em caráter transitório e excepcional, até que sejam concluídas as medidas necessárias ao efetivo acesso às funcionalidades do Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP (art. 174 da mencionada lei). Nesse caso, em reforço à transparência e à publicidade necessárias às contratações diretas, deve ser utilizado o Diário Oficial da União (DOU) como mecanismo complementar ao portal digital do órgão, até a efetiva integração entre os sistemas internos e o PNCP”⁵⁵.

⁵⁴ KANAYAMA, Rodrigo Luís. **Contratação Direta: Dispensa e Inexigibilidade na Lei 14.133/2021**. In: ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli D. **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo, Almedina, 2021, p. 91. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>>. Acesso em: 8 set. 2022.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2458/2021**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 13/10/2011.

Em decorrência do curto período de vigência da Lei, não é vasta a jurisprudência a seu respeito, merecendo especial destaque os contornos já dados pelo órgão de controle externo.

3.2.8. REGIME SANCIONATÓRIO

O ambiente das contratações públicas é, conceitualmente, espaço de disputa entre interesses contrapostos, em que, de um lado a Administração tem por finalidade a concretização do objeto contratado nas melhores e mais eficientes condições possíveis e, de outro, o particular contratado busca obter proveitos da relação firmada, geralmente de ordem econômica. Dessa forma, a cooperação entre as partes “repousa sobre um delicado equilíbrio de todos os interesses, forças e pressões incidentes sobre a relação contratual”⁵⁶. Ocorre que, por vezes, o impulso em sentido à maximização de seus interesses pode desencadear práticas irregulares pelos particulares.

Nesse sentido, as sanções em contratações públicas representam ponto de acentuada tensão nos espaços de interação público-privado: o monopólio do poder sancionatório é confiado ao Estado, porém os direitos e garantias individuais devem ser sacramente protegidos a fim de assegurar um ambiente indisponível de civilidade. Em outros termos, importa dizer que “infrações devem ser punidas, mas liberdades também necessitam ser asseguradas”⁵⁷.

3.2.9.1. REGIME SANCIONATÓRIO PENAL

Conforme indicado na seção referente ao regime de transição, as disposições acerca de crimes da Lei nº 8.666/1993 foram as únicas imediatamente revogadas mediante a publicação da NLLC.

A nova Lei foi também responsável por transpor a seção que trata dos crimes e das penas para o Código Penal⁵⁸. Ainda, importante rememorar que tais crimes também são aplicáveis às empresas públicas e sociedades de economia mista.

⁵⁶ LUZIA. Cauê Vecchia. **Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas**. In: NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 101.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 102.

⁵⁸ Art. 178. O Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo II-B:

Abaixo, a tabela elaborada para fins de comparação entre os crimes previstos em ambas as leis.

Quadro 1: Quadro comparativo entre os crimes previstos nas Leis nº 8.666/1993 e nº 14.133/2021

Lei 8.666/1993	Lei 14.133/2021
<p>Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:</p> <p>Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.</p>	<p>Contratação direta ilegal</p> <p>Art. 337-E Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:</p> <p>Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.</p>
<p>Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.</p>	<p>Frustração do caráter competitivo de licitação</p> <p>Art. 337-F Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:</p> <p>Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p>
<p>Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>	<p>Patrocínio de contratação indevida</p> <p>Art. 337-G Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:</p> <p>Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p>
<p>Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:</p> <p>Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.</p>	<p>Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo</p> <p>Art. 337-H Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:</p>

<p>Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.</p>	<p>Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p>
<p>Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>	<p>Perturbação de processo licitatório</p> <p>Art. 337-I Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:</p> <p>Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p>
<p>Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.</p>	<p>Violação de sigilo em licitação</p> <p>Art. 337-J Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:</p> <p>Pena – detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.</p>
<p>Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:</p> <p>Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.</p>	<p>Afastamento de licitante</p> <p>Art. 337-K Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:</p> <p>Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.</p> <p>Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.</p>
<p>Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:</p> <p>I - elevando arbitrariamente os preços;</p> <p>II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;</p> <p>III - entregando uma mercadoria por outra;</p> <p>IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;</p> <p>V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:</p> <p>Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.</p>	<p>Fraude em licitação ou contrato</p> <p>Art. 337-L Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:</p> <p>I – entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;</p> <p>II – fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;</p> <p>III – entrega de uma mercadoria por outra;</p>

	<p>IV – alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;</p> <p>V – qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato.</p> <p>Pena – reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.</p>
<p>Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p> <p>Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.</p>	<p>Contratação inidônea</p> <p>Art. 337-M Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:</p> <p>Pena – reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.</p> <p>§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:</p> <p>Pena – reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.</p> <p>§ 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.</p>
<p>Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:</p> <p>Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>	<p>Impedimento indevido</p> <p>Art. 337-N Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:</p> <p>Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.</p>
<p>N/A</p>	<p>Omissão grave de dado ou de informação por projetista</p> <p>Art. 337-O Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse.</p>

	<p>Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.</p> <p>§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.</p> <p>§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.</p>
<p>Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.</p> <p>§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.</p> <p>§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.</p>	<p>Art. 337-P A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.”</p>

Fonte: elaborado pela autora

Apresentado o comparativo acima, passa-se a tecer considerações quanto às alterações identificadas.

O primeiro aspecto que merece destaque diz respeito à criação de um novo tipo penal, referente à “omissão grave de dado ou de informação por projetista”, que objetiva coibir a omissão, modificação ou entrega dolosa, à Administração, de informações relevantes ao processo licitatório que estejam em dissonância com a realidade no que se refere a levantamento cadastral ou condição de contorno. Ainda, a pena é aplicada em dobro se o crime for praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem.

No que concerne ao sujeito ativo que pode praticar a conduta, a despeito de tipo penal ter sido descrito como "omissão grave de dado ou de informação por projetista", essa restrição não foi reproduzida na descrição do tipo, de modo que a utilização do verbo "entregar" pode

abrir espaço para a punição de terceiros, sendo necessário observar de que maneira a jurisprudência se firmará⁵⁹.

Outro relevante aspecto em matéria criminal é o aumento das penas previstas para quase a totalidade das condutas, ressalvadas apenas as de impedimento indevido e violação de sigilo em licitação.

Especificamente quanto aos crimes de contratação direta ilegal, frustração do caráter competitivo de licitação, modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo e fraude em licitação ou contrato, o aumento da pena para 4 a 8 anos de reclusão possui o efeito prático de inviabilizar a celebração de acordo de não persecução penal, posto que o art. 28-A do Código de Processo Penal prevê que, observados os demais requisitos, o Ministério Público somente poderá propor o referido acordo quando o crime possuir pena mínima inferior a 4 anos⁶⁰.

Ainda, a teor do art. 337-P indicado na tabela, a pena de multa cominada aos crimes em licitações públicas não possui mais o teto de 5% do valor do contrato imposto pelo art. 99 da Lei nº 8.666/1993. Para além da ausência de percentual máximo, a base de cálculo não mais corresponde ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente, uma vez que se submete à sistemática do Código Penal.

3.2.9.2. REGIME SANCIONATÓRIO ADMINISTRATIVO

⁵⁹ LAGO, Natasha do; TAYOLARO, Giovanna Silveira; CARVALO, Rodolfo Eduardo Santos. **Mudanças penais da nova Lei de Licitações**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-mudancas-penais-lei-licitacoes>. Acesso em: 1 set. 2022.

⁶⁰ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Para além dos crimes propriamente ditos, de competência penal, a Lei nº 14.133/2021 prevê uma série de infrações administrativas, cominadas a sanções de mesma natureza (arts. 155 a 163). As condutas reprovadas estão elencadas no art. 155, a seguir transcrito:

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

I - dar causa à inexecução parcial do contrato;

II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;

III - dar causa à inexecução total do contrato;

IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;

V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;

VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;

X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;

XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

A NLLC representou uma ampliação do número de situações apenáveis, quando comparado a regimes passados, mas não foi acompanhada do grau de precisão adequado, transbordando indeterminações e indefinições⁶¹.

Às irregularidades elencadas, poderão ser cominadas as sanções de advertência, multa, impedimento de licitar e contratar ou declaração de inidoneidade para licitar ou contratar. O legislador também foi claro ao estabelecer a quais condutas do art. 155 as referidas sanções devem ser aplicadas, conferindo maior segurança jurídica ao particular.

Não obstante, quanto à sanção de inidoneidade, houve especificação de que esta poderá ser aplicada pelo prazo de 3 a 6 a anos, ampliando o prazo máximo de 5 anos anteriormente especificado pelo art. 46 da Lei nº 8.443/1992⁶² (Lei Orgânica do TCU). Apesar de não haver conflito direto entre essas normas, trata-se de ponto que merece atenção, pois há risco de interpretações desfavoráveis por parte da Corte de Contas.

Outra previsão relevante foi a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica em casos de abuso de direito relacionado a atos ilícitos ou de confusão patrimonial⁶³. Tal mecanismo permitiria atingir, para fins de aplicação de sanções, administradores e sócios com poderes de administração, pessoas jurídicas sucessoras ou empresas do mesmo ramo com relação de coligação ou de controle.

3.2.9. AGENTE DE CONTRATAÇÃO

Outra relevante alteração trazida pela NLLC foi a previsão da figura do agente de contratação que, nos termos do art. 6º, LX, tem a função de “tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação”. Ressalta-se que sua

⁶¹ *Ibidem*, p. 103

⁶² Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal.

⁶³ Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

designação será feita pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, nos termos da Lei.

Suas atribuições, além de constantes do art. 6º – que traz os conceitos gerais dos termos e expressões utilizados na Lei –, foram integralmente reproduzidas no art. 8º. Para além de atribuir as funções do agente, o referido artigo traz ainda três importantes aspectos: (i) é assegurado o auxílio por equipe de apoio, (ii) o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação em licitações que envolvam bens ou serviços especiais, (iii) o agente responderá individualmente pelos atos praticados, salvo quando induzido a erro pela atuação da sua equipe de apoio. É o que se verifica:

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

Ainda, o art. 7º estabelece uma série de requisitos que devem ser observados quando da escolha do agente público. Para além de ser servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública, este deverá também ter sua atuação relacionada a licitações e contratos, ou mesmo formação compatível com a área.

Veda-se também a designação de profissionais que tenham vínculos de natureza familiar, técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil com licitantes ou contratados habituais da Administração, bem como veda-se a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

Os requisitos e vedações adotados pelo legislador mostram especial preocupação com a autonomia e independência no desenvolvimento das atividades pelo Agente de Contratação, que têm natureza eminentemente técnica, operacional e burocrática, em área sensível. A esse respeito, merece especial destaque a obrigação de que o agente seja servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes, não restando qualquer preocupação de sua parte em desagradar interesses externos e correr o risco de exoneração⁶⁴.

Não obstante, conforme consta do art. 8º, § 3º, as regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos são delegadas a regulamento posterior, de modo que a inovação possa não importar em qualquer real impacto em um primeiro momento.

4. ALCANCE (OU NÃO) DOS OBJETIVOS PRETENDIDOS

Sancionada em abril de 2021, a Lei nº 14.133 tem por objetivo suprir as falhas identificadas na legislação anterior, inclusive por meio da consolidação neste diploma da legislação pertinente, buscando uma sistematicidade orgânica dos procedimentos, bem como da positivação de diversos entendimentos do Tribunal de Contas da União sobre a temática de licitações e contratos administrativos⁶⁵.

⁶⁴ MILECH, Marcelo Santos; FERNANDES, Ademir Donizeti. **O agente de contratação como servidor efetivo na Lei 14.133/2021: norma geral de cunho constitucional**. Direito Público: 2022, p. 6.

⁶⁵ AMORIM, Victor Aguiar Jardim de, **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021, p. 33.

O novo marco legislativo tem por objetivo “modernizar, dar maior transparência, diminuir a burocratização, atribuir maior efetividade, outorgar maior celeridade e ampliar a segurança jurídica nas relações entre a Administração e os particulares”⁶⁶.

Passado pouco mais de um ano da sanção da referida Lei, diversas são as críticas negativas ao diploma. A esse respeito, pondera Niebuhr:

“A Lei n. 14.133/2021 está muito longe do ideal, a Administração Pública merecia algo melhor, especialmente depois de décadas sofrendo nas mãos da Lei n. 8.666/1993. Há avanços pontuais, entretanto a nova Lei reproduz a mesma gênese excessivamente burocrática, excessivamente formalista, excessivamente engessada e excessivamente desconfiada da Lei n. 8.666/1993. Esse é o maior pecado de uma Lei que caiu na armadilha burocrática de tratar tudo em pormenor, de amarrar, de exigir punhados de justificativas para qualquer coisa, documentos e mais documentos, até para compras simples e usuais.”⁶⁷

Avalia-se ainda que a tentativa da lei de tratar exaustivamente das matérias sobre licitações e contratos públicos acaba por esbarrar em vício de inconstitucionalidade, “na medida em que não contém apenas normas gerais, descendo a incríveis detalhamentos e particularidades”⁶⁸, em contrariedade ao art. 22, XXVII, do texto constitucional. Quanto à dificuldade da efetiva aplicação por parte de Estados e Municípios, Dallari avalia:

“A Lei 14.133/21, tal como está redigida, não é uma lei nacional (aplicável igualmente aos três níveis de governo), mas, sim, é uma lei federal, talhada para disciplinar licitações e contratações, de grande vulto e complexidade, no âmbito da administração pública federal, que dispõe de pessoal qualificado para isso. Estados e Distrito Federal terão dificuldades em sua aplicação, mas

⁶⁶ REMÉDIO, José Antônio. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021): O Diálogo Competitivo como nova modalidade de licitação**. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, 2021, p. 2.

⁶⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 5-6.

⁶⁸ DALLARI, Adilson Abreu. **Análise crítica das licitações na Lei 14.133/21**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-29/interesse-publico-analise-critica-licitacoes-lei-1413321>>. Acesso em: 7 set. 2022.

salta escancaradamente aos olhos a sua impossível aplicação na maioria dos mais de cinco mil e quinhentos Municípios brasileiros.”⁶⁹

Para além das referidas críticas, pontua-se que o legislador falhou ao adotar um regime marcado por um excesso de penalização como medida compensatória da desburocratização. Em outros termos, importa dizer que:

“Esse enrijecimento seria justificável, em teoria, como medida compensatória em razão da desburocratização do acesso aos processos de contratação pública. Ou seja, na medida em que a Administração se expõe a maiores riscos de oportunismos, ela fortalece o seu poder punitivo como pretensão de que a maior ameaça de sanção seria meio adequado de afastar particulares descompromissados ou despreparados.

A norma recorre, então, à lógica de maior rigor do sistema punitivo como meio de preservação da integridade das contratações. Com isso, adota um raciocínio ultrapassado e pouco eficiente. Ora, há muito tempo os estudos em matéria de sanções jurídicas já demonstraram que a maximização das regras sancionatórias não implica prevenção.”⁷⁰

Há, porém, quem avalie que a nº Lei 14.133 trouxe muitos aspectos positivos. Nesse sentido, Binenbojm e Toledo entendem que “a Nova Lei de Licitações institui uma moldura normativa que possibilita a adoção de práticas administrativas mais condizentes com uma relação contratual equilibrada, consensual e estável”⁷¹.

Ainda, quanto aos aspectos inseridos que se referem à fase preparatória da licitação, nota-se o esforço do legislador de conferir maior racionalidade e segurança jurídica para as contratações a serem feitas. Para tanto, não apenas são estabelecidas diretrizes para elaboração

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ LUZIA. Cauê Vecchia. **Regime Jurídico de Infrações e Sanções Administrativas**. In: NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 103.

⁷¹ TOLEDO, Renato e BINENBOJM, Gustavo. **A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações**. Jota, 2021. Disponível em: < <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>>. Data de acesso: 10 de maio de 2021.

de documentos técnicos que pautarão a realização das obras e serviços, como adquire especial importância a análise prévia dos riscos.

De igual modo, a criação da modalidade de diálogo competitivo, a inversão das fases de habilitação e julgamento, a previsão da figura do agente de contratação, a inovação relativa à normatização do comitê de resolução de disputas parece conferir maior eficiência, celeridade e segurança jurídica ao procedimento licitatório.

Em uma perspectiva geral, para além dos institutos que obtiveram especial destaque neste trabalho, elenca-se as seguintes previsões possivelmente benéficas ao particular e à Administração trazidas pela nova Lei: (i) inclusão do modelo de fornecimento e prestação de serviço associado; (ii) desobrigação de renovação da garantia no caso de suspensão do contrato pela Administração, (iii) prorrogação automática do cronograma, a (iv) liberação da parcela incontroversa dentro do prazo previsto, a (v) possibilidade de “contrato de eficiência”, o (vi) estabelecimento de remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, a (vii) regra de concomitância da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o (viii) condicionamento da execução de prestações à formalização de termo aditivo, (ix) dever de decisão da Administração sobre requerimentos em até 30 (trinta) dias da conclusão da instrução do assunto, e a (x) possibilidade de contratação de terceiros para auxiliar na fiscalização do contrato.

Por outro lado, também foram introduzidas previsões que possivelmente trarão malefícios, tais quais: a (i) responsabilidade integral do particular por eventual falha no projeto no regime de contratação semi-integrado, as (ii) dificuldades de aplicação dos critérios de desempate, a (iii) reiteração dos limites para acréscimos ou supressões decorrentes das alterações unilaterais da Administração, os (iv) limites estabelecidos para a recomposição decorrente de alterações unilaterais, a (v) verificação da regularidade fiscal do particular antes da formalização ou prorrogação do prazo de vigência do contrato, o (vi) agravamento da pena de declaração de inidoneidade, a (vii) possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, e o (viii) agravamento de sanções decorrentes de crimes em licitações e contratos administrativos.

A partir do comparativo trazido nos capítulos anteriores, bem como das primeiras análises feitas pela doutrina, conclui-se que a Lei nº 14.133/2021 trouxe um caráter mais positivo que negativo para o ambiente licitatório. Não se pode, porém, concluir que o normativo tenha efetivamente sanado todas as mais relevantes falhas relativas à Lei nº 8.666/1993, uma vez que manteve um nível excessivo de detalhamento, bem como aumentou o grau de

insegurança do gestor público e do particular contratado ao conferir maior grau de punitivismo à norma.

CONCLUSÃO

A Administração Pública se sujeita ao regime jurídico administrativo, devendo atuar em observância a diversos princípios constitucionais, dentre os quais o da legalidade e da impessoalidade, objetivando a realização do interesse público.

A licitação se trata de uma atividade meio da Administração Pública para seleção de empresa com a qual celebrará o contrato, constituindo a regra para o administrador e devendo correr em observância aos referidos princípios de legalidade, impessoalidade, bem como os de moralidade, publicidade e eficiência, conforme art. 37, caput, da CF/88.

A União possui competência privativa para legislar sobre as normas gerais de licitação e contratação, nos termos do art. 22, XXVII, do texto constitucional, conforme redação dada pela redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 04/06/1998.

A regulação do procedimento licitatório e de contratações públicas, até a edição da Lei nº 14.133/2021, se dava por meio da Lei nº 8.666/1993, em conjunto com as posteriores Leis nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e 12.462/2011 (Lei do RDC).

A respeito do escopo de incidência, observa-se que a Lei Geral de Licitações é aplicável à Administração Pública direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário destes entes federados e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa, bem como os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública. Ainda, estão expressamente excluídas do escopo da LGL as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias.

Quanto à Lei nº 8.666/1993, esta surgiu como resposta da sociedade aos escândalos de corrupção do governo federal, cujo foco era essencialmente as contratações públicas. A tentativa de reduzir a margem de discricionariedade do gestor público culminou em lei rígida e minuciosa, que rapidamente se mostrou ineficaz diante do excesso de amarras.

A partir disso, notou-se uma tendência à flexibilização das regras ali contidas, seja por meio da alteração do texto legal, seja pela previsão de outros mecanismos de que pudesse dispor o gestor, como foi o caso da edição da Lei do Pregão (nº 10.520/2002) e da Lei do Regime

Diferenciado de Contratações (nº 12.462/2011), ambas conferindo maior celeridade ao procedimento licitatório.

Por essa razão, em 2013, foi praticado o Ato do Presidente nº 19/2013, determinando a criação de Comissão Temporária de Modernização da Lei de Licitações e Contratos, cujo Relatório Final foi submetido à apreciação do Congresso por meio do PLS nº 559/2013, posteriormente alterado para PL 4253/2020. A aprovação do referido projeto deu origem à Lei nº 14.133/2021.

Com vistas a conferir maior eficiência, celeridade e segurança jurídica ao procedimento licitatório, a Nova Lei de Licitações e Contratos contou com a criação da modalidade de diálogo competitivo, a inversão das fases de habilitação e julgamento, a previsão da figura do agente de contratação e a inovação relativa à normatização do comitê de resolução de disputas.

Como medida positiva, destaca-se também os aspectos inseridos que se referem à fase preparatória da licitação – anteprojeto, estudo técnico preliminar, matriz de riscos e programa de integridade – que denotam o esforço do legislador em conferir maior racionalidade e segurança jurídica para as contratações.

Nada obstante, critica-se o excesso de penalização como medida compensatória da desburocratização, a tentativa da lei de tratar exaustivamente das matérias sobre licitações e contratos públicos, bem como a reprodução da mesma gênese excessivamente burocrática, excessivamente formalista, engessada e desconfiada da Lei nº 8.666/1993.

Dado ao curto prazo de vigência, posto que aprovada em 2021 e previsto período de transição de 2 anos, ainda será necessário avaliar no caso concreto como a Lei será tratada tanto pela Administração, quanto pelos órgãos judiciais e de controle – especialmente o Tribunal de Contas da União.

REFERÊNCIAS

_____. **Diário do Senado Federal nº 212/2013**, Suplementar F, Brasília, 24 dez. 2013.

Disponível em <<https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/18804?sequencia=3>> Acesso em: 22 ago. 2022.

_____. **Diário Oficial do Congresso Nacional**, Seção I, Brasília, 21 mai. 1992. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD21MAI1992.pdf#page=184>> Acesso em: 22 ago. 2022.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Licitações e contratos administrativos: teoria e jurisprudência**. 4. ed. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2021, p. 33.

BRASIL. **Decreto Lei 2.300, de 21 de novembro de 1986**. Dispõe sobre o Procedimento de Manifestação de Interesse a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, a serem utilizados pela administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8428.htm>. Acesso em: 6 set. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei 8.428, de 2 de abril de 2015**. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2300-86.htm>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/Lei/L11079.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2011.079%2C%20DE%2030%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202004&text=Institui%20normas%20gerais%20para%20licita%C3%A7%C3%A3o,no%20%C3%A2mbito%20da%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica>. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. **Lei 14.133, de 1º de abril de 2021**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm/>. Acesso em: 21 ago. 2022.

BRASIL. **Lei 8.443, de 16 de julho de 1992**. Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm>. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **Lei 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm>. Acesso em: 5 set. 2022.

BRASIL. **Lei 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9472.htm>. Acesso em: 23 set. 2022.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2458/2021**. Plenário. Relator: Ministro Augusto Nardes. Sessão de 13/10/2011.

CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. **Tratado de direito administrativo: licitação e contratos administrativos**. Coordenação Maria Sylvia Zanella, 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DALLARI, Adilson Abreu. **Análise crítica das licitações na Lei 14.133/21**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-29/interesse-publico-analise-critica-licitacoes-lei-1413321>>. Acesso em: 7 set. 2022.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FERRAZ, Luciano. **Função regulatória da licitação**. Revista de Direito Administrativo & Constitucional. Ano 3, n. 11, jan./mar. 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Direito Administrativo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LAGO, Natasha do; TAYOLARO, Giovanna Silveira; CARVALO, Rodolfo Eduardo Santos. **Mudanças penais da nova Lei de Licitações**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-05/opiniao-mudancas-penais-lei-licitacoes>. Acesso em: 1 set. 2022.

MACHADO, Gabriela de Ávila. **Considerações sobre a nova Lei de Licitações**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <[MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.](https://www.conjur.com.br/2021-abr-25/gabriela-machado-consideracoes-lei-licitacoes#:~:text=O%20que%20vimos%20desde%20o,2020%20e%20n%C2%BA%2014.124%2F2021.>. Acesso em: 15 ago. 2022.</p></div><div data-bbox=)

MILECH, Marcelo Santos; FERNANDES, Ademir Donizeti. **O agente de contratação como servidor efetivo na Lei 14.133/2021: norma geral de cunho constitucional**. Direito Público: 2022.

NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. **O Diálogo Competitivo Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2021.

REMÉDIO, José Antônio. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021): O Diálogo Competitivo como nova modalidade de licitação**. Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública, 2021.

ROCHA, Wesley; VANIN, Fábio S.; FIGUEIREDO, Pedro Henrique Poli D. **A Nova Lei de Licitações**. São Paulo, Almedina, 2021, p. 21 a 32. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556273785/>>. Acesso em: 20 ago. 2022.

RODRIGUES, Marco Antonio; MELLO, Felipe Varela. **Os *dispute boards* na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-20/rodrigues-varela-dispute-boards-lei-licitacoes>>. Acesso em: 4 set. 2022.

ROSILHO, André Janjácomo. **As licitações segundo a Lei nº 8.666: um jogo de dados viciados**. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, 2013.

ROSILHO, André Janjácomo. **Qual é o modelo das licitações no Brasil? As reformas legislativas federais no sistema de contratações públicas**. Dissertação de Mestrado, Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, São Paulo, SP, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Como reformar as licitações. Editora Forum, Belo Horizonte, 2009.

TOLEDO, Renato e BINENBOJM, Gustavo. **A exorbitância contratual na Nova Lei de Licitações**. Jota, 2021. Disponível em: < <https://www.jota.info/coberturas-especiais/ino-e-acao/a-exorbitancia-contratual-na-nova-lei-de-licitacoes-26042021>>. Data de acesso: 10 de maio de 2021.

TRAJANO, Alan. **Lei de Licitações completa 20 anos e pede reformas**. Conjur, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-nov-06/alan-trajano-lei-licitacoes-completa-20-anos-reformas>>. Acesso em: 11 mai. 2021.