

MODIFICAÇÕES NA LEI DE LICITAÇÕES Nº 14.133/21: AVANÇOS OU RETROCESSOS? MODIFICATIONS TO THE BIDDING LAW No. 14.133/21: ADVANCES OR SETBACKS?

Edirlan Almeida Santos⁴⁷
Rodrigo Santos Meira⁴⁸

Submetido em: 16/05/2022

Aprovado em: 16/05/2022

Publicado em: 16/05/2022 v. 2, n. 1, jan-jun. 2022

DOI: 10.51473/rcmos.v2i1.294

RESUMO

O presente trabalho avalia a nova Lei de Licitações nº 14.133/2021, tendo como problema de pesquisa, o seguinte questionamento: a nova lei de licitações trouxe avanços ou retrocessos em comparação com a legislação anterior? A Administração Pública deve sempre primar pelo serviço de interesse da coletividade e, por lei, deve administrar os fundos públicos de forma eficiente, clara e transparente. Sabendo que a malversação dos seus recursos pode levar a penalidades, previstas em lei. Dessa forma, os princípios que regem a Administração Pública devem ser rigorosamente observados, seja no disposto na Lei nº 14.133/21 no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, seja em qualquer outro dispositivo legal, essencial ao exercício da administração pública, especialmente quando diz respeito ao processo de licitação. Diante disso, o objetivo da presente pesquisa é analisar a nova lei de licitações a 14.133/2021, e questionar se ela apresenta avanços ou retrocessos para o ordenamento jurídico brasileiro, e sua vigência que se dará por completo em pouco menos de um ano. Para isso, foi utilizada pesquisa de natureza descritiva exploratória, bem como método qualitativo, com viés comparativo. Restou claro que o objetivo de um concurso público claro e conciso era permitir que o processo de contratação de obras, serviços, compras e cessões fosse conduzido de forma democrática e justa durante todo o processo. Isso contribui para que o Estado aplique e aloque recursos públicos da maneira mais benéfica possível para a administração pública.

Palavras-chave: Administração Pública. Avanços. Nova Lei. Retrocessos. Princípios. Licitação Pública.

ABSTRACT

The present research deals with the new Bidding Law nº 14.133/2021, having as a research problem, the following question: did the new bidding law bring advances or setbacks? The Public Administration must always prioritize the service of collective interest and, by law, must manage public funds in an efficient, clear, and transparent manner. Knowing that the misuse of its resources can lead to penalties, provided for by law. In this way, the principles that govern Public Administration must be strictly observed, in the provisions of Law No. regarding the bidding process. Therefore, the objective of the present research is to analyze the new bidding law, nº 14.133/2021, and to question whether it presents advances or setbacks for the Brazilian legal system, given that its validity will be completely in a little less than one year. For this, bibliographic research was used, classified as descriptive and explanatory, as well as a qualitative method. It was evident that the objective of a clear and concise public tender was to allow the process of contracting works, services, purchases, and assignments to be conducted in a democratic and fair manner throughout the entire process. This helps the State to apply and allocate public resources in the most beneficial way possible for the public administration.

Keywords: Advances. New Law. Setbacks. Principles. Public Bidding. Public administration.

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre as novidades trazidas pela Lei 14.133/2021, que revogou a Lei de Licitações e Contratos anterior, a Lei 8.666/1993. O objetivo da pesquisa é vislumbrar se essas mudanças trouxeram benefícios ao processo de contratação pública.

Os contratos entre a Administração Pública e os particulares exigem a garantia de uma disputa justa a todos os interessados em condições de competir em pé de igualdade, sem favorecimentos, respeitando o princípio da impessoalidade.

Nota-se que as condições referentes aos procedimentos licitatórios serão estabelecidas de acordo com os termos da Lei. Em obediência a tal descrição legal, foi promulgada a Lei nº 8.666/93 mais conhecida como Lei da Licitação, atualizada pelas Leis nº 8.883, de 8 de junho de 1994, 9.648, de 27 de maio de 1998 e pela Lei 9.854, de 27 de outubro de 1999, e hoje a sua mais recente atualização é a Lei 14.133/2021. Após mais de um ano de promulgada a nova lei de licitações, é preciso refletir se houve avanços ou retrocessos em relação ao diploma anterior. É preciso demonstrar os pontos em estudo comparativo.

A pergunta de pesquisa se refere à nova Lei de Licitações nº 14.133/2021: ela trouxe avanços ou retrocessos em comparação

47 Graduando em Direito pela Faculdade Santo Agostinho

48 Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília

com a legislação anterior? Já é sabido que a Administração Pública deve sempre primar pelo serviço de interesse da coletividade e, por lei, deve administrar os fundos públicos de forma eficiente, clara e transparente. Mas a nova lei conseguiu aprimorar o processo licitatório?

Como hipótese, vislumbra-se que as novidades nas novas modalidades licitatórias, com as novas condições de dispensa, são extremamente positivas. Há também novas formas de sanar vícios no processo, desde que seja mais vantajosa a administração pública. Por outro lado, não se sabe ainda como a nova lei vai enfrentar dois pontos: primeiro, não existem incentivos às denúncias contra irregularidades observadas no procedimento licitatório; segundo, a função de fiscal de contrato, função essencial no combate à corrupção, não tem claras as suas atribuições.

Assim, a pesquisa se justifica pela necessidade de estudos mais profundos sobre as novidades da nova Lei de Licitações e Contratos, de forma a vislumbrar os possíveis avanços e percalços. O objetivo maior é fazer uma análise comparativa crítica para demonstrar avanços e omissões, que a nova lei trouxe, usando como metodologia a análise qualitativa (descritiva explicativa), trazendo como estudo tanto o texto de lei, como a análise dos diversos doutrinadores acerca do tema. Evidentemente, não há ainda como trazer jurisprudência sobre o tema diante do fato de que a nova lei só entrará em vigor no ano de 2023.

Ressalta-se, por isso, ainda que este trabalho objetiva esclarecer os temas centrais da nova lei supracitada, tendo em vista que ela passará a vigorar, revogando totalmente a antiga Lei nº 8.666/93, e sua relevância se dá na importância do tema para a administração pública e a sociedade, na busca incessante ao combate às fraudes licitatórias, e a otimização dos recursos públicos, a fim de defender a sociedade dos desvios diariamente divulgados na mídia.

Há grandes novidades que precisam ser discutidas. Os valores para dispensa de licitação foram aumentados, como também as modalidades que se enquadram a dispensa, como diz o art.74 da Lei 14.133/202, o fornecedor exclusivo; artista consagrado; serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual; credenciamento, ou seja, quando se busca credenciar vários interessados sem que haja competição entre eles; e aquisição/locação de imóvel cujas características de instalação/localização tornem necessária à sua escolha.

No artigo 75, no que se refere às possibilidades de dispensa de licitação, as atenções se voltam para a dispensa em caso de emergência ou de calamidade pública, prevista no inciso VIII, cuja grande mudança encontra-se no prazo máximo do contrato urgente, que agora é de um ano, e não mais 180, continuando vedada a prorrogação, bem como na polêmica vedação à recontração de empresa já contratada com base na emergência.

Assim, o trabalho está dividido em três grandes partes: esta introdução, repleta de explicações metodológicas que explanam o plano de pesquisa; a segunda parte, em que são desenvolvidas explicações comparativas entre a nova lei e a anterior, com vistas a organizar as ideias em seis partes; por fim, conclui-se o trabalho com a possibilidade de criticar os pontos mais interessantes com vistas a estabelecer uma relação entre a nova lei e a antiga, tecendo considerações que resumem a resposta.

2. ESTUDO COMPARADO: LICITAÇÕES ONTEM E HOJE

2.1. ASPECTOS GERAIS DA LICITAÇÃO

A licitação pública é instrumento constitucional, previsto no art. 37, XXI, da Carta Magna que conceitua como “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse” (MEIRELLES, LOPES, 1999). Tal processo possui basicamente duas fases: a interna e a externa. A atenção dos operadores do direito e dos agentes públicos tem-se voltado para a fase externa, que se inicia com a publicação do edital e vai até a homologação e a adjudicação do objeto ao licitante vencedor.

260

No entanto, a experiência prática no enfrentamento do tema mostra que a fase interna é merecedora de atenção especial, senão maior que a fase externa. Isso porque na fase interna é o momento em que a Administração identificará as suas necessidades e definirá o objeto do certame, os critérios de qualidade e todos os demais parâmetros das compras, obras e serviços que deseja adquirir e contratar, com o fim de materializar programas e políticas públicas.

A licitação, por estar atrelada aos ditames da lei, deve seguir os princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, eficiência e publicidade. Além dos princípios específicos para os atos licitatórios como o da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo. Princípios estes que garantem

transparência e lisura ao processo licitatório, bem como a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (PIETRO, 2022).

Contudo, a licitação nada mais é que o procedimento em que a Administração Pública contrata serviços, obras ou compras, mediante um processo descrito em lei, respeitando as regras previamente impostas no instrumento de convocação do edital, em atendimento ao Princípio da Publicidade, visando ao melhor preço e à qualidade, em atendimento ao princípio da eficiência, princípio positivado na Constituição Federal.

Portanto, é sabido que a licitação é uma espécie de procedimento administrativo através do qual um ente público, exercendo a sua função administrativa, abre aos interessados, respeitando as normas do instrumento convocatório, a formulação de propostas dentre as quais escolherá e aceitará a mais apropriada para a efetivação da negociação contratual entre ambos. Conforme dita Carvalho Filho:

Para que a Administração Pública cumpra o seu papel de prestar serviços de qualidade para a população faz-se necessário que ela obtenha bens e serviços de terceiros. Como bem observa Carvalho Filho (2011, p.225): “(...) ela exerce atividade multifária e complexa, e sempre com os olhos voltados para fim de interesse público. Para alcançá-lo, precisa valer-se de serviços e bens fornecidos por terceiros”.

Outro aspecto importante é a supremacia do interesse público, princípio basilar da Administração Pública. O gestor público deve visar o princípio da supremacia do interesse público (ou da Indisponibilidade do Interesse Público), que se refere à hierarquia entre o interesse coletivo em prejuízo do interesse do particular. Essa supremacia visa à proteção do bem comum, assegurando uma ordem social estável e a efetividade do fornecimento do serviço público.

Paulo e Alexandrino demonstram preocupação com o tema. “Logo, no desempenho dessa função, em certos momentos, certamente haverá conflito entre o interesse público e o interesse privado, individual. Diante desse conflito, há que prevalecer o interesse público” (PAULO, Vicente; Marcelo Alexandrino, 2022, p.129).

Além dos princípios básicos citados acima, a licitação deve também seguir os princípios correlatos, tais como: princípio da competitividade, da indistinção, da inalterabilidade do edital, do sigilo das propostas, do formalismo procedimental, da vedação à oferta de vantagens, da obrigatoriedade. Todos esses princípios devem ser obedecidos fielmente na realização do ato licitatório.

2.2. AS MUDANÇAS DA NOVA LEI

Mas afinal quais seriam as grandes mudanças na nova lei de licitações? De imediato, podem-se citar a nova modalidade licitatória e a inversão de fases no procedimento para celebração de contratos mais complexos, assim como a incorporação do diálogo competitivo, também conhecido como diálogo concorrencial.

Vamos a elas. Primeiro, a Lei 8.666/1993 prevê como modalidades de licitação a concorrência, a tomada de preço, o convite, o leilão e o concurso, sendo as três primeiras diferenciadas basicamente pelo critério do valor estimado do objeto do contrato, conforme artigo 23 do referido diploma com valores devidamente atualizados pelo Decreto nº 9.412/2018. As demais modalidades, leilão e concurso, não utilizam o valor do objeto como critério para sua definição, sendo assim conceituados: i) Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art.19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação (art.22, §5º, da Lei 8.666/93); ii) Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias (art.22, §4º, daquela Lei). Em 2002, surgiu uma nova modalidade de licitação denominada pregão que se destina à aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor.

Previsto na Lei 10.520/2002, o pregão trouxe como novidade a inversão de fases, de modo que a habilitação do licitante vencedor é feita apenas depois de abertas e classificadas as propostas, bem como a fase de adjudicação do objeto ao vencedor dá-se antes da homologação pela chefia do órgão licitante, diferentemente do que ocorre na Lei 8.666/1993. A nova lei incorpora a inversão de fases para todas as modalidades de licitação, tomando por base a boa experiência do pregão. Dessa forma, primeiro se julgarão as propostas apresentadas pelos concorrentes, observando os critérios definidos no edital, e apenas depois da classificação passar-se-á a verificar os documentos de habilitação do licitante vencedor. Conforme o art. 17, §1º, da Lei 14.133.2021, “A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação”.

Desde a publicação da Lei nº 10.520/2002, em razão da celeridade do procedimento e ampliação dos licitantes por meio

do pregão eletrônico, privilegiando a eficiência e a competitividade do certame, o pregão se tornou a modalidade mais utilizada pela Administração Pública de todos os entes federativos brasileiros. Não é à toa, portanto, que algumas de suas inovações positivas foram aproveitadas pela lei em discussão, tal como ocorreu com as positivas vantagens advindas da Lei do RDC (Regime Diferenciado de Contratações Públicas) (Lei nº 12.462/2011).

Deste dispositivo, depreende-se também que o pregão e a concorrência são diferenciados em razão dos “padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado”. Assim, será utilizado o pregão se esses padrões forem usualmente praticados no mercado; caso contrário, a modalidade será a concorrência.

Note-se que não há qualquer referência ao preço estimado do objeto para diferenciá-los. Em relação à modalidade concurso, a lei incorporou o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que o licitante vencedor cede à Administração Pública todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autoriza sua execução conforme ditames de conveniência e oportunidade, pelo que se permite ao Poder Público realizar alterações no projeto à sua livre discricionariedade, observados os princípios administrativos (vide artigos 30 e 93 da Lei 14.133/2021).

Quanto ao leilão, também houve inserção de novidades. Em contrariedade ao que se previa na Lei 8.666/1993, “o leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, devendo regulamento dispor sobre seus procedimentos operacionais”

Outra inovação deste projeto em relação ao leilão é o modo como se seleciona o leiloeiro oficial, o que passa a ser feito através de licitação na modalidade pregão e o critério de julgamento quanto às comissões é o de maior desconto, privilegiando os princípios da economicidade e eficiência. Vê-se que foram retiradas as modalidades de tomada de preço e convite, bem como que uma nova modalidade foi inserida. Conforme dispõe o art. 31, §1º da Lei 14.133/2021:

Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados.

Outra inovação deste projeto em relação ao leilão é o modo como se seleciona o leiloeiro oficial, o que passa a ser feito através de licitação na modalidade pregão e o critério de julgamento quanto às comissões é o de maior desconto, privilegiando os princípios da economicidade e eficiência. Vê-se que foram retiradas as modalidades de tomada de preço e convite, bem como que uma nova modalidade foi inserida.

2.3 DIÁLOGO COMPETITIVO: A NOVA MODALIDADE LICITATÓRIA DA LEI 14.133/2021.

Importada do direito europeu, onde ele se consagra com reconhecido êxito nas contratações públicas, o legislador brasileiro passa a prever o chamado diálogo competitivo, na linha da administração consensual, sendo definido pelo artigo 6º, inciso XLII, como a

Modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras de grande vulto 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 do diálogo. (MARRARA, 2017)

Isto é, o diálogo competitivo destina-se às contratações complexas da Administração Pública tendo como instrumento o diálogo com a iniciativa privada. Funciona assim: a entidade ou órgão público que deseja licitar define suas necessidades e os critérios que serão utilizados para previamente selecionar os concorrentes. Os selecionados, então, participam de sessões com o objetivo de promover trocas de informações e apresentar soluções para os problemas relativos ao complexo objeto da licitação. Findo o diálogo com a definição da solução mais adequada, os licitantes apresentam suas propostas (MARRARA, 2017).

Em seu artigo 31, a Lei restringe a utilização do diálogo competitivo para apenas algumas contratações, quais sejam, quando o objeto seja relativo à inovação tecnológica ou técnica; quando o órgão ou entidade não possa ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e as especificações técnicas não puderem ser definidas com precisão suficiente pela Administração (BRASIL, 2021).

Basta a leitura deste dispositivo para percebermos que as modalidades do pregão e da concorrência são totalmente diferenciadas do diálogo competitivo, tanto em relação ao procedimento como quanto ao objeto a ser licitado, não havendo qualquer traço de aproximação entre os três, a não ser pelo fim último de buscar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Fazendo um balanço dos pontos positivos do diálogo competitivo no direito comparado, Thiago Marrara (2017) concluiu:

Das inúmeras modalidades licitatórias previstas na Diretiva Europeia 2014/24 para aquisição estatal de obras, serviços e bens, merece redobrada atenção o ‘diálogo concorrencial’, nome constante da versão oficial portuguesa da normativa, mas que, no Brasil, transformou-se em ‘diálogo competitivo’.

Por trás desta opção legislativa figura inicialmente a constatação de que procedimentos marcados pelo diálogo lograram mais sucesso na promoção de comércio transfronteiriço, ou seja, mostraram-se mais aptos a promover a competição efetiva entre agentes econômicos dos mais diversos países membros da União Europeia (MARRARA, 2017).

A grande vantagem do diálogo concorrencial reside na possibilidade de se abrir a licitação ao mercado antes mesmo da definição da minuta contratual, fugindo-se da tradição de contratação por adesão que marca o direito administrativo. A modalidade em questão, em última instância, atribui à licitação muito mais que uma mera função de seleção do agente econômico que será contratado (MARRARA, 2017).

Nela, a licitação assume uma função de aprendizado, de desenvolvimento e de inovação. Pelo diálogo, a licitação passa a gerar conhecimento, novos produtos e serviços em benefício do Estado, da efetividade de suas tarefas e do atendimento das necessidades coletivas (MARRARA, 2017).

A administração consensual proposta pelo novo instituto é, portanto, muito bem sucedida no direito europeu, o que se espera que também ocorra no Brasil com os particulares interessados participando da definição das características necessárias ao objeto contratado bem como da estimativa do custo específico da contratação, influenciando previamente os valores que serão propostos pelos próprios licitantes, de modo que o equilíbrio econômico-financeiro do futuro contrato seja mais vantajoso ao Poder Público (MARRARA, 2017).

Com isso, alguns dos recorrentes problemas verificados nas contratações brasileiras tendem a acabar, tais como a contratação de objetos desatualizados em razão da ausência de estudos técnico especializados acerca do objeto demandado pela Administração Pública (MARRARA, 2017).

Não raro, são as informações dos licitantes vencedores, após assinado o contrato, que o fabricante de determinado produto descontinuou sua produção especificamente ao que fora contratado, forçando alteração no que deverá ser entregue pelo vencedor, o que gera problemas de toda ordem (MARRARA, 2017).

Outro problema que terá fim consiste nas soluções individuais apresentadas pelos fornecedores como ideal para a solução do problema, mas que, na verdade, corresponde apenas as suas opiniões isoladas, sem respaldo em estudos e pesquisas, e que atendem aos seus próprios interesses em detrimento da necessidade pública. Logo, inúmeras são as vantagens da nova modalidade licitatória.

Entretanto, os seus principais desafios residem justamente na sua essência: as dificuldades de comparar apenas numericamente (ou objetivamente) propostas de soluções diversas para a necessidade pública, e de estimular a participação de licitantes, uma vez que destes será exigido o trabalho sem quaisquer garantias de remuneração. O sucesso do diálogo competitivo está, portanto, intrinsecamente ligado ao aumento da deferência às deliberações da Administração Pública no curso da licitação, para que haja superação do atual ambiente de desconfiança e insegurança que pairam sobre as contratações públicas (MARRARA, 2017).

2.4 AVANÇOS NAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E PENAS

No que diz respeito às sanções e infrações administrativas, a Lei nº 14.133/2021 inova significativamente se comparada com a legislação anterior, com penas mais duras.

Os sistemas antes previstos pela Lei 8.666/93 e a Lei 10.520/2002 foram unificados pela nova lei de licitações em um rol único de quatro sanções, previstas no artigo 156, quais sejam, advertência, multa, impedimento de licitar e contratar e declaração de inidoneidade para licitar e contratar.

A nova lei de licitações tipificou melhor as condutas reputadas irregulares, agregou transparência, previsibilidade e segurança para as relações jurídicas convencionadas entre Licitante/Contratado e Administração.

Considera-se um enorme avanço trazido pela nova lei a fixação de parâmetros a serem considerados ao dosar as penalidades da atividade decisória. No art. 156, § 1º, é previsto 5 circunstâncias que devem ser consideradas ao aplicar sanções, se destacando as agravantes ou atenuantes e a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade.

Essa inovação representa uma grande evolução, pois, adiciona à atividade sancionadora um caráter pedagógico, estimulando a implantação e o aperfeiçoamento de programas de integridade.

263

Outra novidade foi a fixação de parâmetro mínimo e máximo de multa, não podendo ser inferior a 0,5% nem superior a 30% do valor do contrato.

Ao final, o grande destaque é a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, sempre que for constatado abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular práticas de atos ilícitos ou provocar confusão patrimonial, conforme art. 156, § 1º, da Lei 14.133/2021.

Constata-se que a nova Lei de Licitações, se comparada com a legislação anterior, em matéria de sanções administrativas, de fato, está um passo à frente. Visto isso, espera-se que as atividades decisórias e apuratórias sejam fortalecidas,

dando maior tenacidade e segurança, dando às relações jurídicas entre Licitante e Contratado mais previsibilidade, transparência e equilíbrio.

Quanto às sanções penais, o Código Penal foi modificado pela nova Lei de Licitações, em se tratando de crimes referentes a processos licitatórios e contratos administrativos, são previstas punições mais rigorosas em casos de fraude.

2.5 DA DISPENSA DE LICITAÇÃO NA NOVA LEI

Algumas novidades se dão na nova modalidade licitatória, as novas condições de dispensa com valores e serviços com um vulto de recurso maior enquanto a antiga lei trazia 12 hipóteses, a nova traz mais de 30, dando assim mais liberdade e desburocratizando a esfera pública, também é preciso salientar que a nova lei trouxe em seu bojo novas formas de sanar vícios no processo desde que seja mais vantajosa a administração pública.

Importante elucidar que a licitação, apesar de ser obrigatória, existem hipóteses em que ela pode não ser realizada, sem ferir os princípios constitucionais. A lei enumera essas hipóteses como sendo: dispensa (para favorecer o interesse da Administração) e inexigibilidade (quando não existe condição de competição). E na lei 14.133, houve avanços significativos, pois, na antiga lei a dispensa era tratada de forma melindrosa pelos gestores, que por precaução, medo ou falta de conhecimento do corpo técnico era feita licitação, onde claramente poderia ser dispensada. Eis aqui alguns das mudanças mais significativas da nova lei.

Os valores para dispensa de licitação foram aumentados, como também as modalidades que se enquadram a dispensa, como diz o art.74 da Lei 14.133/202, o fornecedor exclusivo; artista consagrado; serviços técnicos de natureza predominantemente intelectual; credenciamento, ou seja, quando se busca credenciar vários interessados sem que haja competição entre eles; e aquisição/locação de imóvel cujas características de instalação/localização tornem necessária à sua escolha.

E no artigo 75, no que se refere as possibilidades de dispensa de licitação, as atenções se voltam para a dispensa em caso de emergência ou de calamidade pública, prevista no inciso VIII, cuja grande mudança encontra-se no prazo máximo do contrato urgente, que agora é de um ano, e não mais 180, continuando vedada a prorrogação, bem como na polêmica vedação à recontração de empresa já contratada com base na emergência.

2.6 ANÁLISE CRÍTICA DA NOVA LEI

Primeiramente, insta salientar que não existe real incentivo às denúncias contra irregularidades observadas no procedimento licitatório e nas contratações públicas. Apesar de a redação do projeto de lei atribuir legitimidade a todas as pessoas para apresentarem ao responsável o comportamento desviante notado, essa dicção na lei parece mais uma letra morta. Isso porque a nova lei não vai além, não avança para realmente incentivar que essas denúncias sejam feitas, prevendo a possibilidade de qualquer pessoa noticiar o desvio, mas de maneira mais pragmática, como que apenas “para constar”. (PIRONTI, 2019, ONLINE),

Tal previsão solta, revela-se ineficiente eis que, do modo como está escrito, o cidadão não terá nenhum interesse em ser denunciante, com medo das consequências e retaliações que pode vir a sofrer.

O ideal seria que fossem oferecidas recompensas ao denunciante que deseja combater o comportamento corruptivo, alguma vantagem econômica ou não que potencializasse o desejo de defender o interesse público em detrimento do particular. Entretanto, esse ganho do denunciante não pode ser tal que incentive denúncias vazias, falsas, apenas pelo sabor da recompensa, já que, neste caso, sobrepor-se-ia o interesse particular e, por consequência, estaríamos nos aproximando da troca de favores que tanto se deseja combater (CARVALHO, 2021, p.149).

Considerando que, na prática, o que se percebe são denúncias baseadas exclusivamente em interesses dos licitantes concorrentes, outra medida importante que deveria ser prevista na lei é a penalização de denúncias que não sejam lastreadas em informações verdadeiras ou que, pelo menos, estejam apoiadas em um mínimo de solidez, tal como existe em outros países a exemplo dos Estados Unidos. (CARVALHO, 2021, p.149)

Outro ponto que vem sendo muito criticado pelos doutrinadores e operadores do Direito, é a questão da fiscalização dos contratos. A lei até avança em algumas coisas relativas à atividade de fiscalizar, mas foi bem tímido neste ponto, o que abre espaço para ações corruptivas e/ou inadequadas.

264

Como exemplo, o fato de a lei não especificar quais são as atribuições de um fiscal. Não há menção sequer a uma primeira informação do que se espera do desempenho deste profissional, do momento do procedimento em que deve ser designado, da forma de designação, de sua escolha ou perfil esperado.

Mister se faz que o legislador infraconstitucional deixe evidenciado ao menos uma lista base, apontando o mínimo de atividades que incumbem ao fiscal, de modo que, a depender do tipo de contrato, sejam adicionadas novas tarefas. É necessário que exista e seja pública a formalização da designação do profissional, pois o que observamos hodiernamente na prática é que muitos são os casos em que a pessoa sequer toma conhecimento de que está, formalmente, na condição de fiscal perante o órgão contratante. Isso quando não o descobrem apenas após vir à tona alguma irregularidade cometida em seu nome (CARVALHO, 2021, p.149).

Portanto, o fiscal precisa não só ter perfil para ocupar o cargo, como também estar preparado do ponto de vista de seu conhecimento para acompanhamento da execução do contrato, para enfrentamento das dificuldades e das irregularidades com que vai se deparar. Ademais, sua vida progressa deve ser investigada, porque é inerente à função do fiscal a exigência de um antecedente probó, liso, honesto, o que atualmente e pela lei não se exigido.

Inobstante importantes e consistentes, as inovações da nova lei são muito tímidas, necessitando ser ampliadas em certos pontos e mais efetivas em outros.

Exemplo disso é a inversão entre as fases do julgamento/classificação e da habilitação, de modo que esta passa a ser posterior àquela, somente sendo habilitado o licitante vencedor após a classificação das propostas, entendemos que o ideal seria que a lei extinguisse a fase da habilitação do procedimento licitatório, postergando-a para o momento da contratação. Em outras palavras, o período de apresentação dos documentos pelo vencedor deveria ser posterior à homologação do resultado da licitação, uma vez que constitui requisito para a elaboração do contrato e não para finalizar o procedimento licitatório (CARVALHO, 2021, p. 37).

Quanto à inovação do diálogo competitivo, por certo é uma das novidades mais consistentes com regras minuciosas de seus requisitos e procedimento. Entretanto, para esta nova modalidade de licitação ser eficiente em muito contará com o empenho e a capacitação dos agentes públicos para a promoção de um diálogo engrandecedor entre os licitantes e de competitividade do certame, sob pena de ser infrutífero e beneficiar particulares em detrimento do interesse público (CARVALHO, 2021, p. 49).

CONCLUSÃO

Na elaboração do presente artigo, foram investigadas as principais mudanças os avanços e os possíveis retrocessos da Nova Lei de Licitações, nº 14.133/2021, em relação a antiga Lei, nº 8.666/93. Tendo como objetivo geral analisar quais foram os avanços e quais foram os retrocessos.

Inicialmente, foi feita uma breve explicação sobre o que é licitação, seu conceito e evolução histórica. Na sequência, foi feita uma comparação entre a Nova Lei de Licitações e a antiga e, suas principais mudanças. Após, buscou-se analisar como a Nova Lei pode melhorar os processos de contratações públicas.

Na Lei nº 14.133/2021 foi prevista uma nova modalidade de licitação (o Diálogo Competitivo) e suprimidas outras duas modalidades (Convite e Tomada de Preços). A nova lei trouxe inovações e tornou o processo mais coeso, muitos princípios que já eram aplicados pelos tribunais de contas foram incorporados no texto. As fases da licitação sofreram importantes alterações, além de muitas outras novidades legislativas que impactam significativamente nas contratações públicas.

A Lei nº 14.133/2021 está vigorando conjuntamente com a nº 8.666/93, contudo é preciso dizer que é vedada a combinação das duas, e a Administração Pública deve optar por uma ou pela outra, porém, na esfera penal a nova lei revogou todos os dispositivos da antiga, fazendo vigorar somente a nova, e nesse aspecto a nova lei foi reformulada, com novas tipificações, com penas mais duras, com avanços significativos, a exemplo da atividade sancionadora com caráter pedagógico, estimulando a implantação e o aperfeiçoamento de programas de integridade, contribuindo com o combate a corrupção. Outro ponto importante foi, quando se trata de crimes referentes a processos licitatórios e contratos administrativos, são previstas punições mais rigorosas como nos casos de fraude.

A dispensa de licitação, com o aumento real das possibilidades, mais que dobrando as hipóteses previstas, fez com que houvesse um avanço significativo, pois, por muito tempo, por desconhecimento ou mesmo medo dos gestores, de punições e sanções, fez com quem esse instituto fosse pouco utilizado e a nova lei vem com inovações, mais claras, dando maior segurança aos gestores públicos para a utilização da dispensa.

Na parte crítica no tocante a nova lei é preciso dizer que ela foi omissa em alguns aspectos, como na falta de clareza de um real incentivo aos denunciante que conseguissem evitar a consumação da corrupção no processo licitatório. Tanto é que da forma que lá está positivada analisando friamente não existe um benefício claro a quem denunciar, muito pelo contrário, na omissão da lei, fica até perigoso ao denunciante, pelo risco dado a relevância das denúncias, pela sua segurança e exposição e pelas reais chances de retaliação pela parte denunciada, e aí pode ser o gestor, ou o beneficiário da trama, sendo quem quer que seja o risco é maior que o benefício, não valendo a pena se arriscar tanto por nada.

A ideia do agente fiscalizador é válida, mas, faltou ao legislador deixar claro quem seria, como seria, quais são suas atribuições legais, qual o nível de conhecimento e grau de escolaridade necessário para desempenhar tal função. Foi criado de forma válida, todavia deixando mais dúvidas do que certeza, e essa pode ser uma oportunidade ímpar no combate às fraudes nos contratos.

Portanto, é preciso dizer que a nova lei trouxe muitas mudanças, e mudanças significativas, com inovações ousadas, nova modalidade, endurecimento das cláusulas penais, com uma margem maior de dispensa. E com alguns pontos omissos, como no caso do denunciante, sem um incentivo claro, e sobre o agente fiscalizador.

Com análise completa da nova lei, é preciso reconhecer que ela trouxe avanços em vários aspectos já citados, falta menos de um ano, para ela vigorar em sua integralidade sozinha, e com a prática total, no futuro próximo ela poderá ser

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 14.133, de 01 de abril de 2021** - Publicado em diário extra, D.O.U de 01/04/2021, pág. nº 1.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo**. 12ª ed. Rio de Janeiro: 2010.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: http://www.dji.com.br/codigos/1973_lei_005869_cpc/cpc.htm Acesso em: 07 mai. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei n. 8.666/93, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o artigo 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Publicado no DOU em 22.06.1993.

CARVALHO FILHO, José dos. **Manual de Direito Administrativo**. 7ª ed. Rio de Janeiro, Lúmen Júris, 2011.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. Salvador: JusPodivm. 2021

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13 Ed. São Paulo: Dialética. 2009, p. 133.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11 ed., São Paulo: Dialética, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 398. 72.

MENDES, Francisco Schertel; CARVALHO, Vinícius Marques. **Compliance: concorrência e combate à corrupção**. São Paulo: Trevisan, 2017. p. 11. Acesso em: 07 mai. 2022.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. **Pesquisa Social: Teoria, Método e Criatividade**. Petrópolis: Vozes, 2010.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas Licitações e Contratos**, 10ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PIRONTI, Rodrigo. **O princípio da eficiência e sua materialização pelo critério de julgamento do maior retorno econômico**. Observatório da Nova Lei de Licitações. Disponível em: <http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/10/30/o-principio-da-eficiencia-e-sua-materializacao-pelo-criterio-de-julgamento-do-maior-retorno-economico/>. Acesso em: 07 mai. 2022.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 2000. 20 ed., São Paulo: Editora LTD.

SANDER. **Das modalidades de licitação**. 2005. Parte integrante da Edição no 134. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=707>. Acesso em: 07 mai. 2022.

ZILLOTTO, Mirela Miró. **A implementação de Programa de Integridade como condição de reabilitação de licitantes à luz do Artigo 162, parágrafo único, do Projeto de Lei nº 1292/95**. Observatório da Nova Lei de Licitações. Disponível em: http://www.novaleilicitacao.com.br/2019/12/17/a-implementacao-de-programa-de-integridade-como-condicao-de-reabilitacao-de-licitantes-a-luz-do-artigo-162-paragrafo-unico-do-projeto-de-lei-no-129295/?utm_source=portal_onll&utm_medium=post&utm_campaign=onll. Acesso em: 07 mai. 2022.