

Escola Superior de Gestão e Contas Públicas - TCMSP

A nova Lei de Licitações

Questões relevantes atinentes à Lei 14.133/2021

Marçal Justen Filho

10.6.2021

Justen, Pereira
Oliveira & Talamini
advogados 

1) A Lei 14.133 e a construção hermenêutica

1.1) A rejeição ao essencialismo: a ilusão de uma “Lei perfeita”, existente num mundo ideal

1.2) A rejeição à concepção da “Reforma da Natureza”

1.3) A rejeição à *mens legislatoris*

1.4) A rejeição à sobrevivência das interpretações fundadas na Lei 8.666

2) O processo de “construção” da nova Lei

2.1) A Lei é a “Lei 14.133” e o conjunto das interpretações produzidas na sua aplicação

2.2) A heterogeneidade dos protagonistas: a dificuldade de uma linguagem comum

2.3) A Lei 14.133 não é um “manual de instruções”: as limitações da interpretação literal

2.4) A interpretação sistemática: o ordenamento jurídico é mais do que a soma das partes

2.5) A interpretação finalista: é necessário preservar as finalidades buscadas pela Lei

3) A CF/88 e a Lei 14.133

3.1) O compromisso com a promoção dos direitos humanos e o desenvolvimento nacional sustentável

3.2) A contratação administrativa é um instrumento para promover as finalidades constitucionais: dimensão instrumental

3.3) A licitação é um instrumento para promover as melhores contratações: a dupla instrumentalidade das licitações

3.4) A previsão constitucional da obrigatoriedade de licitação: a Administração Pública não foi constituída para promover licitação

4) A Lei 14.133 e a incorporação do pensamento pragmático

4.1) O pragmatismo como fundamento filosófico do Direito

4.2) A superação de concepções abstratas: o princípio como solução concretizada

4.3) A relevância da avaliação das consequências das soluções possíveis

4.4) O compromisso com a modificação efetiva da realidade: o fim do formalismo inútil

4.5) A Lei 14.133 e a incorporação das propostas da Lei 13.655/2018 (LINDB)

4.6) O art. 5º da Lei 14.133

“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)” (original sem negrito).

5) A implantação da governança pública

5.1) O dever da autoridade superior: art. 11, parágrafo único

“A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações”

5.2) A exigência da gestão por competências: art. 7º

“Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil”

5.3) A generalização da responsabilidade pelo atingimento dos resultados pretendidos: art. 169

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

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

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

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas.

§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o caput deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.

(...)”

6) A superação da concepção reducionista das competências dos Tribunais de Contas

6.1) A tese difundida: não cabe ao Tribunal de Contas defender os interesses e os direitos dos particulares

6.2) As exigências da nova Lei e a transformação do Tribunal de Contas em órgão de defesa do Direito (e não apenas da Administração Pública)

6.3) Os reflexos das violações praticadas pela Administração Pública contra direitos dos particulares

7) A relevância do planejamento

7.1) O planejamento como um compromisso com a realidade

7.2) O planejamento como uma antevisão dos eventos futuros

7.3) O planejamento e a redução da autonomia discricionária: o exemplo do "carona"

8) A previsão de instrumentos auxiliares (inclusive para o planejamento)

8.1) Os procedimentos auxiliares

8.2) A relevância da pré-qualificação
(objetiva)

8.3) Ainda e sempre o registro de preços

8.4) O registro cadastral: a documentação
do desempenho do sujeito

8.5) As soluções de padronização: art. 19

“Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;

II - criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

III - instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

V - promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia”

9) A autonomia para a modelagem da licitação e da contratação

9.1) A ausência de disciplina legal exaustiva: a “deslegalização”

9.2) A conformação da licitação às necessidades de cada contratação concreta

9.3) O laconismo legal sobre o contrato administrativo: a viabilidade de disciplina das “prerrogativas extraordinárias”

10) A redução do formalismo

10.1) A regra geral do art. 12, inc. III

“No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

...

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;”

10.2) A regra específica para a habilitação: art. 64, § 1º

“Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação”

11) A superação da Súmula 473 do STF

11.1) A orientação anterior: os atos inválidos não produzem efeitos jurídicos

11.2) O afastamento dessa orientação pela Lei 13.655/2018

11.3) As regras da Lei 14.133: arts. 147 e 148

“Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:
I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

- II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;
 - III - motivação social e ambiental do contrato;
 - IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;
 - V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;
 - VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;
 - VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;
 - VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;
 - IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;
 - X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;
 - XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.
- Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis”.

“Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

§ 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

§ 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez”

12) Conclusões

12.1) A (re)construção de novos fundamentos para a atividade licitatória e administrativa

12.2) O desafio aos operadores do Direito

12.3) A perspectiva de transformação das atividades licitatórias e contratuais
Administração Pública

Dúvidas, críticas e sugestões podem ser enviadas para:

contato@justenfilho.com.br