

# As mudanças e a importância da nova Lei de Licitações para a Administração Pública brasileira

Entrevista com a Dra. Diles Maria Luvison Kuhn, Advogada da União; e com o Dr. Jessé Torres Pereira Junior, Desembargador Aposentado do TJRJ, Presidente do Fórum Permanente de Gestão Pública Sustentável da EMERJ, Advogado e Parecerista.

Qual a importância da Lei de Licitações e Contratos para a Administração Pública brasileira e como ela impacta a forma como as instituições realizam suas aquisições e contratações?

**Dr. Jessé** – O exercício do poder político porta desafios seculares permanentes, inclusive de sistematização conceitual. Uma das maneiras de racionalizá-los é a de compreender aquele exercício como um triângulo: no vértice, situa-se o projeto estratégico de governo, passível de traduzir-se pelo verbo “querer” (vontade política); no primeiro ângulo da base do triângulo, estarão as competências



distribuídas para agir e a organização dos meios para efetivá-las, compondo a governabilidade, que se encarna no verbo “poder” (atos de autoridade legitimada); no último ângulo dessa figura geométrica, colocam-se o conhecimento e os instrumentos de sua operação e disseminação, configurando a governança, a que corresponde o verbo “saber” (*know how* científico e tecnológico, ponderado axiologicamente a partir da dignidade da pessoa humana, valor fundamental posto no art. 1º, III, da vigente Constituição da República). O governo eficiente, efetivo e eficaz deve querer, poder e saber identificar o interesse público e produzir resultados que o atendam.

A nova Lei das Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133, de 01.04.2021) amadurece e propõe avanços no processo político-jurídico-administrativo que o Brasil pratica desde o Império. Datam de 1862 as primeiras

**“O governo eficiente, efetivo e eficaz deve querer, poder e saber identificar o interesse público e produzir resultados que o atendam.**

**A nova Lei das Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133, de 01.04.2021) amadurece e propõe avanços no processo político-jurídico-administrativo que o Brasil pratica desde o Império.”**

normas disciplinadoras das contratações de compras, obras e serviços a serem pagas com recursos do erário. Desde então, a cada quatorze anos da história brasileira, em média, essas normas receberam alterações, mediante atos e decretos regulamentadores, sobre a aplicação das finanças públicas naquela atividade contratual, por isto que as licitações e contratações administrativas eram, até então, consideradas integrantes do direito financeiro. O que importava era que os recursos fossem utilizados de acordo com as disponibilidades e observados critérios regulamentadores da ordem financeira. Somente a partir da Constituição de 1988 o país passou a contar com leis disciplinadoras das licitações e contratações do estado, ficando assente que esse ramo se incluía na seara interdisciplinar dos direitos constitucionais e administrativos, definida pelo Poder Legislativo (CF/88, artigos 22, XXVII, 37, XXI, e 175).

A primeira lei assim concebida foi a de nº 8.666/93. A segunda é a 14.133/2021, que vem de exprimir, após mais de uma década de tramitação do respectivo projeto pelo Congresso Nacional, e através de mais de quarenta mil palavras, consolidadoras de mais de 1.400 normas (somando-se a cabeça de cada artigo, seus incisos, alíneas e parágrafos), o regime que todos os gestores públicos brasileiros estão no dever de cumprir na instauração, na instrução, na tramitação, nos julgamentos recursais, na imposição de sanções e na decisão dos processos administrativos de licitações e contratações, tal como assentado no art. 11 da Lei nº 14.133/2021: “assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto” Segue-se que o norte que guia cada um desses processos de licitação e contratação deixou de ser apenas o valor financeiro. Tanto que o parágrafo único do mesmo art. 11 imputa à Administração responsabilidade “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”.

### Quais são os principais pontos de destaque dessa nova legislação em relação ao processo licitatório?

**Dr. Jessé** – Destacaria cinco pontos como os mais desafiantes de visão e trabalho multi e interdisciplinar na interpretação e na aplicação da Lei nº 14.133/2021, em relação à instrução de seus processos, a saber:

**(a)** o art. 187 autoriza os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a aplicar os regulamentos editados pela União para a execução da nova lei; com apoio nesse artigo, os entes federados, sem embargo da autonomia que lhes assegura o art. 18 da CF/88, já estão a estudar e aplicar, ou ajustar às peculiaridades das respectivas organizações administrativas locais (estadual, municipal ou distrital), os mais de cinquenta decretos e instruções normativas que a União vem editando; o fato tanto pode contribuir para maior segurança jurídica na aplicação da lei de modo uniformizador, bem como a despertar divergências interpretativas provocadas pela diversidade dos recursos organizacionais, materiais, humanos e financeiros com que conta cada ente, além de poder suscitar variadas interpretações dos tribunais de controle externo;

**(b)** competitividade/reconfiguração da proposta mais vantajosa (artigos 11, I; 18, I, VIII, IX e X; 6º, XXVII): extrai-se do art. 37, XXI, da Constituição da República o dever de a Administração garantir tratamento isonômico

a todos os participantes de uma licitação ou interessados em contratação direta (sem licitação); para tanto, é fundamental a instrução do processo administrativo, em cada caso, através dos documentos técnicos expressamente indicados nos incisos dos artigos 18 e seguintes, cujo teor não resulta apenas de compreensão jurídica, mas de indicadores que levem em conta aspectos técnicos que aqueles documentos devem esmiuçar, desde a elaboração de um estudo técnico preliminar que caracterize o objeto a ser licitado e contratado, até a elaboração de termos de referência, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos que influirão na elaboração do edital, cujas condições, sublinha o inciso IX, hão de ser motivadas, isto é, explicitadas as razões de fato de direito que justificam a decisão a ser tomada quanto à qualificação técnica de propostas e a análise dos riscos que possam comprometer a boa execução contratual; vale dizer que cada processo deve ser instruído e analisado por profissionais de variada formação, dependendo da natureza do objeto a ser contratado, tais como advogados, contadores, engenheiros, analistas, entre outros, integrantes dos quadros da Administração, exigível, destarte, que esta conte com equipes interprofissionais aptas a tal exame multidisciplinar, em cada caso;

**(c)** regime antropocêntrico e biocêntrico em face da CF/88, art. 225, §§ 1º e 3º (artigos 5º, 6º, XII, XVIII, alínea “h”, XXIV, alínea “e”, XXV, alínea “a”; 25, § 6º, 34, § 1º; 45, I; 124, § 2º): a nova lei mostra-se exigente quanto ao cumprimento do disposto no art. 225 da CF/88, que define o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, “impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”; eis o princípio rotulado como de compromisso intergeracional, que haverá de

estar acautelado na instrução dos processos administrativos das licitações e contratações, mais uma vez atraindo a participação, na instrução de cada caso, de profissionais aptos à análise desses aspectos ambientais, incluindo cuidados na relação homem-natureza, se tal relação puder ser posta sob risco na execução do contrato;

(d) competitividade, consensualidade, administração dialógica e múltipla regulamentação (artigos 6º, XLIII; 21, *caput* e p. único; 32; 61,

**“Datam de 1862 as primeiras normas disciplina-doras das contratações de compras, obras e serviços a serem pagas com recursos do erário. Desde então, a cada quatorze anos da história brasileira, em média, essas normas receberam alterações, mediante atos e decretos regulamentadores, sobre a aplicação das finanças públicas naquela atividade contratual, por isto que as licitações e contratações administrativas eram, até então, consideradas integrantes do direito financeiro.”**

§§ 1º e 2º; 79, III, 81; 151): o papel do estado se vem modificando, de titular de um poder de império ao estado mediador e garantidor; a função de garantia reflete a necessidade de se concretizar a efetivação de uma vasta gama de direitos, tal como o direito fundamental a uma boa administração (art. 41 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, 2000); evidencia-se uma nova relação, menos hierarquizada, entre estado e sociedade, onde a participação e a consensualidade ganham força na arena jurídica; a busca de novos paradigmas para o exercício da função administrativa visa compatibilizar a gestão pública com o compromisso assumido pela Administração junto à sociedade, que cobra uma Administração Pública de resultado, eficiente e transparente; nessa gestão de resultados é necessária a existência de alguns balizadores jurídicos, dentre os quais a supremacia da Constituição, a efetividade dos princípios, a motivação necessária dos atos administrativos, o controle da discricionariedade, a processualização da atividade administrativa e a consensualidade; definida como princípio da concertação nas relações de poder entre sociedade e estado, é engrenagem essencial ao estado democrático de direito, a chamada concertação administrativa designa uma forma de administrar com base no consenso; a Administração busca realizar acordos com os particulares destinatários da ação, abdicando, assim, da forma impositiva e unilateral com que o estado tradicionalmente fazia uso de seus poderes. Na concertação, as decisões são apuradas mediante negociação, consubstanciada em debates entre os diversos grupos sociais e o poder público, a atrair a participação ativa dos cidadãos nas tomadas de decisões, quando assim autorizado pela lei de regência; a participação por meio da consensualidade está relacionada à expansão da consciência social e ao anseio por influir nas decisões de poder, nas quais a sociedade se

vê envolvida; no manejo desses instrumentos, a consensualidade surge como técnica de coordenação de ações e de interesses, prestigiando, simultaneamente, a autonomia da vontade e a parceria que potencializa a ação do estado e da sociedade; o número de parcerias cresce, pois a Administração Pública cria atrativos para que os agentes da sociedade civil tenham interesse em investir, expandindo cada vez mais a gama de acordos e contratações administrativas; o ato administrativo, como veículo principal de atuação da Administração Pública, divide seu espaço com o incremento da atividade contratual; a contratualização administrativa retrata relações administrativas baseadas na negociação e no diálogo, tendo o contrato como instrumento de sua atuação; preconiza-se a ideia de parceria entre a sociedade e o estado, na qual a categoria jurídica do contrato, instrumento de direito privado por excelência, adquire novo e relevante emprego em âmbito público; esses novos instrumentos da gestão pública dialógica, caracterizadora do estado democrático de direito, estão presentes na Lei nº 14.133/2021, podendo-se referir, entre outros exemplos, o da norma do art. 21, cujos *caput* e parágrafo único franqueiam a Administração a fazer uso, quando necessário, de audiências e consultas públicas; também no art. 32, que cria modalidade de diálogo competitivo, em que a Administração dialoga abertamente, em sessão pública, com representantes do mercado, para obter dados, sugestões e informações que viabilizem a elaboração de edital de licitação cujo objeto envolva inovação tecnológica ou técnica, impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado, e impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração; é a tendência que se observa também na atividade judiciária, como se extrai do art. 3º, § 3º, do CPC/2015,

segundo o qual “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”; assim também haverá de ser nos processos administrativos de licitações e contratações, nas hipóteses previstas na legislação, substituindo os tradicionais atos unilaterais, o que não significa a disponibilidade do interesse público pelo estado; esses atos são, em regra, mais eficientes e menos sujeitos a transgressões, além de valorizarem igualmente a proteção do interesse público e a concretização dos direitos fundamentais, imprimindo, ademais, maior celeridade e pertinência técnica no encontro de soluções transparentes e adequadas; a Lei 14.133/2021 absorve a novidade, ao enunciar, em seu art. 151, que, nas contratações por ela regidas, “poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem”, controvérsias essas que, nos termos do parágrafo único do mesmo art. 151, dizem respeito a questões relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como são aquelas relacionadas ao “restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenização”; sublinhe-se que tal rol porta natureza exemplificativa, consoante decidido pelo STF no julgamento do SE 5206 Agr/EP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, publicado aos 30/04/2004.

(e) discricionariedade, motivação obrigatória e consequencialismo (art. 17, §§ 1º, 2º e 4º; e Lei nº 13.655/2018 – LINDB, art. 21): o art. 17 admite que a autoridade administrativa inverta a sequência das fases do processo de licitação de modo a fazer com que a de habilitação se realize antes das de apresentação de propostas e lances e de julgamento;

notável que, nos termos do § 1º, tal inversão somente possa ocorrer mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, e ser tal possibilidade expressamente admitida no edital; vale dizer que há uma sequência obrigatória de fases, somente suscetível de alteração na isolada hipótese admitida nesse parágrafo e desde que expressamente motivada, com indicação dos benefícios que advirão da inversão; portanto, a inversão não é ato da lei, mas da autoridade administrativa desde que cumpridas as condições da lei, que deverão de ser comprovadas na motivação do ato de inversão, alvissareira aplicação do art. 21 que a Lei nº 13.655/2018 acrescentou à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, de sorte a criar a figura do consequentialismo, quer dizer, os benefícios que decisão de tal teor possa trazer em prol da Administração – por conseguinte, dos resultados da licitação -, tudo a ser demonstrado na motivação do ato de inversão, sob pena de sua invalidação e de responsabilização do agente que assim autorizou; emprego da consensualidade também tem sido observado na atuação do Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo de sua competência, tal como se verificou quando, em face de iminente desabastecimento energético em 2020 e 2021, o governo federal contratou dezessete usinas de térmicas a gás para a produção de energia de reserva, com prazo até 2025; uma vez que se normalizou a situação energética, cessada a estiagem que lhe dera causa, o TCU fixou prazo para que o Ministério de Minas e Energia avaliasse cada contrato e motivasse a respectiva manutenção, rescisão ou solução negociada; em termo denominado de autocomposição, convencionou-se diminuir o volume de produção da energia, preservando-se o contratado; a homologação dessa composição se deu através do Acórdão nº 1130/2023, como medida de controle concomitante ao ato controlado.

**A Nova Lei de Licitações apresenta conceitos ligados às licitações internacionais que, anteriormente, não existiam. O próprio conceito de licitação internacional não era previsto explicitamente na Lei 8.666/1993. Como analisar tais mudanças à luz da estrutura de processos de contratação envolvendo licitantes do/no exterior?**

**Dr. Jessé** – Correta a premissa da pergunta. A legislação anterior à Lei nº 14.133/2021 fazia uso de expressões correlatas, tais como “licitações internacionais”, “concorrência de âmbito internacional”, “leilão internacional”, sem, contudo, definir conceitos e limites. A nova lei supre a deficiência, a começar por incluir no art. 6º, XXXV, o conceito normativo: “licitação processada em território nacional na qual é admitida a participação de licitantes estrangeiros, com a possibilidade de cotação de preços em moeda estrangeira, ou licitações na qual o objeto contratual pode ou deve ser executado no todo ou em parte em território estrangeiro”. Sugere-se, dada a novidade da definição, que se a decomponha com ajuda de Rafael Wallbach Schwind, em obra pioneira acerca da matéria, e que certamente comportará digressões e controvérsias conforme se aprofunde a respectiva aplicação. Transcrevam-se, em síntese, os pontos principais da definição, postos no referido livro, págs. 43-47 (ed. Fórum, 2022): (a) “uma questão é o local de realização de licitação, outra é o local da execução do objeto licitado. É plenamente possível que o objeto da licitação internacional seja executado total ou parcialmente no exterior; o certame, no entanto, deve ser processado no Brasil; no caso das contratações no âmbito das repartições públicas sediadas no exterior, há apenas o dever de que atendam às peculiaridades locais e aos princípios básicos estabelecidos pela Lei 14.133, na forma de regulamentação específica a ser editada por Ministro de Estado, conforme estabelece o art. 1º, § 2º, da Lei; estando sediadas no exterior,

tais repartições devem realizar as suas contratações de acordo com as peculiaridades locais; licitações internacionais são certames realizados no território brasileiro, ainda que o seu objeto seja executado total ou parcialmente no exterior; (b) se uma licitação é internacional, a participação no certame deve ser aberta a licitantes com sede no exterior; isto não significa que empresas estrangeiras somente podem participar de licitações internacionais; mesmo licitações não qualificadas como internacionais em regra são abertas à participação de estrangeiros; (c) a Lei 14.133 afasta desse certame a necessidade de se demonstrar a existência de autorização para funcionamento no Brasil; sempre que o objeto de um contrato administrativo efetivamente configurar funcionamento no país, o que não ocorre em todos os casos, caberá ao interessado obter essa autorização, atendendo aos requisitos aplicáveis, ou ainda constituir uma empresa brasileira da qual seria sócio ou acionista; à luz da Lei 14.133, o licitante estrangeiro não precisará de autorização para funcionamento no país apenas para poder participar de uma licitação internacional; a existência desse tipo de autorização não poderá ser, por exemplo, um requisito para a habilitação do licitante estrangeiro numa licitação internacional, contudo, se o objeto do contrato configurar funcionamento no Brasil, o licitante estrangeiro que se sagrou vencedor deverá obter tal autorização; no mundo globalizado atual, a exigência de autorização para funcionamento no Brasil é anacrônica; há outros mecanismos que, sem constituir barreiras à participação de licitantes estrangeiros, poderiam proporcionar a segurança que o Estado brasileiro precisa ter em relações travadas com empresas sediadas em outros países; (d) a cotação em moeda estrangeira é uma possibilidade e não uma obrigatoriedade, daí a possibilidade de uma licitação internacional prever cotações em moeda estrangeira ou em moeda brasileira; se

**“A Constituição de 1988, ao distribuir por seu texto várias referências à participação da sociedade, direta ou reflexamente, na gestão pública, semeia a ideia da consensualidade no atuar do estado brasileiro.”**

for permitido ao estrangeiro cotar preços em moeda estrangeira, também o poderá fazer o licitante brasileiro; trata-se de derivação do princípio da isonomia, que veda tratamentos discriminatórios baseados em critérios não jurídicos; não se deve permitir a formulação de propostas em moedas distintas numa mesma licitação, uma vez que isso geraria sérias dificuldades à comparação das propostas, que deverão ser formuladas na moeda indicada pelo ato convocatório; quando se estabelecer que as propostas sejam cotadas em moeda estrangeira, deverá ser fixada uma data-base no edital, a fim de permitir a conversão segundo o câmbio praticado em determinado dia, de modo a evitar que a definição do licitante vencedor derive de uma aleatoriedade relacionada a flutuações da moeda brasileira.

**Acordos internacionais e normas internas dedicam-se a estabelecer mecanismos destinados a direcionar e monitorar o direito da sociedade à boa administração, o combate à corrupção, o bom e efetivo uso de recursos públicos e a ciência administrativa. A Lei nº 14.133/2021 apresenta novos meios para garantir a governança das contratações públicas?**

**Dr. Jessé** – A Constituição de 1988, ao distribuir por seu texto várias referências à participação da sociedade, direta ou reflexamente, na gestão pública, semeia a ideia da consensualidade no atuar do estado brasileiro, com dois objetivos que se foram tornando nítidos: (a) limitar o poder do estado em face da sociedade; (b) estimular o amadurecimento da sociedade na gestão das instituições, seja definindo suas escolhas, traçando políticas públicas e cobrando-lhes a respectiva execução, ou sendo, afinal, senhora de seu próprio destino, de acordo com suas identificadas vocações. Ingressam, no cotidiano da administração pública, os direitos do usuário de serviços públicos, o dever jurídico de proceder a audiências públicas e de prestar informações, a iniciativa popular das leis, os consórcios e convênios de cooperação, a gestão associada de serviços públicos, que darão fundamento e inspiração à legislação infra constitucional para a criação de instrumentos e condições de parcerias público-privadas.

Emenda constitucional autorizou o uso de ato administrativo (decreto) para dispor sobre “organização e funcionamento da administração, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos” (art. 84, VI, “a”), o que viabilizou a concepção de vias resolutorias ou preventivas de conflitos mediante consenso, no seio da própria administração pública.

A partir de 1993, sucedem-se, a intervalos temporais cada vez menores – a demonstrar o caráter de processo histórico-cultural irreversível –, leis e atos normativos estabelecendo instrumentos e procedimentos que, progressivamente, foram dando corpo, identidade e densidade ao conceito jurídico, no sentido de fenômeno gerador de direitos e obrigações que afetam o ato administrativo no seu plano de validade, com aptidão para atrair a incidência de controles legitimados a declarar a invalidade dos atos praticados sem a sua

observância, passíveis, por isto, de nulidade ou anulação. Ou, ainda, como vias alternativas para compor conflitos sem a intervenção da tutela jurisdicional.

Ilustre-se:

- na Lei Geral das Licitações e Contratações da Administração Pública (nº 8.666/93), se exigia audiência pública obrigatória para a instauração de processo licitatório quando o objeto em disputa fosse de valor superior a determinado piso (art. 39);
- na Lei Orgânica da Advocacia Geral da União - AGU (nº 73/93), ao órgão se outorgaram poderes para, entre outros, acordar e firmar compromisso (art. 4º, VI);
- na Lei regente das concessões e permissões da prestação de serviços públicos (nº 8.987/95), se admitiu o emprego da arbitragem para solucionar disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato de concessão (art. 23-A);
- na Lei regulamentadora do funcionamento da AGU (nº 9.469/97), consagrou-se o termo de ajustamento de conduta para prevenir ou terminar litígios, inclusive entre órgãos e entidades integrantes da administração pública federal (art. 4º-A);
- na Lei instituidora da Agência Nacional do Petróleo (nº 9.478/97), enfatizou-se a conciliação e o arbitramento como procedimentos a serem adotados para a solução de conflitos entre agentes econômicos e entre estes e usuários e consumidores (art. 20);
- na Lei definidora das Organizações Sociais - OS (nº 9.637/98), criou-se o contrato de gestão entre o poder público e a OS (art. 5º);
- na Lei reguladora do processo administrativo federal (nº 9.784/99), aludiu-se à abertura de consulta pública, com o fim de garantir a pessoas físicas ou jurídicas o exame dos autos (art. 31, § 1º);

- na Lei definidora das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (nº 9.790/99), instituiu-se o termo de parceria entre o poder público e a OSCIP (art. 9º);
- na Lei instituidora da Agência Nacional de Transportes Terrestres (nº 10.233/01), admitiu-se a conciliação e a arbitragem como vias de solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução (art. 35, XVI);
- na Lei criadora das parcerias público-privadas - PPP (nº 11.079/04), incluiu-se a arbitragem entre os mecanismos de resolução de disputas (art. 11, III).

Ainda de realçar-se a contribuição de procedimentos para resolver conflitos entre órgãos e entidades da administração pública federal, a partir da Lei nº 9.469/97, com base na qual foram editadas as Portarias de nº 1.281/07 e 1.099/08, que disciplinaram o deslinde, em sede administrativa, de controvérsias entre aqueles órgãos e entidades perante a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF -, formada pela Advocacia Geral da União. Milhares de conflitos de interesses e divergências de entendimentos têm sido compostos por essa Câmara, com admiráveis resultados. Matérias pendentes foram esquadrihadas e resolvidas com economia de tempo, de recursos e de credibilidade de agentes públicos, até então envolvidos em querelas cuja permanência desserve ao interesse público, inclusive por efeito paralisante do exercício de competências e da aplicação de recursos financeiros. Neste momento, dissidência relevante, envolvendo posições divergentes do Ministério das Minas e Energia, do IBAMA, da Casa Civil da Presidência da República e da Petrobrás, foi remetida ao exame da CCAF, que emitiu parecer sobre a legalidade de autorizar-se a exploração de petróleo na Foz do Amazonas, tal como veiculado em matéria jornalística

publicada no jornal O GLOBO, edição de 23.08.2023, p. 13.

Não se mostra exagerada a conclusão, à vista da evolução histórica e dos resultados obtidos onde quer que foi aplicada, que a consensualidade é, hoje, e o será, de futuro, uma das principais aliadas do princípio constitucional da eficiência, seja em sua acepção estrita de relação custo-benefício em cada agir estatal, ou na acepção de eficácia para a consecução de finalidades legitimadas pelo interesse público, identificado não apenas pelos agentes estatais, mas por estes em consenso com a sociedade.

A supremacia da Constituição significa que nenhum dignitário estatal, no sistema jurídico por ele fundado, poderá colocar-se acima dos princípios e normas que a Constituição estabelece, tanto que a Corte Suprema, que a interpreta com a máxima e final autoridade, assim o faz na qualidade de sua guardiã (CF/88, art. 102, caput), daí o caráter cogente das políticas públicas que o texto constitucional consagra e de cuja implementação incumbe os entes e poderes constituídos, sob pena de inadimplência de deveres constituídos inarredáveis, desafiando, se, quando e na medida da necessidade, a intervenção tutelar do Judiciário, com o fim de fazer prevalecer a Constituição.

A Lei nº 14.133/2021 compila, no capítulo referente às infrações e sanções administrativas (artigos 155-163), tanto normas consolidadoras de responsabilização administrativa, que se vinham plasmando sob o regime anterior, quanto normas que o inovam. Quanto a estas, leiam-se as dos artigos 160 a 163, a saber: desconsideração da personalidade jurídica sempre que utilizada com abuso do direito com vistas a facilitar, encobrir ou dissimular a prática de atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial, frisando que 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, vale dizer conduta dolosa; remessa, para fins de publicidade, de todos os atos concernentes a sanções, ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas, instituídos no âmbito do Poder Executivo federal; multa de mora no caso de atraso injustificado na execução do contrato, sem obstar que a Administração a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato, com aplicação cumulada de outras sanções previstas na lei; reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade (regra conhecida no direito internacional como autossaneamento ou *self-cleaning*), desde que haja reparação integral do dano causado à Administração, pagamento de multa, transcurso do prazo mínimo de um ano de aplicação da penalidade de declaração de inidoneidade, cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo, análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos no art. 163.

Diante desses exemplos, convenha-se em que, quando houver previsão legal positivada, é mais fácil aceitar-se a decisão por consenso, sob qualquer de suas formas. Mas se deve ir além: somente nos casos em que haja previsão expressa em sentido contrário, o poder público estará impedido de celebrar acordos para o exercício da função administrativa. Não se há de cogitar de vinculação absoluta entre consensualidade e legalidade. Havendo vedação legal para práticas consensuais, deve ser respeitada. No entanto, a ausência de lei formal não justifica a impossibilidade de se decidir por consenso, tendo em vista o hodierno conceito de legalidade, envolvente de legitimidade e juridicidade. Não há como o legislador prever exaustivamente as

hipóteses nas quais caberá a busca do consenso, devendo sua aplicabilidade ser decidida casuisticamente.

Não se trata de discricionariedade administrativa ancorada no formalismo abstrato ou na liberdade irrestrita do decisionismo irracional, mas na competência administrativa (não mera faculdade) de avaliar e de escolher, no plano concreto, as melhores soluções, mediante justificativas válidas, coerentes de conveniência ou oportunidade, respeitados os requisitos da efetividade do direito fundamental à boa Administração Pública. A decisão administrativa precisa estar acompanhada de motivação consistente e coerente, sob pena de vício nulificador e o controle principialista demanda uma reestruturação das estratégias de governança, fazendo-as mais criativas, transparentes e concatenadas. Há, portanto, o dever de escolher bem.

O Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 253.885-0/MG, de 2002, analisou duas questões basilares: a necessidade de previsão legal expressa autorizativa para a celebração de acordos administrativos e se a celebração de tais acordos afrontaria o princípio da indisponibilidade do interesse público. Cuidava-se de recurso interposto pelo Município de Santa Rita do Sapucaí contra acórdão do Tribunal de Justiça estadual, que manteve sentença homologatória de transação celebrada entre a municipalidade e seus servidores. Segundo a relatora, Ministra Ellen Gracie, o aresto deveria ser mantido porque a transação atendeu de forma mais rápida e efetiva ao interesse público, afastada qualquer ofensa aos princípios alinhados no artigo 37 da Constituição Federal.

A Corte Suprema entendeu, há vinte anos e assim se vem mantendo, que a previsão autorizativa expressa será imprescindível apenas nos casos em que a transação importar em renúncia a direitos, alienação de bens ou assunção de obrigações extraordinárias pela Administração.

Quanto à questionada indisponibilidade do interesse público, nas palavras da relatora, *“há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação desse interesse”*.

A Portaria nº 5.175, instrumento que regula as licitações e contratações administrativas por órgão de obtenção das Forças Armadas no Exterior, é considerada como uma evolução de conceitos e práticas relativas às contratações em tela, as quais contribuem para maior eficiência e efetividade nos processos, reforçando o papel da governança nesse contexto. Qual a relevância desse instrumento?

**Dra. Diles** – A Portaria nº 5.175, de 15 de dezembro, de 2021, que estabelece as Normas para Compras no Exterior dos Comandos da Marinha, Exército e Aeronáutica, é resultado de um extenso esforço conjunto das Forças Armadas, coordenado pelo Ministério da Defesa, e foi amplamente discutida com o Tribunal de Contas da União. Esta norma visa regulamentar o art. 123 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que requer que as repartições no exterior observem as particularidades locais e os princípios básicos da Lei em suas licitações e contratações administrativas, conforme a regulamentação específica. Isso agora é reforçado pelo Art. 1º, § 2º da Lei nº 14.133, 1º de abril, de 2021, que exige que a regulamentação específica seja promulgada por um Ministro de Estado. De fato, a Portaria nº 5.175, de 2021, foi editada pelo Ministério da Defesa em 15 de dezembro de 2021.

É digno de registro que as Comissões das Forças Armadas no Exterior têm uma longa trajetória histórica e desempenham um papel de extrema importância como Órgãos de Obtenção no Exterior. Suas responsabilidades incluem a aquisição de materiais bélicos e militares destinados ao uso final das Forças

**“A Portaria nº 5.175, de 15 de dezembro, de 2021, que estabelece as Normas para Compras no Exterior dos Comandos da Marinha, Exército e Aeronáutica, é resultado de um extenso esforço conjunto das Forças Armadas, coordenado pelo Ministério da Defesa, e foi amplamente discutida com o Tribunal de Contas da União.”**

Armadas, notadamente quando indisponíveis em território nacional. Desse modo, as Comissões asseguram o atendimento das necessidades operacionais de inúmeras organizações militares.

Não obstante o relevante trabalho realizado pelas Comissões das Forças Armadas no exterior, até a promulgação da Portaria nº 5.175, de 2021, suas atribuições careciam de uma regulamentação específica. Portanto, o normativo representa um avanço substancial em termos de conceitos e práticas relacionados aos procedimentos de aquisição conduzidos pelas Comissões. Sua importância está intrinsecamente vinculada à promoção da governança nas contratações públicas realizadas em âmbito internacional.

Neste contexto, é relevante enfatizar que a regulamentação por meio da Portaria, em si, constitui-se como um ato de governança, uma vez que estabelece diretrizes claras e regras

específicas para as aquisições no exterior. Esse ato normativo confere maior segurança jurídica às partes envolvidas, tanto aos órgãos de obtenção das Forças Armadas quanto aos fornecedores, ao definir procedimentos e critérios a serem estritamente observados.

Os dispositivos da Portaria nº 5.175, de 2021, em cumprimento do disposto no inciso XXI, do art. 37, da Constituição Federal, estabelecem a regra da licitação prévia, medida que permite o acesso de interessados às contratações públicas, enseja aos órgãos públicos sediados no exterior a busca da proposta mais vantajosa, por meio da disputa que se realizará, e confere segurança jurídica à administração e aos interessados na contratação.

Cada processo administrativo de licitação e de contratação direta, mesmo que realizados no exterior, deve contar com gestão que assegure a melhor utilização possível dos recursos públicos empenhados na contratação. O gestor público é o curador dos princípios da legalidade, da economicidade e da

**“O mercado de compras públicas no Brasil desempenha um papel significativo na economia do país, representando aproximadamente 10% a 15% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Isso se traduz em mais de 80 bilhões de reais apenas no âmbito do governo federal em 2022.”**

eficiência na atividade contratual da administração pública, competindo-lhe demonstrar a boa aplicação dos recursos públicos sob sua responsabilidade.

Adicionalmente, a Portaria contribui significativamente para a transparência nas aquisições públicas internacionais, uma vez que estabelece requisitos e normas com o propósito de garantir que os processos sejam conduzidos de maneira aberta e imparcial. A transparência é um princípio fundamental da governança e desempenha um papel crucial na prevenção de práticas inadequadas, promovendo a integridade e a equidade nas aquisições.

Aprimorar a eficiência e a efetividade é outra dimensão crucial desta regulamentação, pois seu propósito é otimizar os procedimentos de contratação no exterior, assegurando que os recursos públicos sejam empregados de forma eficaz e em estrita consonância com os interesses públicos.

Portanto, a Portaria nº 5.175, de 2021, desempenha um papel de relevância inconteste ao elevar substancialmente os padrões de governança nas contratações públicas internacionais. Ela proporciona não apenas uma maior segurança jurídica, mas também transparência, eficiência e eficácia desses processos, contribuindo, por sua vez, para o fortalecimento de uma administração pública responsável e alinhada aos princípios da boa governança.

É imperativo ressaltar que não se exclui a possibilidade de futuras revisões neste normativo, dado o caráter dinâmico e a constante evolução das práticas em aquisições internacionais. Especialmente porque essa regulamentação foi elaborada durante o período de vigência da Lei nº 8.666, de 1993, e da Lei nº 14.133, de 2021. Portanto, revisões podem ser necessárias com base nas experiências práticas observadas com a aplicação deste normativo.

**A nova Lei de Licitações foi estruturada para trazer mais eficiência, transparência e segurança jurídica aos processos licitatórios. Quais são os benefícios que a Administração Pública pode obter com essas mudanças?**

**Dra. Diles** – O mercado de compras públicas no Brasil desempenha um papel significativo na economia do país, representando aproximadamente 10% a 15% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional. Isso se traduz em mais de 80 bilhões de reais apenas no âmbito do governo federal em 2022. Dada a magnitude dos recursos envolvidos, as contratações públicas requerem uma atenção especial devido à sua suscetibilidade à ineficiência e a comportamentos inadequados, que podem resultar em sérios prejuízos aos cofres públicos.

Atualmente, ganha destaque no cenário mundial o aumento de práticas preventivas, em particular, o fortalecimento da governança pública. Isso se traduz na capacidade dos governos de planejar, avaliar, monitorar e direcionar a gestão de políticas ou serviços públicos de forma responsável, efetiva, eficiente e transparente para atender às necessidades e demandas da população.

Em consonância com essa tendência de fortalecimento das práticas de governança pública, a nova Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública Federal, Lei nº 14.133, de 2021, introduz diversas inovações em relação à governança das contratações públicas. Ela estabelece mecanismos de liderança, estratégia e controle para a avaliação, direcionamento e monitoramento dos processos licitatórios e contratos públicos.

Os mecanismos de governança, quando aplicados de forma eficaz aos processos de contratação pública, têm o potencial de gerar impactos significativamente positivos. No entanto, é importante ressaltar que a simples previsão legal desses mecanismos não garante sua efetividade; para alcançá-la, é essencial que sejam aplicados de maneira eficiente. Isso requer o

comprometimento dos órgãos e entidades, bem como o estabelecimento de critérios objetivos para a aplicação dos preceitos legais. A aplicação meramente burocrática dos mecanismos de governança e integridade previstos em lei pode resultar em pouca ou nenhuma eficácia das disposições legais.

É inegável que, para atender ao interesse público, a Administração deve priorizar a celeridade em suas contratações, sempre buscando a máxima eficiência na implementação das políticas públicas definidas pelos governos. Quanto mais ágil for o processo de contratação de serviços ou aquisição de bens, desde que mantida a necessária transparência e segurança jurídica, mais rapidamente a Administração alcança suas metas e objetivos. Nesse contexto, é evidente que uma das principais vantagens da nova regulação licitatória em uma única lei é a simplificação da administração dos processos pelos órgãos licitantes. Essa uniformidade também beneficia os particulares que desejam contratar com a Administração, proporcionando uma melhor compreensão do procedimento como um todo, o que, naturalmente, é benéfico para o órgão contratante.

Outro aspecto de grande relevância é a adoção, como regra, de procedimentos licitatórios realizados por meios eletrônicos, tornando as modalidades presenciais a exceção, sujeitas a justificativa. É inegável que essa abordagem agiliza o processo de contratação, aumentando a eficiência e reduzindo os custos associados a deslocamentos e infraestrutura.

Finalmente, as mudanças realizadas nas modalidades de licitação, como a exclusão da carta-convite e da tomada de preços, a introdução do diálogo competitivo, e a inversão de fases como regra, onde a etapa de propostas e julgamento ocorre primeiro, juntamente com a redefinição dos valores para dispensa de licitação e a adoção de procedimentos auxiliares pela Administração, são medidas

Evidencia-se como um dos pilares fundamentais para o sucesso na implementação da Lei nº 14.133, de 2021, a compreensão e habilidade dos órgãos e agentes que serão responsáveis por aplicá-la. Portanto, torna-se imperativo promover a capacitação contínua dos servidores públicos, colaboradores, agentes de licitação e autoridades envolvidos na estrutura de governança dos órgãos e entidades relacionados aos processos de contratação.

que deverão contribuir significativamente para alcançar a tão esperada celeridade, transparência e segurança jurídica.

Quais são as perspectivas futuras, no que se refere à governança das contratações, em relação à implementação da nova Lei de Licitações? Qual o papel do setor jurídico nesse processo?

**Dra. Diles** – Não obstante grande parte das disposições de governança previstas na Lei nº 14.133, de 2021, já estarem sendo

adotadas pela administração pública, é imperativo reconhecer que a eficaz aplicação prática dessas medidas preconizadas pela legislação, a exemplo de um planejamento adequado das contratações, o estabelecimento de uma gestão de risco robusta, a realização efetiva de auditorias nos programas de integridade e a participação ativa dos altos escalões e dos agentes de contratação nos procedimentos licitatórios, demanda um profundo engajamento por parte da Administração Pública. Tal engajamento requer a constante organização e aprimoramento na execução do novo marco regulatório.

Mecanismos e procedimentos internos de integridade, aplicação efetiva de diretrizes nas contratações públicas, responsabilidade e transparência colocados em prática no âmbito da organização pública, qualquer que seja o objeto de sua finalidade institucional, traduzem-se no direito fundamental à boa administração e na efetividade da governança pública e podem ser implementados por meio de medidas jurídico-administrativas, tais como:

- segregação de funções nos setores e departamentos encarregados de gerir as licitações e contratações da organização, por meio da definição das atribuições, competências e responsabilidades dos agentes existentes;
- elaboração de rotinas que visem a dar ordem e forma aos procedimentos que conduzem ao contrato, com ou sem licitação, segundo o regramento vigente;
- capacitação periódica dos agentes envolvidos nos processos de contratação;
- processamento da licitação no formato eletrônico;
- registro da atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas;
- padronização de entendimentos jurídicos;

- compartilhamento e uniformização das ações de assessoramento jurídico e de controle, interno e externo;
- segurança jurídica fundada na estabilidade de precedentes; e
- transparência de dados.

Evidencia-se como um dos pilares fundamentais para o sucesso na implementação da Lei nº 14.133, de 2021, a compreensão e habilidade dos órgãos e agentes que serão responsáveis por aplicá-la. Portanto, torna-se imperativo promover a capacitação contínua dos servidores públicos, colaboradores, agentes de licitação e autoridades envolvidos na estrutura de governança dos órgãos e entidades relacionados aos processos de contratação. A capacitação adequada desses agentes é o alicerce para garantir a correta aplicação da lei.

Com agentes devidamente capacitados e aptos a executar os procedimentos previstos na legislação, as perspectivas futuras são extremamente promissoras, com maior eficiência, transparência e integridade nos processos de contratação pública.

Nesse contexto, a consultoria jurídica desempenha um papel de extrema relevância ao assistir o setor técnico da administração na condução dos processos licitatórios e na

organização e padronização dos procedimentos. Para além das análises jurídicas dos processos licitatórios, torna-se imprescindível que as consultorias jurídicas atuem como um suporte orientador à administração, enfrentando os desafios decorrentes das mudanças legislativas em curso.

Para, além disso, a Advocacia Geral da União, por intermédio da Câmara Nacional de Modelos de Licitações e Contratos Administrativos, está colaborando em estreita cooperação com os órgãos encarregados da implementação da lei no âmbito do governo federal para padronizar a documentação na fase de planejamento de contratações. O principal objetivo desse esforço conjunto é promover a celeridade e eficiência nos processos de contratação do governo federal. A padronização confere previsibilidade aos procedimentos e contratos administrativos, proporcionando segurança jurídica.

Destaca-se, também, que a Consultoria Jurídica-Adjunta junto ao Comando da Marinha elaborou, como boa prática consultiva, um Manual de Licitações e Contratações Administrativas que sintetiza as orientações básicas sobre a nova lei de licitações, disponível na página da intranet do Gabinete do Comandante da Marinha.