

FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

ANDERSON COSTA ALONSO

**AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO À LUZ DA LEI 14.133/2021
(NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS -
NLLC) E SEU ALINHAMENTO COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

VOLTA REDONDA
2023

**FUNDAÇÃO OSWALDO ARANHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO DE VOLTA REDONDA
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

**AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO À LUZ DA LEI 14.133/2021
(NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS -
NLLC) E SEU ALINHAMENTO COM O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do UniFOA como requisito para
obtenção do título de bacharel em Direito.

Aluna:

Anderson Costa Alonso

Orientador:

Prof. Benevenuto Silva dos Santos

VOLTA REDONDA

2023

FOLHA DE APROVAÇÃO

Aluno: Anderson Costa Alonso

Título: As modalidades de licitação à luz da lei 14.133/2021 (Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - NLLC) e seu alinhamento com o princípio da eficiência

Orientador: Prof. Benevenuto Silva dos Santos

Banca Examinadora:

A todos que mantêm acesa a vela da
esperança por um país com justiça social.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos nobres professores que não só transmitem conhecimentos e aprendizados, mas também são exemplos de profissionais comprometidos. Agradeço aos meus amigos, aos meus familiares, especialmente à minha esposa, minha filha e meu filho, que são minha base de apoio e onde busco força todos os dias para realizar meus sonhos.

RESUMO

A presente monografia aborda uma das grandes novidades trazidas pela Lei nº 14.133/2021: as modalidades de licitação. Conhecida como a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos – NLLC, sua aplicação tornou-se opcional até o dia 30 de dezembro de 2023, conforme medida provisória nº 1.167/2023 que prorrogou a validade da legislação anterior sobre licitações. Com a escolha dessa temática, propõe-se analisar cada modalidade licitatória prevista na NLLC e verificar os instrumentos contidos nessa lei que contribuem para a aplicação do princípio da eficiência da Administração Pública. Para analisar o objeto e cumprir com o objetivo proposto neste trabalho, foi realizada pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, bem como documental, com observações centradas em artigos científicos, monografias, materiais informativos de órgãos governamentais e em livros de Direito Administrativo.

Palavras-chave: Lei nº 14.133/21; licitações; contratos administrativos; modalidades de licitação; princípio da eficiência.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	07
2.O DEVER DE LICITAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	09
2.1 A quem se submete o dever de licitar.....	10
2.2 Conceito de Licitação e sua finalidade.....	12
2.3 Princípios gerais e específicos da Licitação.....	13
3. PRINCIPAIS NOVIDADES TRAZIDAS PELA LEI Nº 14.133/2021 EM COMPARAÇÃO COM O SISTEMA LICITATÓRIO ANTERIOR.....	17
3.1 Breve histórico sobre a elaboração e o período de transição da nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos.....	17
3.2 Alterações legislativas a partir da Lei nº 14.133/2021.....	18
3.3 Resumo sobre as principais novidades trazidas pela Lei nº14.133/2021.....	19
4. AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO E A BUSCA PELA EFICIÊNCIA EM UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE RESULTADO A PARTIR DA NLLC.....	23
4.1 Administração Pública de resultado.....	23
4.2 Modalidades de licitação em vigor.....	26
4.2.1 Concorrência.....	26
4.2.2 Concurso.....	28
4.2.3 Leilão.....	29
4.2.4 Pregão.....	30
4.2.5 Diálogo competitivo.....	31
4.3 Análise sobre o princípio da eficiência a partir da NLLC.....	33
5. CONCLUSÃO.....	40
6.REFERÊNCIAS.....	42

1. INTRODUÇÃO

Por quase três décadas, a Lei nº 8.666 de 1993 foi a lei geral de licitações e contratos administrativos em vigor no Brasil.

E após diversas críticas direcionadas à Lei nº 8.666/93 como a abertura para ocorrência de fraudes, a lentidão do processo, o encarecimento dos bens e serviços contratados, entre outras reclamações realizadas por especialistas nesse assunto, agora a Lei nº 8.666/93 tem seus dias de vigência contados, os quais seriam até 1º de abril de 2023, quando definitivamente seria substituída pela Nova Lei de Licitações e Contratos - NLLC, a Lei 14.133/2021.

Porém, o prazo de validade da antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666, de 1993), bem como da Lei do Regime Diferenciado de Compras – RDC (Lei nº 12.462, de 2011) e a Lei do Pregão (Lei nº 10.520, de 2002) foi prorrogado até dia 30 de dezembro de 2023 por meio da medida provisória nº 1.167/2023. O motivo para essa prorrogação foi o atendimento pelo governo federal do pedido dos prefeitos que se reuniram na 24ª Marcha a Brasília em Defesa dos Municípios. Assim, com esse adiamento, a Administração Pública federal, estadual ou municipal podem optar pela utilização da lei antiga ou nova nas suas contratações até o dia 29 de dezembro de 2023 (SENADO, 2023).

A nova Lei de Licitação traz um compilado de regras já estabelecidas nas Leis nº 8.666/1993, Lei do Pregão e Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, dentre outras, promovendo assim uma organização de institutos e procedimentos, e também uma concentração de leis esparsas em uma norma apenas.

Nesse contexto, a presente monografia tem por finalidade estudar as alterações trazidas pela Nova Lei de Licitação, especialmente em relação às modalidades de licitação pautando-se na análise da eficiência na contratação pública, que é o princípio central da Administração Pública de resultado.

. Assim, no geral, a nova lei prevê cinco modalidades de licitação: concorrência, concurso, leilão, pregão e o diálogo competitivo, os quais serão abordados em tópicos próprios no trabalho científico, considerando que a NLLCC extingue as modalidades tomada de preços, convite e RDC (Regime Diferenciado de Contratação) que também era tratado como modalidade licitatória.

Para analisar o objeto proposto neste trabalho, foi promovida uma pesquisa bibliográfica com abordagem qualitativa, bem como documental, com observações centradas em artigos científicos, monografias, materiais informativos de órgãos governamentais e doutrina jurídica, especialmente de Direito Administrativo.

2.O DEVER DE LICITAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como é cabível à Administração Pública gerir a máquina pública, composta por seus servidores e órgãos, o ordenamento jurídico brasileiro impõe regras e critérios para as contratações de serviços e bens, não permitindo que o agente público faça escolhas por critérios pessoais contrariando o interesse público. Assim, antes de adentrar no tema das licitações, importante abordar sobre a Administração Pública, e dessa maneira, Hely Lopes Meirelles ressalta:

O estudo da Administração Pública em geral, compreendendo a sua estrutura e as suas atividades, deve partir do conceito de Estado, sobre o qual repousa toda a concepção moderna de organização e funcionamento dos serviços públicos a serem prestados aos administrados. [...] numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização de serviços, visando à satisfação das necessidades coletivas. A Administração não pratica atos de governo; pratica, tão somente, atos de execução, com maior ou menor autonomia funcional, segundo a competência do órgão e de seus agentes (MEIRELLES, 2011, p. 60).

Entende-se assim, por Administração Pública, no seu sentido subjetivo, todos os órgãos e entidades que realizam a gestão dos recursos públicos e promovem as atividades administrativas do Estado brasileiro. Já no sentido objetivo, a "administração pública" correspondente às atividades em prol dos interesses públicos. (FILHO, 2020, p. 412).

Explica também Alexandre Mazza (2022, p. 118) esses dois conceitos que existem sobre o mesmo termo. Empregada com as iniciais minúsculas, a "administração pública" significa "poder executivo", referindo-se à atividade relacionada com a defesa do interesse público. Já Administração Pública (com iniciais maiúsculas) é o conjunto que abrange todos Poderes do Estado que exercem alguma função administrativa:

Atualmente, o termo Administração Pública designa o conjunto de órgãos e agentes estatais no exercício da função administrativa, independentemente de serem pertencentes ao Poder Executivo, ao Legislativo, ao Judiciário, ou a qualquer outro organismo estatal (como Ministério Público e Defensorias Públicas). Assim, por exemplo, quando o Supremo Tribunal Federal constitui comissão de licitação para contratar determinado prestador de

serviços, a comissão e seus agentes são da Administração Pública porque e enquanto exercem essa função administrativa (MAZZA, 2022, p. 119).

Nessa concepção, podem fazer parte da Administração Pública que exerce a função administrativa a Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e a Administração Indireta (Autarquias, Empresas Públicas, Sociedade de Economia Mista e Fundações Públicas), conforme determina o artigo 4º e seus incisos do Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967.

Nesse mesmo sentido, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021) define a Administração Pública:

Art. 6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

(...)

III - Administração Pública: administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas (BRASIL, 2021)

Alerta o professor Alexandre Mazza (2022, p. 120) que ao se referir à administração pública *lato sensu*, compreende-se tanto a função administrativa quanto a função política ou de governo. Já a expressão administração pública *stricto sensu* corresponde exclusivamente ao exercício da função administrativa.

2.1 A quem se submete o dever de licitar

A Administração Pública que exerce função administrativa é quem compete licitar toda vez que houver necessidade de contratar determinado bem ou prestar serviço público. Dessa forma, os órgãos e entidades da Administração Pública estão vinculados a cumprir um procedimento igualitário para a busca da proposta que melhor irá atender o interesse público. É a Constituição de 1988, em seu artigo 37, XXI, que estabelece a obrigação raiz sobre o procedimento da licitação pública:

Art. 37, XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações (BRASIL, 1988).

Portanto, da leitura do artigo 37, caput e inciso XXI, não pode a Administração Pública (órgãos públicos e entidades pertencentes aos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios) se isentar da regra licitatória, salvo em situações excepcionais definidas em lei.

Baseado nesse dispositivo constitucional (art. 37, IX), a Lei 8.666/93 estabelece no seu artigo 1º aqueles que estão obrigados ao dever de licitar: órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas entidades federativas.

De maneira didática, o professor Alexandre Mazza (2022, p. 848) elenca todas as figuras da Administração Pública que estão sujeitas ao dever de licitar: Poder Legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público, Tribunais de Contas, órgãos da Administração Pública direta, autarquias e fundações públicas, agências reguladoras e agências executivas, associações públicas, consórcios públicos, fundações governamentais, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundos especiais (são dotações orçamentárias de valores ou acervos de bens destituídos de personalidade jurídica autônoma), fundações de apoio; os serviços sociais do sistema “S”; conselhos de classe. (MAZZA, 2022, p. 848).

Aliás, o artigo 1º da Lei nº 14.133/21 expõe a obrigatoriedade de licitar para todas as entidades que recebem dinheiro público.

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:
I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;

II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública (BRASIL, 2021).

Do mesmo modo, Mazza (2022, p. 851) esclarece que algumas entidades especiais, as quais não fazem parte da Administração Pública, não se sujeitam ao dever de licitar. São elas: empresas privadas; concessionários de serviço público; permissionários de serviço público; organizações sociais, exceto para contratações com utilização direta de verbas provenientes de repasses voluntários da União; Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips), exceto para contratações com utilização direta de verbas provenientes de repasses voluntários da União e a Ordem dos Advogados do Brasil.

Importante ainda ressaltar que embora as organizações da sociedade civil (OSC) não estão submetidas ao dever de licitar, devem atender ao princípio da impessoalidade. As Organizações Sociais (OS) e Organizações da sociedade civil de interesse público (OSCIP) não precisam seguir o rito estrito da lei de licitações, devendo atender o procedimento previsto nas suas leis específicas (LIMMER, 2020, p. 96).

Já as entidades do Sistema S, apesar de não integrarem a Administração Pública, possuem o dever jurídico de licitar em razão da sua natureza jurídica e por causa de administrarem “recursos públicos de natureza tributária, advindos de contribuições parafiscais e destinadas ao atendimento de fins de interesse público”. Assim, essas entidades não se submetem às normas da Lei nova de licitações, do mesmo modo como não se submetiam às normas da Lei nº 8666/93, no entanto, podem utilizar as regras da NLLC como analogia (NIEBUHR, 2020, p. 58).

2.2 Conceito de Licitação e sua finalidade

Importante analisar os conceitos de Licitação expostos pelos doutrinadores de Direito Administrativo para na sequência concentrar os pontos em comuns existentes entre eles.

Para Hely Lopes Meirelles (2011, p. 287), a licitação é o procedimento administrativo em que a Administração Pública pode escolher a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Esse procedimento se organiza através de uma sequência ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que garante igual oportunidade a todos os interessados e proporciona a eficiência e moralidade nas atividades administrativas.

Celso Antônio Bandeira Mello aponta que a licitação é um certame promovido pelas entidades governamentais em que os interessados disputam conteúdo patrimonial, sob o objetivo de se obter a proposta mais vantajosa à Administração. Assim o doutrinador enfatiza que “estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir” (2007, p. 503).

No mesmo sentido, Alexandrino e Paulo afirmam que a “licitação traz a ideia de disputa isonômica ao fim da qual será selecionada a proposta mais vantajosa aos interesses da administração com vistas à celebração de um contrato administrativo” (ALEXANDRINO E PAULO, 2021, p.576).

Verifica-se que todos os pontos em comum existentes nesses conceitos estão relacionados com a finalidade principal da Licitação: escolher a proposta mais vantajosa. As definições apresentadas acima também tratam sobre: disputa igualitária entre os interessados e a exigência de um procedimento administrativo, além da noção de moralidade e eficiência associados ao certame.

Assim, o objeto imediato do procedimento licitatório, isto é, seu objetivo, é a busca da melhor proposta, enquanto o objeto mediato é aquilo que a Administração pretende contratar (MAZZA, 2022, p. 846).

Além disso, dentro do órgão público, a licitação é organizada em duas etapas: a fase interna e a fase externa. Na primeira etapa, a Administração direciona e planeja o procedimento licitatório, assim, há maior margem de discricionariedade administrativa. Já na fase externa, que se inicia com a publicação do edital da

licitação, os trabalhos dos servidores ficam condicionados ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório (SCHEIBER; FAGANELLO, 2015).

2.3 Princípios gerais e específicos da Licitação

Conforme disposto no artigo 5º da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 14.133/2021), as regras relacionadas à licitação e ao contrato administrativo devem atender aos seguintes 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).

Os princípios jurídicos, segundo Diogenes Gasparini (2005, p. 119) são proposições, ideias centrais de um sistema que servem para compreender e aplicar o Direito ou os seus institutos, como é o caso da licitação. A importância dos princípios está centrada na composição da regra jurídica e na solução de problemas jurídicos do dia a dia, já que deles podem ser extraídos a lógica e racionalidade do sistema normativo.

Sendo regras jurídicas, os princípios, tanto quanto as normas, integram o ordenamento jurídico, conjunto de prescrições impostas coativamente pelo Estado. Assim, no ordenamento convivem harmoniosamente as normas e os princípios jurídicos. (...) As normas sempre estão explicitadas no ordenamento jurídico, de sorte que não há norma legal válida implícita ou fora do sistema jurídico. Com os princípios não ocorre o mesmo, pois a maioria deles não está expressamente grafada no ordenamento jurídico, mas mesmo assim válidos, pois são deduzidos da Constituição. Outros, no entanto, estão expressamente colocados no ordenamento jurídico, como são exemplos os princípios da .. dignidade pessoa humana" (art. 1º, m. da CF) e da igualdade de todos perante a lei (art. 5º da CF). Por ser assim, é natural a dificuldade para sua identificação e determinação da amplitude de sua aplicação (GASPARINI, 2005, p. 121).

Sobre a relevância dos princípios que regem as licitações, Carvalho Filho (2009, p. 263) destaca que esses princípios definem os limites e os trâmites em que se deve desenvolver o procedimento, eles servem de filtro para a verificação da validade ou invalidade dos atos relacionados com o certame licitatório.

Como princípios expressamente previstos no artigo 37 da Constituição Federal tem-se primeiramente a legalidade, que segundo Meirelles (2011, p. 89) sujeita o administrador aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum. Logo, todos os atos administrativos devem ser fundamentados em lei, pois qualquer desvio implica em vício por ilegalidade, tornando o ato inválido e podendo expor o agente público à responsabilização disciplinar, civil e criminal, a depender do caso.

Quanto ao princípio da impessoalidade deduz-se que a postura da Administração Pública deve ser objetiva, tratando todas as pessoas de forma equânime, igualitária, sem favoritismo, sem favorecer interesses particulares. Esse princípio é sustentado em dois aspectos, no sentido da busca do interesse público e da imputação do ato administrativo, ocorrendo a ideia de que quem faz o ato não é o servidor pessoalmente e sim a entidade da Administração Pública que ele pertence (LIMMER, 2020, p. 43).

No mesmo sentido caminha o princípio da moralidade e da probidade administrativa sujeitando todos que trabalham na Administração Pública ao comportamento ético. Aliás, esses princípios dão razão à súmula vinculante nº 13 que veda o nepotismo. (LIMMER, 2020, p. 43).

O princípio da publicidade remete-se ao dever de divulgação oficial dos atos administrativos, conforme demanda o art. 2º, parágrafo único, V, da Lei n. 9.784/99, mas também refere-se à atuação transparente da Administração, permitindo o livre acesso dos cidadãos às informações. Meirelles (2004, p. 34) aponta que todos os atos da Licitação deverão ser publicados, desde o aviso até o julgamento da proposta:

[...] A publicidade dos atos da licitação, é o princípio que abrange desde os avisos de sua abertura até o conhecimento de edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas. É em razão desse princípio que se impõe a abertura dos envelopes da documentação e proposta em público e a publicação oficial das decisões dos órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente (MEIRELLES, 2011, p. 34).

Esclarece o professor Mateus Carvalho (2022, p. 9) que o princípio da vinculação ao edital significa que o instrumento convocatório – o edital - uma vez publicado vincula as empresas licitantes e a Administração Pública ao cumprimento de tudo que ali estiver previsto. O poder discricionário dos servidores situa-se na elaboração do edital, e depois que ele é publicado seu cumprimento torna-se um mandamento.

Do princípio do julgamento objetivo se extrai a compreensão dos critérios que são usados para seleção da proposta mais vantajosa. Assim, os critérios devem ser objetivos a ponto de não deixar margem para escolha pessoal dos julgadores, do mesmo modo não podem ser utilizados critérios que não estão previstos no edital. É o artigo 33 da Lei 14.133/21 que estipula os possíveis critérios para constar no instrumento convocatório (CARVALHO, 2022, p. 9).

A adjudicação compulsória também é considerada princípio específico da licitação, e decorre do compromisso da Administração Pública de entregar o objeto do procedimento licitatório para o licitante que apresentou a melhor proposta, dispensando conseqüentemente os licitantes vencidos que não estão vinculados à proposta enviada no certame. No entanto, a empresa vencedora não detém direito adquirido à contratação futura, apenas possui expectativa de direito, pois por justificativa de interesse público pode ocorrer a inviabilidade da contratação (SPITZCOVSKY, 2019, p. 2019).

Importante ressaltar também o princípio da segregação de funções, que se define como a separação das atividades e competências de cada servidor no curso do procedimento administrativo. Neste caso, tratando-se de licitação, cada etapa deve ser realizada por um servidor público diferente, pois, dessa forma, evitam-se fraudes e erros (CARVALHO, 2022, p. 11).

Já o princípio da eficiência exige que o agente público trabalhe com presteza, racionalidade, economicidade e rendimento funcional, na medida que busque um bom resultado, ou seja, está diretamente relacionado com o objetivo da Licitação sobre a escolha da proposta mais vantajosa. (MEIRELLES, 2011, p. 98). Como esse princípio está associado à gestão e celeridade processual, esse assunto será abordando com mais detalhes no último capítulo da Monografia no que se refere à Administração Pública gerencial ou de resultado.

3. PRINCIPAIS NOVIDADES TRAZIDAS PELA LEI Nº 14.133/2021 EM COMPARAÇÃO COM O SISTEMA LICITATÓRIO ANTERIOR

3.1 Breve histórico sobre a elaboração e o período de transição da nova Lei de Licitação e Contratos Administrativos

O projeto de lei 4.253/2020 aprovado pelo Congresso Nacional em dezembro de 2020, foi o que gerou a Lei nº 14.133 de 01/04/2021 (Nova Lei de Licitações). No entanto, os projetos de lei que foram substituídos ou integraram o projeto de lei 4.253/2020 tramitam na Casa Legislativa cerca de 25 anos, fato em que se nota que a necessidade e o interesse em alterar as normas referente à licitação e contratação da Administração Pública é de longa data (SENADO, 2022).

E depois de quase trinta anos de vigência da Lei n. 8.666/1993, foi promulgada a Lei n. 14.133/2021, cujo objetivo é modernizar e organizar o regime jurídico para licitações e contratos administrativos. E de acordo com o artigo 191 c/c artigo 194 da Lei nº 14.133/2021, não se aplica à nova Lei a chamada “*vacatio legis*” (vacância da lei), pois a mesma entrou em vigor na data de sua publicação (1ª de abril de 2021), incidindo o período de transição de dois anos da publicação da nova lei (1º de abril de 2023), em que as leis que compõem o regime antigo serão revogadas (NIEBUHR, 2020, p. 7).

Por conta de diversas questões que surgiram com a vigência imediata dessa norma geral, foi necessário ter esse período de transição, o qual possibilita maior tempo para os Poderes Executivos Federal, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios ajustarem suas regulamentações locais e poderem adequar as estruturas e os procedimentos dos órgãos públicos (CAMARGO; ROSSI, 2021, p. 16).

Nesse contexto, o forte viés de planejamento e inovações tecnológicas previsto na operacionalização da Lei sugere que os órgãos e as entidades públicas comecem pela reorganização das respectivas estruturas e construção dos seus regulamentos internos. Nesse momento, deverão saltar lacunas e ressalvas, que demandarão ações dos poderes executivos (CAMARGO; ROSSI, 2021, p. 16).

E no intervalo desses dois anos de transição, o agente público pode optar por licitar ou contratar utilizando a nova Lei ou o regime das leis antigas, devendo estar expressa a escolha no edital, no aviso ou no instrumento de contratação direta, conforme disposto no art. 191 da Lei nº14.133/2021.

Mas Thiago Guterres (2021, p. 8) alerta que nesse período de transição não se pode combinar a aplicação das leis simultaneamente, ou seja, aplicar no mesmo certame licitatório parte do diploma legal novo e parte do regime antigo. Pois o referido artigo 191 é claro em determinar a escolha de um regime ou outro.

Então, o administrador durante esse período poderá optar pela aplicação da Lei nº 14.133/2021, ou da Lei nº 8.666/2021, ou da Lei nº 10.520/2002 (com a condição em seu artigo 9º), ou então da Lei nº 12.462/2011, observando-se o disposto no § 2º de seu artigo 1º. Quanto aos municípios de até 20 mil habitantes, a nova lei de licitações confere o período de transição de 6 anos contados da data de publicação para a devida adequação dos municípios de pequeno porte (CAMARGO; ROSSI, 2021, p. 16).

3.2 Alterações legislativas a partir da Lei nº14.133/2021

A Nova Lei de Licitação e Contratos – NLLC traz alterações substituindo integralmente a partir de 1º de abril de 2023 a Lei geral antiga (Lei n. 8.666/1993) e a Lei do Pregão (Lei n. 10.520/2002), e substitui parcialmente a Lei do Regime Diferenciado de Licitações (dos artigos 1º a 47 da Lei n. 12.462/2011), alterando também outras leis, como será exposto a seguir (MAZZA, 2022, p. 1.805).

Com a chegada da NLLC, o inciso IV do artigo 1.048 do Código de Processo Civil foi incluído, estabelecendo prioridade na tramitação de ações judiciais que versem sobre aplicação das normas gerais sobre licitação e contratos. Já no Código Penal ocorreu a inclusão de um capítulo para tratar dos crimes em licitações e contratos administrativos, iniciando no artigo 337-E e findando no artigo 337-P.

Além disso, a Lei n. 8.987/95, que trata do regime de concessões e permissão da prestação de serviços públicos, teve os incisos II e III do artigo 2º alterados para que os conceitos de concessão de serviço público e concessão de serviço público precedida da execução de obra pública possa se adequar ao novo regime das licitações e contratos administrativos.

A NLLC também muda o artigo 10 da Lei nº 11.079/2004 (Parcerias Público-Privadas), incluindo assim a modalidade do diálogo competitivo, além da modalidade de concorrência, que já estava prevista.

A Nova Lei promove padronização quanto ao procedimento licitatório de forma ampla e plena. A norma centraliza ao agregar as Leis 8666/93, a Lei 10520/02 e a Lei 12462/11 e as principais práticas e decisões dos Tribunais e, também, ao concentrar as contratações de compras, a finalidade é realizar aquisições em grande escala em prol de atender a diversos órgãos e entidades. E o novo diploma moderniza a exemplo do Portal Nacional de Compras Públicas – PNCP, com a ideia do ciclo de vida do objeto, com a permissão de definir marcas e modelos e solicitar certificações (CAMARGO; ROSSI, 2022, p. 9).

Explica Alexandre Mazza (2022, p. 844) que assim como a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 14.133/21 possui natureza jurídica de lei nacional, ou seja, estabelece normas gerais e sua aplicação é considerada obrigatória por todos entes e esferas federativas.

3.3 Resumo sobre as principais novidades trazidas pela Lei nº 14.133/2021

Como ressaltado, a NLLC unificou diversas leis sobre licitações e contratos, acolhendo ensinamentos da doutrina e posicionamentos da jurisprudência e Tribunais de Contas. Por esse ponto de vista, a nova Lei não é considerada totalmente inovadora, uma vez que não dispensou por completo o modelo estruturado pela Lei nº 8.666/93, no entanto, pode se falar que algumas novidades

foram incorporadas, conforme brevemente será tratado nos próximos parágrafos (ARAÚJO, 2021).

O diálogo competitivo é, sem dúvida, a grande novidade em relação às modalidades licitatórias. Baseado no procedimento realizado pela União Europeia, essa modalidade consiste em promover diálogo com os licitantes que foram selecionados previamente a partir de critérios objetivos com o objetivo de desenvolver alternativas para atender as necessidades da Administração Pública em casos complexos. Assim, no final do diálogo, os licitantes apresentam suas propostas (CARVALHO, 2022, p. 25).

As modalidades de licitação serão tratadas com mais detalhes no capítulo seguinte, mas no sentido das principais novidades trazidas pela NLLC está a extinção das modalidades tomadas de preços e convite.

Na listagem abaixo, Aldem Araújo (2021) se reporta às novidades que a nova Lei afetará internamente, dentro da Administração Pública:

a) possibilidade de celebração de contrato de eficiência (artigo 6º, LIII); b) implantação do e-government com a imposição de que os atos da licitação sejam preferencialmente digitais e a necessidade de criação de catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras (artigos 12, VI e 19, II); c) fomento ao planejamento com a possibilidade de elaboração de plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações, garantir o alinhamento com o planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das leis orçamentárias (artigo 12, VII); d) necessidade de atender a diversas etapas preparatórias antes de publicar o edital do certame, com destaque para a realização de estudo técnico preliminar que descreva a necessidade da contratação e caracterize o interesse público envolvido e para a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual (artigo 18, I e X); e) possibilidade de, no fornecimento de bens, a Administração promover a indicação de marcas em determinadas hipóteses (artigo 41, I); f) introdução, na esfera geral das licitações e contratações públicas, de dois procedimentos auxiliares previstos no RDC: pré-qualificação e registro cadastral (artigo 78, II e V) e criação de dois novos procedimentos auxiliares dentro deste regime geral: credenciamento e procedimento de manifestação de interesse (artigo 78, I e III) e g) dever de emitir decisão sobre todas as solicitações e reclamações relacionadas à execução dos contratos (artigo 123) (ARAÚJO, 2021, p.3).

Outra novidade é a figura do agente de contratação, em que o servidor é nomeado para acompanhar todo o andamento da licitação, podendo impulsionar o procedimento e aplicar quaisquer atividades para o bom trâmite do certame até a sua homologação, conforme artigos 6º, LX e 8º da NLLC. Esse agente de contratação é auxiliado pela equipe de apoio (MAZZA, 2022, p. 1.810).

Quanto às novidades que a NLLC trouxe com impacto para a sociedade civil, Aldem Johnston Araújo elenca:

a) aumento da transparência com a previsão da criação de um sistema informatizado (com recursos de áudio e vídeo) para o acompanhamento de obras públicas (artigo 19, III); b) fomento da participação popular na Administração Pública com a previsão da possibilidade de convocação de audiências e consultas antes da realização de licitações (artigo 21, parágrafo único); c) possibilidade de não só impugnar edital de licitação, mas como também de solicitar esclarecimentos sobre procedimentos licitatórios (artigo 164); d) subordinação das contratações públicas ao controle social (artigo 169); e e) incremento do accountability, em razão de o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP): e.1) trazer informações sobre planos de contratação anuais, catálogos eletrônicos de padronização, editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos, atas de registro de preços, contratos, termos aditivos e notas fiscais eletrônicas (artigo 174, § 2º); e e.2) oferecer painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas, acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis), acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep) e o sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato (artigo 174, § 3º) (ARAUJO, 2021, p.4).

A possibilidade de fixação de matriz nos contratos administrativos de risco é outra significativa novidade. Encontra-se previsto nos artigos 6º, XXVII e 92, IX da NLLC e permite dispor no contrato os riscos e responsabilidades entre as partes relacionados com fatos em que houver ônus financeiro supervenientes à contratação (MAZZA, 2022, p. 1.809).

A NLLC estabeleceu também um sistema de fiscalização das contratações públicas, definindo, além da sujeição ao controle social, o que chamou de três “linhas de defesa”, em que a primeira linha de defesa está integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; e a segunda linha de defesa é operada pelas

unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; enquanto a terceira linha de defesa é atribuída ao órgão central de controle interno da Administração e ao tribunal de contas. E sobre os critérios a serem utilizados pelos órgãos de controle, a lei menciona os critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco (MAZZA, 2022, p. 1.811).

Nas disposições gerais da NLLC é previsto um capítulo exclusivo para tratar da novidade sobre o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Esse portal é um sítio eletrônico, gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, em que todos os entes federativos - União, Estados, Distrito Federal e municípios - estão obrigados a divulgar os atos licitatórios exigidos pela nova Lei. Esta é a determinação expressa no artigo 174, inciso I da Lei nº 14.133/21.

O professor Rafael Sérgio de Oliveira avalia que o PNCP visa reforçar a transparência e publicidade da Administração Pública diante dos seus procedimentos licitatórios, conforme pontua:

Em nossa avaliação, a criação e a conseqüente implementação do PNCP são posturas que possuem um nítido caráter nacional. Isso porque a instalação de um portal que concentre as informações das contratações das entidades de direito público de todo o país favorece a formação de um mercado público nacional, assim como consagra a publicidade dos atos por ser instrumento de transparência ativa e efetiva (OLIVEIRA, 2021, p. 2).

O artigo 94 da nova Lei deixa claro que a divulgação do contrato dentro do PNCP é condição indispensável para a eficácia desse documento, e deve respeitar os seguintes prazos: 20 dias úteis, quando houver licitação e 10 dias úteis, no caso de contratação direta.

Além disso, de forma opcional, os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de qualquer ente da federação poderão realizar contratações através desse portal. Percebe-se assim que o PNCP não representa apenas um banco de dados, mas também permite diversas utilidades, como as previstas no artigo 174, § 3.º: “I - sistema de registro cadastral unificado; II - painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas; III - sistema de planejamento e gerenciamento de contratações”, entre outras funcionalidades (ALEXANDRINO; PAULO, 2021, p. 655)

4. AS MODALIDADES DE LICITAÇÃO E A BUSCA DA EFICIÊNCIA POR UMA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE RESULTADO A PARTIR DA NLLC

4.1 Administração Pública gerencial ou de resultado

Para José Matias-Pereira (2018, p. 148), a história da Administração Pública brasileira é marcada por três modelos principais de gestão: patrimonialista (ocorrido entre 1530 a 1930); burocrático (em vigor de 1930 a 1985); e o gerencial, promovido a partir de 1985, porém, nota-se até hoje dificuldades de implementação do modelo gerencial por causa da sistemática deixada pelos modelos patrimonialista e burocrático em todas as esferas do governo: municipal, estadual e federal.

Importante informar que a reforma do Estado brasileiro vem sendo desenvolvida desde a última década do século XX, tendo como principais instrumentos que marcam esse processo de desenvolvimento o "Plano Diretor da Reforma do Estado", a Constituição de 1988 e, em especial, a Emenda Constitucional nº 19 de 1998 (CARVALHO FILHO, 2009, p. 86)

A reforma administrativa é compreendida como a modernização da Administração Pública, sendo uma projeção que se fez necessária devido à tendência mundial em acompanhar os processos da globalização econômica e tecnológica, que dessa forma, possibilita e reforça a busca em efetivar medidas para melhoras do funcionamento administrativo à sociedade. E considerando as ideias que norteiam a reforma administrativa, convém destacar as citadas em caráter propositivo pela professora Odete Medauar:

Administração a serviço do público; Administração eficiente, ágil, rápida, para atender adequadamente às necessidades da população, o que facilitará o combate à corrupção; economicidade e Administração de resultados; predomínio da publicidade sobre o segredo (MEDAUAR, 2014, p. 44)

A administração gerencial – também chamada de Administração Pública de resultado - é baseada nas ideias neoliberais de política econômica, e através da emenda constitucional nº19/98 – que trouxe a reforma administrativa do Estado - a implementação desse modelo de gestão se fortaleceu, opondo-se de vez à administração burocrática. Conforme ensina Mazza (2021, p. 91), o objetivo central da administração gerencial é promover a obtenção de resultados com mais agilidade e eficiência, prezando pela participação popular na área pública.

A inserção da eficiência na Carta Política como postulado explícito - não por coincidência no artigo que trata de forma mais abrangente do exercício de atividade administrativa em todos os Poderes e níveis da Federação - esta vinculada a implantação no Brasil, verificada especialmente a partir de 1995, do esquema teórico de administração pública correspondente a assim chamada “administração gerencial”. Pretendia-se que esse modelo substituísse, ao menos parcialmente, o padrão tradicional da nossa administração pública, dita “administração burocrática”, cuja ênfase maior recai sobre o princípio da legalidade. (ALEXANDRINO; PAULO, 2021, p. 218).

Dessa forma, é feita uma comparação da administração realizada por empresas privadas em relação à realidade da Administração Pública. Procura-se assim, que a gestão pública se aproxime dos métodos utilizados pelos empreendimentos particulares, como aferição de resultados, alta produtividade, agilidade, redução de desperdícios, ou seja, meios que refletem o princípio da eficiência (ALEXANDRINO; PAULO, 2021, p. 219).

A inspiração do setor público no setor privado, visa permitir que a governança pública aplique princípios e medidas como a transparência, a equidade, o cumprimento das leis, a prestação de contas e conduta ética. Desse modo, a administração gerencial vem para favorecer a atuação de gestores éticos, honestos, compromissados e confiáveis (MATIAS-PEREIRA, 2018, p. 151).

Assim, advém da governança corporativa a origem das práticas de governança pública. Conforme previsto no Decreto 9.203/2017, a governança pública é compreendida como “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução das políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da

sociedade”. E o artigo 3º e 4º do decreto também determinas os princípios e diretrizes da governança pública:

Art. 3º São princípios da governança pública:

- I - capacidade de resposta;
- II - integridade;
- III - confiabilidade;
- IV - melhoria regulatória;
- V - prestação de contas e responsabilidade; e
- VI - transparência.

Art. 4º São diretrizes da governança pública:

- I - direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade, encontrando soluções tempestivas e inovadoras para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades;
- II - promover a simplificação administrativa, a modernização da gestão pública e a integração dos serviços públicos, especialmente aqueles prestados por meio eletrônico;
- III - monitorar o desempenho e avaliar a concepção, a implementação e os resultados das políticas e das ações prioritárias para assegurar que as diretrizes estratégicas sejam observadas;
- IV - articular instituições e coordenar processos para melhorar a integração entre os diferentes níveis e esferas do setor público, com vistas a gerar, preservar e entregar valor público;
- V - fazer incorporar padrões elevados de conduta pela alta administração para orientar o comportamento dos agentes públicos, em consonância com as funções e as atribuições de seus órgãos e de suas entidades;
- VI - implementar controles internos fundamentados na gestão de risco, que privilegiará ações estratégicas de prevenção antes de processos sancionadores;
- VII - avaliar as propostas de criação, expansão ou aperfeiçoamento de políticas públicas e de concessão de incentivos fiscais e aferir, sempre que possível, seus custos e benefícios;
- VIII - manter processo decisório orientado pelas evidências, pela conformidade legal, pela qualidade regulatória, pela desburocratização e pelo apoio à participação da sociedade;
- IX - editar e revisar atos normativos, pautando-se pelas boas práticas regulatórias e pela legitimidade, estabilidade e coerência do ordenamento jurídico e realizando consultas públicas sempre que conveniente;
- X - definir formalmente as funções, as competências e as responsabilidades das estruturas e dos arranjos institucionais; e
- XI - promover a comunicação aberta, voluntária e transparente das atividades e dos resultados da organização, de maneira a fortalecer o acesso público à informação (BRASIL, 2017).

Nesse raciocínio, a emenda constitucional nº19/98 incluiu o §8º no artigo 37 da Constituição Federal objetivando ampliar a autonomia dos órgãos e entidades da Administração direta e indireta através do chamado “contrato de gestão”:

Art. 37 (...) § 8.º A autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta poderá ser ampliada mediante contrato, a ser firmado entre seus administradores e o poder público, que tenha por objeto a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade, cabendo a lei dispor sobre:

I - o prazo de duração do contrato;

II - os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes;

III - a remuneração do pessoal (BRASIL, 1988).

Ao privilegiar o princípio da eficiência, um dos pilares de fundamentação da Administração Pública é a "doutrina do Estado mínimo" cuja ideia é retirar o poder público das áreas em que a sua atuação não seja imprescindível. (ALEXANDRINO; PAULO, 2021, p. 2020).

Conforme destaca Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2015, p. 30 e 34), do Estado Liberal, do Estado Social e do Estado Democrático de Direito veio a eclosão do Estado Subsidiário, caracterizado pela falta de intervenção direta quando a sociedade atua ativamente tornando-se capaz de atender aos interesses sociais. Por conta disso, a intervenção do Estado brasileiro hoje é indireta, subsidiária na medida em que grande parte das suas ações é executada por meio de atividades de regulação (Estado Regulador) e de fomento.

A noção de eficiência vincula-se a de economicidade, princípio expresso no art. 70, *caput*, da Carta de 1988, concernente ao controle financeiro da administração pública. Deve-se buscar que a prestação de serviços públicos (em sentido amplo) ocorra do modo mais simples, mais rápido e mais econômico, sempre com vistas a obtenção de uma ótima relação custo/benefício na atividade da administração. O administrador deve procurar a solução que mais se coadune com a satisfação plena do interesse público, levando em conta o melhor aproveitamento possível dos recursos disponíveis, conforme essa análise dos custos envolvidos e dos benefícios correspondentes.

Eficiência tem como consectário a boa qualidade. A partir da positivação desse princípio como norte da atividade administrativa, a sociedade passa a dispor de base jurídica expressa para exigir a efetividade do exercício de direitos sociais, a exemplo da educação e da saúde, cuja prestação tem de ser assegurada pelo Estado com qualidade no mínimo satisfatória. Pelo mesmo motivo, o cidadão passa a ter o direito de questionar a qualidade de obras e atividades públicas, executadas diretamente pelo aparelho estatal ou, mediante contratação ou delegação, por particulares. (ALEXANDRINO; PAULO, 2021, p. 221)

Apesar das dificuldades encontradas na construção e no fortalecimento da administração gerencial com base na eficiência, na eficácia e na efetividade em prol

dos melhores resultados possíveis, é necessário que o controle sobre a Administração Pública se reforce, no âmbito interno e externo, considerando que o gestor público precisa ter responsabilidade com a coisa pública, sendo consciente de que os bens pertencem à sociedade, pois essa é a principal diferença do gestor público com o gestor corporativo (MATIAS-PEREIRA, 2018, p. 151).

4.2 Modalidades de licitação em vigor

Com a NLLC deixam de existir o convite e a tomada de preços, que eram modalidades licitatórias definidas para contratos de valores baixos e médios, respectivamente, no entanto, o critério de valor da contratação não é mais parâmetro para caracterização de modalidades de licitação, importando a natureza do objeto. Inclusive, o RDC (Regime Diferenciado de Contratação), visto como modalidade de licitação com base na Lei nº12.462/11 também não tem mais incidência com a NLLC (CARVALHO, 2021, p. 20).

Uma das críticas em relação à extinta modalidade licitatória convite recai sobre sua forma de publicidade, na qual a publicação da carta-convite – instrumento convocatório – bastava ocorrer a fixação da cópia da carta-convite no mural da repartição pública, não havendo a obrigatoriedade de ser publicado em diário oficial ou jornal de grande circulação, fazendo com que poucos licitantes soubessem do certame licitatório para facilitar suposta contratação preferencial (LIMMER, 2020, p. 178).

No artigo 28 da NLLC estão elencadas as modalidades de licitação em vigor a serem estudadas a seguir: concorrência, concurso, leilão, pregão e diálogo competitivo. Assim, a referida lei proíbe a criação de novas modalidades, bem como a combinação delas na prática.

4.2.1 Concorrência

Sobre a definição da concorrência, o artigo 6º, inciso XXXVIII, da NLLC, determina o seguinte:

XXXVIII - concorrência: modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser:

- a) menor preço;
- b) melhor técnica ou conteúdo artístico;
- c) técnica e preço;
- d) maior retorno econômico;
- e) maior desconto (BRASIL, 2021).

Essa modalidade de licitação é compreendida como genérica, a mais ampla de todas, por ser possível também aplicar quase todos os outros tipos de licitação (CARVALHO, 2021, p. 20).

Anteriormente, com base na Lei nº 8.666/93, a concorrência era utilizada para objetos de grandes valores e continha uma fase inicial de habilitação preliminar (MAZZA, 2020, p. 859).

Com base no Decreto 9.412/2018 que atualizou os valores das modalidades de licitação em 2018, aplicava-se a concorrência para as contratações de obras e serviços de engenharia a partir de R\$ 3.300.000,00, sendo possível também que a licitação na modalidade concorrência ocorresse a partir de R\$1.430.000,00 em outros casos de compras e serviços.

Contudo, sabe-se que a NLLC não faz distinção entre as modalidades licitatórias quanto aos valores da contratação. Pela natureza do objeto, a concorrência poderá ser adotada para a licitação de determinados contratos, como para as concessões de serviços públicos previstas na Lei n. 8.987/1995 e para as parcerias público-privadas descritas na Lei n. 11.079/2004 (CARVALHO, 2021, p. 21). Mas a nova lei também possibilita nesses dois casos a aplicação de outra modalidade, chamada de diálogo competitivo, a qual será estudado adiante.

Assim, considerando que não há mais critérios objetivos – como o critério referente aos valores da contratação - para diferenciar qual modalidade licitatória deverá ser aplicada, cabe ao agente público responsável efetuar a escolha da modalidade que analisar ser a mais adequada, tendo que justificar essa escolha com

argumentos técnicos. Vale ressaltar que demais obras e serviços comuns de engenharia poderão ser contratados ou por pregão ou por concorrência (NIEBUHR, 2020, p. 71).

Relevante também informar que a NLLC mudou o rito procedimental da concorrência, igualando o mesmo procedimento do pregão, que está previsto no artigo 17 da Lei, sendo essa a sequência de fases: a) preparatória; b) divulgação do edital de licitação; c) apresentação de propostas e lances, nos casos em que há lances; d) julgamento; e) habilitação; f) recursal; g) homologação.

4.2.2 Concurso

O inciso XXXIX do artigo 6º da NLLC assim define:

XXXIX - concurso: modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor (BRASIL, 2021).

Sendo uma modalidade licitatória para aquisição de trabalhos técnicos, científico ou artístico, esse tipo de concurso não deve ser confundido com o concurso público para provimento de cargos público previsto na Lei nº 8.112/90.

Matheus Carvalho (2021, p. 21) cita dois exemplos de procedimento licitatório de concurso: escolha do melhor projeto arquitetônico destinado a revitalizar o centro de uma cidade e um concurso de monografias sobre determinado tema científico.

A licitação na modalidade concurso deve observar o disposto no artigo 30 da NLLC:

Art. 30. O concurso observará as regras e condições previstas em edital, que indicará:
I - a qualificação exigida dos participantes;
II - as diretrizes e formas de apresentação do trabalho;
III - as condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor.

Parágrafo único. Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública, nos termos do art. 93 desta Lei, todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes. (BRASIL, 2021).

Nos casos de elaboração de projetos, o vencedor do concurso deverá ceder à Administração Pública os direitos patrimoniais, autorizando assim a execução do projeto pelo órgão, o qual poderá utilizar na íntegra ou alterar o projeto se julgar necessário.

4.2.3 Leilão

Sobre o conceito de leilão, o inciso XL do artigo 6º da NLLC expõe dessa forma “modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance”.

O leilão é um procedimento licitatório diferenciado, pois permite multiplicação de propostas por parte do interessado, que aliena bens pelo maior preço. Dessa maneira, é dispensada a fase de habilitação, vez que após a fase de lances e de interposição de recursos o bem deve ser adjudicado, conforme rito que também precisa estar estipulado no edital (CARVALHO, 2021, p. 22).

Outras regras procedimentais do leilão, como a divulgação do edital e a definição sobre leiloeiro oficial ou servidor designado pelo agente público competente estão previstas no artigo 31 da NLLC:

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.

§ 1º 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.

§ 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterá:

I - a descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;

II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;

III - a indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes;

IV - o sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;

V - a especificação de eventuais ônus, gravames ou pendências existentes sobre os bens a serem leiloados.

§ 3º Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação.

§ 4º O leilão não exigirá registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital. (BRASIL, 2021).

O leilão pode ser realizado para alienar bens imóveis que obtiveram avaliação prévia, autorização legislativa e justificativa de interesse público na venda. Também, pode ser feito leilão a fim de alienar bens móveis inservíveis (aqueles que não tem mais utilidade pública) e os apreendidos (aqueles que foram confiscados em razão da utilização ilícita pelos particulares) (CARVALHO, 2021, p. 22).

4.2.4 Pregão

No início, a modalidade licitatória pregão foi instituída para aplicação pelas agências reguladoras, a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) e a ANP (Agência Nacional do Petróleo), conforme previsão nas suas leis específicas de nº 9.472/97 e 9.478/97, respectivamente (CARVALHO, 2021, p. 24).

Na sequência, o pregão foi regulamentado pela medida provisória nº 2.026/2000. De acordo com essa MP, somente aplicava-se o pregão no âmbito da União. E a partir da conversão dessa medida provisória na Lei 10.520/2002 foi ampliada a realização do pregão para todos os entes da federação (ALEXANDRINO; PAULO, 2021, p. 622).

Com base no inciso XLI do artigo 6º da NLLC, assim é definido o pregão: “modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto”.

A NLLC esclareceu o conceito de serviços comuns de engenharia que poderão ser contratados através do pregão. Assim o inciso XXI do artigo 6º estabelece que os serviços comuns de engenharia “tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens”. Além disso, o pregão não pode ser aplicado às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, conforme disposto no artigo 29, parágrafo único da NLLC.

O pregão é conhecido por ser um procedimento licitatório simplificado, célere e por trazer vantagens econômicas à Administração Pública:

Observamos que o pregão, em razão de suas características procedimentais, traz uma série de vantagens para a administração contratante, especialmente por constituir uma modalidade de licitação pouco complexa, possibilitando maior celeridade na contratação de bens e serviços comuns. Além disso, mediante a utilização do pregão, O valor final dos contratos tende a ser mais vantajoso para a administração, comparado àquele que ela obterá com a utilização das outras modalidades de licitação (ALEXANDRINO; PAULO, 2021, p. 623).

O artigo 17 da NLLC dita o rito procedimento do pregão, igualando ao mesmo rito da concorrência e semelhante ao previsto na Lei n. 10.520/2002. Os parágrafos do artigo 17 abordam sobre as novidades aplicáveis ao pregão. Fica permitida a inversão entre as fases das propostas e lances e a fase de habilitação, podendo ocorrer primeiro a análise da habilitação dos licitantes e em seguida a fase de propostas de preços e lances, devendo esse ato ser justificado pelo agente público. Também, fica consolidado o entendimento jurisprudencial de que o pregão pode ser feito de modo eletrônico (NIEBUHR, 2020, p. 70).

O agente responsável pela realização do pregão é o pregoeiro, que poderá contar com a equipe de apoio para ajuda-lo durante o certame. No pregão, a licitação sempre será do tipo “menor preço” ou “maior desconto”. Dessa forma, essa modalidade licitatória busca contratações com preços mais baixos, contribuindo para a redução de gastos e agilidade nas contratações públicas (CARVALHO, 2021, p. 24).

4.2.5 Diálogo competitivo

O diálogo competitivo é a modalidade inédita no ordenamento jurídico brasileiro, tendo a sua definição prevista no inciso XLII do artigo 6º do NLLC:

XLII - diálogo competitivo: modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos. (BRASIL, 2021).

Essa nova modalidade é baseada na Diretiva 2014/24 da União Europeia. Considerando a relação e o contato que existem entre a Administração Pública e o particular em busca de soluções viáveis, o diálogo competitivo surge para trazer maior transparência e segurança jurídica (NIEBUHR, 2020, p. 74).

Assim, a NLLC reserva o uso do diálogo competitivo nessas ocasiões:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato

III – (VETADO). (BRASIL, 2021).

Além das possibilidades encontradas no artigo 32, o diálogo competitivo também pode ser utilizado para as licitações de concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, de acordo com os artigos 179 e 180 da NLLC.

O procedimento do diálogo competitivo resume-se em três etapas: a abertura e pré-seleção, fase do diálogo e a fase competitiva. Na primeira etapa, ocorre a publicação de edital com previsão das necessidades, as exigências e critérios de pré-seleção. Já na segunda etapa, acontece o debate entre a Administração e cada licitante sobre suas propostas, havendo sigilo nesse ato e registro de reuniões em ata, áudio e vídeo. E na última fase vem a publicação de edital com convocação dos candidatos para submeterem suas propostas em conformidade com a solução técnica escolhida. Desse jeito é selecionada a proposta mais vantajosa em respeito aos critérios objetivos estabelecidos no edital (GUTERRES, 2021, p. 42).

Art. 32 (...) § 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;

II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

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

VIII - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a 60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

- X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;
- XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;
- XII - (VETADO) (BRASIL, 2021).

Conforme explica Mateus Carvalho (2021, p. 25), parte-se da situação em que a Administração Pública não encontra produtos ou serviços disponíveis no mercado como adequado a atender sua necessidade, dada a sua complexidade, assim, torna-se necessário o auxílio dos particulares. Exemplo claro é um problema de abastecimento de água no município em que a concessionária não fornece água encanada, logo, o diálogo pode definir a forma mais adequada para viabilizar o abastecimento, podendo ser encontradas soluções como desvio do curso do rio, construção de cisterna ou poço artesiano.

4.3 Análise sobre o princípio da eficiência a partir da NLLC

Sabe-se que um dos principais desafios para alcançar a eficiência administrativa na prática licitatória recai sobre promover as compras públicas de maneira célere e eficiente, capaz de adquirir produtos e serviços de qualidade, precisando assim combater as práticas patrimonialistas e corruptas. Nesse intuito, a NLLC foi pensada e justificada como uma forma de combater a ineficiência da Lei 8.666/93 (NIEBUHR, 2020, p. 54).

Importante destacar que da noção do princípio da eficiência se extrai a busca pelo aperfeiçoamento da prestação do serviço público. Dentro dessa lógica, Celso Spitzcovsky (2019, p. 89) aponta que a própria Constituição Federal e outros mandamentos legais carregam um desdobramento natural da eficiência na medida em que buscam pela otimização da atividade administrativa. Nessa ideia, a manutenção de escolas de governos atribuída à União, aos Estados e ao Distrito Federal (artigo 39, §2º) e a limitação de gastos com a folha de pessoal (artigo 169 da LC n. 101/2000) são exemplos de desdobramento do princípio da eficiência.

E de acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2019, p. 50 *apud* LIMER, 2020, p. 47) o princípio da eficiência é decorrente do princípio italiano da boa administração, em que o agente público tem como foco buscar a melhor e mais adequada solução, para isso, o servidor trabalha com base no interesse público e na legalidade, respeitando principalmente o controle dos gastos e da aplicação de recursos, conforme dispõe o art. 70 da Constituição Federal.

O princípio da boa administração impõe o dever de, diante das diversas opções de ação definidas pela lei para prática de atos discricionários, a Administração Pública adotar a melhor solução para a defesa do interesse público. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da eficiência é um desdobramento do dever maior de boa administração (MELLO, 2019, p. 51 *apud* MAZZA, 2022, p. 309).

São valores perseguidos pelos agentes que representam a Administração Pública: “economicidade, redução de desperdícios, qualidade, rapidez, produtividade e rendimento funcional”. No entanto, como bem frisado por Alexandre Mazza (2022, p. 273), a eficiência aplicada ao setor público não corresponde igualmente à eficiência do setor privado, que busca a lucratividade. O princípio da eficiência deve ser conjugado com outros princípios do Direito Administrativo, senão a eficiência abre margem para ser utilizada de má-fé para ocorrências ilegais e imorais. Assim, em síntese, aplicar o princípio da eficiência consiste em “buscar os melhores resultados por meio da aplicação da lei”.

Vale destacar que a eficiência possui conceitos distintos na organização pública e na organização privada, naquela possui o objetivo de compra pelo menor preço e nesta o objetivo de venda e maior lucratividade. Alcantara (2009) expõe que na Administração Pública deve sempre prevalecer a necessidade dos cidadãos e da coletividade de forma que se volta ao direcionamento de seus esforços em atingir resultados qualitativos; já, na sociedade privada prevalece os ideais do mercado, a busca pela maior lucratividade e os interesses são financeiros, estabelecidos pelo proprietário. É possível realizar uma avaliação da eficiência nos processos realizados, elaborando uma análise com diversos fatores influenciadores. Por meio de uma análise metodológica de avaliação pode-se analisar a eficiência do processo, utilizando o método de apuração de satisfação da administração ao alcançar o objetivo, ou seja, avaliando os fatores da qualidade do bem ou serviço adquirido, o custo de aquisição e a competitividade entre os fornecedores interessados a

fornecer para a administração (ALCANTARA, 2009, apud, PALUDO; FLACH; KLUNK, et. al., 2022, p. 8).

Conectado com o princípio da eficiência, o princípio da economicidade está atrelado com a finalidade da Administração Pública em cuidar da despesa de modo mais econômico, exercendo a uma adequada relação custo-benefício (LIMMER, 2020, p. 47).

Quanto à noção de eficiência atribuída à necessidade do órgão público, especialmente em relação à qualidade da aquisição de bens e serviços, é necessário analisar não só o preço, mas também a funcionalidade do objeto contratado, efetuando a verificação de racionalidade e capacidade de atender a demanda existente. Desse jeito, “o princípio da eficiência é medido com a contratação do bem ou serviço com preço bom, tendo o objeto adquirido qualidade e conseqüentemente resultante de um processo eficiente” (PALUDO; FLACH; KLUNK, et. al., 2022, p. 9).

Então, além do custo-benefício, a eficiência está relacionada com o princípio da razoável duração do processo administrativo em que existem mecanismos de controle sobre essa matéria para assim alcançar a celeridade. Para isso, o planejamento é essencial (LIMMER, 2020, p. 47).

Nesse sentido, é possível observar desdobramentos do princípio da eficiência no texto da nova lei de licitação. A exemplo, o princípio do planejamento das licitações, incluso no caput do artigo 5º da NLLC, é tratado como pilar fundamental para o alcance ou não do sucesso nas contratações públicas.

Com a noção básica de que o procedimento licitatório possui duas fases, a interna e externa, o princípio do planejamento insere-se plenamente na primeira fase, em que são realizados atos preparatórios no intuito de não serem feitas licitações aventureiras, desprovidas de eficiência. Nesse trabalho do planejamento outras ações a serem tomadas é a identificação e justificação da necessidade do objeto a ser licitado que em seguida deve ser formalizada a autorização para abertura do certame (NIEBUHR, 2020, p. 70).

A importância do planejamento nas licitações é prática que já vem sendo regida por instruções normativas do governo federal, tais como:

1. Instrução Normativa n. 01/2019, da Secretaria de Gestão do Ministério da Economia, que exige da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional a elaboração de Plano Anual de Contratações; 2. Instrução Normativa n. 05/2017, da antiga Secretaria de Gestão do antigo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, que dispõe sobre a contratação de serviços no âmbito da Administração Federal direta, autárquica e fundacional e exige delas planejamento minudente, com destaque para a necessidade de documento de formalização de demanda, estudo técnico preliminar, termo de referência e análise de risco. 3. Instrução Normativa n. 01/2019, da então Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia, que regulamenta o processo de contratação de soluções de Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação do Poder Executivo Federal e também exige planejamento muito detalhado, destacando-se, da mesma forma, a necessidade de documento de formalização de demanda, estudo técnico preliminar, termo de referência e análise de risco. 4. Instrução Normativa n. 40/2020, da agora Secretaria de Desburocratização e Governo Digital do Ministério da Economia, que regulamenta a elaboração de estudo técnico preliminar no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. 5. Instrução Normativa n. 73/2020, também da Secretaria de Desburocratização e Governo Digital do Ministério da Economia, que regulamenta o procedimento administrativo para a pesquisa de preços no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional (NIEBUHR, 2020, p. 70).

Com base nessas instruções normativas, a NLLC destrincha o princípio do planejamento por meio de outros instrumentos, como: plano anual de contratações (inciso VII do artigo 12), estudo técnico preliminar (inciso I do artigo 18), termo de referência ou projetos (inciso II do artigo 18), orçamentação (inciso III do artigo 18), análise de riscos (inciso X do artigo 18) e aprovação jurídica (artigo 52). Esses instrumentos ajudam a otimizar os contratos e alcançar maior eficiência nas contratações (CARVALHO, 2021, p. 132).

A NLLC prevê a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) no intuito de promover mais transparência e publicidade aos atos relativos às licitações, podendo ainda tratar sobre os contratos firmados pela Administração Pública.

PNCP é, por expressa definição legal, uma espécie de “sítio eletrônico oficial” ampliado (art. 6º, LII, da Lei nº 14.133/2021), pois conta com uma concentração de atos relativos a procedimentos de contratação pública em nível nacional. Isto é, sua abrangência alcança as contratações governamentais municipais, estaduais, distritais e federais.(...) Dito isso, advogamos a interpretação da Lei nº 14.133/2021 no sentido de que o PNCP é o sítio eletrônico oficial por excelência, devendo a Administração publicar no Portal Nacional todos os atos que a NLLCA impõe a divulgação em sítio eletrônico oficial, facultada a publicação em caráter complementar desses mesmos atos nos sítios eletrônicos do ente federado correspondente. Então, ao menos em tese, a aplicação do novo regime de contratação pública pátrio requer a publicação do edital da licitação, assim como dos seus anexos, “em sítio eletrônico oficial” (art. 25, § 3º), no caso, no Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, que é o “sítio eletrônico oficial” (art. 174, caput) eleito pela nova lei como meio de “divulgação centralizada e obrigatória” dos atos cuja publicação é exigida pela Lei nº 14.133/2021 (art. 174, inciso I). O mesmo vale para as demais situações em que a lei requer a divulgação em sítio eletrônico oficial, a exemplo do que ocorre com o ato que autoriza a contratação direta ou o extrato do contrato de uma dispensa ou inexigibilidade (Parágrafo único do art. 72) (OLIVEIRA, 2021, p. 2).

O PNCP contribui com o princípio da eficiência na medida em que garante maior competitividade dos certames licitatórios. Aliás, esse portal é democrático, com cadastro unificado anual, possuindo sistema tecnológico para a participação de todos os entes federados, diferente do “comprasnet4.0” que era disponível somente à União (CARVALHO, 2021, p. 133).

Outra questão que enseja maior eficiência nas contratações públicas é a licitação para registro de preços, viável para os casos em que a Administração Pública adquire determinado bem ou serviço com muita frequência, evitando assim de realizar uma série de licitações sucessivas. Inclusive, é admitido que outros órgãos ou entidades públicas possam aderir à ata de registro de preços, conhecido efeito chamado de “carona” (CARVALHO, 2021, p. 27).

O instituto do registro de preços está disposto no artigo 82 da NLLC:

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:

I - as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;

II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;

III - a possibilidade de prever preços diferentes:

a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;

b) em razão da forma e do local de acondicionamento;

- c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;
- d) por outros motivos justificados no processo;
- IV - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;
- V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;
- VI - as condições para alteração de preços registrados;
- VII - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;
- VIII - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;
- IX - as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências (BRASIL, 2021).

Também, a NLCC trouxe da Lei do RDC o instituto do contrato de eficiência, cujo inciso LIII do artigo 6º define como:

LIII - contrato de eficiência: contrato cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada (BRASIL, 2021).

Trata-se de contrato firmado com empresa particular a fim de reduzir custos de serviços prestados de modo continuado, desse jeito, pode estar previsto no contrato realização de obras ou fornecimento de bens que visam reduzir tal despesa. São destinados à redução de gastos, como despesas com energia elétrica, água, ou seja, itens de consumo regular pela Administração (CARVALHO, 2021, p. 143).

A nova Lei de Licitação também estabeleceu o critério de julgamento a ser aplicado no caso dos contratos de eficiência, conforme indicado pelo art. 39, sendo o maior retorno econômico:

Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato (BRASIL, 2021).

Importante lembrar que a Lei nº13.934/2019 veio para regulamentar o contrato referido no § 8º do art. 37 da Constituição Federal, denominado “contrato de desempenho”, no âmbito da administração pública federal direta de qualquer dos Poderes da União e das autarquias e fundações públicas federais. Para Alexandrino e Paulo (2021, p. 965), empregar o termo “contrato de desempenho” para regular determinado objeto entre órgãos e entidades integrantes da administração pública traz distinção para os “contratos de gestão” que o Poder Público pode firmar com pessoas privadas, a exemplo das organizações sociais e serviços sociais autônomos.

Art. 2º Contrato de desempenho é o acordo celebrado entre o órgão ou entidade supervisora e o órgão ou entidade supervisionada, por meio de seus administradores, para o estabelecimento de metas de desempenho do supervisionado, com os respectivos prazos de execução e indicadores de qualidade, tendo como contrapartida a concessão de flexibilidades ou autonomias especiais.

§ 1º Meta de desempenho é o nível desejado de atividade ou resultado, estipulada de forma mensurável e objetiva para determinado período.

§ 2º Indicador de qualidade é o referencial utilizado para avaliar o desempenho do supervisionado.

§ 3º As flexibilidades e as autonomias especiais referidas no **caput** deste artigo podem compreender a ampliação da autonomia gerencial, orçamentária e financeira do supervisionado.

Art. 3º O contrato de desempenho constitui, para o supervisor, forma de autovinculação e, para o supervisionado, condição para a fruição das flexibilidades ou autonomias especiais (BRASIL, 2019).

Inclusive, um modo de aperfeiçoar a administração pública gerencial, focado em aplicar o princípio da eficiência, tem sido a aplicação da teoria do “Estado em rede”, que vai além da busca por resultados, objetivando promover uma gestão para a cidadania. Nessa ideia, transforma os indivíduos que eram tratados como destinatários das políticas públicas em “protagonistas na definição das estratégias governamentais”, conforme menciona Alexandre Mazza (2022, p. 93), destacando que o principal desafio é estimular participação da sociedade civil organizada através de consultas e audiências públicas na busca pela ação de priorizar e praticar estratégias governamentais.

Diante do exposto, ainda é prematura a percepção dos efeitos práticos do princípio da eficiência com base na nova legislação, uma vez que a NLLC foi

promulgada em 2021 com prazo de dois anos para os gestores públicos se preparem, contudo, a medida provisória nº 1.167/2023 estendeu esse lapso temporal para dia 30 de dezembro de 2023. Desse modo, não é possível dimensionar de forma concreta os efeitos da eficiência no sentido de promover uma Administração Pública de resultado.

5. CONCLUSÃO

Quando encerrar o prazo de prorrogação do uso da legislação antiga de Licitação, determinado pela medida provisória nº 1.167/2023 até dia 30 de dezembro de 2023, as modalidades de licitação em vigor no ordenamento jurídico brasileiro serão apenas as listadas na NLLC (Lei nº 14.133/21): concorrência, concurso, leilão, pregão e diálogo competitivo. Assim, serão extintas, em definitivo, as modalidades: tomada de preços, convite e RDC (Regime Diferenciado de Contratação).

A NLLC trouxe novidades significativas em relação às modalidades licitatórias, alterando inclusive o rito procedimental da concorrência, igualando o mesmo procedimento do pregão, qual é: a) preparatória; b) divulgação do edital de licitação; c) apresentação de propostas e lances, nos casos em que há lances; d) julgamento; e) habilitação; f) recursal; g) homologação.

Nesse âmbito, a NLLC trouxe uma modalidade licitatória inédita ao Direito Administrativo brasileiro, inspirando-se na Diretiva 2014/24 da União Europeia e também considerando a relação já existente entre a Administração Pública e o particular em busca de soluções viáveis ao setor público.

O princípio da eficiência é pilar central da Administração Pública que realiza gestão gerencial ou de resultado. Desse princípio se extrai a busca pelo aperfeiçoamento da prestação do serviço público e da otimização da atividade administrativa, colocando o agente público no foco de buscar a melhor e mais adequada solução, e para isso, o servidor trabalha com base no interesse público e na legalidade, respeitando principalmente o controle dos gastos e da aplicação de recursos, conforme dispõe o art. 70 da Constituição Federal.

Além de visar o custo-benefício, a economicidade, a redução de desperdícios, a qualidade, a produtividade, o rendimento funcional, o princípio da eficiência está relacionado com o princípio da razoável duração do processo administrativo em que existem mecanismos de controle sobre essa matéria para assim alcançar a celeridade na prática.

Nesse sentido, a presente monografia observou os desdobramentos do princípio da eficiência a partir de instrumentos previstos na NLLC. O primeiro exemplo analisado foi o princípio do planejamento, em que a nova lei traz como diretriz (artigo 5º) a ser seguida em toda licitação. O planejamento é executado na fase interna da licitação e consiste em realizar atos preparatórios no intuito de não serem feitas licitações aventureiras, desnecessárias, sem efetividade.

O PNCP (Portal Nacional de Contratação Pública), previsto no artigo 6º, LII da nova lei, contribui com o princípio da eficiência na medida em que garante maior competitividade dos certames licitatórios e promove mais transparência e publicidade aos atos relativos às licitações e contratos públicos.

Outros instrumentos dispostos na NLLC que visam favorecer maior eficiência nas contratações públicas são: a licitação para registro de preços (art. 82), o contrato de eficiência (art. 6º, inciso LIII), o julgamento por maior retorno econômico (art. 39), o agente de contratação (6º, LX e 8º), as três “linhas de defesa” do controle das contratações (art. 169, I, II, III) e matriz de risco nos contratos administrativos (art. 6º, XXVII).

Considerando então que a aplicação da NLLC é opcional pelos gestores públicos até dia 30 de dezembro de 2023 devido à prorrogação da validade da legislação anterior, conclui-se prematuro e inviável qualquer dimensionamento dos efeitos práticos dos desdobramentos do princípio da eficiência a partir da nova Lei de licitação.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 29ª. ed. São Paulo: Método, 2021.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set/dez. 2021. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/85147/80515>. Acesso em 15 set. 2022.

ARAÚJO, Aldem Johnston Barbosa. **O que muda com a nova Lei de Licitações**. Consultor Jurídico. São Paulo, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-08/aldem-johnston-muda-lei-licitacoes>. Acesso em 13 set. 2022.

CARMARGO, Bibiana Helena Freitas; ROSSI, Sergio Ciquera (org). **Reflexões sobre a nova lei de licitações**. São Paulo, EPCP, 2022.

CARVALHO, Mateus. **Manual de Direito Administrativo**. E-book. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito administrativo**. 21. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GASPARINI, Diogenes. Princípio e normas gerais licitatórias. Princípios e normas gerais licitatórias. **Revista de Direito Administrativo**, v. 239, p. 119-126, 2005.

GUETERRES, Thiago. **A nova Lei de Licitações: um panorama sobre as novidades no regime geral das licitações e contratos administrativos**. Natal, 2021.

LIMMER, Flávia. **Direito Administrativo**. Coleção Carreiras Jurídicas. 1ª ed. Brasília: CP Iuris, 2020.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

Matias-Pereira, José. **Administração pública: Foco nas Instituições e Ações Governamentais**. 5ª ed. rev. atual. Tribunal de Contas do Estado do Ceará. São Paulo: Atlas (2018). Disponível em: https://www.tce.ce.gov.br/downloads/Controle_Cidadao/f10_-_controle_cidadao.pdf. Acesso em 13 fev. 2023.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 38ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 23. ed. rev. atual. até Ementa Constitucional 53. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social: teoria, método e criatividade**. Petrópolis: Editora Vozes, 1994. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/franciscovargas/files/2012/11/pesquisa-social.pdf>. Acesso em 16 set. 2022.

NIEBUHR, Joel de Menezes et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos** (e-book). Zenite Editora, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/221786/ebook%20-%20nova%20lei%20de%20licitacoes%20e%20contratos%20administrativos%20-%20zenite.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 12 nov. 2022.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PALUDO; FLACH; KLUNK, et. al. **A Condução do Princípio da Eficiência: o empecilho da ineficiência das licitações públicas**. UCEFF. Revista Conexão, n. 10, 2022. Disponível em: <https://revistas.uceff.edu.br/conexao/article/view/52/27>. Acesso em 14 fev. 2023.

SENADO. **Projeto de Lei nº 4253, de 2020** (Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado nº 559, de 2013). Atividade Legislativa. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>. Acesso em: 5 nov. 2022.

SENADO. **Medida provisória prorroga prazo de adequação à nova Lei de Licitações**. Agência Senado, 2023. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2023/04/03/medida-provisoria-prorroga-prazo-de-adequacao-a-nova-lei-de-licitacoes>. Acesso em 06 abr. 2023.

SCHEIBER, Juliana Luisa; FAGANELLO, Matheus Rocha. **Direcionamento de licitações pela administração pública e mecanismos de controle da discricionariedade**. Revista Novatio Iuris. Fadergs - v.7, n. 2, jul.-ago. 2015. Disponível em: <http://www.faganelloadvogados.com.br/publicacoes/900d8ce37d605b706f97e62baf9df683.pdf>. Acesso em 16 out. 2022.

SPITZCOVSKY, Celso. **Direito Administrativo Esquematizado**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.