



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO DO SUL
CAMPUS DO PANTANAL - CPAN
CURSO DE DIREITO**

EVERTON DA SILVA SANTOS

**TRANSPARÊNCIA NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS NA ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA BRASILEIRA SOB A ÓTICA DA LEI Nº 14.133/2021**

Trabalho de Conclusão, na modalidade artigo científico, apresentado ao Curso de Direito do Campus do Pantanal, da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Dr. César Tavares.

Corumbá, MS
2023

TRANSPARÊNCIA NOS PROCESSOS LICITATÓRIOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA SOB A ÓTICA DA LEI N.º 14.133/2021.

TRANSPARENCY IN BIDDING PROCESSES IN THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION UNDER THE PERSPECTIVE OF LAW N° 14.133/2021.

Everton da Silva Santos

RESUMO:

Com a entrada em vigor da nova lei de licitações, Lei nº 14.133/21, sancionada após cerca de trinta anos da vigência da Lei de Licitações nº 8.666/93, inúmeras transformações sociais, tecnológicas e na Administração Pública aconteceram. Neste cenário, o presente estudo tratará sobre o aspecto de transparência, aspecto este que também está ligado à questão de publicidade dos atos no processo licitatório na Administração Pública. Desta forma, o presente estudo tem por objetivo abordar quais mecanismos legais na nova lei de licitações que promovem uma maior transparência às licitações realizadas, com foco no princípio da transparência em contrapartida à antiga Lei nº 8.666/93. Como objetivo secundário este estudo irá abordar alguns dos desafios existentes com a implementação de novas tecnologias pelo poder público frente às mudanças ocorridas. Dada a grande quantidade de elementos sancionados na nova lei, este estudo não tem a intenção de esgotar o assunto, atendo-se apenas as principais características sob a perspectiva da transparência. A metodologia neste estudo deu-se pela abordagem qualitativa, e da análise comparativa, de natureza exploratória através de obras doutrinárias, artigos científicos, e legislação correlata acerca de licitações. Como principal resultado tem-se que as mudanças implementadas no processo licitatório na nova lei de licitações, Lei nº 14.133/21 evidenciam um caráter de maior transparência frente a Lei nº 8.666/93. Considera-se que o resultado desta pesquisa possa ser útil a novos estudos que acontecem no campo do direito administrativo especialmente de licitações.

Palavras-chave: Lei nº 8.666/93. Lei nº 14.133/21. Transparência. Licitações.

ABSTRACT:

With the entry into force of the new bidding law, law no. 14.133/21, sanctioned after around thirty years of the validity of bidding law no. 8.666/93, numerous social, technological and Public Administration transformations took place. In this scenario, the present study will deal with the aspect of transparency, an aspect that is also linked to the issue of publicity of acts in the bidding process in Public Administration. Therefore, the present study aims to address some of the legal mechanisms in the new bidding law that promote greater transparency in the bids carried out, focusing on the principle of transparency in contrast to the old law no. 8.666/93. As a secondary objective, this study will address some of the existing challenges with the implementation of new technologies by public authorities in light of the changes that have occurred. Given the large number of elements sanctioned in the new law, this study does not intend to exhaust the subject, focusing only on the main characteristics from the perspective of transparency. The methodology in this study was based on a qualitative approach and comparative analysis, of an exploratory nature through doctrinal works, scientific articles, and related legislation regarding bidding processes. The main result is that the changes implemented in the bidding process in the new bidding law, nº 14,133/21, demonstrate a greater transparency compared to law no. 8.666/93. It is considered that the result of this research may be useful for new studies taking place in the field of administrative law, especially bidding.

Keywords: Law No. 8.666/93. Law No. 14.133/21. Transparency. Bidding

INTRODUÇÃO

A Carta Magna em seu art. 37, inciso XXXIII, estabelece que todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade. (Di Pietro, 2023). Qualquer prática que dificulte ou impeça a obtenção de informações a respeito da atividade administrativa viola o princípio da transparência, respeitadas as hipóteses em que seja autorizado o sigilo. (Justen Filho, 2023).

O presente estudo visa abordar como foco principal as principais mudanças ocorridas no aspecto de transparência nos processos licitatórios na Administração Pública brasileira a partir da nova lei de licitações e contratos. Após cerca de trinta anos em vigência, a lei geral sobre licitações no Brasil, a Lei nº 8.666/1993 entrou em vias de revogação, sendo sancionada em 01 de abril de 2021 a Lei nº 14.133/21, e que passou a ser a principal legislação sobre o tema.

Visando abordar a problemática sobre em que medida as mudanças trazidas pela nova lei de licitações e contratos (Lei nº 14.133/21) em relação a legislação anterior (lei nº 8.666/93) incidem em um caráter de maior transparência nos processos licitatórios na Administração Pública brasileira, o presente estudo se justifica pela relevância social que o tema possui, e pelo contexto de evolução global sobretudo na área tecnológica, que por sua vez influencia a Administração Pública no exercício de suas funções.

Nesse sentido, o objetivo do presente estudo é analisar quais são os principais mecanismos legais instituídos na nova lei de licitações em relação à legislação anterior que visam evidenciar mais transparência ao processo licitatório pela Administração Pública, de forma mais específica promover uma análise comparativa a partir do aspecto de transparência entre a Lei nº 14.133/21 e a Lei nº 8.666/93, e subsidiariamente quais os possíveis desafios que podem ser encontradas com a implementação de novas ferramentas.

O presente estudo está estruturado em três capítulos. No capítulo 1 serão abordadas as considerações doutrinárias acerca da licitação no Brasil, da diferenciação da licitação na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 14.133/21, e ainda do processo licitatório em ambas as leis. No segundo capítulo será abordado o princípio da transparência e a análise dos principais mecanismos de transparência a partir da Lei 14.133/21 em comparação à Lei n. 8.666/93. Por fim, no capítulo 3 procederá uma breve análise de alguns dos desafios no que diz respeito à transparência a partir da nova lei de licitações, a Lei nº 14.133/2021.

1 DA LICITAÇÃO

1.1 DAS CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS ACERCA DO TEMA “LICITAÇÃO”

No Brasil, as despesas efetuadas pela Administração Pública são sempre justificadas, e para que a máquina pública possa funcionar para prover aos cidadãos um serviço eficiente, gastos são necessários, sendo uma parte das despesas que são efetuadas pelo poder público ocorrendo através de contratos de licitação. Na Carta Magna através do art. 37 XXI, sobre licitação, a Administração Pública deve sempre se atentar a algumas situações, pois “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 [...]” (Brasil, 1988). Desse modo, a licitação é parte fundamental do funcionamento da Administração Pública.

Conforme ensinamentos doutrinários, os conceitos sobre “licitação” seguem basicamente a mesma ideia do que é previsto na Carta Magna, conforme Mello:

Licitação - em suma síntese - é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. 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. (Mello, 2015, p. 536).

Dessa forma, os contratos de licitação que devem ser efetuados pela Administração Pública devem acontecer como forma de se dar transparência nos atos da licitação que são realizados, de forma aberta e clara para escolha da melhor proposta. Ainda segundo a doutrina, conforme aponta Marinela:

Licitação é um procedimento administrativo destinado à seleção da melhor proposta dentre as apresentadas por aqueles que desejam contratar com a Administração Pública. Esse instrumento estriba-se na ideia de competição a ser travada, isonomicamente, entre os que preenchem os atributos e as aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir. A licitação tem como finalidade viabilizar a melhor contratação possível para o Poder Público, além de permitir que qualquer um que preencha os requisitos legais tenha a possibilidade de contratar, representando o exercício do princípio da isonomia e da impessoalidade. (Marinela, 2017, p. 409).

Nesse contexto, a licitação é realizada porque promove a integridade, a eficiência e a responsabilidade nos processos de contratação pública, além de garantir que o governo receba os melhores serviços e produtos possíveis enquanto se tem um ambiente competitivo e igualitário entre os licitantes. Conforme cita Oliveira:

Licitação é o processo administrativo utilizado pela Administração Pública e pelas demais pessoas indicadas pela lei, com o objetivo de selecionar e contratar o interessado que apresente a melhor proposta, cumpridos, ainda, os objetivos de garantir a isonomia, de incrementar a competição, de promover o desenvolvimento nacional sustentável, de incentivar a inovação e de prevenir o sobrepreço, os preços manifestamente inexequíveis e o superfaturamento. (Oliveira, 2023, p. 377)

Os contratos de licitações são instituídos ainda como forma de tentar impedir que licitantes com interesses escusos possam sobrepor suas vontades pessoais ao interesse público, afinal toda atividade administrativa estatal também está sujeita a controle. Conforme ensinamentos de Di Pietro:

Embora o controle seja atribuição estatal, o administrado participa dele à medida que pode e deve provocar o procedimento de controle, não apenas na defesa de seus interesses individuais, mas também na proteção do interesse coletivo. A Constituição outorga ao particular determinados instrumentos de ação a serem utilizados com essa finalidade. É esse, provavelmente, o mais eficaz meio de controle da Administração Pública: o controle popular. (Di Pietro, 2023, p. 931).

Dessa forma, conforme os ensinamentos dos autores mencionados ao longo deste subcapítulo, fica evidente que as características do conceito de licitação permitem compreender a importância do seu papel. A licitação deve ocorrer dentro das diretrizes legais, cumprindo as exigências impostas aos licitantes. Quando realizada de acordo com os padrões estabelecidos por lei, proporciona maior segurança na gestão dos recursos públicos de maneira responsável e transparente, como é exigido em países sérios e comprometidos com a coletividade.

1.2 DA LICITAÇÃO NAS LEIS DE LICITAÇÕES Nº 8.666/93 E Nº 14.133/21.

Com previsão inicial de revogação em março de 2023 (02 anos após entrada da nova lei de licitações), a Lei n.º 8.666/93 vigora atualmente através de Lei Complementar¹, paralelamente a nova lei de licitações, a Lei n.º 14.133/21. No período de transição entre a nova lei de licitações e a antiga lei, a Administração Pública pode optar em seguir os critérios da lei 14.133/21 ou da lei 8.666/93, utilizando a que melhor for conveniente, indicando a opção expressamente no edital de licitação.

Aplicável à União, Estados, DF e Municípios a Lei nº 8.666/93 traz em seu texto no art. 3º a que fim se aplica a licitação:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do

¹ A Lei Complementar n.º 198/2023 prorrogou até 30.12.2023 o prazo de revogação da Lei nº 8.666/93.

desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (Brasil 1993).

Dessa forma, observa-se que a legislação de licitações supracitada traz inicialmente dois objetivos, que é o de garantir a igualdade entre os participantes, e o de selecionar a proposta que seja mais vantajosa para a Administração Pública. A partir da lei 12.349/10, que alterou entre outros elementos, a redação do art. 3º da supramencionada legislação de licitações, passa-se a ter a inclusão do Desenvolvimento Nacional Sustentável, privilegiando a indústria nacional, passando dessa forma a Lei nº 8.666/93 a ter triplo objetivo. A respeito deste tema, Marinela, expõe que:

A licitação tem como finalidade viabilizar a melhor contratação possível para o Poder Público, além de permitir que qualquer um que preencha os requisitos legais tenha a possibilidade de contratar, representando o exercício do princípio da isonomia e da impessoalidade.

[...]

Hoje esse procedimento conta com um novo objetivo que foi introduzido pela Lei n. 12.349, de 15.12.2010, conversão da Medida Provisória n. 495/2010, que, por sua vez, acrescentou ao art. 3º da Lei n. 8.666/93, dentre as finalidades buscadas por intermédio da licitação, a promoção do desenvolvimento nacional. (Marinela, 2017, p. 409).

Quando sancionada em junho de 1993, a Lei nº 8.666/93 trouxe em seu texto legal 05 (cinco) modalidades de licitação:

A Lei nº 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação, no artigo 22: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão; nos cinco primeiros parágrafos contidos no dispositivo, define cada uma dessas modalidades; no § 8º, veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo (Di Pietro, 2023, p. 440).

Há de se fazer uma ressalva, entretanto quanto a modalidade de pregão, pois embora se considere o pregão como uma modalidade de licitação, o pregão não é abrangido pela Lei nº 8.666/93, sendo essa modalidade seguindo lei própria, que é a Lei nº 10.520/02, que também será revogada no final do ano de 2023, sendo uma modalidade abrangida pela nova lei de licitações.

Sancionada em 01.04.2021 a nova lei de licitações e contratos Lei nº 14.133/21 passou a ser o principal diploma legal acerca de licitações no país, aplicável a Administração Pública da União, Estados, DF e Municípios. A Lei nº 14.133/21 não traz em seu texto legal um artigo único sobre uma definição do que é licitação, entretanto pode se inferir a sua finalidade com base em dois artigos importantes, o art. 5 e o art. 11 da supracitada legislação.

Tem-se através do art. 11 da nova lei de licitações que o processo licitatório passa a ter um quádruplo objetivo, conforme ensinamentos de Di Pietro:

São indicados os seguintes objetivos no artigo 11: I – 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; II – assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; III – evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV – incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. Alguns desses objetivos são mencionados como princípios no artigo 5º: isonomia, competitividade e desenvolvimento nacional sustentável. (Di Pietro, 2023, p. 496).

Já o art. 5º da Lei nº 14.133/21 traz que devem ser observados 22 (vinte e dois) princípios no processo licitatório, bem como as disposições na LINDB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). Conforme ensinamentos de Justen Filho:

O art. 5º da Lei 14.133/2021 alude a vinte e dois princípios (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, interesse público, probidade administrativa, igualdade, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade, economicidade e desenvolvimento nacional sustentável), além daqueles contemplados na LINDB. (Justen Filho, 2023, p. 261).

Vedando-se a criação de novas modalidades de licitação ou combinação das modalidades de licitação existentes, a Lei nº 14.133/21 em seu artigo 28 define quais são as modalidades de licitação introduzidas, que ao total são 05 (cinco), como cita Di Pietro:

A nova Lei de Licitações inova ao definir as modalidades de licitação, porque não mais prevê a tomada de preços e o convite, que constavam do artigo 22 da Lei 8.666. No artigo 28, prevê, como modalidades de licitação: I – pregão; II – concorrência; III – concurso; IV – leilão; V – diálogo competitivo.

No § 2º do artigo 28, a nova Lei de Licitações repete norma que já constava do § 8º do artigo 22 da Lei 8.666, ao vedar a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no caput do dispositivo. (Di Pietro, 2023, p. 505).

Dessa forma a nova lei de licitações passa a abranger a modalidade de pregão prevendo a posterior revogação da Lei nº 10.520/02, lei que tratava exclusivamente sobre o Pregão. Nesse sentido, a nova lei de licitações recepcionou as modalidades de concorrência, concurso e leilão da Lei nº 8.666/93 e inovou ao introduzir a modalidade do diálogo competitivo, prevendo posteriormente a extinção das modalidades de convite e de tomada de preço.

1.3 DO PROCESSO LICITATÓRIO NAS LEIS Nº 8.666/93 E Nº 14.133/21.

Visando seguir os objetivos definidos na lei, o processo ou procedimento licitatório se constitui por um conjunto de fases, para se chegar ao fim que é a escolha da melhor proposta. Referente ao início do processo licitatório, a Lei nº 8.666/93 estabelece em seu art. 38 que o procedimento da licitação é iniciado com a abertura de processo administrativo. Conforme também aponta Di Pietro:

Pelo artigo 38 da Lei nº 8.666/93, o procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente todos os atos da administração e dos licitantes, como edital, propostas, atas, pareceres, recursos etc. (Di Pietro, 2023, p. 450).

Cinco são as modalidades de licitação na Lei nº 8.666/93 como tratado no subcapítulo anterior, (Concorrência, Convite, Tomada de Preço, Concurso, Leilão). Na modalidade da Concorrência as fases do procedimento ficam mais visíveis, sendo que na Lei nº 8.666/93 tem-se duas fases no procedimento licitatório: a fase interna e a fase externa.

Conforme aponta Marinela (2017), na fase interna é o momento em que são tomadas as providências necessárias para a definição da licitação e do respectivo contrato, obedecendo conforme a legislação (lei 8.666/93) os requisitos para instauração da licitação, as vedações quanto ao objeto e quanto aos participantes, a formalização do processo licitatório, a elaboração do instrumento convocatório e a regras de preferência. Sendo assim, a característica da fase interna é a fase a qual a Administração Pública pratica todos os atos condicionais a abertura do certame antes de começar a convocação dos interessados.

Na fase externa, encontram-se dois estágios fundamentais: análise das condições dos interessados (denominada fase subjetiva) e a análise das propostas (denominada fase objetiva). Tem início a fase externa com a publicação do instrumento convocatório, recebimento e abertura dos envelopes, a fase de habilitação, a verificação de regularidades das propostas, os critérios para julgamento das propostas, o julgamento das propostas, a homologação, a adjudicação compulsória, e por fim, convocação para celebração do contrato, sendo dessa forma a fase externa objetivando demonstrar aos interessados as condições de participação na disputa. (Marinela, 2017).

Nas modalidades de Tomada de Preço e Convite, os procedimentos são bem mais simplificados em comparação à modalidade de Concorrência. A autora Di Pietro (2023) aponta a respeito do assunto que em ambas as modalidades, primeiramente a diferença básica está no prazo de antecedência na publicação do edital de Tomada de Preço, que é de 15 dias, e também diferença antes do procedimento da licitação para licitantes inscritos no registro cadastral tem-

se a fase de habilitação. No que tange ao procedimento da modalidade de Convite, Di Pietro aponta que o procedimento é simplificado:

No Convite a convocação dos licitantes é feita por escrito, com cinco dias úteis de antecedência, mediante carta-convite dirigida a pelo menos três interessados, escolhidos pela unidade administrativa, e mediante afixação, em local apropriado, da cópia do instrumento convocatório, sendo facultada, ainda, a publicação no Diário Oficial [...] recebidos os envelopes com as propostas, seguem-se a classificação, adjudicação e homologação. (Di Pietro, 2023, p. 460).

Quanto a modalidade de Concurso, a Lei nº 8.666/93 não define qual o procedimento que deve ser adotado, o que será diferenciado dado às especificidades de cada concurso, conforme edital. O edital da modalidade de Concurso conforme a Lei 8.666/93 tinha publicação com até 45 dias de antecedência, e conforme art. 52, §1º deveria indicar três elementos: qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, e as condições de realização do concurso e prêmios a serem concedidos, conforme os ensinamentos de Di Pietro (2023).

A respeito da modalidade de Leilão, a Lei nº 8.666/93 também não define o procedimento que deve ser adotado, porém a referida legislação de licitações cita requisitos mínimos que devem ser seguidos, conforme a autora Marinela aponta:

Entretanto, a Lei n. 8.666/93 estabelece regras mínimas, dispondo que o leilão é feito por leiloeiro oficial ou servidor designado para essa finalidade e que todo bem a ser leiloadado deve ser previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação. O prazo de intervalo mínimo é de 15 dias corridos.

Essa modalidade caracteriza-se pela concentração, em uma única oportunidade, de inúmeros atos destinados à seleção da proposta mais vantajosa, diferenciando-se pela possibilidade de reapresentação de novas propostas por um mesmo licitante. Nesse caso, não há preocupação com o sigilo de proposta, sendo natural a apresentação de propostas públicas (Marinela, 2017, p. 485).

A nova lei de licitações, Lei nº 14.133/21, conforme tratado no subcapítulo anterior estabelece 05 modalidades de licitação (Pregão, Concorrência, Concurso, Leilão e o Diálogo Competitivo). Em seu art. 17 a nova lei estabelece as fases do processo licitatório, entendendo a doutrina majoritária que a fase preparatória é a única fase interna, sendo as demais, todas fases externas, tem-se então no art. 17 da nova lei de licitações o seguinte:

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I – preparatória; II – de divulgação do edital de licitação; III – de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; IV – de julgamento; V – de habilitação; VI – recursal; VII – de homologação (Brasil, 2021).

Conforme Oliveira (2023) a fase interna ou preparatória do processo de licitação envolve as etapas iniciais e preparatórias realizadas por cada órgão e entidade administrativa

para realizar a licitação, assim, a nova Lei de Licitações destaca de maneira mais detalhada a fase preparatória, o que demonstra uma preocupação legítima com as etapas iniciais da licitação, como a descrição do objeto, definição das regras do edital, pesquisa de preços e outras medidas iniciais que afetam diretamente a eficiência da licitação e do próprio contrato.

Na fase externa tem-se então a seguinte ordem: divulgação do edital de licitação, apresentação de propostas e lances (quando for o caso), julgamento, habilitação, recursal, homologação.

Para Di Pietro (2023) tanto a modalidade de Pregão, quanto a modalidade de Concorrência seguem o mesmo rito de fases previsto no art. 17 citado acima, e na modalidade de Concurso na nova lei de licitações, tal qual a lei 8.666/93, não define como deve se proceder essa modalidade, a nova lei coloca que as regras e condições que devem ser definidas nos respectivos editais, apenas definindo a lei 14.133/21 em seu art. 30 que o edital de Concurso deve, indicar 03 elementos: qualificação exigida dos participantes; as diretrizes e formas de apresentação do trabalho; as condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor.

Quanto à modalidade de Leilão ao contrário da Lei 8.666/1993, a nova Lei de Licitações estabeleceu regras mais detalhadas para sua realização. A modalidade de Leilão tem seu procedimento definido no art. 31, §§ 2º e 3º da nova lei de licitações e começa com a divulgação de edital em sítio eletrônico, e também em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração, podendo ainda ser divulgado de outros meios necessários visando ampliar a publicidade e a competitividade, dessa forma, com os lances encerrados, prossegue-se a fase de homologação, fase recursal e por fim o pagamento pelo licitante vencedor, conforme Di Pietro (2023). Na modalidade de Leilão não existe a fase de habilitação, dessa forma a homologação deve ser feita assim que concluída a fase de lances.

Por fim, quanto ao Diálogo Competitivo Di Pietro expõe que a nova lei traz a respeito dessa nova modalidade 07 (sete) fases que devem ser seguidas, apontando o seguinte:

O procedimento é descrito pormenorizadamente no artigo 32, § 1º, I a XI. Resumidamente, abrange as seguintes fases: (I) divulgação do edital, que deve conter a indicação das necessidades e exigências previamente definidas; prazo mínimo de 25 dias para manifestação de interesse de participação; definição dos critérios para pré-seleção dos licitantes; (II) apresentação de soluções pelos licitantes, sendo vedado à Administração revelar aos demais as soluções propostas por um licitante, sem o seu consentimento; (III) fase de diálogo, em que serão realizadas reuniões com os licitantes pré-selecionados, registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo; (IV) divulgação da solução ou soluções que atendam às necessidades da Administração; (v) fase competitiva com a divulgação, em edital, da solução selecionada e dos critérios objetivos para seleção da proposta mais vantajosa; (VI) apresentação de propostas no prazo não inferior a 60 dias úteis, definidos no edital; (VII) definição da proposta vencedora (Di Pietro, 2023, p. 507).

Conclui-se, portanto, que tanto na Lei nº 8.666/93 quanto na Lei nº 14.133/21 tem-se uma sucessão de fases antes mesmo de se iniciar de fato o processo licitatório, e caso não se observe o regramento de qualquer das fases, tal qual uma engrenagem, todo o conjunto do processo licitatório pode ser afetado, e com a implementação da nova lei de licitações algumas novas mudanças no que tangem a transparência afetam em como fases se desenvolverão.

2 DA TRANSPARÊNCIA NO PROCESSO LICITATÓRIO ENTRE AS LEIS DE LICITAÇÕES Nº 8.666/93 E Nº 14.133/21.

2.1 DO ASPECTO DE TRANSPARÊNCIA

No ordenamento jurídico pátrio os princípios ajudam a reger a Administração Pública, afinal, a “administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (Brasil, 1988). A Administração Pública também se pauta por princípios derivados pelo próprio Estado de Direito e não previstos expressamente, desta forma os princípios também fazem parte do processo licitatório, e dentre os princípios, há a previsão do princípio da transparência.

Inicialmente a Lei nº 8.666/93 não previa em seu texto especificamente o princípio da transparência, porém, a partir da Lei nº 14.133/21 tal princípio passa a estar impositivo conforme o subcapítulo 1.2 deste estudo. A respeito do princípio da transparência afirma o autor Justen Filho:

A transparência envolve a exposição das premissas adotadas em determinadas decisões. Isso pode se dar sem que seja necessário se formular algum tipo de requerimento (transparência ativa) ou mediante a requisição de acesso à informação (transparência passiva). Qualquer prática que dificulte ou impeça a obtenção de informações a respeito da atividade administrativa viola o princípio da transparência, respeitadas as hipóteses em que seja autorizado o sigilo.

A publicidade pode ser considerada como uma exigência decorrente do princípio da transparência e desempenha duas funções: permitir o amplo acesso dos interessados ao certame e propiciar a verificação da regularidade dos atos praticados (Justen Filho, 2023, p. 266).

Conforme aponta Di Pietro (2023), embora a nossa Carta Magna não mencione explicitamente o princípio da transparência, ele está implícito por meio de subprincípios como publicidade, direito à informação, motivação e participação popular no controle da Administração Pública, e dessa forma o princípio da transparência é necessário para que a

atuação da Administração Pública seja amplamente divulgada e acessível ao conhecimento público, sendo o sigilo permitido apenas em casos expressamente previstos na Constituição.

Conforme ensinamentos de Carvalho Filho (2023) a publicidade está conexas ao princípio da transparência, e ainda destaca que alguns autores tentam encontrar diferença entre a transparência e a publicidade, mas na verdade ambos estão indissolúvelmente entrelaçados, sendo a transparência um efeito natural da publicidade, demonstrando que onde a publicidade se apresenta, surge a transparência como consequência, nesse sentido, a ofensa ao princípio da publicidade provoca ofensa ao princípio da transparência.

Depreende-se dessa forma que o aspecto de transparência está diretamente ligado ao aspecto de publicidade dos atos no processo licitatório, e sob a perspectiva de tal aspecto, tanto a lei de licitações N.º 8.666/93 como a lei de licitações N.º 14.133/21 recepcionam o princípio da publicidade. Mello expõe que:

O princípio da *publicidade* impõe que os atos e termos da licitação - no que se inclui a motivação das decisões - sejam efetivamente expostos ao conhecimento de quaisquer interessados. É um dever de transparência, em prol não apenas dos disputantes, mas de qualquer cidadão. (Mello, 2015, p. 552)

Extrai-se, portanto, considerações importantes no que se refere à transparência no processo licitatório, há uma imposição da publicização dos atos, ligado ao aspecto de transparência, e a possibilidade de controle dos atos pela coletividade, visto que a prestação dos serviços da Administração Pública visa a coletividade, dessa forma a prestação de informações dos atos devem ser feitas a sociedade. Conforme se extrai de Thamay, *et al*:

Corolário do princípio da publicidade, o princípio da transparência diz respeito ao dever de divulgação oficial dos atos administrativos, como forma de consagrar o livre acesso dos indivíduos a informações de seu interesse e de impor transparência na atuação administrativa, permitindo maior controle de seu exercício, buscando promover o art. 5º, inciso XXXIII, e o art. 37, § 3º, inciso II, ambos da Constituição Federal (Thamay *et al*, 2021, p. 17).

No que tange ao controle pela participação social, este também está intrínseco ao aspecto de transparência, conforme visto. Conforme destaca Carvalho (2017), não há uma lei específica que regula o controle da atuação administrativa, esse assunto tem suas bases na Carta Magna e é regulamentado por várias leis secundárias com o objetivo de garantir que o Estado não exerça seu poder de forma arbitrária, em conformidade com as leis existentes, dessa forma, a submissão da atividade administrativa do Poder Público a um controle abrangente é uma consequência direta da consolidação do Estado democrático de Direito, no qual todos os

membros da sociedade, inclusive o próprio Poder Público, estão sujeitos às regras estabelecidas por meio de legislação.

Contribuindo a respeito de tal colocação, conforme os ensinamentos de Marinela, tem-se o seguinte:

Podemos dizer que o controle da Administração é uma consequência mesmo do conceito criado pelo Direito Romano da “república”, no latim *res publica*, que transmite a ideia de que o Estado é uma “coisa de todos”. Desse modo surge a necessidade de vigilância, orientação e correção que um Poder, órgão ou autoridade devam exercer sobre a conduta funcional de outro. A Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, em seu art. 15, já estabelecia que “A sociedade tem o direito de pedir conta, a todo agente público, quanto à sua administração”. Sendo assim, parece lógico o seguinte raciocínio: se o Estado é uma coisa de todos, isso significa que sua administração deve ser sempre controlada e fiscalizada evitando assim imperfeições, falhas e abusos por parte de seus administradores (Marinela, 2017, p. 1093).

Dessa forma, somente com a publicidade dos atos da Administração Pública a coletividade poderá aferir se os mandamentos constitucionais estão sendo seguidos. A Carta Magna em seu art. 5º, inciso LX, bem como no art. 5º inciso XXXIII, expõe que em não sendo caso de preservar a intimidade, interesse social, ou segurança do Estado, a lei não pode restringir a publicidade dos atos processuais, toda e qualquer pessoa tem direito receber informações de seu interesse, seja pessoal ou coletivo, dos órgãos públicos, estando estes sujeitos a penalidades caso se neguem (Brasil 1988).

Inferese, portanto, que a publicidade, como princípio de Administração Pública, abrange toda a atuação estatal, não somente sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, estando o princípio da publicidade bem como o controle social da atividade estatal intrínsecos a característica de transparência do processo licitatório.

2.2 DA ANÁLISE COMPARATIVA DE NOVOS MECANISMOS DE TRANSPARÊNCIA A PARTIR DA LEI Nº 14.133/2021 FRENTE A LEI Nº 8.666/93.

Inicialmente, comparando-se o texto legal da antiga lei de licitações, com a nova legislação, percebe-se um aperfeiçoamento legal, principalmente no aspecto tecnológico de dispositivos introduzidos ou recepcionados e modificados com vistas a uma maior publicidade no processo licitatório que consequentemente trazem mais transparência por parte da administração pública.

Na Lei nº 14.133/21 tem-se vários dispositivos legais que denotam o caráter de transparência no processo licitatório. Alguns dos mecanismos com impacto inicial com a entrada em vigor da nova lei de licitações resumem-se basicamente a três: Licitação sob a forma

eletrônica; Criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP); Amplo exercício do controle social no processo licitatório.

Uma das mais importantes modificações que a nova lei de licitações traz a respeito de uma maior facilidade concernente a transparência é que as licitações passem a ser feitas sobretudo sob a forma eletrônica, ficando a forma presencial em segundo plano. No art. 17 §2, da nova lei de licitações passa-se a ter que, “as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo” (Brasil, 2021).

Percebe-se que a nova lei de licitações não cita expressamente no referido dispositivo uma imposição explícita para a realização da licitação sob a forma eletrônica em vez da forma presencial, contudo, nota-se que este é apenas um tratamento semântico que a nova lei faz a respeito da forma eletrônica como preferência, visto que a forma presencial passará a ser menos utilizada, e que a forma eletrônica seja o padrão atual a ser seguido. Conforme se extrai dos ensinamentos de Oliveira:

A preferência pela realização das licitações eletrônicas, em vez das presenciais, já representava uma tendência no ordenamento jurídico pátrio. Mencione-se, por exemplo, o pregão que, segundo os órgãos de controle, deveria ser, preferencialmente, realizado de forma eletrônica. A tendência dos procedimentos eletrônicos foi reforçada em âmbito federal com a edição do Decreto 10.024/2019 que, em seu art. 1º, §1º, estabeleceu a obrigatoriedade da utilização da modalidade eletrônica para os órgãos da Administração Pública federal direta, as autarquias, as fundações e os fundos especiais.

No campo das licitações públicas, a utilização da forma eletrônica acarreta, potencialmente, aumento de competitividade e de isonomia no certame, reduzindo os custos de participação dos interessados. (Oliveira, 2023, p. 505).

Contribuindo com esta ideia apresentada, de acordo com Thamay, *et al.* tem-se que:

Dada a dinamicidade proporcionada pela internet, com maior agilidade na tramitação, além da possibilidade de alcançar mais interessados e de ser conferida maior transparência ao procedimento, as licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica (princípio da virtualização dos atos da licitação). Nesse caso, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico. (Thamay, *et al.*, 2021, p. 49).

Infere-se dessa forma que a licitação sob formato eletrônico passa a ser regra e o formato presencial como exceção, a partir do momento que se exige uma motivação para utilização deste formato presencial, dessa forma, se não houver uma motivação plausível o gestor público não poderá utilizá-la, pois deverá ser sempre motivada. Nesta seara, a respeito do assunto no art. 17, §5 da nova lei de licitações fica bem claro ao se definir logo no início de sua redação que “na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o §2º deste artigo,

a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento” (Brasil, 2021).

Examina-se que a licitação sob a forma eletrônica, ao tempo que é uma inovação legislativa, remete-se ao que definia o art. 20 da Lei nº 8.666/93, que determinava que a licitação deveria acontecer no local (físico) onde estava o órgão/ente (Brasil, 1993). Assim, a predileção da legislação pelo uso de meios eletrônicos, demandando justificção para a realização de sessões presenciais, revela-se mais benéfica, visto que elimina a obrigação de deslocamento dos licitantes ou de seus representantes ao local da sessão pública.

Uma segunda importante modificação na nova lei de licitações referente a transparência que deve acontecer no processo licitatório e que reflete na questão de publicidade dos atos, trata-se do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), e que passou a ser instituído no art. 174 da nova lei de licitações Nº 14.133/21, da seguinte forma:

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à: I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei; II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos. (Brasil, 2021).

Conforme Justen Filho (2023), o PNCP é um portal online com um papel de extrema importância, pois além de divulgar os editais de licitação de todos os níveis governamentais, o PNCP passa também a ter responsabilidade de manter um repositório de dados contendo informações abrangentes de todas as licitações e contratos públicos. Além disso, o portal está previsto para viabilizar licitações realizadas de maneira eletrônica, entre outras funcionalidades.

Complementando tais afirmações, tem-se através dos ensinamentos de Carvalho Filho que:

No Portal, haverá informações sobre planos de contratação, catálogos eletrônicos, editais em geral e avisos de contratação direta, atas de registro de preços, contratos e termos aditivos e notas fiscais eletrônicas, quando for a hipótese. Além disso, poderá oferecer sistema unificado de registro, painel para consulta de preços, sistema de gestão compartilhada e outras informações aos interessados. Nada impede que os demais entes federativos instituam sítio eletrônico próprio para a divulgação complementar (art. 175) (Carvalho Filho, 2023, p. 184).

Dessa forma compreende-se também que a nova lei de licitações passou a estabelecer que os entes federativos poderão instituir um sítio eletrônico oficial para divulgação de forma complementar, ou seja, exige-se pelo PNCP uma espécie de banco de dados geral online, no qual podem os demais entes federativos paralelamente manter os seus.

A partir do art. 54, *caput*, e §2, da lei 14.133/21 tem-se que a publicidade do edital de licitação será realizada no PNCP mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos, e facultativamente no sítio eletrônico oficial do respectivo

órgão. (Brasil, 2021). No §3 do supramencionado artigo tem-se que após a homologação do processo de licitação, os documentos ou anexos que foram preparados na fase preparatória que antecede a divulgação do edital, serão disponibilizados no PNCP (Brasil, 2021).

Conforme Di Pietro (2023), a gestão do PNCP será pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, constituído por representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, balizado pela regra do §1º do artigo 174, e que confirma a ideia que o PNCP seja utilizado por todos os entes federativos.

Em contrapartida ao que define a nova lei de licitações a respeito da publicidade no processo licitatório na Lei n. 8.666/93 conforme Mello, era previsto o seguinte:

De acordo com o art. 21 da Lei 8.666, são as seguintes as normas que regem a publicidade dos *avisos contendo os resumos* dos editais de *concorrências, tomadas de preços, concursos e leilões*.

Nas promovidas por órgãos ou entidades *federais* tais avisos deverão ser publicados com antecedência, pelo menos uma vez, no *Diário Oficial da União*.

Quando promovidas por órgãos ou entidades *estaduais* ou *municipais* serão publicados (a) no *Diário Oficial* do correspondente Estado, quanto (b) em jornal de grande circulação no Estado, bem como, (c) se houver, em jornal de circulação na região ou no Município onde se efetivará o objeto da licitação e (d) no *Diário Oficial da União*, se a obra for financiada, total ou parcialmente, com *recursos federais* ou *garantidos por instituição desta natureza*. (Mello, 2015, p.578)

Dessa forma, a publicização que era feita sobretudo no diário oficial e nos jornais, conforme trata Oliveira (2021) não alcançava seu objetivo, uma vez que a imensa maioria da população não tem acesso ou o hábito (ou tempo) de ler o Diário Oficial, assim, a publicação nos Diários Oficiais não garantia o efeito esperado que era de levar as informações às pessoas, pois em maior parte tratava-se mais de regras e procedimentos legais (publicidade formal) dos atos estatais, mas não o que realmente importava, que é o conteúdo das informações divulgadas, como detalhes dos atos e decisões (publicidade material).

Como a nova lei de licitações estipula a maior parte de publicidade dos atos licitatórios pelo PNCP os dados são disponibilizados de forma com que qualquer pessoa possa acessar, é o que define o art. 174§4 da lei nº 14.133/21, com vistas ao que regula a lei de acesso à informação, Lei nº 12.527/2011 (Brasil, 2021).

Conclui-se dessa forma que o PNCP vai além de ser um mero instrumento informativo, ele passa a ser um importante instrumento de publicidade pois visa facilitar a transparência das informações, em que os interessados podem acompanhar os assuntos que interessam a si, e a coletividade, de forma rápida.

Por último, um importante item a ser analisado consiste no amplo controle social que influi no aspecto de transparência na nova lei de licitações e que está diretamente ligado as duas

inovações tratadas anteriormente (criação do PNCP e tramitação das licitações sob a forma eletrônica). Na nova lei de licitações o controle social se manifesta de formas mais evidentes com o que se tinha na Lei nº 8.666/93.

Primeiramente na nova lei de licitações tem-se as possibilidades de audiência e consulta pública. Conforme aponta a autora Di Pietro:

Ainda ligado à ideia maior de transparência, a participação do particular no procedimento é garantida pela previsão de audiência pública, a ser realizada facultativamente, de forma eletrônica ou presencial, nos termos do artigo 21 da Lei nº 14.133, e pela possibilidade, prevista no parágrafo único do mesmo dispositivo, de realização de consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado. (Di Pietro, 2023, p. 499).

Conforme Couto e Capagio (2021), na audiência pública “ouvem-se os interessados para, com os debates ocorridos, melhor realizar o certame, mas a Administração Pública não se vincula às argumentações ou conclusões dos presentes, podendo adotar ou não as suas sugestões”, sendo dessa forma um instrumento para efetivar o princípio da publicidade.

Ainda conforme Couto e Capagio (2021), demonstram os autores que “tal como a audiência pública, a consulta pública é instrumento de participação e controle social, que possibilita aos particulares, ou mesmo agentes públicos, oferecer contribuições ou críticas que possam aperfeiçoar a modelagem do negócio jurídico almejado pela Administração”.

Corroborando com tais ideias, conforme Thamay *et al.* (2021), os gestores públicos devem os promover uma aproximação com os cidadãos de forma mais ampla, mantendo para isso, interlocução e diálogo como forma de aumentar a eficiência administrativa e, sobretudo, realizar os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna e legislação infraconstitucional, dessa forma a realização da audiência pública é medida que deve ser observada pelos gestores públicos objetivando promover uma gestão participativa.

Embora ambos os instrumentos estejam previstos na nova lei de licitações, maiores definições de como ocorrerão os procedimentos não constam na lei, como aponta Pires e Parziale (2022):

É de se criticar o legislador que, infelizmente, não estabeleceu maiores condicionantes para a audiência e consulta pública, dificultando o controle da legalidade. Contudo, é possível afirmar que o desatendimento da obrigatoriedade de disponibilização das informações relativas à licitação pretendida, bem como o prazo mínimo de 8 dias úteis, configura vício insanável, ensejando a anulação do procedimento (Pires e Parziale, 2022, p. 191).

Sobre outros elementos de um maior controle social Di Pietro (2023) ensina que, através do art. 164 da nova lei de licitações, um particular pode participar do controle do procedimento licitatório mediante impugnação do edital, quando praticado irregularmente à lei, ou ainda pode o particular solicitar esclarecimentos sobre os termos do edital, sendo o parágrafo único do art. 164 da nova lei, colocando que a Administração Pública é obrigada a responder tanto a solicitação de impugnação quanto o pedido de esclarecimento de forma eletrônica, dizendo a lei (sítio eletrônico oficial), devendo a resposta ocorrer na própria plataforma onde foi solicitada no prazo de até três dias úteis.

A respeito do pedido de esclarecimento do edital, o autor Carvalho Filho (2023) expõe que o “pedido de esclarecimento, como bem informa a expressão, é a ferramenta que permite a qualquer cidadão formular requerimento para que seja dirimida dúvida sobre os termos de edital de licitação”, e quanto a impugnação prossegue o autor Carvalho Filho afirmando que:

A impugnação e o recurso têm o escopo de indicar alguma irregularidade que contamina os termos do edital ou de determinado ato administrativo. O pressuposto aqui é a irresignação do impugnante ou do recorrente, e sua intenção é a de obter a alteração do edital ou a revisão do ato. O que a lei denominou de impugnação reflete, na verdade, uma espécie de recurso, enquadrando-se na categoria da representação, em que a legitimidade é ampla e conferida a qualquer cidadão; por isso, estampa forma de controle social. Já o recurso, assim genericamente denominado, impõe legitimidade restrita, usualmente do interessado direto na revisão do ato (Carvalho Filho, 2023, p.180)

Sobre um último elemento de maior controle social, é o que se encontra no art. 19, III, da nova lei, a respeito de obras e serviços e de licitações e contratos pelos órgãos da Administração Pública. Conforme Pires e Parziale (2022), “o inc. III se revela em um adequado instrumental para a fiscalização da execução dos contratos, contemplando a instituição de um sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo”. A funcionalidade deverá acontecer pelo PNCP como referido no art. 174, §3º, VI, alínea b. Complementado ainda a respeito do assunto, Pires e Parziale (2022) trazem que:

O espírito da lei, se é que possamos assim dizer, é pela utilização dos mais modernos recursos eletrônicos, capazes de acompanhar, em especial, as obras e serviços de engenharia, inclusive mediante visualização on-line.

A ideia, portanto, é aposentar o velho e tradicional uso do papel, ainda que isso signifique para muitos entes da Administração Pública uma mudança de cultura, treinamento e capacitação dos agentes públicos e disponibilidade de recursos. Por óbvio, a consecução de todas essas inovações não acontecerá do dia para a noite, como, aliás, prevê o inc. IV, que dispõe sobre a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia. (Pires e Parziale, 2022, p. 188).

A respeito do controle social, o que se encontra na Lei n.º 8.666/93 basicamente é a possibilidade de audiência pública de acordo com o estabelecido no art. 23, I, “c”, de utilização na estimativa de valor de uma licitação (ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas) superior a cem vezes o limite mínimo previsto para a modalidade de concorrência, R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) e deve acontecer antes do início da fase externa (Marinela, 2017).

Outra situação é a de impugnação do edital no art. 41§1 e do art. 113§1 da Lei nº 8.666/93, definido assim:

Art. 41 § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113. (Brasil, 1993).

Por seu turno o art. 113, §1º da lei 8.666/93 definia que “qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo” (Brasil, 1993).

Conclui-se dessa forma que a nova lei de licitações no que concerne ao aspecto de transparência passa a ser uma lei com mecanismos aperfeiçoados quando em comparação à antiga legislação que tratava do tema, inovando não somente no fato de instituí-las, mas no fato de facilitar seu acesso à coletividade.

3 DOS DESAFIOS REFERENTES AO NOVOS ASPECTOS DE TRANSPARÊNCIA A PARTIR DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

3.1 ACESSO DESIGUAL AO PROCESSO LICITATÓRIO

Um dos objetivos da licitação, conforme o subcapítulo 1.2 deste estudo é a justa competição e de tratamento isonômico dos licitantes no processo licitatório.

Como a nova lei de licitações passa a tratar de licitações sob a forma eletrônica ampliando a facilidade para diversos participantes, um dos grandes desafios trata-se do acesso desigual que pode acontecer no processo licitatório, no qual licitantes menores, que têm menos prática no formato eletrônico de licitação podem acabar sendo prejudicados, beneficiando-se dessa forma os licitantes maiores, com mais experiência e até mesmo recursos. Conforme Schieffler, tem-se o seguinte:

Evidencia-se, assim, a necessidade de os interessados em participar de licitações públicas se adequarem à realidade digital dos processos eletrônicos. É a concretização de uma das formas de indução de práticas e comportamentos por meio das contratações públicas. Se a empresa interessada não estiver harmonizada e em conformidade com a realidade minimamente tecnológica da administração pública, poderá ter a sua participação prejudicada no certame público (Schieffler, 2021, p. 64).

Dessa forma a participação de pequenos empresários, que podem até mesmo ser licitantes individuais, pode ser arruinada, criando uma desigualdade significativa no processo licitatório, pois, a partir do momento que formatos digitais passam a fazer parte da Administração Pública entende-se que todos tem igualdades de condições em participar, entretanto são realidades diferentes. Conforme Schieffler; Cristóvam e Sousa apontam:

Isto é, para que o cidadão possa se relacionar com a Administração Pública digital, que presta serviços públicos digitais, não basta que ele compareça à estrutura física do órgão ou entidade pública, mas que ele esteja inserido no mundo digital, seja por meio de um computador pessoal, seja por meio de um celular com acesso à internet. E isso não é fácil em se tratando da realidade brasileira. (Schieffler; Cristóvam e Sousa, 2020, p. 108).

Dessa forma, se a Administração Pública deve seguir princípios estabelecidos na nova lei de licitações que passa a viabilizar todo o processo de forma eletrônica, e nesse contexto o de se garantir o tratamento isonômico entre os licitantes, não há que se falar que há igualdade de tratamento, uma vez que as condições de participação não serão as mesmas.

Os autores Schieffler, Cristóvam e Sousa (2020) trazem que a sociedade e principalmente o poder público devem auxiliar em maior medida no desenvolvimento da técnica de participação a uma Administração Pública digital, devendo criar novas formas de inserção, pois, independentemente de classe ou conhecimento técnico, a informação e participação devem fazer parte do cotidiano dos cidadãos, e para tanto, as pessoas cada vez mais precisam ser educadas para se ter uma participação adequada.

3.2 PEQUENOS MUNICÍPIOS E A LICITAÇÃO SOB FORMATO ELETRÔNICO

Um outro grande desafio quanto a questão de transparência na nova lei de licitações está no impacto que a Lei nº 14.133/21 passa a impor com vistas a licitação sob a forma eletrônica, visto que o Brasil é um país com dimensões continentais, desta forma, a realidade vivenciada por cada município é diferente.

Conforme dados do IBGE no ano de 2023, tem-se atualmente no Brasil 5.570 (cinco mil quinhentos e setenta) municípios, destes, cerca de 2.600 (dois mil e seiscentos) municípios

possuem até 11.000 (onze) mil habitantes, nesse contexto tem-se basicamente metade dos municípios existentes no Brasil com uma quantidade pequena de habitantes, o que por conseguinte influi na arrecadação fiscal das cidades, que está ligado a falta de estrutura de alguns setores. Conforme apontam Diniz; Fragoso e Resgala Junior, a respeito do assunto:

Uma das principais dificuldades para os municípios menores é a falta de infraestrutura adequada para implementar a nova lei. Os municípios menores em sua maioria não possuem sistemas de informação sofisticados ou sistemas de registro eletrônico de licitações e recursos e estruturas administrativas limitadas, o que pode dificultar a implementação e o cumprimento de todos os requisitos e procedimentos pela nova lei. Isso pode exigir um esforço adicional de capacitação e treinamento dos servidores municipais. (Diniz; Fragoso e Resgala Junior, 2023, p. 1632).

Dessa forma, um município de pequeno porte que não tem uma arrecadação fiscal considerável deverá dispor de meios para implementação do processo licitatório eletrônico e a virtualização do processo, o que não é um problema para municípios grandes, mas pode constituir um grande percalço para municípios menores, a esse fato refere-se Matos com o seguinte:

Entretanto, se no âmbito da União, em geral os distintos órgãos e entidades, contam com estrutura de recursos humanos e materiais necessários à transparência e à virtualização dos atos das contratações, essa não é a realidade da máquina administrativa de vários estados e municípios, que carece até mesmo de sítio eletrônico destinado à transparência, na forma requerida pela Lei de Acesso à informação. Em diversos municípios, verifica-se estrutura precária de pessoal e de dados necessários para implementação das medidas de transparência requeridas pela NLLC. (Matos, 2023, p. 272).

Nesse contexto, embora aos municípios ocorra a possibilidade de usar da plataforma federal, o desafio está em como serão realizados os processos, e em como as informações serão compiladas a nível municipal para serem publicizadas de forma efetiva sem uma estrutura adequada, inclusive de recursos humanos com conhecimento para tal, a questão a ser refletida é o fato de não somente a Administração Pública possuir as informações referentes as licitações que realiza, mas no fato de não possuir a capacidade efetiva de como utilizá-las.

A nova lei de licitações 14.133/21 trata no art. 176, II e III, que os municípios menores, com até 20.000 habitantes tem o prazo de 06 anos a contar da data de sanção da lei, ou seja, até 01 de abril do ano de 2027, para se implementar a licitação de forma eletrônica e divulgação do processo licitatório em sítio eletrônico oficial, enquanto não o fizerem, devem ser publicados, em diário oficial e disponibilizar a versão física dos documentos.

Cabe aqui uma importante ressalva remetendo ao que foi tratado no subcapítulo 2.2 deste estudo no que tange ao formato eletrônico da licitação, pois a nova lei define que podem

ser realizadas licitações de forma presencial (esta não foi extinta), entretanto, a nova lei de licitações não detalha quais problemas justificam a não realização na forma eletrônica e passe a forma presencial, esta poderá ser escolha do gestor público e que terá que ter uma justificativa plausível e coerente, porém, determinado município mesmo não adotando o formato eletrônico ainda terá a Administração Pública que dispor de recursos adequados de áudio e vídeo para gravar e junta-los no respectivo processo de licitação presencial, ou seja, mesmo que parcialmente a questão tecnológica deverá estar presente.

Dessa forma percebe-se que há um grande desafio quanto da implementação de dispositivos na nova lei de licitações que tange a transparência que ainda esbarra em questões de uma Administração Pública que não está preparada para uma realidade digital. Diniz, Fragoso e Resgala Junior (2023) apontam que em decorrência do abismo existente da realidade dos Municípios para a realidade no âmbito Federal a criação de uma Lei de regime diferenciado para os municípios menores seria a forma ideal de resolução desse conflito, e que viria para complementar a norma prevista da Lei de Licitações 14.133/2021, preenchendo lacunas e estabelecendo regras específicas para os municípios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do contexto de mudanças que abordou o tema da nova lei de licitações, a Lei nº 14.133/21, sob o aspecto da transparência, o presente estudo desenvolvido observou uma notável ampliação no aspecto transparente no processo licitatório sobretudo aliado a uma maior publicização de atos da nova legislação de licitações em relação à Lei nº 8.666/93, sobretudo com a implementação de novos mecanismos.

O estudo foi dividido em três capítulos para melhor organização e compreensão do tema, sendo que no primeiro capítulo foram abordadas as considerações de doutrinadores acerca do tema de licitações, e ainda foram abordados os contornos legais da diferença entre a licitação na lei 14.133/21 e a lei 8.666/93 e tratando do processo licitatório em ambas as leis, sendo este primeiro capítulo estabelecendo uma base do referido assunto que veio a ser desenvolvido nos capítulos seguintes.

No segundo capítulo passou-se a abordar sobre a transparência no processo licitatório, mais especificamente dos contornos legais e doutrinários acerca do tema, bem como passou-se a abordar especificamente alguns dos mecanismos da nova lei de licitações no que tange a transparência, qual seja, a licitação sob a forma eletrônica, o Portal Nacional de Compras Públicas (PNCP) e o amplo controle social na nova legislação de licitações.

Ao final, no terceiro e último capítulo, passou-se a abordar alguns dos desafios criados na nova lei de licitações com a entrada de novos mecanismos de transparência, mais especificamente a desigualdade que pode ser gerada ao acesso da licitação eletrônica e em um segundo momento o impacto da licitação eletrônica pela nova lei de licitações em municípios pequenos.

Os objetivos do presente estudo foram alcançados, visto que foi possível identificar alguns dos principais mecanismos legais instituídos na nova lei de licitações em relação à legislação anterior que ensejam mais transparência ao processo licitatório pela Administração Pública. De forma mais específica foi trazido a lume uma breve análise de alguns mecanismos importantes que a nova lei de licitações Lei nº 14.133/21 traz em retrospecto à antiga lei de licitações, Lei nº 8.666/93, sob o aspecto da transparência, e subsidiariamente quais os possíveis desafios que podem ser encontradas com a implementação de novas ferramentas.

Dessa forma, ao final foi possível compreender quais foram alguns dos principais elementos referentes a transparência que a nova lei de licitações passa a instituir, não somente ao aspecto transparente do processo licitatório, mas também o de maior publicidade e controle, visto que as mudanças passam a estar cada vez mais facilitadas para que a coletividade possa

estar inserida. Conclui-se também que com a implementação de novos mecanismos a partir da nova lei alguns desafios são gerados, e que devem ser superados para serem melhor conduzidos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, (1988) Brasil, Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 22 out. 2023
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro – RJ. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559774265. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559774265/> Acesso em: 22 out. 2023.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª. ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017.
- CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 7ª ed. Salvador. Ed. JusPODIVM, 2020.
- COUTO, Reinaldo; CAPAGIO, Álvaro do C. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo – SP. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555598223. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598223/> Acesso em: 22 out. 2023.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. Rio de Janeiro – RJ. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559646784. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646784/> Acesso em: 22 out. 2023.
- DINIZ, Emanuely; FRAGOSO, Jusemar Pinheiro Coquito; RESGALA JUNIOR, Renato Marcelo. Análise das mudanças e impactos no âmbito municipal com a nova lei de licitação e contratos administrativos: os impactos da lei 14.133/2021 para os municípios com menos de 20 mil habitantes. **Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação**. São Paulo, v.9. n.08. ago.2023. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/10827/4730> Acesso em: 22 out. 2023.
- IBGE. **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística**. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/panorama> Acesso em: 22 out. 2023.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro – RJ. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559645770. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645770/> Acesso em: 22 out. 2023.
- Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitação e contratos [...]**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm Acesso em 22 de out. 2023.
- Lei nº. 14.133, de 01 de abril de 2021. **Institui normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais [...]**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm Acesso em: 22 out. 2023
- MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo – SP. Saraiva, 2017.

MATOS, Marilene Carneiros; ALVES, Felipe Dalenogare; AMORIM, Rafael Amorim de. Nova Lei de licitações e contratos [recurso eletrônico]. **Lei nº 14.133/2021: debates, perspectivas e desafios**. Brasília. Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2023. Disponível em: https://livraria.camara.leg.br/upload/403_Nova-lei-de-licita%C3%A7%C3%B5es-e-contratos_pdfweb.pdf Acesso em: 22 out. 2023.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo – SP: Malheiros, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro – RJ. Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647347. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559647347/> Acesso em: 22 out. 2023.

PIRES, Antônio Cecílio M.; PARZIALE, Aniello. **Comentários à Nova Lei de Licitações Públicas e Contratos Administrativos: Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021**. São Paulo – SP. Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. ISBN 9786556274416. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556274416> Acesso em: 22 out. 2023.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho. **CONTROLE DAS COMPRAS PÚBLICAS, INOVAÇÃO TECNOLÓGICA E INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL: o paradigma da administração pública digital e os sistemas inteligentes na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Tese (Mestrado). Programa de Pós-Graduação Faculdade de Direito. UNB. Brasília. 2021. Disponível em: http://icts.unb.br/jspui/bitstream/10482/43103/1/2021_EduardoAndreCarvalhoSchiefler.pdf Acesso em: 22 out. 2023.

SCHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. **International Journal of Digital Law**. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/schiefler2020/270> Acesso em: 22 out. 2023.

THAMAY, Rennan Faria K.; JÚNIOR, Vanderlei G.; MACIEL, Igor M.; *et al.* **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**. São Paulo – SP. Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9786555597646. Disponível em: <https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555597646/> Acesso em: 22 out. 2023.