

Notas sobre a Lei 14.133/2021: “novos” princípios, alterações no processo de contratação direta e ressignificação do critério de julgamento por menor preço

Lorenzo Caser Mill*

Introdução. 1 “Novos” princípios: exagero na amplitude do rol e direcionamento de boas práticas. 2 Arrefecimento do “menor preço”: potenciais consequências para a divisão do procedimento licitatório entre as fases de habilitação e de julgamento. 3 Robustecimento do processo de contratação direta. Conclusão. Referências.

Resumo

A presença de elementos técnicos, mesmo no critério de julgamento por menor preço, evidencia uma prevalência da técnica no microsistema de contratações públicas, o que traz como consequência uma atenuação da divisão do procedimento licitatório entre as fases de habilitação e de julgamento, quando o julgamento se der no critério de menor preço. Ademais, há um forte paralelo entre a fase preparatória da contratação direta e a fase preparatória da licitação, significando um robustecimento do processo de contratação direta, o qual herdou vários cuidados preparatórios que, antes, na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, eram observados apenas no âmbito de processos licitatórios. Tais inovações se relacionam ao destaque que a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021 deu, mediante positividade como princípio, a boas práticas já validadas pelos tribunais de contas e pelo Poder Judiciário.

Palavras-chave: Menor preço. Contratação direta. Técnica. Fases de habilitação e de julgamento. Princípios.

* Mestrando em direito processual e bacharel em direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (Ufes). Membro do grupo de pesquisa “Desafios do Processo” (PPGDir/Ufes). Advogado. E-mail: lorenzo.cm@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7549291684429116>.

Notes on Act 14.133/2021: “new” principles, changes in the direct contracting procedure and resignification of the lowest price method

Abstract

The presence of technical elements even in the lowest price method evidences a prevalence of technique in the public contracting microsystem, which brings as a consequence an attenuation of the division of bidding procedure between the qualification and judgment phases, when that judgment is based on the lowest price method. Furthermore, there is a strong parallel between the preparatory phase of direct contracting and the preparatory phase of the regular bidding procedure, which means a strengthening of the direct contracting procedure, which inherited several preparatory cares that, before, in Act nº 8.666/93, were only observed in the scope of regular bidding procedures. Such innovations are related to the emphasis that Act nº 14.133/21 gave, by means of the positivization as a principle, to good practices that have already been validated by the audit courts and by the Judiciary.

Keywords: *Lowest price. Direct contracting procedure. Technique. Qualification and judgment phases. Principles.*

Introdução

A Administração, ao celebrar contratos com entes privados, reúne esforços de diferentes atores socioeconômicos para o adequado cumprimento de suas funções. Estando envolvido o erário, a regra é a realização de licitação prévia à contratação, dada a expressa obrigatoriedade constitucional (art. 37, inciso XXI). Inclusive, a fim de se evitarem brechas, é considerado “contrato” todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração e particulares em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Com a promulgação da Lei 14.133/2021 e a “supernormatização” trazida por ela – são cerca de 70 artigos a mais, fora os diversos parágrafos e incisos –, dois temas merecem especial atenção em razão das modificações sofridas, bem como da frequência com que são objeto das relações administrativas: o processo de contratação direta e o critério de julgamento por menor preço.

As hipóteses sobre as quais esta pesquisa se debruçou são: (i) a presença de elementos técnicos – *i.e.*, além dos requisitos técnicos previstos no edital para a habilitação do licitante no certame – mesmo no critério de julgamento por menor preço, o que supõe uma prevalência da técnica no microsistema de contratações públicas e, ainda, a mitigação da divisão do procedimento licitatório entre as fases de habilitação e de julgamento, quando o julgamento se der no critério de menor preço; e (ii) a existência de um forte paralelo entre a fase preparatória da contratação direta e a fase preparatória da licitação, significando um robustecimento do processo de contratação direta.

Acredita-se, enfim, que tais inovações se relacionam ao destaque que a Lei 14.133/2021 deu, mediante positivação como **princípio**, a boas práticas já validadas pelos tribunais de contas e pelo Poder Judiciário, como a segregação de funções – que pressupõe maior qualificação dos agentes públicos e minoração do risco de direcionamento – e um amplo planejamento por parte dos setores encarregados de dispor do orçamento público e de executar as contratações.

I “Novos” princípios: exagero na amplitude do rol e direcionamento de boas práticas

Na Lei 8.666/1993, o *caput* do art. 3º enunciava apenas três princípios: a isonomia, que assegura igual tratamento a todos os participantes do procedimento licitatório, zelando pela competitividade e pela livre iniciativa; a vantajosidade, que representa a busca, pela Administração, da melhor relação custo-benefício nas suas aquisições de produtos e serviços; e a sustentabilidade, que é o acatamento da proposta que se apresentar mais apta a causar, direta ou indiretamente, o menor impacto negativo e, simultaneamente, os maiores benefícios econômicos, sociais e ambientais.

Já na Lei 14.133/2021, o art. 5º traz um extenso rol de dezessete princípios. Para além dos três citados acima e dos cinco aprioristicamente aplicáveis a qualquer atividade administrativa – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (*caput* do art. 37 da Constituição da República) –, foram inseridos os seguintes: interesse público, probidade administrativa, planejamento, transparência, eficácia, segregação de funções, motivação, vinculação ao edital, julgamento objetivo, segurança jurídica, razoabilidade, competitividade, proporcionalidade, celeridade e economicidade.

A consideração a ser feita é que o que diferencia o texto legislativo novo do antigo é o fato de tornar expresso o que antes era implícito, mas amplamente reconhecido pela prática administrativa de contratações e pela jurisprudência, tanto dos tribunais de contas quanto do Poder Judiciário; trocando em miúdos, o novo texto colocou o que era objetivo como princípio (PORTA; DAL POZZO, 2021, p. 39-40). Diretivas como “vinculação ao edital”, “julgamento objetivo” e “probidade administrativa” são há muito retiradas da melhor interpretação das normas vigentes, como, *v.g.*, o art. 41 da Lei 8.666/1993: “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”; e o art. 40 do mesmo diploma: “o edital indicará, obrigatoriamente, o critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos”.

Dois desses “novos” princípios, contudo, anunciam o empenho do novo texto normativo para uma Administração mais especializada e sábia no emprego dos recursos públicos, fazendo jus à categoria de normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade (ÁVILA, 2012, p. 85-86), que devem ser realizadas “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes” (ALEXY, 2008, p. 90). Em linhas breves, são eles:

- segregação de funções: é uma derivação dos princípios da isonomia e da moralidade pública, vedando que todas as fases ou as fases mais críticas do procedimento licitatório se concentrem nas mãos de somente um servidor ou agente público. Exemplo de situação prática seria o presidente da comissão de licitações elaborar o termo de referência e, depois, atuar na licitação como pregoeiro. Em acórdão recente (2908/16-P), o Tribunal de Contas da União (TCU) afirmou ser irregular a “falta de segregação de funções do pregoeiro em sua atuação múltipla de solicitar o serviço/licitação, elaborar o termo de referência, estimar os preços e elaborar o edital”;
- planejamento: impõe o dever à Administração de adotar providências técnicas e administrativas para identificar, anteriormente ao procedimento licitatório, a necessidade a ser satisfeita com a execução do contrato, a correta definição do seu objeto e a estimativa precisa do preço de referência. Trata-se, pois, de condição *sine qua non* para o atendimento do interesse público, em especial no caso da licitação, já que em tais procedimentos está-se a falar da alocação de recursos públicos durante certo período de tempo (PORTA; DAL POZZO, 2021, p. 43). Logo, o fato de uma licitação restar infrutífera por desalinhamento dos gestores públicos (*v.g.*, um projeto básico inviável financeiramente ou deficiente do ponto de vista técnico) pode implicar sanções cíveis e administrativas.

Enfim, não é por conta de princípios explícitos ou implícitos que as contratações públicas têm sido objeto de questionamentos da sociedade civil. Com efeito, a inobservância, durante o trâmite licitatório e a execução contratual, dos princípios e regras já existentes consiste no grande desafio a ser superado.¹ Caso clássico são as hipóteses de extinção do contrato por inadimplemento da Administração: conquanto a nova lei tenha diminuído de 90 dias para dois meses o período de inadimplência para que tal direito à extinção seja constituído em prol do particular (art. 137, § 2º, IV), a mitigação descriteriosa dessa regra pelos órgãos administrativos e judiciais, sob pretextos como “essencialidade do serviço”, transforma qualquer norma em letra morta, independentemente de sua relevância no ordenamento jurídico ou de sua categorização dogmática.

2 Arrefecimento do “menor preço”: potenciais consequências para a divisão do procedimento licitatório entre as fases de habilitação e de julgamento

Um problema identificado no texto normativo é o seguinte: o art. 45, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/1993 estabelece que, no julgamento por menor preço, será o vencedor aquele licitante que apresentar o menor preço dentro das condições previamente estabelecidas no edital. Ou seja: há uma separação nítida entre a fase de habilitação, quando terão de ser atendidos, além de questões de regularidade fiscal e trabalhista, os critérios técnicos previstos pelo edital, e a fase de julgamento, que levará em conta única e exclusivamente o menor preço.

Era esse o entendimento de Marçal Justen Filho (2016, p. 973), quando da vigência exclusiva da lei anterior:

Mas os padrões de identidade e as exigências técnicas não serão verificados na licitação como critério de seleção das propostas. Significa afirmar que não será admissível determinar pontuação proporcional à maior qualidade técnica do produto. O requisito técnico, se atendido pela proposta, assegura a sua admissibilidade. Entretanto, nada impede que seja classificada proposta com qualidade técnica superior à mínima exigida, desde que o gênero do bem seja respeitado e que a classificação se faça exclusivamente pelo critério de menor preço.

Já na Lei 14.133/2021, adotando redação praticamente idêntica à dos parágrafos 1º e 2º do art. 19 da Lei 12.462, de 4 de agosto de 2011, o § 1º do art. 34 afirma que, no julgamento por menor preço, serão levados em conta os **custos indiretos** do objeto licitado, incluindo-se, em tal conceito, o **impacto ambiental e outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida**, sugerindo uma cláusula aberta. A parte final do dispositivo – “sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto

¹ Em verdade, o direito brasileiro experimenta momento de enaltecimento da coerência, do pragmatismo e da qualidade argumentativa na tomada de decisão institucional, o que significa impedir ou limitar o recurso a princípios ou a termos vagos como razões centrais de fundamentação. Carlos Ari Sundfeld, ao tratar das alterações na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) promovidas pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, afirma que o escopo da empreitada legislativa é “influir no modo como princípios são utilizados na prática decisória administrativa, forense e na controladora”, pois pesquisas têm evidenciado que, “por mais generoso que tenha sido, na origem, o movimento de disseminação dos princípios como fonte central do direito positivo – foi uma tentativa de fazer vingar valores não suficientemente positivados em regras do ordenamento, algo nobre –, o resultado tem sido negativo, terminando por legitimar uma prática voluntarista do direito”. [A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. In: *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Rafael Hamze Issa e Rafael Wallbach Schwind (coord.). São Paulo: Quartier Latin, v. I, p. 33-39, 2019, p. 38]. Em interessante raciocínio, Fernando Leal cogita reputar redundante o *caput* do art. 20 da LINDB: “Se princípios são normas com estrutura teleológica, a tomada de decisão com base em princípios jurídicos deveria necessariamente envolver um juízo sobre os possíveis efeitos atrelados à aplicação de medidas destinadas a realizar os estados de coisas a eles vinculados. Justificar decisões com base em princípios significa, assim, recorrer invariavelmente a raciocínios consequencialistas”. [Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. In: *Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias*. Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça (org.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 25-30, 2016, p. 27].

em regulamento” – preocupa-se em dar contornos objetivos aos custos indiretos; porém, é cediço que o cálculo de fatores como impacto ambiental não se restringe a elementos pecuniariamente aferíveis, ao menos não de modo imediato.

Por exemplo: determinado material a ser empregado numa obra, embora mais barato e com vantagens comparativas de manutenção, é prejudicial às espécies de aves que habitam aquela região. Como resolver tal impasse num critério de julgamento por menor preço?

Não só isso: a definição de meio ambiente no ordenamento jurídico brasileiro, constante do art. 3º, inciso I, da Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981, trata-o como o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Pois bem: em uma obra que exige fundação, tem-se a opção de utilizar um equipamento bate-estacas eficiente e pouco custoso, mas que, por possuir uma tecnologia antiga, gera intensa poluição sonora, incômoda aos profissionais que laboram numa área tomada por escritórios executivos. Seria algo a ser dosado num processo licitatório julgado sob o critério de menor preço?

Marçal Justen Filho (2021, p. 477-478), em seu novo *Comentários*, diz que a referência a impacto ambiental deve ser interpretada na acepção de externalidades econômicas, de modo que caberia ao contratado adotar as providências necessárias para resolver o problema e, após, internalizar a despesa correspondente. É justamente nesse ponto, contudo, que reside a celeuma: para que uma externalidade negativa seja quantificada pecuniariamente, deve haver a sua identificação por técnicos da área e a definição das ações a serem tomadas para saná-la. Caso a externalidade não esteja previamente identificada no edital – e, cremos, dificilmente o estariam os dois sobreditos exemplos –, os acréscimos às propostas terão de ser feitos paulatinamente, durante a fase de julgamento.

Conquanto não adotem exatamente esse raciocínio – haja vista que, mais à frente, falam em “internalizar as previsões que conduzam à avaliação do menor dispêndio, a ser refletida **no edital de licitação**” –, Bruno Aurélio e Guilherme Giacomini (2021, p. 208-209) admitem a ampliação do conceito de “menor preço” e a atenção a outros fatores além da “qualidade mínima” do objeto:

Ao dispor sobre a premissa de “menor dispêndio para a Administração Pública”, presente no caput do art. 34 da Lei 14.133/21, amplia-se o conceito de “menor preço”, visando ampliar a verificação dos custos envolvidos numa contratação, comparando, inclusive, uma contratação adequada ou equivocada, afastando o tema da aquisição do menor valor nominal do preço ofertado. Joga-se luz na preocupação geral de contratação, não apenas no momento da aquisição *per se*.

A previsão de tal condicionante tem relevância pois, além da questão tratada acima, sobre a qualidade mínima para utilidade à Administração Pública, outros fatores devem ser levados em consideração de maneira a subsidiar a análise do preço das propostas.

Dito isso, e considerando, ainda, a “inversão geral de fases” determinada pelo art. 17, seria adequado depreender uma intromissão de critérios técnicos no julgamento por menor preço? E, como consequência, haveria uma mitigação da divisão do procedimento licitatório entre fases de habilitação e de julgamento, quando for esse o critério de julgamento adotado? Afinal, se se possibilita que todas as propostas sejam julgadas, bem como que sejam adotados critérios de julgamento que apreciam toda e qualquer externalidade econômica negativa, não parece viável habilitar somente a proposta de menor preço que atingiu os critérios técnicos previstos no edital.

A conclusão da pesquisa empreendida é uma tendência de favorecimento, por parte da Lei 14.133/2021, às propostas que se destacarem no aspecto técnico, havendo três principais evidências disso: (i) para o critério “melhor técnica ou conteúdo artístico”, o preço foi expressamente afastado

como objeto de barganha pelo *caput* do art. 35; (ii) para o critério “técnica e preço”, a técnica ganhou peso de até 70% no julgamento das propostas; e (iii) no critério “menor preço”, serão levados em conta os custos indiretos e o impacto socioambiental da proposta (§ 1º do art. 34), de modo que a qualidade técnica e a capacidade de transformação socioambiental da proposta poderão suplantar o preço baixo. Percebe-se, então, que a técnica está presente até mesmo no critério que supostamente se pautaria de forma exclusiva no preço (“menor preço”), enquanto o preço foi excluído do critério que preza somente pela técnica (“melhor técnica ou conteúdo artístico”).

Como dito acima, isso parece acarretar uma mitigação da divisão do procedimento licitatório entre fases de habilitação e de julgamento, quando for adotado o critério de julgamento por menor preço. Ao se adotar a inversão geral de fases do art. 17 e, concomitantemente, ao apreciar-se toda e qualquer externalidade econômica negativa durante a fase de julgamento, não será regra habilitar apenas a proposta de menor preço que atingiu os critérios técnicos previstos no edital.

3 Robustecimento do processo de contratação direta

As contratações diretas por parte da Administração ganharam capítulo específico na Lei 14.133/2021, englobando os artigos 72 a 75. Não houve mudanças profundas quanto à lógica por trás dessa modalidade de contratação e quanto às hipóteses específicas que a ensejam, mas as alterações promovidas no **processo** de contratação direta merecem atenção.

Muito embora o *caput* do art. 18 da nova lei fale de um **processo licitatório** e o *caput* do art. 72 mencione um **processo de contratação direta** – o que poderia sugerir diferenças substanciais entre os dois ritos –, a verdade é que a contratação direta, responsável por cerca de 56% dos valores contratados pela União em 2020,² herdou vários cuidados preparatórios que, antes, na Lei 8.666/1993, eram observados apenas no âmbito de licitações. Se, na lei anterior, previa-se a instrução da contratação direta com vários elementos facultativos – as expressões “**no que couber**” e “**quando for o caso**” dão a tônica do parágrafo único e dos incisos do art. 26 –, na nova lei são exigidos os seguintes documentos:

- documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;
- estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23;
- parecer jurídico³ e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;
- demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;
- comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;
- razão da escolha do contratado;
- justificativa de preço; e
- autorização da autoridade competente.

² Fonte: Portal da Transparência.

³ Endossamos Márcio Cammarosano (2021) no sentido da obrigatoriedade do parecer jurídico na instrução do processo de contratação direta. Trata-se de exigência impostergável a título de controle prévio da legalidade da contratação pretendida, garantindo também maior segurança jurídica, tanto dos agentes públicos envolvidos na contratação quanto do futuro contratado. E, como bem lembra o autor, o art. 10 da Lei 14.133/2021 prevê a defesa, pela advocacia pública, de agentes públicos que tenham se orientado por parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53, i.e., parecer do órgão de assessoramento jurídico da Administração [Artigo 74. In: *Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21* (Coord.: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun). 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 370].

Ou seja: à exceção dos pareceres técnicos, dos projetos, da análise de riscos e do estudo técnico preliminar, todos os elementos acima **deverão** estar presentes na preparação de toda e qualquer contratação direta, sem margem de discricionariedade para o administrador. Há um forte paralelo, portanto, entre a fase preparatória da contratação direta e a fase preparatória da licitação.

Se, por um lado, a nova lei procurou simplificar e uniformizar o procedimento das diferentes modalidades de licitação por meio do art. 17, o procedimento de contratação direta passou a contar com maior rigor formal – e, frise-se, isso não é algo necessariamente ruim, pois a maioria das novas exigências têm razão de ser e buscam evitar fraudes naquilo que é o principal meio de investimento do erário. A depender do ente licitante, uma reduzida equipe de servidores, com a devida capacitação, pode desempenhar a função com qualidade e celeridade. Vê-se que o legislador exigiu que o gestor público atue com maior eficiência, valendo-se de um planejamento estratégico quando pretender adquirir um bem ou contratar um serviço de forma direta (CAPELOTTO; SILVA, 2021, p. 358).

Agora, passemos às hipóteses que justificam a contratação direta, a começar pela inexigibilidade de licitação. Como dito acima, a lógica foi mantida: há um **dever** da Administração de não licitar em situações que apresentem inviabilidade de competição (*v.g.*, a existência de um único fornecedor) ou inviabilidade de disputa (impossibilidade de um julgamento baseado em critérios objetivos). Um destaque positivo é a extinção do termo “natureza singular”, jabuticaba da lei antiga que, apesar de gerar grande debate, somente indicava, no fim das contas, a ausência de critérios objetivos para a seleção de propostas, porquanto interessa mais, à satisfação da necessidade administrativa, “quem” executará o contrato do que “o que” se executará pelo contrato — ou seja, prevalece o aspecto subjetivo da contratação.⁴ Serviço de natureza singular não é aquele que só um possa prestar, mas sim o serviço que, pela sua natureza, reclama criatividade relevante do prestador, técnica e estratégia como expressões de seu próprio talento e, assim, incotejáveis prévia e objetivamente (CAMMAROSANO, 2021, p. 373-374).

Outra novidade relevante foi a previsão de aquisição e locação de imóveis como hipóteses de inexigibilidade, ao passo que, na lei anterior, eram de dispensa de licitação. Nesse contexto, o § 5º do art. 74 passou a exigir a realização de: **(i)** avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação e dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e prazo de amortização dos investimentos; **(ii)** a certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto; e **(iii)** a apresentação das justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

Muito bem. Já em relação à dispensa de licitação, a lógica também permanece a mesma: é **facultado** ao administrador não realizar um processo de licitação, seja porque inoportuno, seja porque desnecessário, sempre **a depender do caso concreto**. Na mesma linha, as hipóteses de dispensa continuaram similares às da lei anterior. Vale lembrar que, ao contrário do que ocorre na inexigibilidade, o rol legal de hipóteses de dispensa de licitação é **taxativo**, ou seja, não comporta analogias ou exceções, e isso porque tais hipóteses são, geralmente, escolhas meramente políticas do legislador – um exemplo é a dispensa na contratação de coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis realizados por associações ou cooperativas formadas por

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello entendeu como lamentável a eliminação da “singularidade do serviço” porque, por essa nova sistemática, qualquer serviço técnico poderia, em tese, ser contratado sem licitação, bastando a notória especialização do prestador (*Curso de direito administrativo*. 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2021, p. 562). Com a licença do nosso maior administrativista, parece-nos que o termo “singular”, constante da antiga lei, não era um óbice a esse permissivo genérico, porquanto carecia de fixação de sentido, conteúdo e alcance; em outras palavras, trazia mais questionamentos do que respostas. Com o robustecimento do processo de contratação direta, trazido pela Lei 14.133/21, caberá à Administração instruí-lo a ponto de, pontualmente, **justificar a necessidade** de um prestador de serviço de notória especialização para aquele objeto contratado.

pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis (art. 75, IV, “j”).

Por fim, falemos brevemente das sanções para irregularidades na contratação direta. O art. 73 da Lei 14.133/21 estabelece que, em caso de contratação direta **indevida** – i.e., que não poderia ter ocorrido, quer por não se tratar de hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação, quer por vício residente mesmo no processo de contratação (CAMMAROSANO, 2021, p. 360-362) – realizada com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Tem-se, então, para tal responsabilização solidária, a necessidade de conjugação de: **(i)** contratação direta indevida; **(ii)** ofensa à ordem jurídica imputável a um agente público; **(iii)** comprovação de dano ao erário – o que, à luz do art. 10 da Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, entende-se por perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação de bens ou haveres; e **(iv)** atuação do agente público com dolo, fraude ou erro grosseiro, em sintonia com o previsto no art. 28 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), dispositivo recentemente incluído no diploma pela Lei 13.655, de 25 de abril de 2018.⁵

Isso quer dizer que, para além das já conhecidas sanções administrativas e cíveis – ressarcimento do prejuízo causado, proibição de contratar com a Administração etc. –, também poderá haver condenação criminal, visto que a nova lei alterou o Código Penal e nele incluiu um novo tipo penal, descrito no art. 337-E: “admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”, sujeitando o indivíduo a uma pena de reclusão de 4 a 8 anos. Vale acentuar, conforme observado por Paulo Henrique Capelotto e Raphael Silva (2021, p. 365), que o fato de haver crime que diga respeito à contratação direta indevida atrai a demonstração de que o dolo deixe de ser genérico e passe a ser considerado dolo específico do crime, devendo o órgão de controle legitimado indicar a vontade consciente e deliberada, do agente e eventualmente do contratante,⁶ de violar aquele bem jurídico tutelado. Em suma, há de se demonstrar que “o agente **admitiu, possibilitou ou deu causa** à uma contratação direta fora das hipóteses previstas em lei”.

Atente-se, contudo, que qualquer condenação – seja ela cível, administrativa ou criminal – deverá observar as ponderações previstas no *caput* e nos parágrafos 1º e 2º do art. 22 da LINDB, também incluídos no diploma pela Lei 13.655/2018. De mais a mais, a aplicação de sanções em diferentes esferas, em razão da mesma irregularidade, não inviabiliza e nem mesmo exclui a necessidade de ser realizada a **harmonização** de seus efeitos, por força tanto do parágrafo 3º do mencionado art. 22, quanto das premissas constitucionais que pautam a aplicação de sanções no ordenamento jurídico brasileiro, segundo o defendido por Yasser Reis Gabriel (2021, p. 192-200) em vitoriosa tese de doutoramento.

Conclusão

O presente trabalho se resume a notas pontuais sobre textos normativos, carecendo de maior profundidade acadêmica. De todo modo, prestou-se a demonstrar que, no tocante aos princípios arrolados no art. 5º da Lei 14.133/2021, sua diferença em relação ao texto da lei antiga é o fato de

5 Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que o art. 28 da LINDB erigiu a gradação do comportamento humano (erro grosseiro) não mais como um elemento da dosimetria da pena, mas como circunstância apta a qualificar a conduta voluntariamente praticada como infracional. Desloca-se, assim, a intensidade do comportamento humano – doloso ou culposo – da sanção para a infração (*Curso de direito administrativo, ob. cit.*, p. 266).

6 Sujeito ativo é o agente público detentor do poder decisório de realizar ou dispensar a licitação, mas qualquer pessoa, mesmo não sendo servidor público, pode concorrer para o crime, auxiliando, induzindo ou instigando o autor principal a praticá-lo, caso em que incidirá nas mesmas penas (art. 29 do Código Penal).

tornar expresso o que antes era implícito, mas amplamente reconhecido pela prática administrativa de contratações e pela jurisprudência, tanto dos tribunais de contas quanto do Poder Judiciário.

Demonstrou, ainda, que a presença de elementos técnicos – *i.e.*, além dos requisitos técnicos previstos no edital –, mesmo no critério de julgamento por menor preço, evidencia uma prevalência da **técnica** no microsistema de contratações públicas, o que resulta, inclusive, na atenuação da divisão do procedimento licitatório entre as fases de habilitação e de julgamento, quando o julgamento se der no critério de menor preço.

Por fim, percebeu-se um forte paralelo entre a fase preparatória da contratação direta e a fase preparatória da licitação, significando um robustecimento do processo de contratação direta, o qual herdou vários cuidados preparatórios que, antes, na Lei nº 8.666/1993, eram observados apenas no âmbito de processos licitatórios. Está findado o modelo que previa a instrução da contratação direta com vários elementos facultativos, com prevalência das expressões “**no que couber**” e “**quando for o caso**”.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 1ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

AURÉLIO, Bruno; GIACOMINI, Guilherme. Artigos 33 a 38. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21 (Coord.: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun). 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 35ª ed., São Paulo: Malheiros, 2021.

CAMMAROSANO, Márcio. Artigo 73 e Artigo 74. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21 (Coord.: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun). 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

CAPELOTTO, Paulo Henrique Triandafelides; SILVA, Raphael Leandro. Artigo 72 e Artigo 73. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada**: Lei 14.133/21 (Coord.: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun). 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

GABRIEL, Yasser Reis. **Harmonização de efeitos das sanções de direito administrativo**. Tese (Doutorado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratações administrativas**: Lei 14.133/2021. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**: Lei 8.666/1993. 17ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEAL, Fernando. Inclinações pragmáticas no direito administrativo: nova agenda, novos problemas. **Transformações do direito administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Fernando Leal, José Vicente Santos de Mendonça (org.). Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, p. 25-30, 2016.

PORTA, Marcos de Lima; DAL POZZO, Antonio Araldo Ferraz. Artigo 5º. **Lei de Licitações e Contratos Administrativos Comentada: Lei 14.133/21** (Coord.: Augusto Neves Dal Pozzo, Márcio Cammarosano, Maurício Zockun). 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

SUNDFELD, Carlos Ari. A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e sua renovação. **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro anotada: Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho, Rafael Hamze Issa e Rafael Wallbach Schwind (coord.). São Paulo: Quartier Latin, v. I, p. 33-39, 2019.