

**GOVERNANÇA NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES:
EM BUSCA DA INTEGRIDADE NAS INSTITUIÇÕES**
*GOVERNANCE IN THE NEW BIDDING LAW:
IN SEARCH OF INTEGRITY IN INSTITUTIONS*

Vladimir Brega Filho

Mestre e doutor em direito; estágio de pós-doutoramento na Universidade de Lisboa (2013). Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná e promotor de justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo.

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz

Doutoranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professora de Direito à Educação. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Claudio Smirne Diniz

Doutor em Direito (PUC/PR). Professor do PPGD da Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR).

RESUMO

A Lei nº 14.133/2021 trouxe significativas modificações no regime jurídico das licitações e contratações públicas, conferindo-lhe maior racionalidade, atualidade e incremento dos sistemas de controle. Incorpora, a nova Lei, fundamentos da governança pública, relacionados ao planejamento das aquisições, instrumentalizado, dentre outros, pelo plano de contratações anual; gestão de riscos, de maneira a distribuí-los, previamente, entre os contratantes, evitando-se litígios; gestão por competências e segregação das funções; a instituição de Portal Nacional de Contratações Públicas, em favor de transparência e do controle; além de programas de integridade, com ênfase na prevenção de ilícitos. Trata-se de importante sistemática para a consecução das finalidades do procedimento licitatório, constituindo-se em inegável contribuição para a eficiência das contratações públicas.

Palavras-chave: Licitações. Contratos administrativos. Governança pública. Planejamento. Integridade.

ABSTRACT

Law nº 14.133/2021 brought significant changes to the legal regime of public tenders and contracting, giving it greater rationality, timeliness and an increase in control systems. It incorporates, the new Law, fundamentals of public governance, related to the planning of acquisitions, instrumented, among others, by the annual contracting plan; risk management, in order to previously distribute them among the contracting parties, avoiding disputes; management by competencies and segregation of duties; the institution of the National Public Procurement Portal, in favor of transparency and control; in addition to integrity programs, with emphasis on the prevention of illicit acts. This is an important systematic for achieving the purposes of the bidding procedure, constituting an undeniable contribution to the efficiency of public procurement.

Keywords. Bids. Administrative contracts. Public governance. Planning. Integrity.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Finalidades. 3. Governança pública. 4. Governança nas aquisições: planejamento e o plano de contratações anual. 5. Gestão de riscos. 6. Gestão por competências e segregação das funções. 7. Agente de contratação. 8. Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). 9. Programas de integridade. 10. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo está a lidar com significativas inovações trazidas pela nova Lei de Licitações (Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021¹). A relevância do tema é indiscutível, porque grande parcela dos orçamentos públicos destina-se ao adimplemento das obrigações fundadas em contratos administrativos, tendo em vista que esses, ao contrário do que ocorre no regime jurídico de direito privado, são necessariamente precedidos do procedimento licitatório (CF, art. 37, XXI²).

A disciplina das licitações envereda-se por campos extremamente sensíveis, a desafiar a própria contenção do exacerbado poder econômico estatal, capaz de definir preços de produtos e serviços; e, ao mesmo tempo, encontra resistência nos grupos privados de pressão, alguns, infelizmente, com relações estreitas com práticas corruptivas³.

Observa-se que há certo consenso em relação ao ponto de que uma nova lei seria efetivamente necessária. Em que pese a importância da Lei nº 8.666/1993, inegável seu formalismo excessivo, possivelmente anacrônico em relação ao dinamismo exigido da Administração Pública contemporânea.

Assim, a Lei busca maior eficiência nas contratações públicas, o que reivindica o uso de novas tecnologias, como bem ilustra a preferência pelos procedimentos eletrônicos (art. 17, § 2º); e a utilização de sistemas de integridade nas contratações.

A nova Lei inspira-se em regimes de contratação previstos em leis especiais, notadamente na Lei do Pregão e no Regime Diferenciado de Contratação, além de orientações jurisprudenciais já sedimentadas sobre o tema, consolidando, agora, em um único texto, institutos e sistemáticas que até então encontravam-se dispersos e com aplicação restrita.

¹ Trata-se de matéria de competência legislativa concorrente, sendo a competência privativa da União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios [...]” (CF, art. 22, XXVII). Precedente: ADI 1.746. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 18-9-2014, P. DJE de 13-11-2014.

² “XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

³ “*Corruption is one of the main obstacles to sustainable economic, political and social development, for developing, emerging and developed economies alike. Overall, corruption reduces efficiency and increases inequality. Estimates show that the cost of corruption equals more than 5% of global GDP (US\$ 2.6 trillion, WorldEconomic Forum) with over US\$ 1 trillion paid in bribes each year (World Bank). It is not only a question of ethics; we simply cannot afford such waste*” (OECD, 2023).

Exemplo disso é a inversão das fases da licitação, de tal maneira que o julgamento anteceda a habilitação, conferindo maior eficiência e celeridade ao procedimento. Tal inovação já havia sido adotada na Lei do Pregão, no Regime Diferenciado de Contratação, nas Estatais e nas Concessões.

Agora, todas as licitações e contratações públicas passam a ser regidas por uma única Lei, à exceção das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias, as quais permanecem submetidas ao regramento da Lei nº 13.303, de 30.06.2016, ressalvadas as disposições referentes aos crimes licitatórios (art. 1º, § 1º).

Submetem-se ao dever de licitar, além dos órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente, pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (CF, art. 37, XXI).

Constitui-se o procedimento administrativo licitatório em instrumento utilizado para a contratação, com terceiros, de obras, serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações, por meio do qual é selecionada, por critérios objetivos, a proposta mais vantajosa, na perspectiva do interesse público. Por outro lado, assegura-se, em tais procedimentos, a igualdade de tratamento e de oportunidades entre os interessados em contratar com a Administração Pública.

São pressupostos lógicos da licitação a existência de pluralidade de objetos e pluralidade de ofertantes; e pressuposto jurídico, a constatação de que a licitação possa se constituir em meio apto para a Administração atender ao interesse que deve prover.

Pretende-se destacar, no presente ensaio, as finalidades a serem atingidas pelo procedimento licitatório e a contribuição das práticas de governança, oriundas da gestão privada, para a consecução de tais objetivos, sendo certo que essa nova postura implica em substancial modificação e aperfeiçoamento das rotinas administrativas.

2. FINALIDADES

Os objetivos do procedimento licitatório estão elencados no art. 11, *caput*, da Lei nº 14.133/2021⁴. Em síntese, quer-se, com a licitação, selecionar a proposta que melhor atenda

⁴ Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos: 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

às necessidades da Administração Pública, “inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto”. Vale dizer, deverá ser considerada, como critério seletivo, a durabilidade da solução apresentada, uma vez que, eventualmente, produtos de valores mais baixos podem ser menos duráveis e, portanto, implicarem em maiores custos a longo prazo.

Objetiva-se, também, a justa competição e o tratamento isonômico entre os licitantes. Pondera-se, todavia, que a vedação de qualquer favorecimento a determinado licitante, em detrimento dos demais, não impede que seja encetada disciplina diferenciada a particulares legalmente protegidos, a exemplo do que ocorre com as microempresas e empresas de pequeno porte.

O procedimento licitatório pretende coibir contratações superfaturadas ou, ao contrário disso, com preços manifestamente inexequíveis. Pretende-se, igualmente, incentivar a inovação tecnológica e o desenvolvimento sustentável, vetor que abrange aspectos ambientais e socioeconômicos, tais como a preservação do meio ambiente, o pleno emprego, o fomento às pequenas empresas.

Para o atingimento de tais finalidades, as boas práticas, aglutinadas na concepção do que se denomina como governança pública, credenciam-se como indispensáveis instrumentos.

3. GOVERNANÇA PÚBLICA

Entende-se por governança o sistema de regras de controle e direção, idealizado no âmbito da Ciência da Administração, a que se submete determinada organização, com o propósito de aprimorar seu desempenho. Trata-se de prática marcada, dentre outros aspectos, pelo caráter de prevenção (e não de repressão) aos desvios e à inadequada utilização de recursos.

A ideia de governança pública está associada “à estruturação dos órgãos estatais e à organização de seu funcionamento, de modo a assegurar níveis elevados de objetividade, eficiência e legitimidade”, por meio da “segregação de funções, da existência de órgãos dotados de competências específicas para desenvolvimento das atividades-fim (em uma acepção ampla) e à adoção de órgãos de controle interno e externo da regularidade da atuação dos diversos agentes” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 264).

com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

O conceito traz como diretrizes a adoção de soluções inovadoras e planos estratégicos, a desburocratização, o crescente uso dos meios tecnológicos, a articulação entre as instituições, o aprimoramento do controle interno e a gestão de riscos (AMADO, 2021, p. 209-218).

O art. 7º da Lei nº 14.133/2021 trata especificamente do tema:

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

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

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

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

§ 1º A autoridade referida no *caput* deste artigo deverá observar o princípio da segregação de funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no *caput* e no §1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

Anteriormente, a Instrução Normativa Conjunta nº 1/2016 do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e da Controladoria Geral da União já tratava da implantação de práticas de governança no âmbito do Poder Executivo Federal, associando a elas “mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a atuação da gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade”.

De igual forma, o Decreto nº 9.203, de 22 de novembro de 2017, também se ocupava da política de governança da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional (art. 2º, III), conceituada como o conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão (art. 2º, I).

Contemplava os seguintes princípios: capacidade de resposta, integridade, confiabilidade, melhoria regulatória, prestação de contas, responsabilidade e transparência (art. 3º). Importa destacar que o conceito de transparência⁵ mostra-se mais amplo que o de

⁵ Na ordem jurídica interna, o acesso às informações constitui-se em direito fundamental: “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que

publicidade. Enquanto esse encontra-se restrito às formas de divulgação dos atos administrativos, aquele abrange a acessibilidade das informações, de forma integral, sem necessidade de requerimento (transparência ativa), a serem disponibilizadas em arquivos abertos, que permitam o tratamento de dados.

Isso porque, a simples oferta de dados, “em tempos de desenvolvimento tecnológico, se apresentados sem uma arquitetura minimamente compreensível, podem se tornar muito mais uma ferramenta de ocultação do que de revelamento” (VALLE, 2014).

É exatamente o que José Joaquim Gomes Canotilho denomina de “direito de arquivo aberto” (CANOTILHO, 2003, p. 516):

O direito ao arquivo aberto deve hoje conceber-se não apenas como o direito a obter informações por parte dos cidadãos, mas também como direito a uma *comunicação aberta* entre as autoridades e os cidadãos. A comunicação aberta implicará, entre outras coisas, o dever de a administração *fornecer activamente informações* (ex.: colocar os dados informativos na Internet, criar *sites* adequados, ofertas *on-line*).

O imperativo da governança indica o dever de implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos, voltados à identificação de vulnerabilidades; adotar mecanismos de controle interno para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos. De igual modo, é necessário promover um ambiente de integridade e confiabilidade para as contratações, do que se esperam resultados eficientes e efetivos⁶.

4. GOVERNANÇA NAS AQUISIÇÕES: PLANEJAMENTO E O PLANO DE CONTRATAÇÕES ANUAL

O planejamento, fundado na previsão tempestiva de contratações, é visto como instrumento de intensificação da eficiência, inserindo-se, portanto, no ambiente da governança (art. 18). Refere-se, na verdade, à prática que deve, necessariamente, estar presente em qualquer organização, sobretudo naquelas que movimentam vultosos recursos financeiros, comprometidos à satisfação de necessidades fundamentais.

serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado” (CF, art. 5º, XXXIII).

⁶ Art. 11. [...] Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no *caput* deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

A concretização do planejamento está a depender de que cada unidade da Administração venha a estimar suas necessidades de contratação, encaminhando-as a setor responsável pela correspondente consolidação e compatibilização.

O passo seguinte seria o exercício decisório, pela autoridade competente, no sentido de avaliar as demandas. “Essas decisões deverão ser adotadas tomando em vista o planejamento estratégico, os demais instrumentos de planejamento de médio e longo prazo e as disponibilidades previsíveis” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 274).

Nessa linha, a governança nas aquisições exige a instituição de plano de contratações anual (art. 12, VII⁷), concebido com propósitos de racionalização, de forma a evitar compras episódicas ou aleatórias, tendentes ao desperdício ou à perda de escala.

Pretende-se, também, com a referida ferramenta, garantir a observância do alinhamento com o planejamento estratégico, assim como constitui-se em elemento de subsídio para a elaboração das respectivas leis orçamentárias (art. 11, parágrafo único). Deverá o plano ser divulgado na internet e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e execução dos contratos (art. 12, § 1º).

A elaboração do plano de contratações anual será disciplinada em regulamento, a ser editado no âmbito de cada ente federado. No âmbito da União, o Decreto nº 10.947, de 25.01.2022, regulamenta o inc. VII do art. 12 da Lei nº 14.133/2021, “para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”⁸.

É também previsto o estudo técnico-preliminar, por meio do qual se identifica o problema e idealiza-se a melhor solução, “de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação” (art. 18, § 1º⁹).

⁷ Art. 12. [...] VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias. [...]

⁸ O art. 5º do Decreto estabelece seus respectivos objetivos: “A elaboração do plano de contratações anual pelos órgãos e pelas entidades tem como objetivos: I - racionalizar as contratações das unidades administrativas de sua competência, por meio da promoção de contratações centralizadas e compartilhadas, a fim de obter economia de escala, padronização de produtos e serviços e redução de custos processuais; II - garantir o alinhamento com o planejamento estratégico, o plano diretor de logística sustentável e outros instrumentos de governança existentes; III - subsidiar a elaboração das leis orçamentárias; IV - evitar o fracionamento de despesas; e V - sinalizar intenções ao mercado fornecedor, de forma a aumentar o diálogo potencial com o mercado e incrementar a competitividade”.

⁹ “§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do *caput* deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos: I - descrição da necessidade da contratação, considerado o

O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar: I - condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; II - processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente (art. 40).

5. GESTÃO DE RISCOS

A governança pressupõe, também, a gestão de riscos¹⁰, instrumentalizada por cláusula de “matriz de alocação de riscos” (art. 22¹¹). Trata-se de significativa alteração na concepção clássica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, porque

problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público; II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração; III - requisitos da contratação; IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala; V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar; VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação; VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso; VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação; IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis; X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual; XI - contratações correlatas e/ou interdependentes; XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável; XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina”.

¹⁰ A Lei das Parcerias Público-Privadas inaugurou expressamente a alocação de riscos entre os contratantes: Art. 5º. As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...] III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

¹¹ Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo. § 1º A matriz de que trata o *caput* deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual. § 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto: I - às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento; II - à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual; III - à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado. § 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado. § 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

inova em relação à possibilidade de escolha, pelas partes contratantes, de quem suportará os ônus financeiros de evento futuro¹².

Transcreve-se o dispositivo que traz seu conceito:

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

[...]

XXVII - matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e de responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações:

a) listagem de possíveis eventos supervenientes à assinatura do contrato que possam causar impacto em seu equilíbrio econômico-financeiro e previsão de eventual necessidade de prolação de termo aditivo por ocasião de sua ocorrência;

b) no caso de obrigações de resultado, estabelecimento das frações do objeto com relação às quais haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, em termos de modificação das soluções previamente delineadas no anteprojeto ou no projeto básico;

c) no caso de obrigações de meio, estabelecimento preciso das frações do objeto com relação às quais não haverá liberdade para os contratados inovarem em soluções metodológicas ou tecnológicas, devendo haver obrigação de aderência entre a execução e a solução predefinida no anteprojeto ou no projeto básico, consideradas as características do regime de execução no caso de obras e serviços de engenharia;

[...]

Depreende-se da doutrina (MOREIRA, 2022, p. 49-50):

O termo “matriz” refere-se ao lugar onde algo é instalado; a sua principal fonte ou origem; onde funciona sua direção central. Em outras palavras, na cláusula contratual em que os riscos do contrato são catalogados, sistematizados e consensualmente alocados nessa matriz. Existem escolhas técnicas, exame de boas práticas setoriais, análise de custos e respectiva precificação. A partir de sua positivação contratual, torna-se objetiva a alocação de riscos: suprime-se a subjetividade de sua responsabilização futura. Para certos eventos, sabe-se de antemão quem deverá arcar com sua prevenção e, caso ocorra, com sua gestão, solução e custos.

A identificação dos riscos inicia-se com o diagnóstico da instituição, a ser elaborado de forma a contemplar aspectos quantitativos (estrutura física, estoque de materiais, histórico de compras, etc...) e qualitativos (capacitação, tecnologia disponível, dentre outros).

A definição prévia dos riscos, com a correspondente distribuição entre as partes contratantes, contribui para a redução de “custos extraordinários em razão de surpresas e

¹² “Os riscos são eventos futuros e incertos, definidos com base em experiências anteriores. Advêm da possibilidade de conhecimento objetivo dos fatos, dados e séries históricas. Com base em informações pretéritas, as partes avaliam a probabilidade com que eventos determináveis poderão ocorrer no futuro, bem como a viabilidade de seu gerenciamento e custos potenciais. Por isso, é possível sua quantificação econômica, alocação intersubjetiva e a realização de escolhas de médio e longo prazos (com a definição dos respectivos custos e estratégias para a sua mitigação e/ou indenização)” (MOREIRA, 2022, p. 51).

esvazia os litígios, tornando harmoniosa a relação entre as partes” (GARCIA; MOREIRA, 2020, p. 47).

Os riscos, relativos a eventos supervenientes, serão alocados “entre contratante e contratado, mediante indicação daqueles a serem assumidos pelo setor público ou pelo setor privado ou daqueles a serem compartilhados” (art. 103, *caput*), de forma que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato será considerado mantido todas as vezes em que eventuais impactos no contrato estejam contemplados, e, portanto, absorvidos, pela matriz de riscos (art. 103, § 5º¹³).

Consigne-se que a gestão de riscos deverá ser praticada de maneira contínua e permanente (art. 169)¹⁴.

6. GESTÃO POR COMPETÊNCIAS E SEGREGAÇÃO DAS FUNÇÕES

A gestão por competências (art. 7º), diretriz advinda de “concepção organizacional quanto à gestão de pessoas, caracterizada por privilegiar a adequação entre atribuições e

¹³ § 5º Sempre que atendidas as condições do contrato e da matriz de alocação de riscos, será considerado mantido o equilíbrio econômico-financeiro, renunciando as partes aos pedidos de restabelecimento do equilíbrio relacionados aos riscos assumidos, exceto no que se refere: I - às alterações unilaterais determinadas pela Administração, nas hipóteses do inciso I do *caput* do art. 124 desta Lei; II - ao aumento ou à redução, por legislação superveniente, dos tributos diretamente pagos pelo contratado em decorrência do contrato.

¹⁴ Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa: I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade; II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade; III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas. § 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o *caput* deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas. § 2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo. § 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do *caput* deste artigo observarão o seguinte: I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis; II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

BREGA FILHO, Vladimir; DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos; DINIZ, Claudio Smirne. Governança na nova Lei de Licitações: em busca da integridade nas instituições. *RJESMPSP*, 22, 2022, p. 147-165.

qualificações do sujeito” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 196), também está prevista na concepção da governança¹⁵.

Trata-se de conceito relacionado à estipulação das atribuições de cada função administrativa, a ser definida consoante os atributos exigidos para o correspondente desempenho, sempre associada a critérios produtores de avaliação, destacando-se, neste ponto, a função dos tribunais de contas de promover a capacitação dos servidores¹⁶. Refere-se, portanto, à alocação de recursos humanos em função do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes que o agente público deve reunir para o desempenho exitoso de suas atividades.

Os comandos contidos no art. 7º obrigam a “autoridade máxima do órgão ou da entidade” e podem ensejar sua responsabilização pessoal (JUSTEN FILHO, 2021, p. 195), inclusive diante da caracterização do elemento subjetivo, na modalidade da culpa *in eligendo*, consubstanciada na escolha inadequada do agente público para a prática de terminado ato:

A ausência de implantação da gestão por competências no âmbito do órgão ou da entidade, a inobservância da separação de funções e a designação de agentes sem observância das imposições do art. 7º configuram infração a dever legal expresso. A configuração dessa infração independe da consumação de dano ao patrimônio da Administração, eis que se trata de ilícito formal. A consumação de algum dano patrimonial impõe o agravamento do sancionamento, mas não se constitui em requisito para tanto.

Dentre os requisitos a serem observados para a adequada designação de agentes públicos, destacam-se: (i) preferencialmente, manter vínculo permanente com a Administração; (ii) exercer atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuir formação compatível ou, ainda, qualificação atestada por escola de governo; (iii) não manterem vínculos com licitantes ou contratados habituais.

Da gestão por competências decorre a regra da segregação das funções (art. 7º, § 1º), consistente na pulverização das atribuições a agentes públicos diversos, conduzindo à especialização, com inegáveis ganhos de eficiência.

¹⁵ O então Decreto Federal 5.707/2006, atualmente substituído pelo Decreto Federal 9.991/2019, já instituiu as Diretrizes para o Desenvolvimento de Pessoal, tendo como uma das finalidades a adequação das competências dos agentes públicos. Compreendia a gestão por competência como a “gestão da capacitação orientada para o desenvolvimento do conjunto de conhecimentos, habilidades e atitudes necessárias ao desempenho das funções dos servidores, visando ao alcance dos objetivos da instituição”.

¹⁶ Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

Tal prática também se justifica porque, ao evitar a acumulação de atribuições em um único ou em poucos agentes, minimizam-se os conflitos de interesse, reduzem-se os riscos de fraudes (também porque se dispersa a pressão de agentes externos), assim como é facilitada a apuração de falhas ou desvios, porquanto a indesejada cumulação poderia propiciar que o agente que viesse a praticar o ilícito promovesse eventualmente sua ocultação.

7. AGENTE DE CONTRATAÇÃO

A instituição do agente de contratação, prevista no art. 8º da Lei 14.133/2021, constitui-se em mais uma prática voltada à consecução da governança nas organizações. Trata-se de pessoa designada pela autoridade competente, dentre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública (por isso, naturalmente com maior autonomia para agir), para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório, até a homologação.

O agente de contratação, que deverá ser apoiado por uma equipe, ao assumir a responsabilidade pela condução do procedimento licitatório, substitui a comissão, composta por três membros, sendo ao menos dois qualificados e integrantes dos quadros permanentes dos órgãos da Administração Pública, prevista no art. 51 da Lei 8.666/1993.

Recebe a incumbência por fazer cumprir as diretrizes de governança da instituição, o que deve ser efetivado, por exemplo, mediante a correta alimentação dos dados nos portais eletrônicos, por meio da adequada participação na elaboração do plano anual de contratações, com a racionalização das despesas, dentre outros.

8. PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP)

Fica instituído, nos termos do art. 174, o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), iniciativa que promete substituir rotinas arcaicas “por uma nova visão gerencial, orientada para resultados, que promove os princípios da transparência (*openness*), integridade (*integrity*) e responsividade (*accountability*) típicos de uma boa governança pública” (VIEIRA; FURTADO, 2021, p. 105).

No PNCP constará cadastro unificado de proponentes e licitantes, capaz de conferir maior transparência aos procedimentos e padronizar a forma de divulgação. Nele estarão

concentradas as divulgações das licitações de todos os entes públicos do país, inclusive de pequenos municípios, sem prejuízo de que, facultativa e complementarmente, cada qual mantenha sítio eletrônico de divulgação própria.

Trata-se de plataforma complexa, com muitas facilidades, cuja adoção, além da evidente redução de custos de divulgação, especialmente os que incidem na correspondente publicação em jornais impressos de grande circulação, permite a comparação de custos, evitando o sobrepreço¹⁷; facilita as buscas em relação às compras e alienações públicas; e intensifica o exercício da atividade dos variados órgãos de controle.

Nesse sentido (VIEIRA; FURTADO, 2021, p. 107):

O PNPC é uma ferramenta de gestão das compras públicas e sua adequada implementação permitirá administrar melhor as informações sobre os processos (monitorar e avaliar), ampliar a competição (fortalecer a relação preço-qualidade), fomentar a participação (aperfeiçoar o planejamento), fortalecer o controle social e, dessa forma, favorecer o aprendizado, incentivar a inovação e aprimorar o sistema nacional de compras públicas, buscando o que é tão caro à democracia brasileira: a confiança do cidadão no processo de compras públicas.

Destaca-se a necessidade de divulgação do valor contratado em cotejo com o valor efetivamente pago, permitindo melhor visualização dos corriqueiros aditivos celebrados ao longo da execução contratual.

Importa, outrossim, e com os mesmos propósitos antes mencionados, a criação de sistema unificado de registro de preços.

9. PROGRAMAS DE INTEGRIDADE

Os programas de integridade são mecanismos gerenciais destinados a “impedir desvios éticos e práticas de fraude a terceiros, inclusive aqueles atinentes à corrupção. Esses programas envolvem a implantação de controles internos muito rígidos, especialmente no tocante ao destino de verbas e recursos de titularidade da empresa” (JUSTEN FILHO, 2021, p. 417).

¹⁷ O Tribunal de Contas da União há muito orientava referida prática: “Licitação. Orçamento estimativo. Elaboração. É recomendável que a pesquisa de preços para a elaboração do orçamento estimativo da licitação não se restrinja a cotações realizadas junto a potenciais fornecedores, adotando-se, ainda, outras fontes como parâmetro, como contratações similares realizadas por outros órgãos ou entidades públicas, mídias e sítios eletrônicos especializados, portais oficiais de referenciamento de custos” (TCU. Acórdão 2816/2014. Representação, Relator Ministro José Múcio Monteiro).

BREGA FILHO, Vladimir; DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos; DINIZ, Claudio Smirne. Governança na nova Lei de Licitações: em busca da integridade nas instituições. *RJESMSP*, 22, 2022, p. 147-165.

O art. 41 do Decreto federal nº 8.420/2015 (substituído pelo Decreto federal nº 11.129/2022), que regulamentou a Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção), já conceituava programa de integridade¹⁸:

Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.

Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade¹⁹.

Destaca-se a necessidade de ser instituída, na estrutura da organização, instância competente para a aplicação e fiscalização do cumprimento do programa, que possa desenvolver suas atividades com plena autonomia (Dec. 8.420/2015, art. 42, IX, substituído pelo Dec. 11.129/2022, art. 57, IX). O controle interno deve estar apto a elaborar relatórios e demonstrações financeiras, atestando sua confiabilidade (Dec. 8.420/2015, art. 42, VII, substituído pelo Dec. 11.129/2002, art. 57, VII).

¹⁸ O art. 42 do Decreto estabelecia os parâmetros de avaliação do programa de integridade: Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros: I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa; II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos; III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade; V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade; VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica; VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiros da pessoa jurídica; VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões; IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento; X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciantes de boa-fé; XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade; XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados; XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas; XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos. Atualmente o texto corresponde ao art. 57 do Dec. 11.129/2022.

¹⁹ Essa redação corresponde ao art. 56 do Decreto atual.

Nas hipóteses de contratações de grande vulto, definidas como aquelas cujo valor estimado da contratação supera duzentos milhões de reais (art. 6º, XXII²⁰), o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de seis meses, contado da celebração do contrato (art. 25, § 4º).

Por outro lado, o desenvolvimento de programas de integridade, conforme orientação dos órgãos de controle, constitui-se em critério geral de desempate entre as propostas dos licitantes (art. 60, IV).

A implantação ou o aperfeiçoamento de programas de integridade serão considerados na imposição e na dosimetria de sanções administrativas, tais como advertência, multa, impedimento de licitar e contratar, declaração de inidoneidade para licitar ou contratar (art. 156, § 1º, V).

E, uma vez aplicada sanção pela prática de atos lesivos à Administração Pública (art. 155, XII) ou em razão da apresentação de declaração/documentação falsa no certame ou durante a execução do contrato (art. 155, VIII), a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável é condição de reabilitação do licitante ou contratado (art. 163, parágrafo único).

A definição das medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo descumprimento das obrigações relacionadas a programas de integridade serão definidas em regulamento (art. 25, § 4º).

Importa, também, para a efetivação das medidas de *compliance*²¹, a definição de competências e a capacitação dos gestores ou órgãos responsáveis pela aferição das medidas.

10. CONCLUSÕES

A Lei nº 14.133/2021 anuncia-se como instrumento hábil a promover a evolução do regime jurídico das licitações e contratações públicas, conferindo maior racionalidade e atualidade às demandas contemporâneas da Administração Pública, além do inegável incremento das perspectivas de controle.

Incorpora, a nova Lei, fundamentos da governança pública, associados ao compromisso de implementação de estruturas e processos voltados à identificação de

²⁰ Valor atualizado para R\$ 228.833.309,04 (duzentos e vinte e oito milhões oitocentos e trinta e três mil trezentos e nove reais e quatro centavos), nos termos do Decreto 11.317/2022.

²¹ *Compliance*, do inglês, *to comply*, que significa cumprir ou estar de acordo com. Portanto, atuação em conformidade com as regras (internas e externas).

BREGA FILHO, Vladimir; DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos; DINIZ, Claudio Smirne. Governança na nova Lei de Licitações: em busca da integridade nas instituições. *RJESMPSP*, 22, 2022, p. 147-165.

vulnerabilidades, de mecanismos de controle interno e de ambiente de integridade e confiabilidade para as contratações.

Com isso, são trazidos ao campo da normatividade aspectos relacionados ao planejamento estratégico das aquisições, instrumentalizado, dentre outros, pelo plano de contratações anual; gestão de riscos, de maneira a distribuí-los, previamente, entre os contratantes, evitando-se infundáveis litígios de reequilíbrio econômico financeiro do contrato; gestão por competências e segregação das funções, ambos comprometidos com a pulverização do poder e com a valorização das habilidades específicas dos agentes públicos; a instituição de Portal Nacional de Contratações Públicas, em favorecimento da transparência e do controle; além de programas de integridade, conferindo ênfase à prevenção de ilícitos.

Em que pesem as críticas formuladas no sentido de que a Lei não inovou o tanto quanto deveria, indiscutível que se trata de importante sistemática para a consecução das finalidades do procedimento licitatório, constituindo-se em inegável contribuição para a eficiência das contratações públicas.

Destaca-se, por fim, o relevante papel dos órgãos de controle, especialmente dos Tribunais de Contas e Ministérios Públicos, no acompanhamento da implantação das estruturas previstas na nova Lei de Licitações, o que certamente será determinante para o atingimento de elevados graus de integridade das instituições.

REFERÊNCIAS

AMADO, Marcela do Amaral B. de Jesus. Agente de Contratação como expoente de Governança na nova Lei de Licitações. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 81, jul./set. 2021, p. 209-218.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Editora Almedina, 2003.

GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. A futura nova lei de licitações brasileira: seus principais desafios, analisados individualmente. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 39-73, jan./mar. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações Administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

MOREIRA, Egon Bockmann. Primeiras notas sobre a matriz de riscos nos contratos administrativos: sua compreensão na Lei nº 14.133/2021. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 20, n. 78, p. 45-57, abr./jun. 2022.

BREGA FILHO, Vladimir; DINIZ, Hirmínia Dorigan de Matos; DINIZ, Claudio Smirne. Governança na nova Lei de Licitações: em busca da integridade nas instituições. *RJESMPSP*, 22, 2022, p. 147-165.

OECD. What are bribery and corruption? In: OECD. *Bribery and Corruption Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors*. Paris: OECD Publishing, 2013.

VALLE, Vanice Lírio do. Lei nº 12.527/11 e o planejamento da ação estatal – Uma interpretação orientada a prevenir a desinformação. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 16, n. 87, p. 207-226, set./out. 2014.

VIEIRA, James Batista; FURTADO, Monique Rocha. Portal Nacional de Contratações Públicas: uma nova lógica jurídica, gerencial e econômica para a Lei de Licitações e Contratos. *Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP*, Belo Horizonte, ano 20, n. 234, p. 105-110, jun. 2021.

Artigo recebido em: 03/05/2023

Artigo aceito em: 30/06/2023