

Contratações Abertas: uma análise da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021) à luz dos princípios de Governo Aberto

Open Contracting: an analysis of the New Law on Bidding and Administrative Contracts (nº 14.133/2021) in light of the principles of Open Government

Contratación Abierta: un análisis de la Nueva Ley de Licitaciones Públicas y Contratos Administrativos (nº 14.133/2021) a la luz de los principios del Gobierno Abierto

Gabriela Boechat

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v14i25.493>

Resumo: A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021) foi sancionada em abril de 2021. O novo marco jurídico brasileiro referente ao procedimento licitatório é considerado uma fusão das legislações anteriores, com poucas inovações efetivas que promovam o combate à corrupção. Um dos possíveis caminhos para o aprimoramento dos mecanismos anticorrupção em procedimentos ou políticas públicas é a adoção dos princípios da agenda internacional intitulada Governo Aberto, por meio do movimento Contratações Abertas. Dessa forma, o esforço deste trabalho se encontra em analisar a nova legislação, com o propósito de compreender os mecanismos da nova lei à luz dos princípios de Governo Aberto. Utiliza-se como critério de análise os níveis de maturidade dos quatro princípios de Governo Aberto, desenvolvido por César Nicandro Cruz-Rubio (2014) com ampliação de Fernanda Campagnucci (2020). Esse modelo de maturidade tem como um de seus objetivos nortear a adoção de políticas públicas ou procedimentos mais abertos, facilitando o monitoramento da evolução dessas ações. A partir desse modelo, a análise revela que a nova regulamentação dos procedimentos licitatórios e dos contratos administrativos: (i) inovou no princípio de transparência, com o lançamento do Portal Nacional de Contratações Públicas prevendo a abertura dos dados, possibilitando o nível mais avançado de transparência; (ii) se manteve no nível intermediário nos princípios da participação cidadã; (iii) se consolidou no nível avançado em *accountability* e (iii) possui ainda o nível básico no princípio de inovação tecnológica. A avaliação da nova legislação aponta que não estão sendo utilizados todos os mecanismos possíveis de combate à corrupção, mas que a mesma avança em direção à maior transparência dos procedimentos.

Palavras-chave: contratações públicas; governo aberto; contratações abertas; nova lei de licitações e contratos administrativos; políticas públicas.

Abstract: The New Law on Bidding and Administrative Contracts (nº 14.133/2021) was sanctioned in April 2021. The new Brazilian legal framework regarding the bidding procedure is considered a merger of previous legislation, with few effective innovations that promote the fight against corruption. One of the possible ways to improve anti-corruption mechanisms in procedures or public policies is the adoption of the principles of the international agenda named Open Government, through the Open Contracting movement. Thus, the effort of this work is to analyze the new framework, with the purpose of recognising which mechanisms the new law has in light of the Open Government principles. For this purpose, the maturity levels of the four principles of Open Government, developed by César Nicandro Cruz-Rubio (2014) with the enlargement by Fernanda Campagnucci

(2020), will be used as an analysis standard. One of the objectives of this maturity model is to guide the adoption of more open public policies or procedures, allowing the monitoring of the evolution of these actions. Based on this model, the analysis showed that the new regulation of bidding procedures and administrative contracts (i) innovated on the transparency principle, with the launch of the National Public Procurement Portal predicting open data, enabling the most advanced level of transparency; (ii) remained at the intermediate level in the principles of citizen participation; (iii) consolidated at the advanced level in *accountability* and (iii) still has the basic level in the principle of technological innovation. The evaluation of the new legislation revealed that not all possible mechanisms to fight corruption are being used, but the normative is moving towards greater transparency in the procedure.

Keywords: public procurement; open government; open contracting; new law on bidding and administrative contracts; public policies

Resumen: En abril de 2021 se sancionó la nueva Ley de Licitaciones Públicas y Contratos Administrativos (nº 14.133/2021). El nuevo marco legal brasileño referente al procedimiento de licitación se considera una fusión de legislaciones anteriores, con pocas innovaciones efectivas que promuevan la lucha contra la corrupción. Una de las posibles formas de mejorar los mecanismos anticorrupción en los procedimientos o políticas públicas es la adopción de los principios de la agenda internacional titulada Gobierno Abierto, a través del movimiento de Contratos Abiertos. Así, el esfuerzo de este trabajo es analizar la nueva legislación, con el propósito de entender los mecanismos de la nueva ley a la luz de los principios del Gobierno Abierto. Se utiliza como criterio de análisis los niveles de madurez de los cuatro principios de Gobierno Abierto, desarrollados por César Nicandro Cruz-Rubio (2014) con la ampliación de Fernanda Campagnucci (2020). Este modelo de madurez tiene como uno de sus objetivos orientar la adopción de políticas públicas o procedimientos más abiertos, facilitando el seguimiento de la evolución de estas acciones. A partir de este modelo, el análisis revela que la nueva regulación de los procedimientos de licitación y los contratos administrativos: (i) innovó en el principio de transparencia, con la puesta en marcha del Portal Nacional de Contratación Pública que permite la apertura de datos, posibilitando el nivel más avanzado de transparencia; (ii) se mantuvo en el nivel intermedio en los principios de participación ciudadana; (iii) se consolidó en el nivel avanzado en la rendición de cuentas y (iii) sigue teniendo el nivel básico en el principio de innovación tecnológica. La evaluación de la nueva legislación señala que no se están utilizando todos los mecanismos posibles para luchar contra la corrupción, pero que avanza hacia una mayor transparencia de los procedimientos.

Palavras-clave: contratação pública; governo aberto; contratação aberta; nova lei de licitações e contratos administrativos; políticas públicas

INTRODUÇÃO

O processo de contratação pública é essencial para compreender como parte do dinheiro público é aplicado. Dessa forma, parte significativa do uso do orçamento público se materializa na aquisição de bens, serviços e obras a partir dos procedimentos de contratação pública. Sendo assim, é fundamental um procedimento aberto com possibilidade de controle social, dado que com a quantidade de dinheiro investido, o risco de práticas de corrupção e desperdício de dinheiro público aumenta.

A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos - NLLC, nº 14.133, foi promulgada em 1º de abril de 2021. Essa legislação regulamenta as contratações e contratos públicos no Brasil a partir de procedimentos que objetivam a aquisição de bens e serviços de interesse coletivo. De acordo com a NLLC, há um período de dois anos para que seja efetivamente implementada. Dessa forma, abre uma janela de oportunidade para o debate acerca da integridade das compras públicas.

Um dos pontos sensíveis ao se tratar de contratações públicas são as oportunidades no procedimento licitatório de execução de práticas corruptas. À vista disso, uma possibilidade de evitar as irregu-

laridades e prevenir a corrupção é a adoção do movimento Contratações Abertas, que possui o objetivo de promover reformas para que sejam realizadas contratações públicas justas e eficientes. Esse movimento possui fundamento nos quatro princípios de Governo Aberto (transparência, participação social, *accountability* e inovação tecnológica), definidos pela *Open Government Partnership*, que despontam como possíveis ferramentas para uma reforma administrativa que busca melhor entrega de bens e serviços públicos à população.

Nesse sentido, Cruz-Rubio (2014) e Campagnucci (2020) definiram critérios de avaliação dos princípios de governo aberto como instrumentos de reforma na gestão pública, construindo um modelo que contém níveis de maturidade, para que seja possível a análise da evolução do uso desses princípios em políticas públicas. Sendo assim, este trabalho tem como objetivo analisar a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos à luz dos princípios de Governo Aberto, utilizando os critérios e níveis de maturidade definidos pelos autores.

A apresentação deste trabalho está estruturada em três seções, para além desta introdução e considerações finais: i) contratações públicas brasileiras e corrupção; ii) conceito de governo aberto, seus princípios e contratações abertas e iii) análise da nova legislação.

CONTRATAÇÕES PÚBLICAS BRASILEIRAS E CORRUPÇÃO

As compras públicas são um componente importante quando falamos de finanças governamentais. Os contratos públicos estimulam a geração de renda por meio da compra de bens, contratação de serviços, emissão de licenças para operação de serviços públicos, extração de recursos naturais e contratações de infraestrutura. Assim, quando falamos de atribuição dos recursos públicos, todos os níveis de governo firmam contratos para entregar bens, obras e serviços de qualidade aos cidadãos.

Para o setor privado, as contratações públicas são uma importante fonte de renda, em que empresas competem pelos contratos e são responsáveis por seu desempenho (Marchessault, 2013). Para além das empresas, as contratações públicas são importantes também para os cidadãos, uma vez que

as contratações são um dos principais meios pelos quais a população recebe a manutenção de hospitais e escolas públicas, como exemplo (OCP, 2016).

Os contratos públicos devem ser firmados de forma justa e oferecer uma proposta vantajosa à Administração Pública. Todavia, tanto em países desenvolvidos como em países em desenvolvimento, a contratação pública foi reconhecida como a atividade governamental mais vulnerável ao desperdício de dinheiro público, à má gestão, à ineficiência e corrupção, de acordo com pesquisas realizadas pelo Banco Mundial e pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (Marchessault, 2013).

Para este artigo, serão abordadas as contratações públicas providas de procedimento licitatório ou dispensa de licitação. Dessa forma, o art. 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 determina que os contratos administrativos sejam precedidos de licitação, ressalvadas as exceções previstas em lei¹. De maneira geral, pode-se dizer que “a licitação se refere à prática de uma série ordenada de atos jurídicos, formando o procedimento licitatório, que possibilita que os particulares ofereçam seus serviços à Administração Pública” (Santos e Silva, 2021, p. 03), gerando um contrato administrativo.

No Brasil, essas contratações públicas têm como norma geral² a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (nº 14.133/2021). Previamente, utilizava-se a Lei nº 8.666/1993, em conjunto com uma série de diplomas subsequentes (Di Pietro, 2020). Nester (2020, p. 01) afirma que a nova legislação “não contém mecanismos efetivamente inovadores para combater os principais problemas do processo de contratação pública e da execução dos contratos públicos”, especialmente por ser considerada uma compilação das leis anteriores. Um dos problemas efetivamente existentes é a utilização do procedimento licitatório como plataforma de práticas corruptas (Júnior, 2018).

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) conceitua a corrupção como o abuso de agentes públicos e privados para a obtenção de vantagens pessoais, referenciando-se não somente ao recebimento de propina, mas

1. As atuais exceções ao procedimento licitatório estão presentes na Seção III – Da Dispensa de Licitação, do Capítulo VIII – Da Contratação Direta na Lei nº 14.133/2021.

2. Quando uma legislação é considerada norma geral, deve ser seguida por Estados e Municípios (Di Pietro, 2020).

também práticas como nepotismo, fraude e captura estatal (Fortini e Motta, 2016). No Brasil, a prática foi tipificada como ilícita pelos artigos 317 e 333 do Decreto-Lei nº 2.848/40 (Código Penal), que se referem à corrupção ativa e passiva. Ainda, a Lei Anticorrupção (nº 12.846/2013) e a Lei da Improbidade Administrativa (nº 8.429/1992, alterada pela Lei nº 14.230/2021) possuem como propósito repelir as práticas corruptas por agentes públicos ou outros envolvidos que lesam à Administração Pública, como por exemplo, fraude em procedimentos licitatórios.

Nesse sentido, Júnior (2018) analisa as principais fraudes na licitação, levantando casos concretos em que o procedimento licitatório permitiu a ocorrência dos atos corruptos. As principais fraudes identificadas pelo autor, de responsabilidade governamental, ocorrem na: Elaboração do Termo de Referência ou Projeto Básico³, com expressões genéricas ou com excessivo detalhamento; Pesquisa de Preços⁴, com recebimento de preços superfaturados e orçamentos fraudulentos; Adição de restrições editalícias⁵, que comprometem o caráter de competição; Ausência ou pouca publicidade do certame.

Fortini e Motta (2016), fundamentados nos relatórios apresentados pela OCDE e Transparência Internacional, afirmam que os custos com a corrupção no procedimento licitatório alcançam grandes quantias de dinheiro público, que afetam a economia e os direitos sociais dos cidadãos. Segundo a OCDE (2014, apud Fortini e Motta, 2016), a corrupção adiciona o custo de 25% (vinte e cinco por cento) aos contratos públicos em países em desenvolvimento, valores que afetam diretamente a economia e os serviços públicos. Dessa forma, cabe considerar quais reformas e quais práticas devem ser implementadas dentro do procedimento licitatório brasileiro para evitar essas irregularidades.

3. O Termo de Referência (no caso de bens ou serviços) ou Projeto Básico (no caso de obras) devem conter o conjunto de elementos necessários e suficientes, com a precisão adequada, que caracterizem os bens, o serviço ou a obra a serem contratados ou fornecidos (Di Pietro, 2020).

4. A Pesquisa de Preços é uma etapa existente para levantar o valor estimado da contratação, calculado com base nos valores praticados pelo mercado, valores pagos pela Administração em serviços, bens ou obras similares ou na avaliação de custo global da obra, a partir de predições (Di Pietro, 2020).

5. O Edital é o instrumento utilizado pela Administração para levar ao conhecimento público a abertura da licitação, que possui as condições da realização do procedimento e convoca os interessados a apresentarem suas propostas (Meirelles, 2015).

GOVERNO ABERTO COMO FERRAMENTA DE REFORMA DA GESTÃO PÚBLICA

A demanda da sociedade brasileira por novas formas de gestão pública se manifesta em um contexto em que, após sucessivas crises fiscais e políticas, não há mais legitimidade nas ações governamentais, sendo necessário um processo de transformação do Estado para recuperar a confiança dos cidadãos (Bergue, 2011). O governo aberto surge como caminho para o início de uma reforma administrativa que propõe a aproximação entre governo e população, melhor entrega de bens e serviços públicos e, por consequência, a possibilidade de recuperação da confiança no Estado.

De acordo com Cruz-Rubio (2015, p. 145), o governo aberto pode ser considerado uma “filosofia político-administrativa, baseada nos valores e princípios de transparência, de democracia participativa e empoderamento cidadão, de prestação de contas, de *open data* e do uso de inovações tecnológicas”. Vale ressaltar que esse conceito não é consensual na literatura acadêmica, sendo essa apenas uma das possibilidades de interpretação (Bellix, Guimarães e Machado, 2017). Assim, existem diferentes visões sobre a abertura governamental, partindo de diferentes organizações internacionais e governos (Oliveira, 2020), sendo a *Open Government Partnership* (OGP) uma das principais referências.

A OGP é uma plataforma internacional multilateral voluntária que tem o intuito de assegurar os compromissos de abertura governamental de diversos países e governos subnacionais (Peixoto, 2019). A plataforma define quatro princípios para o governo aberto, alinhada com o conceito de Cruz-Rubio (2015): transparência, participação cidadã, *accountability* e inovação tecnológica (OGP, 2015). A partir desses princípios, os governos e atores não estatais possuem autonomia para implementar suas ações de acordo com o contexto local e as prioridades governamentais, uma vez que a parceria não estabelece agenda específica (Peixoto, 2019).

Depois de uma década de seu lançamento, mais de setenta países e vinte governos subnacionais fazem parte da parceria, elaborando e implementando em colaboração com a sociedade civil os seus

planos de ação⁶ (Peixoto, 2019; Oliveira, 2020). Ainda, três governos subnacionais brasileiros a integram também: a cidade de São Paulo; a cidade de Osasco e o estado de Santa Catarina.

No caso brasileiro, existiam outras iniciativas anteriores à adesão à OGP que podem ser consideradas de governo aberto (Peixoto, 2019). No entanto, o conceito de abertura governamental se difundiu no país a partir da elaboração do seu primeiro plano de ação nacional. Nesse sentido, os princípios a serem considerados na análise da nova legislação serão os mesmos da plataforma, em um esforço de alinhamento com as demais iniciativas de governo aberto brasileiras fomentadas por esses Planos de Ação.

Os quatro princípios definidos se relacionam e por muitas vezes um se sobressai ao outro. Para Zárate (2019), existe uma linha lógica que se inicia com a publicação de dados e o acesso à informação, produzindo a transparência governamental, que se coloca como subsídio para a prestação de contas e uma postura íntegra do governo (*accountability*). Diante da possibilidade de controle social pelos atos governamentais, abre-se as portas para a participação social que fortalece a confiança para o avanço da colaboração entre sociedade e governo. A inovação tecnológica surge como catalisadora desse processo, ampliando as possibilidades de transparência e comunicação entre os atores. Embora tenha em algum nível um relacionamento entre os princípios, muitas políticas públicas abertas e de governo aberto ressaltam um ou outro.

A transparência tem sido amplamente discutida como uma ferramenta para resolver problemas governamentais como ineficiência e corrupção, sendo materializada na disponibilização e no acesso à informações de interesse público sobre ações e decisões do Estado (Peixoto, 2019). Nos estudos sobre políticas públicas, a transparência é definida como a disposição e a capacidade de um governo de disseminar dados relevantes sobre as políticas, incluindo decisões, resultados e processos (Heald, 2006; Oliveira, 2020).

Existem algumas formas de classificação da transparência, como a ativa e passiva. A transparência ativa refere-se à publicação de informações de interesse geral por parte das organizações públicas, sendo motivada ou não por obrigações legais e sem a necessidade de solicitação da sociedade (Darbishire, 2010; Oliveira, 2020). Por outro lado, a transparência passiva se resume na disponibilização de informações demandadas que atendam o interesse particular do solicitante (Oliveira, 2020).

No Brasil, ambas formas de transparência são regulamentadas pela Lei de Acesso à Informação (LAI) nos artigos 8 a 14. A LAI tornou-se o principal marco jurídico referente à transparência pública brasileira⁷. A legislação regulamentou o direito constitucional previsto no Art. 5º que dispõe do direito ao acesso às informações públicas, nos três níveis federativos e nos três poderes, definindo o acesso como regra e o sigilo como exceção.

A transparência está intimamente relacionada ao conceito de *accountability*, uma vez que é uma dimensão necessária, mesmo que não suficiente, para a efetivação da mesma (Rodrigues et al, 2021). Para a OGP (2015), *accountability* corresponde a um conjunto de regras e mecanismos que obrigam o governo a justificar suas ações, agir diante de críticas ou demandas e aceitar a responsabilização diante do descumprimento de leis ou compromissos.

O'Donnell (1998) define que a responsabilização democrática (*accountability*) procura aliar duas tipologias: a *accountability* horizontal e a *accountability* vertical. A primeira, é definida como a existência de instituições estatais, como o Congresso Nacional e os Tribunais de Contas, que têm o direito, o poder legal e a autonomia para executar ações de supervisão referente aos atos ou omissões de agentes públicos e também aplicar punições. A segunda refere-se à relação entre os cidadãos e os governantes, isto é, plebiscitos, liberdade para proferir reivindicações sociais, cobertura da mídia a essas reivindicações e a atos ilícitos de autoridades e agentes estatais.

6. A elaboração e implementação de um Plano de Ação tem como objetivo fazer com que os governos assumam compromissos concretos, ambiciosos e que ultrapassem as práticas atuais de desenvolvimento, a partir de um processo multi-stakeholder, ou seja, com a participação ativa das organizações da sociedade civil e OSCs (OGP, 2015).

7. Até a sanção da LAI, haviam outros normativos infraconstitucionais que abordavam o tema da transparência governamental no Brasil, a saber: Lei da Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar 101/2000, de 04 de maio de 2000), Decreto n. 5.482/2005, de 30 de junho de 2005, Decreto n. 5.687/2006, de 31 de janeiro de 2006, Lei Complementar 131/2009, de 27 de maio de 2009 e Decreto n. 7.185, de 27 de maio de 2010.

Barros (2008) apresenta mecanismos de *accountability* baseados nas duas tipologias apresentadas para o Brasil. A *accountability* horizontal, segundo o autor, ressalta dispositivos expressos na CF/88, como: a possibilidade de abordagem de ministros para prestação de informações sobre determinado assunto (art. 50); previsão de constituição de comissões parlamentares de inquérito (art. 58, § 3), a previsão de prestação de contas pelo Presidente da República pela Câmara dos Deputados (art. 51, II); a previsão de avaliação, controle e fiscalização da execução orçamentária pelo Legislativo e a obrigatoriedade de agentes públicos e outros que possuem relação com bens e valores públicos de prestarem contas (art. 70). Como mecanismos de *accountability* vertical, Barros (2008) indica a realização de eleições livres e periódicas, liberdade de imprensa e o controle social exercido pela sociedade civil sobre o poder público.

Dessa forma, para que a transparência e a *accountability* sejam efetivas, a OGP (2015) define um terceiro princípio: a participação cidadã - ou seja, a atuação da sociedade nos debates públicos incentivada pelos governos e, portanto, associada à democracia representativa (Peixoto, 2019). De maneira sucinta, a participação cidadã consiste na inclusão de diversos atores nas decisões políticas e no processo de formulação, implementação e avaliação de políticas públicas (Milani, 2008). A participação cidadã, portanto, difere-se da participação política, em que o ambiente de atuação restringe a participação às atividades eleitorais (Carneiro e Brasil, 2016).

Conforme apresentado por Santos e Gugliano (2015), a participação cidadã tem como propósito a inclusão dos cidadãos no processo de deliberação sobre as políticas públicas, para preencher a lacuna entre as decisões estatais e as reais demandas da população, que até então eram aferidas apenas por meio das majorias eleitorais. Assim, a participação cidadã é possibilitada a partir de alguns mecanismos, como: audiências públicas, conselhos de políticas públicas, consultas deliberativas, comitês consultivos, fóruns públicos e plataformas digitais (Oliveira, 2020).

Da mesma maneira que a internet possibilitou diferentes formas de participação por meio das plataformas digitais, “inovação tecnológica” também é considerada, para a OGP (2015), como um princípio de governo aberto. De acordo com Ramírez-Alujas e

Dassen (2012), as tecnologias e a cultura digital têm tido um papel importante para a disseminação do conceito de governo aberto.

A tecnologia fornece uma infraestrutura básica que possibilita o acesso mais simples às informações, principalmente governamentais, bem como promove ambientes que proporcionam novos tipos de interação, conduzindo a práticas mais abertas e colaborativas (Ramírez-Alujas e Dassen, 2012). Para Cruz-Rubio (2014) e Campagnucci (2020), esse princípio possui uma natureza mais instrumental, como incentivador para os demais princípios.

É importante ressaltar que o princípio de inovação tecnológica está inserido dentro desse guarda-chuva mais amplo chamado governo aberto. Portanto, apenas o uso da tecnologia não significa, necessariamente, que ela está fomentando uma abertura governamental. Assim, Cruz-Rubio (2014) e Ramírez-Alujas (2010) afirmam que a incorporação de tecnologias à gestão pública tem como objetivo impactar positivamente a transparência e a comunicação com os cidadãos, facilitando a distribuição de dados e informações pelo governo. Campagnucci (2020) também reforça a importância de tecnologias mais abertas⁸ serem um objetivo do governo aberto.

Conforme exposto por Peixoto (2019), o uso da tecnologia constituindo o Governo Eletrônico ganha relevância no Brasil a partir da segunda metade da década de 1990. Nesse sentido, pelo menos quatro iniciativas ganham destaque: (i) a constituição do Comitê Executivo de Governo Eletrônico e o lançamento da Política de Governo Eletrônico; (ii) adoção do Portal da Transparência para todos os entes federativos (iii) O Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014); e (iv) Lei do Governo Digital (nº 14.129/2021). As quatro iniciativas demonstram como o princípio de inovação tecnológica pode ser utilizado como ferramenta para a abertura governamental.

Dessa forma, nota-se que os princípios de transparência, *accountability*, participação cidadã e inovação tecnológica possuem uma ampla gama de definições e aplicações dentro de um governo aberto. Com o intuito de possibilitar a avaliação do avanço do Governo Aberto na administração pública, Cruz-Rubio (2014) desenvolve um modelo de maturidade

8. Tecnologias abertas potencializam e possibilitam a participação e a colaboração no desenho de ferramentas e na infraestrutura digital, além de promoverem a transparência e proteger a privacidade dos cidadãos (CAMPAGNUCCI, 2020).

a partir de seu entendimento desses princípios que podem ser utilizados como orientação na adoção de políticas públicas abertas, facilitando a evolução das mesmas.

Para a elaboração desse modelo, o autor teve como objetivo apresentar os elementos conceituais e práticos que permitem identificar, desenhar e propor alternativas de ação pública para potencializar ou promover os princípios de governo aberto (Cruz-Rubio, 2014). Bello de Carvalho (2020), a partir do

modelo inicial de Cruz-Rubio (2014) e das considerações apresentadas por Campagnucci (2020) referente ao princípio de inovação tecnológica, compõe um quadro apresentando os três níveis de maturidade nos quatro princípios de governo aberto. Assim, os autores definem quais seriam os critérios utilizados para avaliar qual o estado do desenvolvimento desses princípios, que podem ser observados no quadro abaixo:

QUADRO 1 - PRINCÍPIOS DE GOVERNO ABERTO E SEUS NÍVEIS DE MATURIDADE

NÍVEL	CRITÉRIOS DE TRANSPARÊNCIA	CRITÉRIOS DE PARTICIPAÇÃO CIDADÃ	CRITÉRIOS DE ACCOUNTABILITY	CRITÉRIOS DE INOVAÇÃO TECNOLÓGICA
Básico	Transparência passiva: o direito do cidadão de solicitar e receber do governo informações públicas	Informação: fornecer à população informação clara e objetiva sobre a situação	Informação procedimental: disponibilização de informações claras sobre os procedimentos	Ferramentas e serviços digitais: implementação de tecnologia gratuita para promover transparência, participação ou a responsabilidade
Intermediário	Transparência ativa: os órgãos da Administração Pública devem colocar à disposição da população informações relevantes detalhadas e atualizadas	Consulta: obter feedback do público para receber alternativas e novas soluções	Responsividade e justificação: existência de regras de responsabilidade e mecanismos que permitam aos atores governamentais justificarem suas ações em caso de descumprimento de normas	Código aberto: código-fonte aberto, promovendo a transparência do investimento público, participação da sociedade e replicação do sistema por outras instituições
Avançado	Transparência colaborativa: modo de disponibilização de dados que proporcionem o trabalho colaborativo no processamento, análise e transformação das informações	Envolvimento e/ou Colaboração: trabalhar com a população durante o processo, a fim de entender suas demandas Delegação e/ou Empoderamento: deixar nas mãos da população a decisão final	Responsabilidade, sanções e recompensas: sistema transparente e aberto que atribui responsabilidades e estabelece sanções em caso de não conformidade	Inovação aberta ou Colaboração aberta: interação da sociedade com o setor público e privado em processos estruturados e em repositórios públicos, como o GitHub

Fonte: Elaboração própria, com base em Bello de Carvalho (2020), Campagnucci (2020) e Cruz-Rubio (2014).

Com o desenvolvimento desse modelo, Cruz-Rubio (2014) apresenta que o governo aberto pode ser uma estratégia para o desenho de políticas públicas de forma geral, em que é possível abrir qualquer política pública, desde que se inclua de forma eficaz em seu desenho os quatro princípios definidos. Assim, dentro das possibilidades de implementação da agenda de governo aberto, encontram-se as contratações públicas. Segundo Cruz-Rubio (2014, p. 37) “la contratación abierta es una estrategia de gestión pública basada en la incorporación de los principios del GA em todo el proceso de contratación em el que se ve envuelto la administración pública”.

Com o propósito de tornar o processo de contratação pública mais aberto, eficaz, justo e sustentável, foi criada a plataforma internacional *Open Contracting Partnership*, com o intuito de unir atores relevantes para a troca de experiências e a criação de uma rede que viabilize a implementação de compras públicas abertas em todo o mundo (Gätjen, 2014). O movimento das Contratações Abertas emerge com o objetivo de fomentar uma cultura que estimule um ambiente de divulgação do processo de contratação pública e dos contratos, além da ampliação da participação mais ativa da sociedade.

A compra pública transparente e participativa pode cortar custos, garantir uma melhor relação custo-benefício, reduzir a fraude e práticas corruptas, fornecer mais oportunidades para empresas e empoderar os cidadãos para cobrarem responsabilização governamental, gerando mais confiança e aprimorando a performance do contrato (OCP, 2016).

Assim, com o intuito de verificar se a nova legislação referente à licitação e contratos administrativos possui as ferramentas necessárias para fomentar contratações abertas, seus dispositivos serão analisados a partir dos critérios propostos por Cruz-Rubio (2014) e Campagnucci (2020) para os princípios de governo aberto. A escolha neste trabalho por utilizar a compreensão de governo aberto e seus princípios

desses autores, em detrimento dos demais conceitos, parte da necessidade de analisar os aspectos da NLLC a partir de um instrumento de avaliação que permite aferir de forma sistemática quão aberta são as contratações públicas brasileiras e quais pontos são passíveis de melhorias na nova legislação.

ANÁLISE DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS À LUZ DOS PRINCÍPIOS DE GOVERNO ABERTO

Sendo um dos problemas principais do procedimento licitatório a possibilidade da prática de atos corruptos, com a promulgação da nova norma geral para licitações e contratos administrativos, surge uma oportunidade para revisão e aprimoramento dos processos das contratações públicas. Sendo assim, esta análise terá como finalidade reconhecer os mecanismos anticorrupção da nova legislação com base nos princípios da agenda de governo aberto, com o intuito de compreender se estão sendo utilizadas todas as ferramentas possíveis para evitar práticas corruptas e quais os aperfeiçoamentos possíveis.

Para fins desta análise, serão considerados os dispositivos referentes à licitações e contratos administrativos (incluindo os contratos gerados por dispensa de licitação) aplicáveis à todos os bens, serviços e obras que atendam aos critérios dos níveis de maturidade, não considerando normativas mais específicas, como por exemplo, a divulgação em sítio eletrônico e em placa para avisar o motivo da obra paralisada conforme disposto no Art. 115, § 6º. Ademais, a análise possui como referência as responsabilidades governamentais em relação aos atos administrativos. Logo, as responsabilidades do licitante ou contratado não serão abordadas. Isto posto, no quadro a seguir encontram-se os dispositivos da nova legislação à luz dos princípios de governo aberto, de acordo com o entendimento do conceito por Cruz-Rubio (2014) e Campagnucci (2020).

**QUADRO 2 - ANÁLISE DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (Nº 14.133/21)
A PARTIR DOS NÍVEIS DE MATURIDADE DOS PRINCÍPIOS DE GOVERNO ABERTO**

NÍVEL	TRANSPARÊNCIA	PARTICIPAÇÃO CIDADÃ	ACCOUNTABILITY	INOVAÇÃO TECNOLÓGICA
Básico	- Os atos praticados no processo licitatório são públicos (Art. 13)	- Os atos praticados no processo licitatório são públicos (Art. 13) - Comunicação com a sociedade via Portal Nacional de Contratações Públicas (Art. 174, § 3, VI)	- Orientações documentais (Art. 12) - Discriminação das fases do processo licitatório (Art. 17) - Realização da sessão em formato eletrônico ou presencial com gravação (Art. 17, § 2º)	- Criação de catálogo eletrônico de padronização de compras (Art. 19, inciso II) - Criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (Art. 174)
Intermediário	- Divulgação do Plano de Contratações Anual (Art. 12, § 1º) - Divulgação de todos os elementos do edital (Art. 25, § 3º) - Divulgação em Diário Oficial e jornal de grande circulação (Art. 54, § 1º) - Divulgação prévia em caso de dispensa de licitação (Art. 75, § 3º) - Divulgação do contrato e seus aditamentos (Art. 91) - Sanções aplicadas pelo poder público (Art. 161) - Criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (Art. 174)	- Possibilidade de convocação de audiência pública presencial ou a distância, na forma eletrônica (Art. 21) - Possibilidade de submeter a licitação a prévia consulta pública (Art. 21, parágrafo único)	- Proibição de ações que atrapalhem a competitividade (Art. 9) - Defesa em esferas administrativas (Art. 10) - Estabelecimento de controles internos e gestão de riscos (Art. 11) - Do controle das contratações (Capítulo III) - Fiscalização do contrato (Art. 117)	NÃO POSSUI
Avançado	- Dados abertos do Portal Nacional de Contratações Públicas (Art. 174, § 4)	NÃO POSSUI NÃO POSSUI	- Requisitos mínimos para agentes públicos que trabalham com licitações (Art. 7) - Dos Agentes Públicos (Capítulo IV) - Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos (Capítulo II-B do Código Penal)	NÃO POSSUI

Fonte: Elaboração própria.

Analisando-se o quadro, observa-se que a NLLC apresenta significativo uso das ferramentas de governo aberto, mas ainda não o suficiente. O princípio da transparência desponta como o maior avanço no âmbito do governo aberto, sendo incluído como princípio orientador da lei no Art 5º. Para além da inclusão do princípio como norteador, a lei possui o nível mais avançado de maturidade em transparência.

O nível básico, em que todo cidadão possui o direito de solicitar e receber do governo informações públicas, está presente no item que afirma que todos os atos praticados no processo licitatório são públicos (Art. 13). Esse artigo conta com o apoio do principal marco jurídico referente à transparência no Brasil, a LAI (nº 12.527/2011), que disciplina no Art. 5 e no Art. 8 a transparência passiva e ativa. Além da determinação da transparência ativa, a LAI prevê de antemão que os órgãos e entidades públicas deverão prover a divulgação ativa das informações concernentes a procedimentos licitatórios, incluindo os respectivos editais, resultados e contratos celebrados.

Assim, obedecendo a legislação, para além da criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) como plataforma centralizadora para disponibilização ativa dos dados referentes à compras públicas (Art. 174), a NLLC estabelece informações mínimas para serem divulgadas de forma ativa pelos órgãos públicos, como o Plano de Contratações Anual (Art. 12, § 1º), todos os elementos do edital do procedimento licitatório (Art. 25, § 3º), e o contrato e seus aditamentos (Art. 91). Além disso, determina também a divulgação prévia nos casos de dispensa de licitação (Art. 75, § 3º) e a divulgação de sanções aplicadas no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep) no artigo 161. Para Williams (2015), a promoção da transparência e o acesso à informação é medida imprescindível para o aprimoramento da gestão pública e para o fortalecimento democrático. Sendo assim, a adoção desses dispositivos pela legislação cumpre um importante papel para a abertura governamental.

A lei também estabelece que o edital da licitação deve ser publicado em Diário Oficial e jornal de grande circulação (Art. 54, § 1º). Esse parágrafo havia sido vetado pelo presidente Jair Bolsonaro, consentindo apenas o *caput* desse artigo, que regulamenta que o edital deve ser disponibilizado no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). A

justificativa apresentada foi apenas o uso do Portal garante o princípio da publicidade dos atos relativos às contratações públicas (Rocha, 2021). No entanto, o Congresso derrubou o veto do presidente.

O presidente Jair Bolsonaro também vetou outro dispositivo (§ 5º do art. 174) que afeta a transparência de informações de interesse coletivo referente às compras públicas: a Base Nacional de Notas Fiscais Eletrônicas. Organizações da sociedade civil se manifestaram em um ofício para o Congresso pedindo que fosse derrubado o veto (Artigo 19, 2021), todavia, o veto não foi derrubado, criando um obstáculo ao acesso às informações.

A criação do PNCP (Art. 174) desponta como uma das maiores novidades da nova lei. O objetivo é desenvolver um sistema que centralize todas as informações das contratações públicas dos três entes federativos – a União, os estados e os municípios⁹. Com essa plataforma, serão reunidas as informações de todas as licitações e contratações públicas regidas pela Lei nº 14.133/21, com o objetivo de conferir maior publicidade e transparência aos processos.

O PNCP adotará o regime de dados abertos (Art. 174, § 4), observando as exigências da Lei de Acesso à Informação. A inclusão desse dispositivo eleva a nova legislação ao nível de maturidade mais avançado da transparência, uma vez que a disponibilização dos dados de contratações públicas, abrangendo todos os entes federativos, facilitará a fiscalização do uso do dinheiro público pelos cidadãos de forma colaborativa. Até então, na Lei nº 8.666/93, não havia previsão do uso de dados abertos.

Antes da criação do Portal, para que a população obtivesse as informações sobre contratações públicas de maneira geral, era necessário acessar individualmente cada sítio eletrônico ou diário oficial dos estados e municípios. Segundo a lei, os municípios menores (de até vinte mil habitantes) terão seis anos para se adequarem às novas regras de publicidade eletrônica e adotarem o PNCP. De acordo com o próprio Portal¹⁰, a alimentação de informações pelas esferas federativas se dá a partir da integração

9. O sistema será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, presidido pelo presidente da república e composto por três representantes da União, dois representantes dos Estados e do Distrito Federal e dois representantes dos municípios (Art. 174, § 1º, incisos I, II e III).

10. Portal Nacional de Contratações Públicas - PNCP, “Dúvidas”. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/pncp/duvidas>>. Acesso em 04 de novembro de 2021.

via API (*Application Programming Interface*)¹¹ entre as plataformas e outros sítios eletrônicos que disponibilizam dados sobre contratações públicas, como os Portais de Transparência.

A nova legislação demonstra grandes avanços no nível de maturidade de transparência, porém não possui grandes avanços nos critérios de participação cidadã, estabelecendo-se no nível intermediário. Para o nível básico de maturidade de participação cidadã, em que a população deve obter informações claras sobre os procedimentos, a NLLC dispõe, novamente, do artigo 13, que estabelece que todos os atos praticados no processo licitatório são públicos. Além desse artigo, a lei também especifica que o PNCP terá como função a comunicação entre os representantes da Administração com a sociedade (Art. 174, § 3, inciso VI, c) a partir de um sistema de gestão compartilhada de informações referentes à contratos (Art. 174, § 3, inciso VI).

Para alcançar o nível intermediário nesse princípio, Cruz-Rubio (2014) estabelece que a política pública ou o procedimento deve possuir mecanismos para obter um retorno da sociedade quanto às alternativas e novas soluções. Na Lei nº 8.666/93, havia apenas uma previsão de audiência pública obrigatória ao início do processo licitatório, quando o valor estimado para a licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas fosse superior a 100 (cem vezes) o limite previsto no art. 23 da referida lei¹².

Ademais, além dessa normativa, a antiga lei não possuía dispositivos que orientassem também o uso de mecanismo de consulta pública, o que prejudicava o envolvimento da população nos procedimentos licitatórios. Sendo assim, uma das inovações no princípio de participação cidadã na NLLC, se encontra na previsão no artigo 21 e em seu parágrafo único que prevê a possibilidade de convocar uma audiência pública ou consulta pública. No entanto, ainda que

os dois artigos abram a possibilidade de consulta à população, a lei deixa claro que trata-se apenas de uma possibilidade, colocando a decisão de abrir o processo para consulta à população para o agente condutor da licitação. Dessa forma, a lei possui o dispositivo que permite a participação cidadã, portanto se encontra no nível intermediário, mas só terá efeito prático a partir da decisão dos condutores do procedimento licitatório.

Na lei, não há previsão para envolvimento direto ou colaboração com a população, nem de delegação de decisão ou empoderamento. Em âmbito internacional, a Colômbia, o México e as Filipinas destacam como referências por institucionalizarem o monitoramento da sociedade civil em duas legislações (Marchessault, 2013). Mas além da norma legal, Marchessault (2013) afirma que há muitos desafios para engajar a sociedade civil no monitoramento das contratações públicas.

Dois desses desafios são a falta de confiança necessária entre os stakeholders para cooperar e a garantia de que as organizações da sociedade civil possuem conhecimento técnico e recursos para efetivamente participar (Marchessault, 2013). Uma das propostas possíveis para o envolvimento mais direto da população nas contratações públicas, desviando desses desafios, é a utilização do conceito de minipúblicos, ou seja, um pequeno grupo de pessoas que participa de forma voluntária de uma deliberação, com o propósito de alinhar os interesses coletivos com as decisões políticas (Goodin e Dryzek, 2006).

Um caso de sucesso é o Observatório Social do Brasil da cidade de Piumhi (OBS-Piumhi), que atua primordialmente na deliberação e controle dos gastos públicos do município, com o objetivo de evitar o desperdício do dinheiro e os desvios de recursos públicos. O OBS-Piumhi possui também uma plataforma on-line para a troca de experiências e disponibilização de documentos como requerimentos, impugnações, checklist para conferência de processos licitatórios, entre outras ferramentas que permitem o monitoramento e envolvimento da população nas licitações do município, também sendo uma base de conhecimento técnico (Martins Anacleto *et al*, 2021).

Segundo Martins Anacleto (2021, p. 13), o OBS-Piumhi é empoderado, uma vez que possui a capacidade de influenciar decisões públicas com os resultados das suas deliberações. Assim, a adoção de minipúblicos e construção de espaços de co-criação

11. Application Programming Interface (API) é uma forma de integrar sistemas de maneira ágil e segura, comunicando-se com uma base de dados, geralmente, de terceiros (Escola de Dados, 2019).

12. Para obras e serviços de engenharia, o valor seria de até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para a modalidade convite, até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para tomada de preços e acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) para a modalidade concorrência. Para compras e serviços, o valor seria de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para modalidade convite, até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) para tomada de preços e acima desse valor para a concorrência (Brasil, 1993).

entre os servidores públicos e a população pode ser uma alternativa para o avanço no nível de maturidade de participação cidadã nos processos de contratação pública.

Quanto ao princípio de *accountability* na Lei 14.133/21, o mesmo se encontra no nível mais avançado de maturidade. O nível básico proposto por Cruz-Rubio (2014), situa que a população deve ter disponíveis informações claras sobre os procedimentos. A *accountability* está intrinsecamente ligada ao princípio de transparência (Rodrigues et al, 2021; Williams, 2015); portanto, para além dos dispositivos já mencionados que atendem à transparência ativa e passiva, a lei também possui a orientação para produção de documentos no processo licitatório (Art. 12), discrimina quais são as fases do mesmo (Art. 17) e determina que as sessões devem ser realizadas preferencialmente por meio eletrônicos ou, se presencial, deve ser gravada (Art. 17, § 2º) facilitando a compreensão do cidadão sobre o procedimento.

Para atender ao nível intermediário de *accountability*, a NLLC dispõe de quatro artigos (Art. 9, Art. 10, Art. 11 e Art. 117) e um capítulo (III, no Título IV) que define as regras de responsabilização e que permitem que os agentes públicos e atores envolvidos no processo se justifiquem e se responsabilizem pelos seus atos¹³. Para Serra, Carvalho e Carneiro (2012), o conceito de *accountability* compreende a obrigação de uma parte de prestar contas de seus atos, enquanto que a outra parte tem o dever de acompanhar e tomar essas contas, caso seja necessário.

O Art. 9 define as vedações ao agente público designado referente a atos que possam atrapalhar a competitividade do procedimento licitatório ou que estabeleçam preferências entre os licitantes. O Art. 10 coloca à disposição das autoridades competentes e aos servidores públicos a advocacia pública para realizar a sua representação judicial ou extrajudicial em caso de necessidade de defesa nas esferas administrativas.

O Art. 11, parágrafo único, estabelece como responsabilidade da alta administração a governança das contratações, incluindo a implementação de pro-

cessos e estruturas, como gestão de riscos e controles internos, com o intuito de monitorar os processos licitatórios e contratos a fim de promover um ambiente íntegro e confiável. Por fim, define no Art. 117 que a fiscalização da execução do contrato deve ser realizada por agentes públicos, com apoio dos órgãos de assessoramento de controle interno (Art. 117, § 3º) e requisitos estabelecidos no Art. 7. Assim, a lei define nesses quatro artigos quem é responsável pela governança das contratações e contratos públicos, além de que os agentes responsáveis possuirão defesa pública se necessário.

A Lei nº 14.133/21 dedica um capítulo (III) no Título IV - Das Irregularidades, para o controle das contratações. Nesse capítulo, a NLLC estabelece que todas as contratações públicas deverão ser submetidas a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e controle preventivo, com apoio de recursos da tecnologia da informação, e ainda subordinadas ao controle social (Art. 169). Por um lado, a gestão de riscos tem como objetivo antecipar o maior número de eventos incertos para realizar o controle preventivo (Boff e Leal, 2020). Por outro, o controle social ocorre após o processo de tomada de decisão, com o objetivo de verificar se as decisões tomadas foram materializadas pela administração pública conforme o estabelecido em lei (Bitencout e Reck, 2016).

O capítulo também estabelece que as contratações públicas deverão se sujeitar ao monitoramento dos servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança (Art. 169, inciso I), pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão (Art. 169, inciso II) e do órgão central de controle interno e pelo tribunal de contas (Art. 169, inciso III).

De acordo com o Art. 169, § 3º, incisos I e II, esses atores devem adotar medidas de saneamento e mitigação de riscos de simples impropriedades formais quando for o caso, bem como deverão adotar medidas necessárias para a apuração das infrações administrativas quando houver constatação de irregularidades. Devem também remeter ao Ministério Público competente as cópias dos documentos pertinentes para apuração dos fatos.

Para o segundo, mas também terceiro, nível de maturidade em *accountability*, é importante retomar um aspecto fundamental: o da *accountability* horizontal. Segundo O'Donnell (1998), essa maneira

13. A Lei de Introdução às Normas de Direitos Brasileiro (LINDB), Decreto-Lei n. 4.657/1942, também dispõe que no caso de compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais, as partes serão previamente ouvidas sobre o seu cabimento, sua forma e se for o caso, o seu valor (Art. 27). Ainda, que o agente público deverá responder pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro (Art. 28).

de prestação de contas está relacionada aos mecanismos de pesos e contrapesos do Estado, em que sua atuação é delimitada pelo princípio da legalidade. Da mesma forma que o Ministério Público atua na apuração de condutas ilícitas, os Tribunais de Contas também possuem papel de monitoramento das contratações públicas (Art. 169, inciso III).

Ainda, de acordo com o Art. 170, os órgãos de controle considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis – dessa forma, abrindo espaço para a justificação das ações e responsabilização dos atores governamentais envolvidos no procedimento. A presença desses artigos atende ao critério de responsabilização proposto por Cruz-Rubio (2014) no nível intermediário de maturidade, estabelecendo regras de responsabilidade e espaços de justificação.

Observando o terceiro nível de maturidade proposto, a nova lei também atribui as responsabilidades para a Administração Pública no Capítulo IV, do Título I – Disposições Preliminares, em que coloca que a autoridade máxima do órgão ou da entidade deverá designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução da Lei (Art. 7), responsabilizando-os pela tomada de decisão, acompanhamento da licitação e execução de quaisquer outras atividades necessárias para o bom andamento do processo.

A NLLC também acresce o Capítulo II-B – Dos Crimes em Licitações e Contratos Administrativos ao Código Penal, inserido no Título XI da Parte Especial, que trata dos crimes contra a Administração Pública. A Lei nº 8.666/93 previa sanções e penas nos artigos 89 a 99, que com algumas modificações realizadas na nova lei, foram transferidas para o Código Penal por meio dos artigos 337-E a 337-P. Diante desses dispositivos, o princípio de *accountability* cumpre o terceiro nível de maturidade proposto por Cruz-Rubio (2014).

Conforme exposto no quadro, o princípio de inovação tecnológica é o que possui o nível de maturidade mais básico dentre os quatro princípios analisados. Embora seja um avanço o uso de ferramentas e serviços digitais na nova lei para a promoção da transparência e da participação, no caso da criação do PNCP (Art. 174), que contém a criação de catálogo eletrônico de padronização de compras e sistema informatizado de acompanhamento de obras (Art. 19, inciso II e III), a lei não promove o código-fonte aberto dessas plataformas.

A abertura do código-fonte dos sistemas digitais utilizados é benéfica, pois permite que a plataforma possa ser compreendida e livremente usada, copiada, reutilizada e redistribuída (Campagnucci, 2020). Sendo assim, Campagnucci (2020) coloca que a disponibilização do código aberto é uma questão crítica para a democracia, uma vez que o software “fechado” ou proprietário pode privilegiar partes interessadas e impedir a troca dentro de fora das configurações do governo, enquanto o código aberto pode estimular o diálogo contínuo para aprimoramento dos sistemas, inclusive representando novas oportunidades econômicas e possibilidades de negócio para o setor privado.

Da mesma forma que o princípio de participação cidadã, também não há previsão de colaboração aberta no âmbito da inovação tecnológica. Conforme colocado por Campagnucci (2020), um espaço de colaboração seria o repositório de códigos-fonte GitHub, ou seja, uma plataforma que possui como um de seus objetivos o gerenciamento e colaboração de projetos¹⁴. No entanto, sem a previsão legislativa da abertura do Portal, a decisão estará nas mãos dos implementadores do sistema em promover ou não a colaboração aberta.

Dessa forma, a partir das principais fraudes no procedimento licitatório indicados por Júnior (2018), relacionados à atos governamentais, o PNCP e o avanço, de forma geral, dos princípios da transparência e inovação tecnológica, desponta como uma ferramenta de combate à ausência ou pouca publicidade dos procedimentos licitatórios e contratos administrativos.

A possibilidade de realização de consulta pública ou audiência pública prévia ao procedimento licitatório pode auxiliar na elaboração de Termos de Referência ou Projetos Básicos mais consistentes, enquanto também evita que agentes públicos comprometam o caráter de competição por meio das restrições editalícias. A falta de obrigatoriedade da abertura desses documentos para o *feedback* da população pode prejudicar o combate a essas fraudes.

Além disso, a falta de previsão na legislação de espaços de engajamento e colaboração da população, que por vezes poderiam incluir o setor privado, afeta o combate aos orçamentos fraudulentos e farsas durante a pesquisa de preços ao mercado. A partici-

14. GitHub. Disponível em: <<https://github.com/>>. Acesso em 04 de novembro de 2021.

pação do setor privado dentro do procedimento licitatório poderia estabelecer com mais precisão qual o valor de mercado real do bem ou serviço a ser contratado pela Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A licitação tornou-se um espaço de estímulo à corrupção, no qual pessoas privadas se valem do procedimento licitatório para obter vantagens pessoais, uma vez que a licitação como processo administrativo não conseguiu reprimir a corrupção institucionalizada, mas tornou-se um instrumento para a prática de atos ilegais. Por se tratar de um problema comum a vários países e não apenas ao Brasil, a agenda internacional de reforma administrativa que o governo aberto propõe pode ser um caminho para aprimorar a legislação que rege as contratações públicas.

Diante do exposto, a nova legislação examinada à luz dos princípios de Governo Aberto revela quatro principais conclusões: (i) a NLLC se consolida no nível mais avançado em transparência, com a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas e a previsão do regime de dados abertos para as informações disponibilizadas no Portal; (ii) se estabelece no nível intermediário em participação cidadã, com a previsão de ferramentas de consulta pública e audiência pública; (iii) consolida as disposições de *accountability* que a mantém no nível de maturidade avançado e (iv) ainda se encontra no nível mais básico em inovação tecnológica, se apropriando do uso da tecnologia para promover transparência e participação, mas sem disponibilizar o código-fonte e permitir a colaboração aberta.

Após analisar a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, este artigo argumenta que apesar da previsão na nova legislação de mecanismos mais consolidados de transparência e *accountability* e o avanço no nível de inovação tecnológica, ainda não apresenta todos os mecanismos anticorrupção possíveis na norma geral, atendendo de maneira limitada aos preceitos das contratações abertas. Além disso, ainda que a legislação avance no nível intermediário

de participação cidadã de acordo com os critérios apresentados, é importante ressaltar que caberá à discricionariedade do agente público a efetiva implementação do dispositivo, uma vez que o uso das ferramentas de consulta e audiência pública pela legislação é optativo.

A falta da colaboração entre governo e sociedade civil, bem como a falta de incentivo do empoderamento cidadão, prejudica o efetivo controle social sobre as compras públicas, o que dificulta a identificação de atos ilegais em contratações públicas. Para que exista uma legislação inovadora nos mecanismos anticorrupção que normatize licitações e contratos administrativos, a mesma deverá passar por amplo debate público, que inclua a administração pública por meio dos servidores públicos e organizações da sociedade civil que atuam na área das contratações públicas, não somente agentes políticos e jurídicos.

Ainda, deverá adotar dispositivos e regulamentações que permitam que a população de forma geral se envolva mais na aplicação dos recursos públicos, promovendo também formas de educar a sociedade em um processo administrativo-burocrático de difícil compreensão. Também deve promover a transparência e a inovação tecnológica por meio da abertura dos códigos-fonte dos sistemas, ainda que não esteja disciplinado em lei, possibilitando a colaboração e aprimoramento dos processos estabelecidos. Não obstante, o governo brasileiro deve aderir à *Open Contracting Partnership* e integrar o movimento das Contratações Abertas.

Por fim, um dos maiores desafios da Administração Pública será o de implementar de forma prática as disposições da nova legislação. Dessa forma, ainda que a mesma apresenta dispositivos que promovam a transparência, a participação cidadã, a *accountability* e a inovação tecnológica, cabe verificar como os mesmos serão implementados no cotidiano da gestão pública. Como agenda de pesquisa, sugere-se uma avaliação da efetivação dessas normativas em nível federal, estadual e municipal e quais os benefícios identificados na utilização desses mecanismos anticorrupção.

REFERÊNCIAS

- Artigo 19. (2021). *Nota técnica de organizações da sociedade civil pela manutenção do Art. 174 - § 5º da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. Ofício Conjunto. Disponível em: < https://blog.transparencia.org.br/wp-content/uploads/2021/04/Of%C3%ADcio_CN-Sobre-o-veto-presidencial-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-de-base-nacional-de-notas-fiscais-eletr%C3%B4nicas-na-Lei-de-Licita%C3%A7%C3%B5es-1-2.pdf>. Acesso em 13 nov. 2021.
- Barros, J. L. R. (2008). *Qualidade da democracia e accountability: o Brasil pode ser medido?*. Monografia (Especialização em Processo Legislativo) – Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento (Cefor), da Câmara dos Deputados. Brasília.. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/bitstream/handle/bdcamara/3865/qualidade_democracia_barros.pdf?sequence=3> Acesso em 13 nov. 2021.
- Bellix, L., Burle, C. S. G., & Machado, J. (2017). *Qual conceito de Governo Aberto? Uma aproximação aos seus princípios*. GIGAPP Estudios Working Papers, 4(55-59), 78-91.
- Bello de Carvalho, D. C. (2020) *Abrindo os portões do Pátio Digital: a experiência de governo aberto da Secretaria Municipal de Educação de São Paulo*. 33f. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialista em Gestão Pública), Insper.
- Bergue, S. T. (2011). *Modelos de Gestão em Organizações Públicas: Teorias e Tecnologias para Análise e Transformação Organizacional*. Ed. 1ª. Editora Educus.
- Boff, S. O., Leal, D. J. (2020). *Exigibilidade constitucional da sustentabilidade nas contratações pública: normas técnicas e gestão de riscos como instrumento de eficiência*. Rev. de Direito Administrativo e Gestão Pública, v. 6, n. 1. P-98-118.
- Campagnucci, F. (2020). *O último 'cadeado' do governo aberto: a ausência da temática open source na OGP e propostas para aprofundar o conceito*. VII Encontro Brasileiro de Administração Pública, Brasília/DF.
- Carneiro, R., Brasil, F. D. (2016). *Control social y las nuevas instituciones participativas: un panorama del caso brasileño pos-1988*. Praxis sociológica, n. 21, p. 173-193.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 23 dez. 2021.
- Cruz-Rubio, C. N. (2014). *Hacia el Gobierno Abierto: una caja de herramientas*. Departamento para la Gestión Pública Efectiva. Organización de los Estados Americanos.
- Cruz-Rubio, C. N. (2015). *O que é (e o que não é) governo aberto? Uma discussão conceitual*. Rev. Temas de Administração Pública, v. 10, n. 1, p. 129-148.
- Darbishire, H. (2009). *Proactive Transparency: The future of the right to information?* Access to Information Program. The World Bank. Disponível em: < https://foiadvocates.net/wp-content/uploads/Publication_WBI_ProactiveTransp.pdf>. Acesso em 07 abr 2022.
- Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em 23 dez. 2021.
- Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942*. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021.
- Di Pietro (2020), M. S. Z. *Direito Administrativo*. 33ª edição. Rio de Janeiro, RJ. Editora Forense.
- Fortini, C., Motta, F. (2016). *Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional*. A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 83-113.

Gätjen, J. (2014). *Open Contracting – what is it and how good is it?*. University of Twente Student Theses. International Business Administration BSc. Disponível em: < <https://essay.utwente.nl/65272/>>. Acesso em 13 de nov. 2021.

Goodin, R. E., Dryzek, J. S. (2006). *Deliberative impacts: the macro-political uptake of mini-publics*. *Politics & Society*, 34(2), 219-244

Heald, D. (2006). *Varieties of Transparency*. In: Hood, C. and Heald, D. (eds.) *Transparency: the Key to Better Governance?* Series: Proceedings of the British Academy (135). Oxford University Press for The British Academy: Oxford, pp. 25-43.

Júnior, E. F. A. (2018). *Epítome sobre a licitação como instrumento da corrupção*. Tribunal de Contas do Estado do Ceará, Rev. Controle, Fortaleza, v. 16, n.2, p. 402-422.

Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis em virtude da prática de atos de improbidade administrativa, de que trata o § 4º do art. 37 da Constituição Federal; e dá outras providências. (Redação dada pela Lei nº 14.230, de 2021). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm>. Acesso em 23 dez. 2021.

Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021.

Lei nº 12.257, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm> Acesso em 23 dez. 2021.

Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> Acesso em 23 dez. 2021.

Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm>. Acesso em: 23 dez. 2021.

Marchessault, L. (2013). *Open Contracting: A New Frontier for Transparency and Accountability*. World Bank Institute. Open Contracting Partnership.

Martins Anacleto, E. A. et al. (2021). *Minipúblicos e deliberação em compras públicas: Um estudo no Observatório Social do Brasil de Piumhi*. Administração Pública e Gestão Social, Universidade Federal de Viçosa, vol. 13, núm. 3.

Meirelles, H. L. (2015). *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª edição. São Paulo, SP. Malheiros Editores.

Milani, C. R. S. (2008). *O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias*. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 3.

Nester, A. W. (2020). *A nova Lei de Licitações: muita expectativa, pouca evolução, muito trabalho pela frente*. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n. 166, dez.

OCP. (2016). *Why open contracting is essential to open government*. Disponível em: < https://www.open-contracting.org/wp-content/uploads/2016/01/OCP2015_Brief-OpenContracting-OGP.pdf> Acesso em: 13 nov. 2021.

OGP. (2015). *Open Government Partnership: Articles of governance*. Disponível em: https://www.opengovpartnership.org/sites/default/files/attachments/OGP_Articles-Gov_Apr-21-2015.pdf. Acesso em: 13 nov. 2021.

- Oliveira, D. J. S. (2020). *Governo aberto: análise de políticas públicas sob os princípios de transparência, participação e colaboração*. 2020. 304f. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Centro de Pós-Graduação e Pesquisa em Administração, Minas Gerais.
- O'Donnell, G. (1998). *Accountability horizontal e novas poliarquias*. Lua Nova (44), pp. 27-54.
- Peixoto, J. F. (2019). *Governo aberto: métricas para análise da aderência dos estados brasileiros aos princípios da Open Government Partnership*. 2019. 141f. Dissertação (Mestrado em Administração Pública) – Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Neves de Carvalho.
- Ramírez-Alujas, Á. V., Dassen, N. (2012). *Gobierno abierto: la ruta hacia una nueva agenda de reforma del Estado y modernización de la administración pública en América Latina y el Caribe*. Gobierno abierto y transparencia focalizada. Tendencias y desafíos para América Latina y el Caribe, p. 41-71.
- Ramírez-Alujas, Á. V. (2010). *Innovación en la Gestión Pública y Open Government (gobierno abierto): Una vieja nueva idea*. Revista Buen Gobierno, núm. 9, julio-diciembre, pp. 95-133, 2010.
- Reck, J. R., Bitencourt, C. M. (2016). *Categorias de análise de políticas públicas e gestão complexa e sistêmica de políticas públicas*. A&C – R. de Dir. Adm. Const. Belo Horizonte, ano 16, n. 66, p. 131-151.
- Rocha, J. (2021). *Derrubado veto à Nova Lei de Licitações*. Imprensa Oficial do Estado. Disponível em: < <https://www.ioepa.com.br/portal/noticias.aspx?id=38654>>. Acesso em 13 nov. 2021.
- Rodrigues, R. et al. (2021). *Transparência ativa dos Ministérios Públicos brasileiros: sob a ótica da qualidade e disponibilidade*. VIII Encontro Brasileiro de Administração Pública, Brasília/DF.
- Santos, L. C., Silva, H. V. (2021). *Nova Lei de Licitações e suas principais alterações: um norte ao administrador público*. Recima21 – Revista Científica Multidisciplinar, v. 2, n.8.
- Serra, R. C. C., Carvalho, J. R. C. S., & Carneiro, R. (2012). *Accountability democrática e as ouvidorias*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, edição especial: Transparência e controle social, v. 2012, p. 135-153.
- Williams, A. (2015). *A global index of information transparency and accountability*. Journal of Comparative Economics, v. 43, n. 3, p. 804-824.
- Zárate, A. O. (2019). *La ruta del gobierno abierto: un viaje que avanza en espiral*. Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal, n. 4, p. 70-77.



Gabriela Boechat

<https://orcid.org/0000-0003-1348-7260>

Fundação Getúlio Vargas (FGV)
gbrlboechat@gmail.com

Mestranda em Administração Pública e Governo pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) e bacharel em Ciências e Humanidades, Políticas Públicas e Relações Internacionais pela Universidade Federal do ABC (UFABC). Desde 2017, pesquisa e trabalha com o tema de governo aberto, transparência e participação cidadã. Atuou na Prefeitura de São Paulo, na Controladoria Geral do Município, na Secretaria de Governo Municipal e na iniciativa Pátio Digital, da Secretaria Municipal de Educação. Ainda, na mesma Secretaria, atuou no âmbito das contratações públicas. Hoje é consultora pelo Instituto de Governo Aberto.