

Pinel: A derrotabilidade das regras da nova Lei de Licitações

16/04/2021

Enfim, nasceu a nova Lei de Licitações e Contratações Públicas, a Lei Federal nº 14.133/21. Todavia, apesar de muito aguardada, não trouxe tantas alegrias. Como já escrevi [antes](#), em vez de fundar um novo sistema, a nova lei optou pela mera atualização do sistema antigo, apostando mais uma vez no maximalismo legal. Se por um lado o maximalismo produz ganhos de estabilidade e de controle, por outro limita demais a discricionariedade do gestor, dificultando a formação de contratos mais condizentes com cada realidade.



Diante desse cenário, pergunto se ao gestor é permitido

flexibilizar a rigidez do modelo maximalista ou se, ao contrário, a ele cabe apenas aplicar a lei da forma como é, mesmo que seus resultados, em casos específicos, sejam gravemente ineficientes? Minha resposta, que é positiva, passa pela potencial derrotabilidade das regras da nova lei de licitações, que, se manejada adequadamente, pode permitir aplicação mais criativa e menos ortodoxa das novas disposições legais.

Sem tratar da diferença entre regras e princípios, é importante pontuar, antes de qualquer outro comentário, que a observância das regras é algo bom, não só por ser moralmente correto, mas por gerar efeitos positivos para todo o sistema jurídico. Além do efeito mais evidente, que é a previsibilidade, a instituição de uma regra também é benéfica ao reduzir as chances de arbitrariedades no exercício do poder, seja ele político ou administrativo, e ao simplificar o processo deliberativo, que não precisa ser inteiramente refeito a cada caso concreto. Não seria correto, então, propor o puro e simples descumprimento da nova lei.

No entanto, a observância das regras não se legitima apenas pela realização de estabilidade e de controle. Para que seja racional, a aplicação das regras também deve promover os valores que justificaram sua edição, isto é, seus valores subjacentes — ou suas finalidades específicas. Nem sempre esse resultado se realiza.

Não são raras as situações em que a aplicação de uma regra, em vez de promover seu valor subjacente, acaba produzindo efeito oposto, não por defeito do enunciado normativo que a veicula, mas por peculiaridades do caso que se pretende regular. Isso se dá pela impossibilidade de o legislador, quando da edição dos textos normativos, conseguir captar todas as nuances da realidade, sempre deixando de considerar hipóteses que, por serem atípicas, mereceriam regulação excepcional.

Para essas situações é que serve a derrotabilidade das regras, que consiste na superação, excepcional e episódica, de regras válidas e eficazes, sempre que sua aplicação se mostrar contrária à promoção de seu valor subjacente. Dessa forma, de maneira a flexibilizar a rigidez das regras, deve-se incluir, em todo enunciado normativo, cláusula geral de exceção do tipo "a menos que", que permitirá o afastamento episódico da regra no caso de sua incidência conflitar com o respectivo valor subjacente, que justificou sua criação.

Como qualquer outro modelo maximalista, essa pode ser a realidade da nova Lei de Licitações. Em linhas gerais, as regras sobre contratações públicas têm como valor subjacente a busca pela contratação mais eficiente — isto é, aquela que melhor realize o interesse público em cada situação. Essa é, na maior parte das vezes, sua razão de ser. Estabilidade e controle do exercício do poder não podem ser elencados como valores subjacentes da nova lei, por serem finalidades gerais, presentes em qualquer modelo maximalista de regulação. Como valor subjacente, específico das regras sobre licitações, só a eficiência, cujo conteúdo pode variar em cada contratação.

Diante dessa premissa, volto à pergunta inicial: pode-se pensar na superação das regras da nova Lei de Licitações que, diante do caso concreto, gerarem grave ineficiência? A resposta, como dito, só pode ser positiva.

Nesses casos, de grave ineficiência das regras sobre contratações públicas, entendo que o enunciado normativo deve ser superado, episodicamente, permitindo decisão administrativa produtora de eficiência, que é o valor subjacente da nova lei. Dessa forma, segundo essa ideia, a lei de licitações deve ser interpretada com a cláusula geral de exceção do tipo "*a menos que a medida se mostre gravemente ineficiente*", voltando, assim, sempre à realização de bons resultados, deixando mais arejado o modelo maximalista.

Obviamente, de modo a não comprometer a segurança jurídica e a evitar decisões arbitrárias, essa solução deve ser excepcional e precedida de fundamentação que demonstre a peculiaridade do caso e o baixo risco de comprometimento da segurança jurídica. Aliás, essa exigência argumentativa não pode ser satisfeita com meras alegações, devendo, ao contrário, estar acompanhada de evidências e de fortes razões técnicas.

Sobre as regras que podem gerar graves ineficiências, ainda é cedo para especular. Como a derrotabilidade depende das peculiaridades do caso concreto, seria irracional tentar antever, em abstrato, as hipóteses "derrotáveis". Só no confronto entre enunciado normativo e caso concreto é que se poderá avaliar a (in)eficiência da regra e se ela, de fato, deve ou não ser superada.



O importante, por ora, é notar que a Lei Federal nº 14.133/21 pode ser aplicada de maneira mais criativa e menos ortodoxa, não sendo o fim do processo argumentativo, mas seu ponto de partida. A flexibilização do modelo legal maximalista, a meu ver, é fundamental para conciliar a busca por bons resultados, que depende de adaptabilidade, com a estabilidade e o controle do poder administrativo, que são garantidos pela rigidez moderada do sistema.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2021-abr-16/pinel-derrotabilidade-regras-lei-licitacoes/>