

Considerações gerais sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Pedro Jorge Rocha de Oliveira¹

A nova Lei n. 14.133, de 01 de abril de 2021, que foi sancionada com diversos vetos, já está em vigor e vem em substituição não só à Lei n. 8.666/93, já com mais de vinte e sete anos de existência, mas, também, a outras leis que tratam de licitações e contratações. Durante dois anos, essa nova Lei irá conviver com as Leis n. 8.666/93, n. 10.520/02 e n. 12.462/11 (RDC - artigos 1º ao 47) e somente ao final deste prazo, as três serão revogadas.

Conforme o tipo do objeto, as licitações ou contratações poderão continuar ocorrendo, por qualquer das quatro leis, porém, sem a possibilidade de utilização combinada entre elas. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada (art. 190).

A nova Lei apresenta inovações que precisarão ser testadas na prática, traz aumento da burocracia, é extensa (194 artigos para 126 artigos da Lei n. 8.666/93), se não bastasse, delegou para regulamentos aproximadamente quarenta e cinco dispositivos, sem definir quais tipos de regulamentos e de quem é a competência para editá-los, sem fixar prazos para tais iniciativas. O Legislativo desistiu ou cansou de legislar!

As modalidades (art. 28) agora são: pregão; concorrência; concurso; leilão e diálogo competitivo, mais os procedimentos auxiliares (art. 78): credenciamento; pré-qualificação; procedimento de manifestação de interesse; sistema de registro de preços; e registro cadastral, que, para sua utilização, dependem de edição de regulamento. A novidade fica por conta do “Diálogo Competitivo”. A definição para o enquadramento na modalidade, não é mais pelo valor, mas pelo tipo e características do objeto a ser adquirido.

A modalidade “Diálogo Competitivo” precisa ser testada na prática, mas poderão ocorrer: dificuldades de operacionalização, sobretudo, pela falta de equipes técnicas capacitadas; dúvidas na definição de “critérios objetivos”; problemas em garantir a manutenção do sigilo dos diálogos; e riscos de manipulação da competição, já que as empresas que participarão do diálogo serão as mesmas que apresentarão propostas.

Deixaram de existir: a Tomada de Preços, o Convite e o RDC, considerado como modalidade por alguns. O RDC deixa de existir como norma própria, mas suas regras foram incorporadas pela nova Lei, que também se aproveitou de algumas inovações trazidas pela Lei das Estatais. Aliás, a Lei n. 13.303/16 se socorre da nova Lei pelos seus art. 32, IV (pregão) e art. 41 (disposições penais), que agora seguem o art. 55, III (critério de

¹ Membro do Conselho Consultivo do Ibraop. Engenheiro e Auditor aposentado do TCE-SC.

desempate), por exemplo, e o Código Penal, respectivamente, por força do art. 189 da nova Lei.

Além de introduzir dispositivos no Código Penal, a Lei faz alterações nas Leis n. 8.987/95 (concessões) e n. 11.079/04 (PPP), sendo aplicada subsidiariamente a essas duas leis e à Lei n. 12.232/10 (publicidade).

Vários pontos chamam à atenção na nova lei:

1. *Orçamento sigiloso*: desde que justificado, há casos de caráter sigiloso, em outros será obrigatória a publicação do orçamento, e ainda outros que, mesmo desejando, não será possível garantir o sigilo.

Essa opção pode acarretar: a) afronta aos princípios da publicidade e da transparência; b) corrupção pelo vazamento de informações; c) impossibilidade de impugnação do edital e dos preços pelos licitantes; d) possibilidade de direcionamento de licitação favorecendo licitante; e) possibilidade de manipulação do certame pelos licitantes; f) favorecimento a prévio acordo entre as licitantes, quando há prática de conluio; g) necessidade de cuidados extras da Administração e capacitação de pessoal; h) pouco tempo de análise de projetos e composição de orçamentos pelos licitantes; i) propostas com valores majorados pela confecção do orçamento e contingências incluídas pelas incertezas, portanto, contrário ao princípio da economicidade para obras complexas; j) possibilidade de alteração do orçamento (pela Administração) na fase externa; k) elaboração de um orçamento “qualquer”, descuidado, por parte da Administração, que depois servirá de paradigma para negociação; l) dificuldade no sigilo em situações de convênios ou contratos de repasse, nas contratações de projetos com terceiros e nas cotações realizadas no mercado; m) falta de efetividade em obras mais comuns ou simples, cujos orçamentos devem ser feitos pelo Sinapi ou Sicro; e n) necessidade de afastamento no caso de negociação. O orçamento sigiloso, pode produzir efeitos positivos apenas nas aquisições de objetos simples (compras e serviços comuns), não para obras públicas, pois estas não se realizam com subestimativas ou grandes descontos; se assim for, restarão inacabadas ou sem qualidade.

2. *Seguro-garantia*: em relação ao tão discutido e questionado seguro-garantia, podem ocorrer as seguintes situações, em destaque: a) aumento do valor das obras devido à apólice elevada pelos riscos da seguradora e à necessidade de equipes com conhecimento nessa área; b) no caso de a seguradora ter que assumir a execução do objeto, seguimento da obra por empresa sem a necessária qualificação técnica; c) problemas de gerenciamento, fiscalização e controle técnico dos empreendimentos, já que a seguradora não seria, a princípio, da área e nem tecnicamente competente; e) obras inacabadas nos casos em que a seguradora poderá preferir pagar o prêmio da apólice; f) indução, pela seguradora, ao maior valor do objeto para o maior valor a ser cobrado pelo seguro; e g) não redução de problemas, já que as principais causas são motivadas pela própria Administração, por falta de planejamento, descontinuidade administrativa, obras eleitoreiras, projetos deficientes, falta de pessoal técnico e o não pagamento em dia.

3. *Dispensada a elaboração de projetos*: possível conflito na interpretação do §3º do art. 18, que estabelece: “§ 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízos para

aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a possibilidade de especificação do objeto poderá ser indicada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos”; como houve uma alteração na redação final desse dispositivo, pela inclusão da expressão “ou em projeto básico”, que não constava de versões anteriores, a expressão “dispensada a elaboração de projetos” parece não incluir o “projeto básico”; ou seja, será preciso entender os “projetos” dispensados como o “projeto executivo”, a teor do art. 46, §1º: “É vedada a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo, ressalvada a hipótese prevista no §3º do art. 18 desta Lei.”

4. *Definição de obras comuns e especiais de engenharia:* a nova Lei não apresenta a definição para “obras comuns” e “obras especiais de engenharia”, apesar de constarem de determinados dispositivos: quando da definição da modalidade de concorrência (art. 6º, inciso XXXVIII); quando da possibilidade de dispensa de “projetos” (art. 18, §3º); quando da adoção do critério de julgamento “técnica e preço” (art. 36, §1º, inciso IV); e quando da definição dos prazos para apresentação de propostas (art. 55, inciso II, alíneas a e b); algumas razões dos legisladores para essa indefinição poderiam ser: a) as obras comuns de engenharia são realmente aquelas muito simples e por isso foram consideradas na Lei “juntamente” com os serviços comuns de engenharia; b) as obras especiais de engenharia serão as demais obras e, por isso, foram consideradas “juntamente” com os serviços especiais de engenharia; c) os legisladores permitiram que obras e serviços comuns de engenharia possam ser contratados sem a realização de “projetos” (art. 18, §3º); e d) não é razoável entender que o prazo para apresentação das propostas seja de 10 (dez) dias.

5. *Contratação Integrada e semi-integrada:* embora esses regimes de execução tenham vindo de outras Leis, nesta nova lei, infelizmente, não estão previstos os critérios restritivos da contratação integrada definidos nas leis anteriores. No Projeto de Lei havia a restrição ao uso para valores inferiores a R\$ 10 milhões, para os dois regimes, o que foi vetado, restando, portanto, as seguintes situações: vale para quaisquer valores (art. 46, §7º); somente para obras e serviços de engenharia (art. 6º, XXXII e XXXIII); na contratação semi-integrada, o projeto básico poderá ser alterado (art. 46, §5º); será obrigatória a matriz de riscos (art. 22, §3º) e com remuneração ou não do risco (art. 23, §5º); o orçamento poderá ter caráter sigiloso (art. 24); é vedada a medição por preços unitários (art. 46, §9º); situações restritas para aditivos (art. 133); providências para desapropriações, quando for o caso (art. 46, §4º); e prazos mínimos para apresentação de propostas de 60 dias úteis para contratação integrada e de 35 dias úteis para contratação semi-integrada (art. 55).

6. *Outras situações que se destacam:* a) possibilidade de o licenciamento ambiental e a desapropriação serem realizados pelo contratado, podendo ocorrer inviabilidade; extinção do contrato; atraso da execução; e/ou reequilíbrio contratual; b) existe confusão em quais situações precisa-se de orçamentos detalhados; c) confusão entre “serviço” e “serviço de engenharia” e na utilização do termo “arquitetura”; d) possível conflito entre critérios de julgamento e regimes de execução, na definição do prazo para propostas; e) obras e serviços de engenharia pelo SRP, podendo gerar distorções e burla à legislação na execução de obra (objeto completo), selecionando itens de determinada(s) ata(s); e f) adoção da técnica e preço, com 70% para a técnica, pela dificuldade de critérios objetivos e possibilidade de direcionamento com “escolha” do futuro contratado (usualmente é utilizado para esse fim).

Só o tempo dirá se, de fato, esta Lei irá atender aos princípios da eficiência e da economicidade, tornar ágeis as contratações, promover o planejamento eficiente da Administração Pública, induzir à adoção de equipes técnicas competentes, dar caminhos para a redução da corrupção, atender às demandas de órgãos Federais e de pequenas unidades da Federação, firmar a prática do pagamento em dia, induzir à elaboração de “projetos completos”, dar tratamento adequado aos aditamentos e exigir continuidade administrativa na execução de obras. Na área da engenharia, sem a presença de profissionais habilitados e capacitados, as inovações da Lei estarão fadadas ao insucesso.

Referências bibliográficas

BRASIL. Lei n. 14.133 de 01 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 05/04/2021.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, 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 05/04/2021.

BRASIL. Lei n. 12.462, de 04 de agosto de 2011. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em 29/03/2021.

BRASIL. Lei n. 13.303, de 30 de junho de 2016. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13303.htm. Acesso em 29/03/2021.