



IBRAOP

Instituto Brasileiro de
Auditoria de Obras Públicas

(Organizador)



NOVA LEI DE LICITAÇÕES

(LEI N° 14.133/2021)



Carlini & Caniato
editorial



IDENTIDADE ORGANIZACIONAL

Missão

Congregar profissionais de Engenharia, Arquitetura e Urbanismo – com a finalidade de promover o estudo e o debate das questões relacionadas às metodologias, critérios, técnicas e procedimentos que visem ao aprimoramento da Auditoria de Engenharia e prestar apoio técnico aos Tribunais de Contas e aos órgãos integrantes dos Sistemas de Controle Interno, nos assuntos relacionados à Auditoria de Obras Públicas.

Visão

A execução de obras públicas somente poderá alcançar um ótimo estágio de desenvolvimento se houver a preocupação com a conformidade técnica e legal de um empreendimento ou serviço de engenharia; envolvendo, desde o exame dos estudos e projetos elaborados, da habilitação dos profissionais e empresas envolvidos, dos procedimentos efetuados para a contratação e execução das obras ou serviços, incluídos os aspectos de qualidade, da adequação das técnicas construtivas e dos materiais empregados, do impacto do empreendimento ao meio ambiente, da economicidade e dos custos e preços praticados em todas as fases com relação ao mercado e dos resultados advindos para a sociedade.

Valores

Zelar pela ética no desempenho da função e na atuação dos profissionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia que integram o setor público e defender, de maneira intransigente, o interesse público, quer seja na qualidade dos empreendimentos, na defesa do meio ambiente ou na aplicação adequada dos recursos financeiros públicos.

DIRETORIA EXECUTIVA

Presidente

Anderson Uliana Rolim (TCE-ES)
anderson.rolim@tcees.tc.br

Vice-presidente

Narda Consuelo Vitória Neiva Silva (TCE-MT)
narda@tce.mt.gov.br

Diretor Administrativo

Bartolomeu Barros Lordelo Jr (TCM-BA)
bartolomeu.junior@tcm.ba.gov.br

Diretor Administrativo Adjunto

Fernando Celso Morini (TCM-SP)
fernando.morini@tcm.sp.gov.br

Diretor Financeiro

Alysson Mattje (TCE-SC)
alysson.mattje@tcesc.tc.br

Diretor Financeiro Adjunto

Aristóteles Sampaio Costa (TCE-RR)
aristoteles@tce.rr.leg.br

Diretora Técnica

Adriana Cuoco Portugal (TC-DF)
adriana@tc.df.gov.br

Diretor de Eventos

Bruno Luis Malaquias e Silva (TCE-GO)
blmalaquias@tce.go.gov.br

Diretor de Comunicação

Guilherme Bride Fernandes (TCE-ES)
guilherme.bride@tcees.tc.br

Diretor de Relações Institucionais

Pedro Paulo Piovesan de Farias (TCE-PR)
pedropaulofarias@tce.pr.gov.br



IBRAOP

Instituto Brasileiro de
Auditoria de Obras Públicas

(Organizador)



NOVA LEI DE LICITAÇÕES

(LEI N° 14.133/2021)

© Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas, 2021.

Todos os direitos reservados.

Proibida a reprodução de partes ou do todo desta obra sem autorização expressa do Ibraop (art. 184 do Código Penal e Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

(Douglas Rios – Bibliotecário – CRB1/1610)

N935

Nova Lei de Licitações (Lei Nº 14.133/2021) [e-book]./
Organizado pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de
Obras Públicas - IBRAOP. 1ª edição. Cuiabá-MT:
Carlini & Caniato Editorial, 2021.
92 p.

ISBN 978-65-88600-75-7

1. Licitações. 2. Lei Nº 14.133/2021. 3. Obras Públicas.

CDU 349.2:351.712

Índice para catálogo sistemático:

1. Licitações – Lei Nº 14.133/2021 – 349.2:351.712
2. Obras Públicas - 349.2:351.712

Realização

Diretoria Executiva do Ibraop

Coordenação

Anderson Uliana Rolim
Adriana Cuoco Portugal

Organização

Paula Palma Fontes
Janayna Cajueiro

Capa

Márcia Vecchio

Edição, Projeto Gráfico e Diagramação

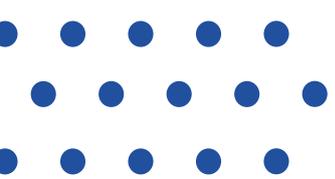
Doriane Miloch

Revisão

Doralice Jacomazi



Carlini & Caniato Editorial (nome fantasia da Editora TantaTinta Ltda.)
Rua Nossa Senhora de Santana, 139 – sl. 03 – Centro-Sul – CEP: 78.020-122
Cuiabá-MT – (65) 3023-5714
www.carliniecaniato.com.br - contato@tantatinta.com.br



Sumário

Apresentação..... 7

A adoção do BIM na Nova Lei de Licitações..... 9
Aristóteles Sampaio Costa

**A Nova Lei de Licitações e seus aspectos positivos na
contratação de obras e serviços de engenharia..... 14**
Alysson Mattje

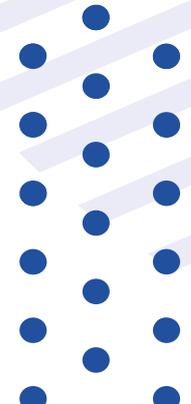
Impactos da NLLC na atuação dos Tribunais de Contas..... 19
Pedro Jorge Rocha de Oliveira

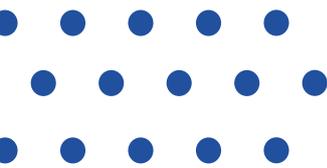
**Ausência do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e
as contratações na NLLC..... 24**
Pedro Jorge Rocha de Oliveira

**Considerações gerais sobre a Nova Lei de Licitações e
Contratos Administrativos..... 27**
Pedro Jorge Rocha de Oliveira

**O desafio de definir e classificar obra comum e
obra especial de engenharia..... 32**
Fernando Celso Morini

**Contribuição da Lei n.º 14.133/2021 para a
redução de obras públicas inacabadas 37**
*Regis Signor,
Fernanda F. Marchiori,
Alexandre B. Raupp,
Rafael R. Magro,
Alan O. Lopes*





**O PNCP para obras e serviços de engenharia
já poderia estar pronto desde 2015..... 42**
*Guilherme Bride e
Adriana Portugal*

Idas e vindas do orçamento sigiloso..... 46
Adriana Cuoco Portugal

**Potencial inconstitucionalidade material do art. 159 da
Nova Lei de Licitações e Contratos e suas eventuais limitações ao
cálculo de superfaturamento em obras públicas..... 51**
*Rafael C. Di Bello,
Rafael Martins Gomes e
Victor Hugo Moreira Ribeiro*

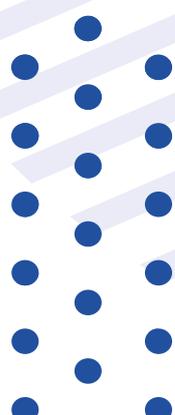
**Obras públicas e Programa de Integridade –
uma bela fachada em um prédio antigo?..... 55**
Rafael Martins Gomes

**Ponderações para os Regimes de Execução da
Nova Lei de Licitações..... 59**
Fernando Celso Morini

O superfaturamento está definido na Lei n.º 14.133/2021, e agora?..... 64
*Alan O. Lopes,
Alexandre B. Raupp,
Rafael R. Magro,
Regis Signor*

**Veto ao parágrafo único do art. 159 da Nova Lei de Licitações e
Contratos: impacto dos acordos de leniência sobre o
controle externo das obras públicas 72**
*Rafael C. Di Bello,
Rafael Martins Gomes e
Victor Hugo Moreira Ribeiro*

Preços, alterações dos contratos e pagamentos..... 79
*Marcos Nóbrega e
Pedro Dias de Oliveira Netto*



Apresentação

É uma enorme satisfação para o Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas publicar um e-book que reúne artigos de colegas engenheiros e auditores de controle externo sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) – tema debatido pelo Ibraop já há muito tempo.

Estes trabalhos, aqui publicados, foram elaborados e divulgados com o intuito de acalorar as discussões sobre a nova norma antes de um evento virtual, que foi realizado no dia 31 de maio de 2021 – o Webinar NLLC. Os debatedores desse webinar, a propósito, foram selecionados a partir dos artigos apresentados. O vídeo do debate continua disponível no Canal do YouTube do Ibraop.

São, ao todo, 15 artigos técnicos que tratam desde considerações gerais a análises minuciosas da nova lei, nos quais seus autores concordam ou discordam de inclusões e mudanças realizadas.

O auditor aposentado do TCE-SC, Pedro Jorge Rocha de Oliveira, assina três artigos técnicos desta publicação: “Considerações gerais sobre a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos”, “Ausência do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e as contratações na NLLC” e “Impactos da NLLC na atuação dos Tribunais de Contas”. A auditora do TC-DF, Adriana Portugal, elaborou dois: “Idas e vindas do orçamento sigiloso” e, em parceria com o auditor do TCE-ES, Guilherme Bride, “O PNCP para obras e serviços de engenharia já poderia estar pronto desde 2015”.

Os auditores federais do TCU, Rafael Di Bello, Rafael Martins Gomes e Victor Hugo Moreira Ribeiro, apresentam dois artigos: “Veto ao parágrafo único do art. 159 da Nova Lei de Licitações e Contratos: impacto dos acordos de leniência sobre o controle externo das obras públicas” e “Potencial inconstitucionalidade material do art. 159 da Nova Lei de Licitações e Contratos e suas eventuais limitações ao cálculo de superfaturamento em obras públicas”. Assim como o auditor do TCM-SP, Fernando Celso Morini, que também registra dois trabalhos: “Ponderações para os Regimes de Execução da Nova Lei de Licitações” e “O desafio de definir e classificar obra comum e obra especial de engenharia”.

Os peritos criminais da Polícia Federal, Alan Lopes, Alexandre Raupp, Rafael Magro, Regis Signor, assinam os artigos “O superfaturamento está definido na Lei n.º 14.133/2021, e agora?” e “Contribuição da Lei n.º 14.133/2021 para a redução de obras públicas inacabadas”, este também assinado por Fernanda Marchiori.

Os auditores do TCE-RR, Aristóteles Sampaio Costa, do TCE-SC, Alysson Mattje, e do TCU, Rafael Martins Gomes, apresentam, respectivamente, os trabalhos “A adoção do BIM na nova Lei de Licitações”, “A Nova Lei de Licitações e seus aspectos positivos na contratação de obras e serviços de engenharia” e “Obras públicas e Programa de Integridade – Uma bela fachada em um prédio antigo?”.

Este livro virtual termina, enfim, com a brilhante análise do conselheiro substituto do TCE-PE, Marcos Nóbrega, no trabalho intitulado “Preço, alterações dos contratos e pagamentos”, assinado com o advogado e doutorando da UFPE, Pedro Dias de Oliveira Netto.

Esperamos que apreciem o resultado final deste trabalho. Boa leitura!

A adoção do BIM na Nova Lei de Licitações

Aristóteles Sampaio Costa¹

O presente trabalho tem por finalidade abordar a adoção do BIM no âmbito da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º 14.133/2021), seus conceitos, dimensões, desafios e o enfoque do ponto de vista do controle externo, do planejamento e da transparência pública.

O art. 19 da Nova Lei de Licitações prevê que os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, utilização e atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

O § 3º do mesmo artigo estabelece, especificamente, que nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a chamada Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modeling – BIM*), ou de tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la.

Observa-se, inicialmente, que além de avanços legislativos promovidos pela nova lei, como a influência da jurisprudência e da doutrina, bem como da preservação do núcleo da Lei nº 8.666/93 e do somatório de outras legislações, tais como Regime Diferenciado de Contratações – RDC (Lei nº 12.462/2011), Pregão (Lei nº 10.520/2002) e Lei de Estatais (Lei nº 13.303/2016), a nova lei de licitações apresenta melhorias do ponto de vista tecnológico com a adoção do BIM no seu bojo, considerando ainda que não é demais lembrar que vigora em âmbito federal desde agosto de 2019, o Decreto n.º 9.983/2019, que dispõe sobre a Estratégia Nacional de Disseminação do *Building Information Modelling* e institui o Comitê Gestor da Estratégia do *Building Information Modelling*, consignando, portanto, mais uma mescla de outra legislação vigente.

¹ Diretor financeiro – adjunto do Ibraop, projetista de estruturas de concreto armado e auditor de Controle Externo do TCE/RR.

Nesse prisma, um dos destaques da nova legislação é a atenção especial dada à fase de planejamento das contratações públicas, conforme consta no seu Capítulo II da fase preparatória (incisos I, II e X, do art. 18, incisos IV, VI, VII, IX e XIII do § 1º e § 2º, do mesmo artigo), visto que é declarada tacitamente a importância do planejamento, dos estudos técnicos e da análise de alternativas, justamente com o enfoque na apresentação de soluções mais precisas e adequadas com a realidade do projeto que se deseja contratar.

Nesse novo marco legislativo, surge o BIM oferecendo diversos benefícios, porém, antes de tudo é essencial analisar qual a dimensão do projeto e as necessidades conforme consta no § 3º do art. 19 da nova lei. Assim, será possível implementar o BIM de acordo com as demandas de cada projeto e a realidade de cada órgão da Administração Pública.

A nova lei surge com avanços importantes do ponto de vista da Arquitetura, Engenharia e Construção – AEC e do controle/fiscalização, posto que existem inúmeras vantagens e melhorias identificadas na adoção dessa tecnologia, conforme descrito a seguir:

- melhorias na qualidade técnica, na sustentabilidade, no controle e transparência das obras públicas;
- melhorias técnicas da qualidade dos projetos e obras, por meio da compatibilização dos projetos, o planejamento da obra e a precisão do orçamento;
- melhorias da gestão dos projetos e obras a partir da redução de aditivos, facilitação do acesso à informação, subsídio técnico para tomada de decisão, inibição de desvios de conduta e ampliação da transparência e do controle social.

O termo BIM pode ser definido como um processo que começa com a criação de um modelo 3D inteligente e permite ações de gerenciamento da documentação, com a compatibilização entre as disciplinas do projeto; coordenação de atividades; e simulação em todo o ciclo de vida do projeto (planejamento, projeto, construção, operação e manutenção).

A metodologia BIM é usada para projetar e documentar projetos, permitindo que o modelo possa ser usado para análise, exploração de alternativas de projeto de construção e criação de visualizações que ajudam os responsáveis a entender antecipadamente a aparência final da construção e suas interferências, possibilitando o suporte ao longo das diversas fases do ciclo de vida do projeto para que sejam realizadas melhores análises e controles. Portanto, fica evidente que tais características se encontram alinhadas com a fase preparatória e a importância do planejamento a que se refere a legislação novel.

Geometricamente, três dimensões são geralmente suficientes para a criação de um projeto, porém é possível utilizar de diferentes modalidades descritivas, a fim de se gerar um tipo diferente de informação. Atualmente, as dimensões da metodologia BIM apresentam-se segmentadas em:

- a) **3D** – renderização tridimensional do projeto;
- b) **4D** – análise de compatibilização e planejamento;
- c) **5D** – análise de custos;
- d) **6D** – avaliação da sustentabilidade;
- e) **7D** – gestão de instalações.

A tecnologia ou plataforma BIM traz a possibilidade do compartilhamento de informações entre os profissionais (interoperatividade) que atuam nas diversas fases do projeto, permitindo a simulação virtual do que se pretende construir, prevendo, inclusive, eventuais problemas a serem enfrentados, além de incorporar “muitas das funções necessárias para modelar o ciclo de vida de uma edificação, proporcionando a base para novas capacidades da construção e modificações nos papéis e relacionamentos da equipe envolvida no empreendimento” (EASTMAN *et al.*, 2014).

Do ponto de vista da auditoria, a plataforma proporcionará projetos e obras de engenharia mais transparentes, possibilitando o controle social, redução de custos, diminuição de conflitos entre as diversas disciplinas e erros que oneram a Administração Pública, pela adoção de aditivos ocasionados pelo mau planejamento dos projetos e do controle da execução da obra que prorrogam contratos, que não raras vezes culminam em obras paralisadas/abandonadas. A plataforma, por outro lado, oferece mais precisão na quantificação das estimativas, projetos mais acurados, aumentando a eficiência do setor público e ampliando a competitividade, bem como a possibilidade de exigir-se o cumprimento de contratos, ampliando a qualidade na execução de obras e adesão aos preços e prazos contratados. Portanto, surge mais uma ferramenta com potencial para uma significativa melhora no controle/fiscalização.

Destaca-se que vários escritórios de engenharia e arquitetura brasileiros estão, gradativamente, aderindo ao BIM, notadamente nas áreas de orçamentos, arquitetura, estruturas, instalações prediais e de vedação, pois consideram uma oportunidade de diferenciação no mercado, que resulta em assertividade em prazos, redução de custos e desperdícios de materiais, além de agregar qualidade à mão de obra e ao produto final. Da mesma forma, a adoção desse instrumento nas obras públicas e sua transposição para o enorme mercado que é a Administração Pública, considerando que o Estado, com elevado poder de compras que possui, tem a vocação de ser o grande indutor dessa tecnologia disruptiva em suas obras e serviços de engenharia.

É importante destacar que diversos países têm a previsão do uso de BIM em projetos e obras, a exemplo da Finlândia, Noruega, Dinamarca, Singapura, Estados Unidos, França, Reino Unido, Itália, Austrália, Espanha, Holanda, Irlanda, Alemanha, Canadá, entre outros. Em alguns países a utilização do BIM é obrigatória, em outros é facultativa, sendo os critérios adotados diversos e variam desde a área a ser construída, valor do dispêndio financeiro, se obra pública ou privada, ou ainda pela origem dos recursos.

Apesar dos benefícios, existem desafios a serem enfrentados, tais quais a necessidade de mudança de cultura, a carência de metodologias definidas no mercado, os custos associados à aquisição da plataforma, a falta de recursos para capacitação, a falta de projetistas que utilizem a plataforma e de demandas de entrega.

Implementar o BIM requer investimento para novas habilidades e aptidões de toda a cadeia de profissionais envolvida no projeto, bem como necessita de *softwares* e computadores com altíssimo desempenho, exigindo também um tempo de adaptação para trabalhar com o grande volume de informações integradas para obtenção dos benefícios desse novo conceito de trabalho.

O Brasil já possui experiências exitosas e cenário promissor em relação ao uso do BIM nos empreendimentos públicos, como exemplos, citam-se o Exército Brasileiro, além de outras iniciativas apresentadas pelo DNIT, Banco do Brasil, Fiocruz, Petrobras, Metrô/SP e Infraero.

Ainda do ponto de vista estatal, é digna de registro a empolgante cooperação técnica entre os estados do Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, que formaram a Rede BIM Gov Sul. É uma rede de troca de experiências a respeito da tecnologia BIM com a missão de promover ações integradas de fomento para a implantação de BIM na esfera pública da região Sul, com a visão de ser referência nesse setor.

Não há dúvidas quanto à necessidade de o país implantar o BIM como uma política pública que envolva as três esferas da administração, estabelecendo normas, padrões, referências, assim como a promoção e o incentivo para fomentar o uso da plataforma, não como uma nova filosofia, mas como uma realidade na busca da eficiência de que a Administração Pública tanto necessita, principalmente numa área em que o volume de recursos representa parcela significativa dos investimentos.

Entretanto, é preciso considerar que 73% dos municípios brasileiros possuem entre 10 e 20 mil habitantes, conforme dados do IBGE (2010), cuja realidade passa ao largo da cultura tecnológica dos escritórios de engenharia do setor privado. Além disso, é importante mencionar a falta de profissionais capazes de lidar com tal tecnologia e o próprio “sucateamento” das equipes de engenharia na grande maioria dos municí-

pios pequenos, conforme já reiterado nos estudos realizados pela Atricon² e TCU³ sobre obras inacabadas.

Fundamentado nas experiências de alguns países que já se encontram em estágios mais avançados e nas dificuldades que enfrentaram para adotar o BIM, fica evidente que sua adoção deve ser realizada de forma gradual, estabelecendo critérios que possam, com o tempo e a experiência adquirida, serem aprofundados.

Por final, a Administração Pública inicia sua longa caminhada para a utilização do BIM como uma ferramenta no desenvolvimento de suas atividades baseada na legislação em análise, buscando a eficiência e a quebra de antigos paradigmas. O pontapé inicial foi dado. O país precisa evoluir no desenvolvimento do BIM e o tempo trará o nível de maturidade necessário.

REFERÊNCIAS

ASBEA. **Guia de Boas Práticas em Bim**. Estruturação do Escritório de Projeto Para a Implantação do BIM. Disponível em: http://www.caubr.gov.br/wp-content/uploads/2014/02/Guia_Bim_AsBEA.pdf. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 9.983/19, de 22 de agosto de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/decreto/D9983.htm. Acesso em: 16 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 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: 16 maio 2021.

BRASIL. Secretaria de Estado de Infraestrutura do Estado do Paraná. Disponível em: <http://www.bim.pr.gov.br/>. Acesso em: 16 maio 2021.

EASTMAN, C. et al. **Manual de BIM**: um guia de modelagem da informação da construção para arquitetos, engenheiros, gerentes, construtores e incorporadores. Porto Alegre: Bookman, 2014.

SANTA CATARINA (Estado). Secretaria de Estado do Planejamento. Diretoria de Planejamento. Comitê de Obras Públicas. **Caderno de Apresentação de projetos em BIM**. Florianópolis, SC, 2014. Disponível em: https://www.sie.sc.gov.br/webdocs/sie/doc-tecnicos/labim/Caderno%20de%20Especificas%20A7%20B5es%20de%20Projetos%20em%20BIM_102018.pdf. Acesso em: 16 maio 2021.

2 Disponível em: <http://www.atricon.org.br/wp-content/uploads/2019/06/Atricon-Obras-Paralisadas.pdf>

3 Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/auditoria-operacional-sobre-obras-paralisadas.htm>

A Nova Lei de Licitações e seus aspectos positivos na contratação de obras e serviços de engenharia

Alysson Mattje⁴

Com o advento da Nova Lei de Licitações, Lei Federal n.º 14.133, de 01.04.2021, que veio para substituir a atual Lei de Licitações (8.666/1993), a Lei do Pregão (10.520/2002) e a Lei do RDC (12.462/2011, arts. 1º a 47-A) muito se tem debruçado sobre seus novos aspectos. Há um prazo de transição de dois anos em que as outras três leis continuam vigentes paralelamente à nova lei.

Em linhas gerais, tem-se constatado, a partir de diversos comentários de especialistas, que a lei apresenta melhorias em relação às anteriores. De outro lado, afirmam que trouxe retrocessos, mais burocracias, necessidade de regulamentos e que não solucionou determinados problemas já existentes.

Em que pesem os aspectos com problemas da Lei n.º 14.133/2021, diferentemente da maioria das discussões até aqui vistas, a ideia deste artigo é destacar alguns pontos positivos relativos à nova lei, e não são poucos!

Inicialmente tem-se a ampliação do rol de princípios que devem ser observados na aplicação da lei (art. 5º): da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, indo além dos princípios insculpidos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Essa imensa gama de princípios vem demonstrar a intenção do legislador em tornar a nova lei uma ferramenta para a boa gestão pública.

⁴ Diretor financeiro do Ibraop e auditor fiscal de Controle Externo do TCE/SC.

Em seu art. 11, cita os objetivos, destacando-se: 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, bem como evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos. A Lei n.º 8.666/1993 não trazia aspectos a respeito do ciclo de vida do objeto, incluindo-se aí os gastos com a manutenção, por exemplo, e o sobrepreço ou superfaturamento, temas estes trazidos a partir de diversas jurisprudências do Tribunal de Contas da União. Nesse sentido o art. 34, no § 1º, coloca a preocupação dos custos indiretos e não apenas da aquisição pura e simples de um determinado bem, o que também vale para obras:

Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis [...].

No tocante ao planejamento, imprescindível e um dos motivos para muitos dos problemas que envolvem a contratação e execução de obras ou serviços de engenharia, constata-se que o tema foi mencionado doze vezes no texto legal, incluindo-o nos princípios da licitação, e detalhando no art. 18:

A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do *caput* do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação [...].

Na antiga lei, a palavra “planejamento” é mencionada apenas uma única vez.

Relacionado ainda à questão de planejamento, tem-se o aspecto do projeto para obra ou serviço de engenharia que se apresenta como sendo uma das principais razões dos problemas verificados na execução de obras públicas. A nova lei, diferentemente da Lei n.º 8.666/1993, apresenta uma subseção à parte “Das Obras e Serviços de Engenharia”, nos seus artigos 45 e 46, consubstanciando assim uma maior importância para obras e serviços de engenharia. Se na lei anterior o termo era citado cinco vezes, na nova lei são trinta e três.

Dentre vários aspectos positivos que poderiam ser destacados, tem-se o estabelecido no § 1º do art. 46, o qual, de forma geral, e excluindo as situações de obras mais

simples, veda claramente a realização de obras e serviços de engenharia sem projeto executivo. Ou seja, caso seja cumprido o referido dispositivo legal, a tendência é que os problemas nas obras sejam reduzidos em face da existência de projeto executivo para as suas execuções.

Em vários dispositivos constantes na nova lei, verifica-se que foram abarcadas diversas jurisprudências adotadas pelo TCU, como considerar um valor acima 4% em relação ao valor estimado da contratação para definição do valor significativo (§ 1º do art. 67), ou a declaração de conhecimento do local (inc. VI do art. 67), em detrimento à visita técnica obrigatória (§ 3º do art. 63):

Para os fins previstos no § 2º deste artigo, o edital de licitação sempre deverá prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico do licitante acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da contratação.

Ainda em relação às jurisprudências incluídas na nova lei, tem-se a limitação de quantidades mínimas de até 50% das parcelas mais relevantes (§ 2º do art. 67), bem como a adoção das tabelas referenciais de preços Sinapi e Sicro (art. 23, §§ 2º e 3º), o critério de aceitabilidade unitário e total (§ 3º do art. 59) e a manutenção do desconto existente entre o valor global do contrato e o preço global de referência quando da realização de aditamentos (art. 128).

Outro aspecto positivo foi a extinção das modalidades de Convite e Tomada de Preços, muitas vezes utilizadas por gestores de má-fé para reduzir a publicidade das licitações e direcionarem contratos para determinadas empresas, ou para parcelar irregularmente a execução de uma determinada obra ou serviço de engenharia.

Conforme previsto nos art. 6.º, inc. XXI, alínea “a” e art. 29, parágrafo único, a nova lei permitiu, de forma objetiva, a adoção de pregão para serviços comuns de engenharia, autorizando, inclusive, a adoção de Sistema de Registro de Preços – SRP para obras e serviços de engenharia (§ 5º do art. 82 e art. 85), dentro de determinadas situações e condicionantes previstas.

Trouxe como padrão a abertura das propostas antes dos documentos de habilitação e a inversão de fases, se justificada, e uma única fase recursal, como previsto na atual Lei do Pregão (10.520/2002), proporcionando mais celeridade e objetividade nos procedimentos da fase externa de uma licitação (art. 17), inclusive colocando como preferencial o modo eletrônico de licitação em detrimento ao presencial (§ 2º do art. 17). Tais situações reduzem a possibilidade de ocorrência de conluio ou direcionamento da licitação para determinada empresa.

De forma geral, mantém os mesmos procedimentos tanto para a Concorrência, quanto para o Pregão, inclusive no caso de serviços de engenharia (art. 29):

A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Com o critério de julgamento sendo o menor preço, haverá o modo de disputa aberto, ou seja, com a realização de lances (§ 1º, art. 56), o que poderá ocasionar, inclusive, uma maior economia aos cofres públicos, considerando também a questão dos preços inexequíveis como sendo aqueles inferiores a 75% do valor orçado pela Administração (§ 5º do art. 59) e que deverá ser feito o ajuste da planilha da proposta da empresa vencedora, com o detalhamento do BDI e Encargos Sociais (§ 5º do art. 56).

Trouxe uma ampliação na possibilidade das dispensas por valor (art. 75, inc. I), permitindo para obras e serviços de engenharia até o valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) e propiciando uma maior otimização do tempo e recursos financeiros gastos pela Administração Pública caso tivesse que fazer uma licitação. Destaca-se que nos parágrafos 3º e 4º desse artigo há algumas condicionantes buscando melhorar a transparência dos gastos públicos, como a divulgação da dispensa pelo prazo mínimo de três dias no site da entidade, para caso algum interessado queira apresentar proposta, bem como o uso preferencial de cartão eletrônico para pagamento, com divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Ressalta-se também a atualização desses valores, conforme preceituado no art. 182, eliminando a possibilidade de os valores ficarem congelados e evitando a burocracia para a contratação de serviços de pequena monta com o passar do tempo, como ocorre com a antiga Lei de Licitações.

Referentemente ao Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) – artigos 54, 87 e 174 – entende-se como sendo um bom aspecto inserido na nova lei, apesar de ainda não ter sido implantado. Trará uma maior transparência, organização e controle das contratações públicas, inclusive com a demonstração de preços de obras e serviços de engenharia contratados com os entes públicos, facilitando, assim, a pesquisa de preços.

Em resumo, percebe-se que a Nova Lei de Licitações, em que pese ter trazido mais regramentos a serem seguidos pelos gestores, e ter ficado mais extensa, detalhada e com necessidade de regulamentação em vários aspectos, também trouxe uma maior liberdade, retirando algumas amarras que existiam na Lei n.º 8.666/1993, não só

na questão das dispensas por valor, mas também durante os procedimentos licitatórios, eliminando a rigidez até então existente na lei anterior, como ausência de determinado documento, de autenticação, do formalismo exagerado que, por muitas vezes, acabava por eliminar a proposta mais vantajosa.

Por fim, há muitas dúvidas em relação à nova lei, incluindo a grande quantidade de regulamentos necessários indicados por ela. Tem-se esse prazo de dois anos até seu uso obrigatório, tempo em que se deve estudá-la e trabalhar para que os aspectos positivos sejam amplamente adotados e que os negativos sejam mitigados pelos regulamentos a serem elaborados ou novas jurisprudências.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 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 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 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 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 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 abr. 2021.

Impactos da NLLC na atuação dos Tribunais de Contas

Pedro Jorge Rocha de Oliveira⁵

A NLLC atribuiu novas responsabilidades e tarefas aos Tribunais de Contas, além daquelas estabelecidas em mandamentos constitucionais, porém, alguns desses dispositivos poderão ter sua constitucionalidade discutida, inclusive devido a possível vício de iniciativa para tais proposições. Dentre essas novas atribuições, podem-se citar:

1. Analisar inúmeros “regulamentos” que serão editados e observá-los nas auditorias:

Conforme previsto na nova lei, muitos dispositivos ainda dependem de regulamentações específicas, seja por decreto do Poder Executivo federal, seja por normativo interno do órgão ou entidade, seja pelo próprio edital e/ou instrumento de contratação. Ou seja, poderá haver uma infinidade de regulamentos a serem observados pelos órgãos de controle, inclusive com a função de verificar a regularidade e legalidade dos atos baixados.

2. Garantir o sigilo de informações e de orçamentos recebidos nessa condição:

Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, e, nesse caso, o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo (art. 24, inc. I, da Lei n.º 14.133/2021). 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 n.º 12.527/2011, sendo o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa corresponsável pela manutenção do seu sigilo (art. 169, § 2º da Lei n.º 14.133/2021).

5 Membro do Conselho Consultivo do Ibraop. Engenheiro e auditor aposentado do TCE-SC.

3. Elaborar normas e orientações sobre “programa de integridade”:

Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados, dentre outros, um critério de desempate referente ao desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle (art. 60, inc. IV, da Lei n.º 14.133/2021). Na aplicação das sanções serão considerados, dentre outros, a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle (art. 156, § 1º, inc. V, da Lei n.º 14.133/2021). Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, 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, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento (art. 25, § 4º, da Lei n.º 14.133/2021).

4. Definir procedimentos para manifestações após decisões arbitrais:

Os Tribunais de Contas deverão definir como procederão, validando ou não os atos, em situações que já existam decisões arbitrais em razão de algum conflito entre contratante e contratado. Tal aspecto decorre dos arts. 138 e 151 da Lei n.º 14.133/2021, *in verbis*:

Art. 138. A extinção do contrato poderá ser:

[...]

III – determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

[...]

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

Parágrafo único. Será aplicado o disposto no *caput* deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.

5. Fiscalizar a ordem cronológica dos pagamentos:

Exclusivamente nas situações previstas no art. 141, § 1º, da Lei n.º 14.133/2021, a ordem cronológica dos pagamentos poderá ser alterada, precedida de justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Ad-

ministração e ao Tribunal de Contas competente. A inobservância imotivada da ordem cronológica de que trata o *caput* deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização (art. 141, § 2º, da Lei n.º 14.133/2021).

6. Atuar como “linha de defesa”:

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, entre outros, à terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelos Tribunais de Contas (art. 169, inc. III, da Lei n.º 14.133/2021). Essa atuação do Tribunal de Contas depende de regulamento, a teor do § 1º do mesmo art. 169, *in verbis*:

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:

[...]

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.

7. Analisar representações sobre a aplicação da nova lei:

Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou aos Tribunais de Contas competentes contra irregularidades na aplicação da nova lei (art. 170, § 4º, da Lei n.º 14.133/2021).

8. Adoção de medidas para aperfeiçoamento dos controles e capacitação dos agentes públicos, pelas escolas de contas:

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 da nova lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas (art. 173 da Lei n.º 14.133/2021). Esse aperfeiçoamento, também, está previsto no art. 169, § 3º, inc. I, da Lei n.º 14.133/2021, ao se estabelecer que os integrantes das linhas de defesa, 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.

9. Adotar critérios específicos na fiscalização:

Conforme o art. 170 da Lei n.º 14.133/2021, os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco, bem como considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no § 3º do art. 169 da Lei n.º 14.133/2021, cujos incs. I e II contêm o seguinte, *in verbis*:

§ 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; e

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.

10. Avaliar a definição de objetivos das contratações, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros e a conformidade do preço global das contratações:

Na fiscalização de controle será observada a definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica (art. 171, inc. III, da Lei n.º 14.133/2021).

11. Dar oportunidade de manifestação aos gestores e realizar avaliação prévia da relação custo-benefício de proposições da fiscalização de controle:

Na fiscalização de controle deverá ser viabilizada oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições (art. 171, inc. I, da Lei n.º 14.133/2021).

12. Adotar procedimentos objetivos e imparciais e elaborar relatórios tecnicamente fundamentados:

Na fiscalização de controle serão observadas a adoção de procedimentos objetivos e imparciais e a elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados (art. 171, inc. II, da Lei n.º 14.133/2021).

13. Cumprir prazo após emissão de cautelares:

Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, os Tribunais de Contas deverão pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de vinte e cinco dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º do artigo 171 da Lei n.º 14.133/2021, prorrogável por igual período uma única vez, e definirão objetivamente (art. 171, § 1º, incs. I e II, da Lei n.º 14.133/2021): as causas da ordem de suspensão; e o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

14. Fornecer alternativas em decisões cautelares:

A decisão que examinar o mérito da medida cautelar deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório ou determinar a sua anulação (art. 171, § 3º, da Lei n.º 14.133/2021).

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 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: 20 abr. 2021.

Ausência do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e as contratações na NLLC

Pedro Jorge Rocha de Oliveira⁶

Não há dúvida que, enquanto não for definido o Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP, não há como se realizarem licitações ou contratações diretas tendo por base a NLLC, exceto para a situação especial de municípios com até 20 mil habitantes.

Segundo a NLLC, a divulgação dos atos legais exigidos será obrigatoriamente realizada no PNCP, sendo facultativa a publicação adicional em “sítio eletrônico oficial”, do órgão ou entidade. A divulgação no PNCP é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos.

Essa obrigatoriedade está prevista no art. 54, §§ 2º e 3º da Lei n.º 14.133/2021, a saber, *in verbis*:

Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º (VETADO).

§ 2º É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.

§ 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.

6 Membro do Conselho Consultivo do Ibraop. Engenheiro e auditor aposentado do TCE-SC.

A criação do PNCP está prevista na NLLC, em seu art. 174, incs. I e II, como sendo um sítio eletrônico oficial destinado à: **a)** divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos pela lei; e **b)** realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos. Ou seja, a publicidade é obrigatória pelo PNCP, porém, “as contratações” serão facultativas. Entendidas “as contratações” como aqueles procedimentos utilizando as funcionalidades disponibilizadas pelo PNCP, conforme o art. 174, § 3º, incs. I a VI, entre outros: sistema de registro cadastral unificado; painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas; sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do artigo 88 da nova lei; e sistema eletrônico para a realização de sessões públicas.

A divulgação complementar foi prevista no art. 175 da Lei n.º 14.133/2021, que estabeleceu, *in verbis*:

Art. 175. Sem prejuízo do disposto no art. 174 desta Lei, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.

A NLLC estabeleceu, inclusive, os prazos para essa divulgação no PNCP, como condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos, a teor do art. 94, *in verbis*:

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I – 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II – 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

§ 1º Os contratos celebrados em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos previstos nos incisos I e II do caput deste artigo, sob pena de nulidade.

[...]

§ 3º No caso de obras, a Administração divulgará em sítio eletrônico oficial, em até 25 (vinte e cinco) dias úteis após a assinatura do contrato, os quantitativos e os preços unitários e totais que contratar e, em até 45 (quarenta e cinco) dias úteis após a conclusão do contrato, os quantitativos executados e os preços praticados.

Ou seja, no caso de obras, a divulgação em sítio eletrônico oficial refere-se a quantitativos e preços unitários e totais que a Administração contratar e, após a conclusão do contrato, a quantitativos executados e preços praticados, dependendo os demais atos de publicação no PNCP.

Entretanto, os municípios com até vinte mil habitantes, enquanto não adotarem o PNCP, poderão realizar as publicações e, portanto, efetivar as licitações e contratações diretas, fazendo as devidas publicações por outros meios, a teor dos incs. I e II do parágrafo único do art. 176 da Lei n.º 14.133/2021, *in verbis*:

Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o caput deste artigo deverão:

I – publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;

II – disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.

Também reforçou a NLLC que todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso (art. 25, § 3º, da Lei n.º 14.133/2021).

Vê-se, portanto, que há necessidade, tanto do PNCP como de “sítio eletrônico oficial”, este do órgão ou entidade, para as devidas publicações e operacionalizações das licitações e das contratações diretas. Porém, como visto acima, não é possível qualquer iniciativa sem a implantação do PNCP.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 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: 20 abr. 2021.

Considerações gerais sobre a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

Pedro Jorge Rocha de Oliveira⁷

A nova Lei n.º 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.º 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.º 8.666/93, n.º 10.520/02 e n.º 12.462/11 (RDC – artigos 1º ao 47) e somente ao final desse 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 dessa 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.º 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 re-

7 Membro do Conselho Consultivo do Ibraop. Engenheiro e auditor aposentado do TCE-SC.

gulamento. 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.º 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 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.º 8.987/95 (concessões) e n.º 11.079/04 (PPP), sendo aplicada subsidiariamente a essas duas leis e à Lei n.º 12.232/10 (publicidade).

Vários pontos chamam a 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 acerto 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 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

BRASIL. **Lei n.º 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 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 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 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 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 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 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 abr. 2021.

O desafio de definir e classificar obra comum e obra especial de engenharia

Fernando Celso Morini

A Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), Lei n.º 14.133/21, traz no seu texto comandos legais para obras comuns de engenharia sem definir ou mesmo referenciar uma definição que poderia estar contida em outro normativo, cabendo ao aplicador da lei o desafio de definir e classificar as obras comuns ou especiais de acordo com seu próprio entendimento até que se possa contar com jurisprudência pacificada, *in verbis*:

Art. 18 A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do caput do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

[...]

§ 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.

[...]

Art. 55 Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:

[...]

II – no caso de serviços e obras:

a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia;

b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia; (Grifo nosso).

Para termos subsídios nessa tarefa, é importante examinar como a NLLC define serviços comuns e especiais de engenharia, *in verbis*:

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

[...]

XXI – serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do *caput* deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

a) serviço comum de engenharia: todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens;

b) serviço especial de engenharia: aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea “a” deste inciso;

Portanto, uma definição plausível para obra comum de engenharia seria uma obra na qual a mão de obra e os materiais utilizados são padronizáveis e amplamente disponíveis no mercado, os métodos construtivos têm responsabilidade técnica assumida por qualquer arquiteto ou engenheiro com registro no conselho profissional, bem como os objetos contratados são de conhecimento geral e possuem muitas características técnicas de fácil descrição e compreensão, inclusive por parte de quem vai executar a obra, o operário da construção civil.

Para a obra comum, acrescenta-se ainda parte da definição do serviço comum de engenharia, ou seja, a inexistência de prejuízo para a aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, inclusive por ensaios tecnológicos, bem como a possibilidade de a especificação do objeto ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico.

A construção de guias, sarjetas e calçadas em vias secundárias de zonas residenciais expandidas, de muros em divisões de terrenos não acidentados para escolas, creches e postos de saúde, de quadra e campos de futebol recreativos para a comunidade

local, de bancos e bebedouros em parques públicos e de pontos de ônibus são bons exemplos de obras comuns desde que não guardem uma característica diferenciada devido a necessidades especiais.

Por outro lado, se estamos falando de uma via arterial dentro de um bairro movimentado que abriga um centro comercial popular com milhares de frequentadores diários, a simples infraestrutura de uma calçada pode ter que receber características tão específicas que apenas um termo de referência não consegue caracterizar a obra como tendo um objeto comum, tornando-a, ao revés, uma obra especial, que necessita de melhores especificações técnicas e a inclusão de projeto com um grupo de pranchas de desenho que determinem a interação da calçada com as instalações aterradas de gás, telefonia, rede de saneamento, drenagem pluvial e rede elétrica, bem como de projeto de acessibilidade, rugosidade e elementos artísticos da superfície para caracterizar visualmente o comércio da região.

Da mesma forma, uma obra de um muro de arrimo não pode ser confundida com uma obra comum, apesar de levar em parte do seu nome o objeto comum muro. Afinal de contas, o muro de arrimo exige em seu projeto, dentre muitos cálculos, aquele referente ao diferencial dos esforços suportados pela estrutura devido ao maciço de terra suportado pelo muro e da drenagem da água presente, principalmente nos dias com grande índice pluviométrico.

Pode-se atingir um consenso em classificar como obra comum a construção de estruturas simples, pequenas, funcionais como bancos e bebedouros e um detalhado termo de referência acompanhado de desenhos “croquis” e orçamento, de forma que se possa, clara e objetivamente, definir o que está sendo contratado e vai ser executado.

Em pequenas obras de edificação, obras com menos de 500 m² e somente um pavimento, construção de novas ruas, redes de serviços, urbanização de um conjunto de casas, ou qualquer obra que tenha um conjunto de instalações que comportam serviços e possuem características técnicas próprias, um termo de referência não é o melhor, o mais completo e o mais adequado documento para caracterizar e dar suporte aos licitantes para elaboração de suas propostas, sendo, portanto, exemplos de obras que poderíamos até chamar de simples, mas que precisam ser classificadas como obras especiais, a exigirem a realização dos projetos básico e executivos.

De qualquer forma, os estudos técnicos preliminares são documentos fundamentais para dar suporte a uma justificativa técnica para a classificação em obra comum ou obra especial e tais estudos devem estar de acordo com o comando da NLLC, *in verbis*:

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

[...]

XX – estudo técnico preliminar: documento constitutivo da primeira etapa do planejamento de uma contratação que caracteriza o interesse público envolvido e a sua melhor solução e dá base ao anteprojeto, ao termo de referência ou ao projeto básico a serem elaborados caso se conclua pela viabilidade da contratação;

[...]

§ 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 problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

[...]

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;

[...]

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.

E a Administração contratante, ainda na fase interna da licitação, tem a opção de adicionar um “rol de critérios de classificação da obra” em complemento aos estudos técnicos complementares, visando definir qual instrumento utilizará na licitação ou na contratação direta, se termo de referência, anteprojeto ou projeto básico, de acordo com a classificação em obra comum ou obra especial de engenharia. Alguns critérios são sugeridos:

- intensidade de uso da estrutura / demanda esperada para o objeto;
- existência de Normas Técnicas para o objeto e para o método construtivo previsto no Termo de Referência ou Projeto Básico;
- características do solo e do lençol freático no local de execução da obra;
- espaço físico no entorno da obra: densidade habitacional, tipos de uso e ocupação do solo, existência ou não de regulação ambiental.

É importante ressaltar que a materialidade (valor estimado) não define se a obra é comum ou especial, apesar de ser um bom indicativo de sua classificação. O desafio de definir e classificar o que vem a ser uma obra comum e uma obra especial de engenharia deve ser tratado em cada contratação, prevalecendo a tendência em classificar como obra comum as estruturas simples que são similares e regularmente contratadas com termos de referência padrão e como obra especial, os objetos mais complexos, pouco padronizáveis e que pedem projetos básico e executivo para sua licitação e execução. Contudo, sempre haverá a necessidade de que profissionais experientes procedam ao adequado enquadramento, junto ao processo de licitação o devido arrazoado sobre o tema.

Contribuição da Lei n.º 14.133/2021 para a redução de obras públicas inacabadas

*Regis Signor,
Fernanda F. Marchiori,
Alexandre B. Raupp,
Rafael R. Magro,
Alan O. Lopes*

Este artigo discorre sobre um novo dispositivo da Nova Lei de Licitações que tem grande potencial para evitar que empresas de engenharia sejam vítimas da chamada “*maldição do vencedor*” ou *winner’s curse*, conforme termo originalmente cunhado por Capen, Clapp e Campbell (1971) e posteriormente desenvolvido por Milgrom (1989). Na área específica de obras públicas, essa maldição ocorre quando o vencedor da licitação ofereceu um preço inexecutável que o levará a ter prejuízo ao executar o contrato. Essa oferta de preço equivocada poderá resultar na execução com baixa qualidade ou, em última instância, no abandono da obra.

Apesar de a contratação por preços inexecutáveis ser reconhecidamente problemática e, portanto, evitada pela maioria dos países, a Lei n.º 8.666/93 não trazia definições claras sobre como identificar ofertas irresponsáveis até o ano de 1998. A partir daí, limites móveis e amplos foram inseridos, porém tais limites eram raramente observados e havia a possibilidade de justificativas que os alterassem. Como resultado, a desclassificação de propostas inexecutáveis era praticamente inexistente, já que a possibilidade de judicialização de decisões nesse sentido tendia a levar as comissões de licitação a aceitarem preços duvidosos. Agora, a Lei n.º 14.133/21 inovou ao estipular um limite claro, mais restritivo e muito bem definido para a desclassificação de propostas inexecutáveis, conforme brevemente transcrito a seguir:

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

[...]

III – apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;

[...]

§ 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

§ 5º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei. (Grifos nossos).

Como se vê, a nova lei fixa o percentual de 75% do valor orçado pela Administração como o mínimo exequível. A fixação desse limite pode parecer inadequada em um primeiro momento, pois décadas de uma cultura de licitações pelo menor preço sugerem ao observador que o Estado sempre terá vantagem ao contratar pelo mínimo valor possível, ainda que à custa dos empresários. Outro fator que pode ter influenciado esse comportamento era a falta de um referencial de preços confiável e a esperança de que o ajuste de mercado pela livre concorrência fosse capaz de estabelecer um equilíbrio.

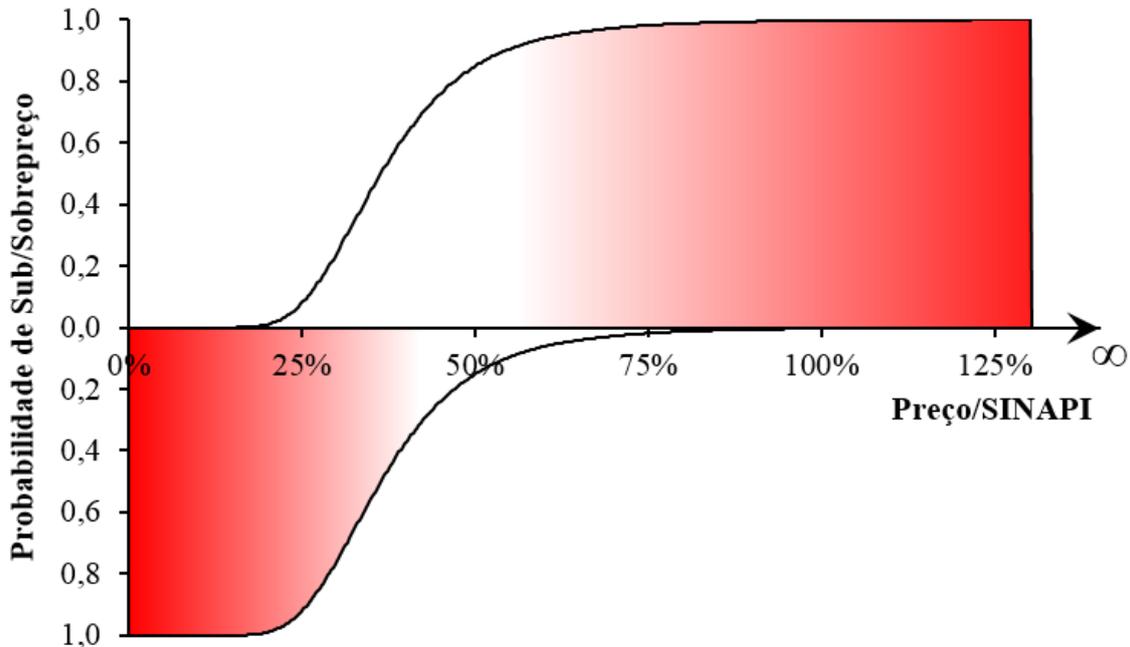
Entretanto, no longo prazo observou-se tanto o estabelecimento de corrupção sistêmica quanto uma sucessão de empresas falimentares e obras inacabadas, ambos resultados extremamente danosos à indústria da construção civil e, conseqüentemente, ao Brasil e aos brasileiros. De fato, construtoras experimentando prejuízos podem ser tentadas a expedientes tais como a sonegação de impostos, a utilização de materiais inadequados ou com quantidades reduzidas. Além disso, preços inexequíveis tendem a levar ao atraso e abandono de obras públicas que, conseqüentemente, causarão prejuízos bilionários, danificarão o crescimento do país e a geração de empregos, bem como retardarão os benefícios sociais necessários à população, conforme aponta o Tribunal de Contas da União (TCU, 2019).

Estudando a questão dos preços inexequíveis no Brasil, Signor *et al.* (2020) analisaram detidamente 73 escolas infantis denominadas “Projeto Proinfância Tipo B”, construídas em Santa Catarina mediante convênios com o Fundo Nacional para a

Educação (FNDE). Os autores observaram que 29% dessas obras foram abandonadas pelos vencedores das licitações, obrigando os municípios contratantes a celebrar novos contratos para a conclusão, o que elevava sobremaneira o custo final e o prazo das obras. Especificamente nesse aspecto, atrasos generalizados elevaram em mais de dois anos o prazo médio de entrega dessas escolas, retardando excessivamente o atendimento às crianças. Quanto às causas, uma análise estatística apontou que o preço médio das obras que não foram abandonadas foi de 66,1% do orçado pelo Sinapi (registre-se que algumas construtoras podem ter optado por acabar suas obras sem lucro ou mesmo com prejuízo para evitar sanções e outros problemas). Por outro lado, para as obras abandonadas observou-se que as licitações permitiram preços de até 44,7% do orçado pelo Sinapi, sem que tais propostas fossem consideradas inexequíveis, o que, se a Nova Lei de Licitações estivesse em vigor, teria sido detectado na análise das propostas.

Apesar de a diferença entre os percentuais do Sinapi admitidos como limites exequíveis (66,1% do estudo e 75% da nova lei) constituir uma espécie de “*margem de segurança*” contra a maldição do vencedor, é importante ressaltar que tal segurança não será absoluta. Isso porque se espera que os descontos inexequíveis variem em função do tipo de obra, local, época e outros fatores. Por exemplo, Signor *et al.* (2016) demonstraram que a probabilidade de uma obra de engenharia ser contratada com sobrepreço ou com preço inexequível é função da variabilidade dos preços dos principais itens do orçamento – o Gráfico 1 ilustra o fenômeno. Como resultado, o orçamento de uma edificação, que é formado por diversas composições de serviço e requer materiais de procedência altamente diversificada, tende a ter preço consideravelmente variável. Por outro lado, espera-se que a obra de uma estrutura metálica (que emprega maior grau de industrialização e tem em uma *commodity* seu principal insumo) tenha menor grau de variabilidade. Nesse caso específico, o limite de 75% do preço do Sinapi ainda pode ser insuficiente para afastar a possibilidade da maldição do vencedor. Raciocínio análogo pode ser facilmente desenvolvido para as obras abrangidas pelo Sicro.

Gráfico 1 – Exemplo de cálculo de probabilidade de sobrepreços e preços inexequíveis de obras de engenharia quando os preços variam em relação ao Sinapi



Fonte: Elaborado pelos autores.

Situação ainda mais grave (que se desliga das obras públicas, mas que deverá ser enfrentada pelos órgãos de controle e persecução criminal no futuro) é a da aquisição de bens e contratação de serviços em geral, para os quais a Lei n.º 14.133/2021 não define quaisquer limites para preços inexequíveis. Nesses casos, cabe o alerta para a possibilidade de que a nova lei até mesmo estimule a “*maldição do vencedor*” ao prever orçamentos balizados pela mediana do Painel de Preços. Isso porque, diferentemente do Sicro e do Sinapi utilizados para obras de engenharia, o Painel de Preços não conta com pesquisa ampla de mercado, o que tende a degenerar a amostra e empurrar os preços futuros para o limite do inexequível.

Nesse aspecto é importante lembrar que o Sicro e o Sinapi foram paulatinamente desenvolvidos e aperfeiçoados para que a Administração pudesse contar com referenciais de preços cada vez mais confiáveis. Isso se refletiu na legislação que passou a os assumir como referenciais de custos de obras públicas, resultando na atual fixação do limite de 75% para a definição de preços inexequíveis. Naturalmente, para que o referencial agora utilizado continue sendo confiável, é preciso que Sicro e Sinapi mantenham seu padrão de qualidade e precisão, passando por constantes aprimoramentos e auditorias.

Apesar dos possíveis problemas que ainda podem surgir da aplicação prática da Lei n.º 14.133/2021 ou de estudos futuros que apontem a necessidade de uma faixa de aceitação mais estreita para determinados tipos de obras de engenharia, os autores entendem que a nova lei avança ao limitar os preços exequíveis a 75% do valor orçado pela Administração. Espera-se que essa inovação evite muitos problemas ligados ao grande número de obras inacabadas e que a sociedade se beneficie ao obter a melhor relação custo/benefício nas obras públicas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei n.º 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF.

CAPEN, E. C.; CLAPP, R. V.; CAMPBELL, **W. M. Competitive bidding in high-risk situations. J. Pet. Technol.**, v. 23, n. 6, p. 641–653, 1971.

MILGROM, P. **Auctions and bidding: A primer. J. Econ. Perspect.**, v. 3, n. 3, p. 3–22, 1989.

SIGNOR, R.; LOVE, P. E. D.; OLATUNJI, O.; MARCHIORI, F. F.; GRIPP, W. G. **A probabilistic method for forensic cost estimating of infrastructure projects. Appl. Math. Modell.**, v. 40, n. 21–22, p. 9197–9211, 2016.

SIGNOR, R.; LOVE, P. E. D.; MARCHIORI, F. F.; FELISBERTO, A. D. **Underpricing in Social Infrastructure Projects: Combating the Institutionalization of the Winner’s Curse. J. Constr. Eng. Manage.**, v. 146, n. 12, 2020. 05020018.

TCU. 2019. **Acórdão n.º 1079/2019-Plenário**. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo*/UMACORDAO%253A1079%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COPIATIPO%253A%2522A-C%25C3%2593RD%25C3%2583O%2522/DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAINT%20desc/0/%20?uuid=141b9070-8541-11e9-a9c7-6f8552b77235. Acesso em: 24 maio 2021.

O PNCP para obras e serviços de engenharia já poderia estar pronto desde 2015

Guilherme Bride e Adriana Portugal^B

A recente aprovação da Nova Lei de Licitações e Contratos – NLLC (Lei n.º 14.133/2021), no dia 1º de abril, trouxe, dentre tantas inovações, a previsão da implementação de um Portal Nacional de Contratações Públicas – PNCP.

Em uma leitura superficial poder-se-ia imaginar que se trata somente de um novo mecanismo de publicidade, no qual as informações são divulgadas e lá permanecem, estáticas. Contudo, a lei determina que serão registrados no PNCP os seguintes elementos:

- as composições de custos unitários dos serviços licitados (art. 23, § 1º, inc. I);
- notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferidas em conformidade com base em indicadores objetivamente definidos e aferidos e em eventuais penalidades aplicadas (art. 37, inc. III);
- editais de licitação, anexos e demais elementos do ato convocatório, bem como, facultativamente, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos (art. 54, *caput* e § 3º, e art. 174, § 2º, inc. III);
- extratos dos cartões de pagamento das contratações decorrentes das dispensas previstas nos incs. I e II do art. 75 (art. 75, § 4º);
- registros cadastrais unificados de licitantes (art. 87, *caput*);
- contratos e seus aditamentos (art. 94, *caput*, e art. 174, § 2º, inc. V);
- planos de contratação anuais (art. 174, § 2º, inc. I);
- catálogos eletrônicos de padronização (art. 174, § 2º, inc. II);

8 Diretor de Comunicação do Ibraop, engenheiro e auditor do TCE-ES; diretora técnica do Ibraop, engenheira e auditora do TC-DF.

- editais de credenciamento e de pré-qualificação e avisos de contratação direta (art. 174, § 2º, inc. III);
- atas de registro de preços (art. 174, § 2º, inc. IV);
- notas fiscais eletrônicas (art. 174, § 2º, inc. VI);
- os valores fixados pela lei (art. 182); e
- atestos de cumprimento de obrigações (art. 174, § 3º, inc. III, c/c o art. 88, § 4º).

Além disso, de acordo com o art. 174, § 3º, da Lei n.º 14.133/2021, o PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer um painel para consulta de preços e banco de preços em saúde; um sistema de planejamento e gerenciamento de contratações para, de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuírem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral; um sistema eletrônico para a realização de sessões públicas; acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep); e sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite:

- a) envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado;
- b) acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras a que se refere o inciso III do caput do art. 19 da lei;
- c) comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes, na forma de regulamento; e
- d) divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração.

Quanto ao acompanhamento de obras especificamente, cabe destacar a seguinte previsão da Lei n.º 14.133/2021:

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

[...]

III – instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

[...]

§ 3º Nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (Building Information Modelling – BIM) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la. (Grifo nosso).

Trata-se de um extenso rol de informações cuja maior parte não existia de forma eletrônica até então. Elaborar todo esse sistema demandará tempo, em prejuízo das previsões da nova lei.

Todavia, nas contratações de obras e serviços de engenharia, o Ibraop pode dar grande contribuição. Isso porque, à exceção de conceitos novos trazidos pela NLLC, todas essas previsões remetem aos requisitos do Sistema Nacional de Controle de Obras Públicas projetado pelo Instituto em 2015⁹, que, em síntese, tem os seguintes objetivos:

- a) obtenção de informações de obras públicas, de todos os entes da federação, de maneira uniformizada pelos Tribunais de Contas, possibilitando um acompanhamento efetivo desses investimentos, com a disponibilização de dados à sociedade para o exercício do controle social, por meio de um Portal Nacional de Obras Públicas;
- b) implantação do Portal Nacional de Obras Públicas para disponibilização das respectivas informações obtidas pelos Tribunais de Contas em *Data Center* compartilhado, com objetivo de cruzar nacionalmente informações de obras e serviços de engenharia, para ampliação e melhoria do controle externo, bem como o fomento do controle social; e
- c) criação do Registro Nacional de Obras Públicas, por meio de um identificador único (ID), desde o início inclusive da própria destinação ou liberação de recursos financeiros.

O conceito do Portal Nacional de Obras Públicas, um dos objetivos do sistema, assemelha-se muito ao PNCP, porém restrito a obras e serviços de engenharia.

⁹ Disponível em: http://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2017/12/PROPOSTA-IBR-01_Sistema-de-Obras.pdf, Acesso em: 27 abr. 2021.

Com ele seria possível disponibilizar, dentre outros detalhes:

- as composições de custos unitários dos serviços licitados;
- editais de licitação, anexos e demais elementos do ato convocatório, bem como os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos;
- contratos e seus aditamentos;
- editais de credenciamento e de pré-qualificação e avisos de contratação direta;
- atas de registro de preços;
- notas fiscais eletrônicas; etc.

O Ibraop vem envidando esforços para o desenvolvimento desse sistema desde a entrega do projeto que, caso estivesse em operação, ofereceria as informações e funcionalidades requeridas praticamente em tempo real.

Não obstante, o Instituto pretende oferecer seu conhecimento obtido na confecção do projeto para auxiliar na implementação do PNCP, ferramenta que entende ser de grande importância para a transparência e controle das contratações públicas, em especial das obras públicas, seu campo de atuação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 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: 20 abr. 2021.

Idas e vindas do orçamento sigiloso

Adriana Cuoco Portugal¹⁰

A Lei n.º 8.666/1993 não admitia em seu texto o sigilo da licitação, a não ser pelo conteúdo das propostas das licitantes até a data da respectiva abertura, sendo explícita quanto à publicidade do orçamento estimativo, *in verbis*:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Lei n.º 12.349, de 2010)

[...]

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

[...]

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

[...]

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

[...]

II – orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários; (Redação dada pela Lei n.º 8.883, de 1994). (Grifo nosso)

O sigilo do orçamento passou a figurar de maneira diametralmente oposta nas possibilidades de contratação da Lei n.º 12.462/2011¹¹, que instituiu o regime diferenciado de contratação – RDC. Por essa lei, para determinados empreendimentos, o padrão a ser seguido pela Administração seria o sigilo dos orçamentos, *in verbis*:

Art. 6º Observado o disposto no § 3º, o orçamento previamente estimado para a contratação será tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas.

§ 1º Nas hipóteses em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

§ 3º Se não constar do instrumento convocatório, a informação referida no *caput* deste artigo possuirá caráter sigiloso e será disponibilizada estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno.

Com a edição da Lei das Estatais em 2016, essa linha de orçamento sigiloso foi novamente reforçada, uma vez que a Lei n.º 13.303/2016 consigna de forma mais explícita o sigilo, *in verbis*:

Art. 34. O valor estimado do contrato a ser celebrado pela empresa pública ou pela sociedade de economia mista será sigiloso, facultando-se à contratante, mediante justificação na fase de preparação prevista no inciso I do art. 51 desta Lei, conferir publicidade ao valor estimado do objeto da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. (Vide Lei n.º 14.002, de 2020)

§ 1º Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, a informação de que trata o caput deste artigo constará do instrumento convocatório.

§ 2º No caso de julgamento por melhor técnica, o valor do prêmio ou da remuneração será incluído no instrumento convocatório.

11 Muito vocacionada para obras de grande porte para viabilizar os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – Fifa 2013, a Copa do Mundo Fifa 2014, as obras de infraestrutura de aeroportos, as ações do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, as obras no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS, as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma e administração de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, bem como as obras e serviços de engenharia relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística.

§ 3º A informação relativa ao valor estimado do objeto da licitação, ainda que tenha caráter sigiloso, será disponibilizada a órgãos de controle externo e interno, devendo a empresa pública ou a sociedade de economia mista registrar em documento formal sua disponibilização aos órgãos de controle, sempre que solicitado.

Nesse contexto, aquela Lei n.º 8.666/1993 foi amplamente revisada, estando em substituição pela nova Lei n.º 14.133/2021. Havia uma forte expectativa de que o orçamento se manteria, por padrão, como sigiloso, mas o texto que foi recentemente sancionado foi o seguinte, *in verbis*:

Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:

I – o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo;

II – (VETADO).

Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

Houve, então, uma reversão daquela expectativa, de sorte que o orçamento sigiloso não mais seria o padrão. O orçamento somente poderá ser sigiloso sob a égide da nova lei se houver justificativa para tanto.

Um fator de grande interesse se deu também com a sanção da nova lei. Houve o veto do inciso que estabelecia, no projeto de lei do Congresso, que o orçamento sigiloso seria tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento das propostas. Esse veto acaba por reforçar um sentimento de que o sigilo do orçamento não é realmente desejável à luz da nova lei, já que não se restringe o momento da publicidade da estimativa.

A essa altura, portanto, fica clara a distinção de tratamento entre os entes da Administração quanto ao orçamento sigiloso: as estatais se utilizam do sigilo por padrão e as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais têm que se justificar quando for adotar esse instituto.

Vários questionamentos emergem: o que motivou o legislador a ser mais parcimonioso com o sigilo na Administração Direta? Será que algumas experiências foram determinantes para isso, como certa frustração acerca dos resultados obtidos com o sigilo, ou as dificuldades operacionais de se empreender o sigilo, ou a prevalência da ideia de publicidade dos atos administrativos ou até uma perspectiva no âmbito da teoria econômica que aponta pela desvantagem do sigilo em licitações?

Sobre a frustração acerca dos resultados obtidos com o sigilo, um exemplo emblemático é o resultado obtido por Souza (2013), em relação ao uso do RDC pela Infraero, quando comparou licitações empreendidas antes e depois do uso dessa forma de contratação, empregando o sigilo nos orçamentos. A conclusão foi que houve uma redução importante no patamar de descontos das empresas vencedoras em relação ao preço orçado pela Infraero quando comparado com licitações empreendidas em momentos anteriores com orçamentos públicos.

Já as dificuldades operacionais observadas foram em parte referentes à fase de negociação com as empresas, dado que a contratação não deve superar o orçado pela Administração e o orçamento somente poderia ser tornado público apenas e imediatamente após o encerramento da licitação. Para suplantar esse entrave na negociação, a jurisprudência do TCU precisou firmar a possibilidade de tornar público o orçamento já na fase da negociação¹². Também se pode mencionar a dificuldade operacional de se manter sigilo de orçamentos de grandes empreendimentos cujas dotações orçamentárias constem de leis orçamentárias anuais ou planos plurianuais, ou de obras cujo padrão de construção ou uso irrestrito dos sistemas referenciais Sicro e Sinapi já permitem conhecer, com grande aproximação, os valores envolvidos.

A Lei de Acesso à Informação, Lei n.º 12.527/2011, também pode ser um fator de relevo nesse contexto, na medida em que estabeleceu elementos para a transparência das ações governamentais como base da boa governança, sendo expressamente indicado que o sigilo deve ser a exceção e não a regra¹³.

Resta, então, um eventual contraponto a partir da perspectiva econômica. Havia uma expectativa, tendo em conta inclusive uma recomendação da OCDE¹⁴, de que o orçamento sigiloso minimizaria os danos decorrentes do comportamento cartelizado de empresas e da prática de elevação dos preços, como apontado por Rezende (2011), ou de que haveria incentivos para o licitante “mergulhar no preço” sob pena de não ser contratado se seu preço ficasse acima do valor máximo estabelecido pela Administração, como apontado por Nóbrega (2015).

12 Acórdão n.º 306/2013 – Plenário. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NU-MACORDAO%253A306%2520ANOACORDAO%253A2013/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520. Acesso em: 08 abr. 2021.

13 **Art. 3º** Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I – observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção.

14 Conforme sugestões constantes do documento *Guidelines for fighting bid rigging in public procurement* (Diretrizes para combater conluios nos certames para contratação pública). Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/cartels/42851044.pdf>. Acesso em: 08 abr. 2021.

No entanto, Rezende (2011) já indicava que o grau de corrupção da sociedade não permite minimizar o comportamento cartelizado na medida em que os integrantes do cartel podem obter informações privilegiadas de agentes públicos corruptos, enquanto Nóbrega (2015) já profetizava que, em sendo os preços de mercado razoavelmente conhecidos pelos licitantes, as vantagens do sigilo obtidas em estudos de diversos tipos de leilões ficam muito fragilizadas, não se podendo concluir pela adequação desse instituto sob o ponto de vista estritamente econômico.

Todos esses fatores acabam por apontar na direção da parcimônia em relação ao uso do sigilo nas licitações. Em verdade, a parcimônia já está contida no próprio texto da nova lei de licitações, que reverteu uma tendência de o orçamento ser sigiloso por padrão, solidificada a partir da lei do RDC e das estatais, passando agora a ser uma exceção a ser justificada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei n.º 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 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 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 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 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 mar. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 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 abr. 2021.

NÓBREGA, Marcos. O Regime Diferenciado de Contratação – RDC, *Negotiauction* e o Orçamento Sigiloso. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 42, abr./maio/jun. 2015. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=671>. Acesso em: 08 abr. 2021.

REZENDE, Renato M. **O Regime Diferenciado de Contratações Públicas**: Comentários à Lei n.º 12.462, de 2011. Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado. Texto para Discussão n.º 100. Disponível em: http://www.senado.gov.br/senado/conleg/textos_discussao.htm. Acesso em: 08 abr. 2021.

SOUZA, Renato M. **A Utilização do Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) pela INFRAERO**. In: XV SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS – Vitória/ES, 2013. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/15_sinaop/artigos/p2/P2-3a.pdf. Acesso em: 08 abr. 2021.

Potencial inconstitucionalidade material do art. 159 da Nova Lei de Licitações e Contratos e suas eventuais limitações ao cálculo de superfaturamento em obras públicas

*Rafael C. Di Bello,
Rafael Martins Gomes e
Victor Hugo Moreira Ribeiro¹⁵*

Este artigo tem por objetivo apresentar uma análise preliminar acerca da possível inconstitucionalidade do art. 159 da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), e o seu potencial conflito com as competências dos Tribunais de Contas descritas no art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988.

Primeiramente, convém mencionar que já elaboramos outro artigo acerca dos problemas envolvendo o veto presidencial apenas ao parágrafo único do referido art. 159 da NLLC, publicado pelo Ibraop¹⁶, aqui trataremos mais especificamente sobre o *caput* desse artigo.

O *caput* do art. 159 da NLLC – Lei n.º 14.133/2021, foi sancionado com a seguinte redação:

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei. (Grifo nosso).

¹⁵ Auditores federais de Controle Externo do TCU, engenheiros civis, pós-graduados, professores de Auditoria de Obras Públicas.

¹⁶ Disponível em: https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2021/05/2Veto_ao_paragrafo_unico_Art_159_-_Di_Bello_-_Rafael_Martins_-_Victor_Ribeiro_-_TCU_ERRATA.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

Observa-se que a NLLC deu preferência a que, nos casos em que infrações cometidas também sejam enquadradas como atos lesivos da Lei Anticorrupção (LAC) – Lei n.º 12.846/2013, a apuração e o julgamento do caso sejam feitos exclusivamente pela autoridade competente estabelecida na LAC.

A autoridade competente para determinar a apuração de responsabilidade de pessoa jurídica nos termos da LAC está descrita em seu art. 8º:

Art. 8º A instauração e o julgamento de processo administrativo para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica cabem à autoridade máxima de cada órgão ou entidade dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que agirá de ofício ou mediante provocação, observados o contraditório e a ampla defesa.

Observa-se, portanto, que a LAC atribuiu a competência para apuração dos casos enquadrados como atos lesivos em seu art. 5º à autoridade máxima de cada órgão ou entidade lesado, seja dos Poderes Executivo, Legislativo ou Judiciário. Isso significa que, conjugando-se o art. 159 da Lei n.º 14.133/2021 com o art. 8º da LAC, nos casos em que infrações tenham sido cometidas em licitações realizadas pelo Poder Executivo, caberá à autoridade máxima do órgão contratante (lesado) a apuração do caso.

O rol de atos lesivos previstos na LAC está listado em seu art. 5º:

Art. 5º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos:

[...]

IV – no tocante a licitações e contratos:

[...]

f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou

g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública. (Grifo nosso).

Da leitura atenta do art. 5º, inciso IV, alíneas “f” e “g”, é possível observar que os atos lesivos ali descritos constituem também espécies de superfaturamento de contra-

tos públicos, o que atrai, sem sombra de dúvidas, a competência dos Tribunais de Contas para o julgamento final do prejuízo ao erário provocado pelos atos lesivos praticados por agentes e empresas, por força do art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988. Eventualmente, na omissão dos entes lesados e do controle interno, pode o Tribunal de Contas, excepcionalmente, levar a efeito toda a apuração, até o seu julgamento final (nos termos da Instrução Normativa TCU n.º 71/2012, sobre Tomadas de Contas Especiais). No ponto, cabe assinalar que essa excepcionalidade virou regra nos grandes casos de quantificação de prejuízos no âmbito das obras públicas envolvidas na Operação Lava Jato e congêneres.

Ocorre que o art. 159 da Lei n.º 14.133/2021 excluiu os Tribunais de Contas da apuração e julgamento dos casos de superfaturamento previstos no art. 5º, inciso IV, alíneas “f” e “g” da LAC, já que expressamente atribuiu essa competência às autoridades máximas de órgãos e entidades do Poder Executivo.

Isso tem o potencial de, caso o Veto não seja derrubado no Congresso Nacional, esvaziar as tomadas de contas especiais instauradas pelos Tribunais de Contas, já que a apuração e julgamento do caso não caberá mais ao colegiado independente e autônomo da Corte de Contas, mas à autoridade máxima de um órgão do Poder Executivo, por exemplo.

Trata-se de uma potencial inversão de papéis entre o controle externo, previsto na Constituição Federal, e o controle interno, o qual não foi desenhado constitucionalmente para ter poderes jurisdicionais, haja vista o disposto no art. 74 da Constituição Federal.

Se tal cenário normativo já traz perplexidade no âmbito federal, causam maior preocupação as consequências que podem vir a ocorrer em estados e municípios.

Com efeito, os titulares dos órgãos de Controle Interno não possuem independência e autonomia asseguradas constitucionalmente. Tais órgãos também não contam com colegiados, que legitimem a possibilidade de procederem a julgamentos definitivos.

Por essa razão, vislumbra-se uma potencial colisão do art. 159 da Lei n.º 14.133/2021 com o disposto no art. 71, inciso II, da Constituição Federal de 1988. A redação dada ao art. 159 da NLLC, ao não ressaltar as competências dos Tribunais de Contas, pode ter incorrido numa inconstitucionalidade material, podendo prejudicar uma maior efetividade na auditoria de obras públicas.

**** Eventuais opiniões manifestadas no artigo são pessoais e não expressam posicionamento institucional do TCU.**

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Instrução Normativa TCU n.º 71, de 28 de novembro de 2012.** Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/ato-normativo/Instru%25C3%25A7%25C3%25A3o%2520Normativa%252071%252F2012/%2520/score%2520desc/0/%2520?uuid=883c5320-f9f5-11ea-973f-2f7eb5b908f6>.

Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Lei Anticorrupção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **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

Obras públicas e Programa de Integridade – uma bela fachada em um prédio antigo?

Rafael Martins Gomes¹⁷

O presente artigo tem por objetivo a exposição de um arrazoado preliminar acerca de disposições envolvendo o Programa de Integridade (parágrafo 4º do art. 25 e inciso V do parágrafo 1º do art. 156 da Lei n.º 14.133/2021) e o seu potencial impacto nas grandes obras públicas a serem regradas pela Nova Lei de Licitações:

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento

[...]

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

[...]

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

[...]

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

[...]

17 Auditor federal de Controle Externo do TCU, professor, perito judicial em Engenharia Legal, pós-graduado em Engenharia Diagnóstica pela UNICID e pós-graduado em Corrupção: Controle e Repressão a Desvios de Recursos Públicos pela Universidade Estácio de Sá. Premiado por trabalhos inovadores e de destaque no triênio 2016-2018, todos na temática do combate à corrupção em infraestrutura.

V – a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle. (Grifo nosso).

De pronto, e a rigor, é preciso assinalar tratar-se de inovação legislativa em âmbito federal, quando os retrocitados dispositivos são postos em comparação com o antigo regime (Lei n.º 8.666/1993). Ainda assim, sobre esse aparente aprimoramento legal, insta pontuar que a ideia de *Compliance*, ou seja, a necessidade de estar em conformidade com o arcabouço legal, é tema já bastante conhecido da Administração Pública, de modo que a estruturação do conhecimento dessa temática em torno de Programas de Integridade figura, na verdade, como uma grande ressignificação, dentro de um propósito lúdimo de busca por maior efetividade.

Em resumo, o instrumental disponível para se alcançar esses níveis mais altos de conformidade envolve: **(i)** Tom da Alta Administração; **(ii)** *Compliance Officer* Independente; **(iii)** Guia de Conduta; **(iv)** Avaliação de Riscos; **(v)** Normas e Procedimentos; **(vi)** Comunicação e Treinamento; **(vii)** *Due Diligence* de Integridade; **(viii)** Monitoramento e Auditoria; **(ix)** Canal de Denúncias; **(x)** Investigação Interna; **(xi)** Medidas Disciplinares; e **(xii)** Aprimoramento Contínuo (FRAZÃO, 2018).

Adentrando-se a análise crítica, inicialmente do dispositivo contido no parágrafo 4º do art. 25, cabe registrar que “obras de grande vulto” recorrentemente envolvem dezenas, ou mesmo centenas de firmas subcontratadas, tornando ainda mais complexa a gestão de risco ínsita a tais tipos de empreendimentos. Não só isso, é cediço na experiência do TCU que toda uma miríade de irregularidades é perpetrada na fase do edital ou logo no início da execução contratual (CAMPELO; CAVALCANTE, 2018).

Nessa esteira, constata-se um deslocamento de parte do risco de “não *compliance*” de muito do que ocorre antes do sexto mês de contrato ao Poder Público, medida essa aparentemente desconexa com a realidade fática, que tem prescrito Programas de Integridade mesmo para empresas que não atuam em nichos de tão elevada materialidade, respeitadas as particularidades de cada cenário, bastando para tanto se consultar a Lei Distrital n.º 6.112/2018, que disciplina como baliza o montante financeiro de cinco milhões. Vendo por outro ângulo, não soa razoável que, por exemplo, uma obra da ordem de bilhões de reais tenha no seu nascedouro um Programa de Integridade gestado em *pari passu* com os primeiros seis boletins de medição.

No mais, o regulamento alhures mencionado, o qual disporá sobre “as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento”, pode ter expressivas limitações de alcance já na sua gênese em face da intempestividade para o manejo do ferramental que contribua para a integridade. Em termos de exem-

plos práticos, um Canal de Denúncias que negligencie o início da execução – por não estar necessariamente constituído – torna-se instrumento de menor valia para eventual reporte de um jogo de planilha envolvendo itens da fundação da obra, quando se mira a interrupção da irregularidade. Mais ainda, a inexistência de um *Due Diligence* de terceiros pode dificultar a detecção de arranjos potencialmente colusivos em casos de pleitos expressivos apresentados logo no início da execução da obra, envolvendo serviços de firmas subcontratadas.

Por um lado, a problemática exposta reforça a importância das auditorias *ex ante*, como aquelas que averiguam não conformidades nos termos editalícios. Do contrário, em arrefecendo o controle sobre tal etapa, surge um ponto cego para a Administração ou um cenário ideal aos interessados em desvios legais, que naturalmente buscariam extrair o máximo dessa “janela de oportunidade”.

Encerrando os apontamentos a respeito do penúltimo parágrafo do art. 25, resta reconhecer que a exigência de implantação de um Programa de Integridade explicita um avanço na busca por um patamar mais elevado no que tange ao binômio ética/legalidade das grandes obras públicas. Não obstante, como pontuado pela especialista Hui Chen (DOJ, 2019), os Programas de Integridade fazem diferença pela sua efetividade e não pela sua simples entrada em determinado nicho de mercado. Isto é, a implantação, por si só não repele sociedades empresárias descompromissadas com a legalidade, já que facilmente trariam provas da existência de toda uma documentação, mas sem qualquer efeito na realidade. De modo ainda mais pragmático, a literatura assenta que o desempenho ético deve ser pareado com os rigores que recaem sobre o desempenho empresarial, de modo que as métricas que importam versam sobre resultados, não tendo valor intrínseco os esforços relacionados, mas somente o que se conseguiu efetivamente atingir (CHEN; GALVIN, 2019).

Do exposto, constata-se uma arquitetura de incentivos que desfavorece a Administração Pública, na medida em que há uma barreira de entrada aos que não implantem um Programa de Integridade, desacompanhada de qualquer mecanismo que permita expelir ou afastar momentaneamente do mercado das grandes obras públicas aqueles que venham a apresentar um Programa de Integridade com desempenho insuficiente, ou cuja efetividade não seja aferida por meio de evidências críveis e lógicas.

Adicionalmente, percebe-se essa omissão atinente aos Programas de Integridade ineficazes também ao se sopesar como a Nova Lei Geral de Licitações regra suas sanções.

Com efeito, apura-se uma sinalização legal enviesada, pois que se aponta somente para o caráter atenuante quando cometidas infrações administrativas, desde que se

tenha um Programa de Integridade implantado ou aperfeiçoado. Ou seja, não se prevê um fator agravante diante de implicados que tenham Programas de Integridade descompromissados com a eficácia ou calcados em atributos frágeis.

Por outro lado, a parte final do inciso V do art. 156 deixa espaço para algum nível de mitigação das sobreditas omissões em face do impacto de “normas e orientações dos órgãos de controle”.

Nesse diapasão, torna-se premente que jurisprudência e doutrina contribuam para que se estimule a integridade dentro das duas vertentes concebíveis. Ou, noutros termos, dentro da lógica denominada *carrots and sticks* (ANDREONI; HARBAUGH; VESTERLUND, 2003), levando-se em conta, entre outros aspectos, que a teoria da perspectiva (KAHNEMAN; TVERSKY, 1979) indica um maior poder didático nas punições *vis a vis* bonificações de mesma magnitude. Para tanto, deve-se buscar o emprego de indicadores de desempenho lógicos, ancorados no método científico, como recomendado recentemente pelo TCU por meio do Acórdão n.º 743/2021-Plenário, cabendo ainda a estruturação de dados em torno das licitantes envolvidas via transparência ativa, o que tenderia a catalisar o desenvolvimento da governança das grandes obras públicas.

REFERÊNCIAS

ANDREONI, James; HARBAUGH, William; VESTERLUND, Lise. The carrot or the stick: Rewards, punishments, and cooperation. **American Economic Review**, v. 93, n. 3, p. 893-902, 2003. Disponível em: <http://www.pitt.edu/~vester/AER2003.pdf>. Acesso em: 4 dez 2018.

CAMPELO, Valmir; CAVALCANTE, Rafael Jardim. **Obras Públicas**: comentários à jurisprudência do TCU. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CHEN, Hui; GALVIN, Matthew. Driving Transparency in Corporate Compliance: A Suggested Approach for using Technology to Influence Behavior for the New Decade. **International In-house Counsel Journal**, v. 12, n. 48, p. 5. Summer 2019, 1.

FRAZÃO, Ana; MEDEIROS, Ana Rafaela Martinez. Desafios para a efetividade dos programas de Compliance. *In*: CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana (coord.). **Compliance**: perspectivas e desafios dos programas de conformidade. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk. **Econometrica**, v. 47, n. 2, 1979.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice, Criminal Division (DoJ), U.S. Evaluation of Corporate Compliance Programs Guidance Document. Updated. April 2019. p. 11. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/page/file/937501/download>. Acesso em: 2 jan. 2020.

Ponderações para os Regimes de Execução da Nova Lei de Licitações

Fernando Celso Morini¹⁸

A Nova Lei de Licitações (NLL), Lei n.º 14.133/2021, traz sete possíveis regimes de execução para obras e serviços de arquitetura e engenharia, *in verbis*:

Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

- I** – empreitada por preço unitário;
- II** – empreitada por preço global;
- III** – empreitada integral;
- IV** – contratação por tarefa;
- V** – contratação integrada;
- VI** – contratação semi-integrada;
- VII** – fornecimento e prestação de serviço associado.

Os regimes de empreitada por preço unitário, por preço global e integral, e a contratação por tarefa já existiam na Lei n.º 8.666/1993 e, portanto, já são amplamente conhecidos e contam com grande quantidade de jurisprudência dentro dos Tribunais de Contas, de forma que os aspectos técnicos adotados nos trabalhos de fiscalização não se apresentam como novidade.

O regime de contratação integrada foi primeiramente implementado pelo Regime Diferenciado de Contratação (RDC), Lei n.º 12.462/2011, no qual as obras de arquitetura e engenharia são licitadas a partir de um anteprojeto e de orçamento sintético ou metodologia expedita ou paramétrica, *in verbis*:

18 Diretor administrativo adjunto do Ibraop, engenheiro e auditor do TCM-SP.

Lei n.º 12.462/2011

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

[...]

§ 1º A contratação integrada compreende a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

§ 2º No caso de contratação integrada:

[...]

II – o valor estimado da contratação será calculado com base nos valores praticados pelo mercado, nos valores pagos pela administração pública em serviços e obras similares ou na avaliação do custo global da obra, aferida mediante orçamento sintético ou metodologia expedida ou paramétrica.

O regime de contratação semi-integrada foi implementado para a Lei das Estatais, Lei n.º 13.303/2016, e mantido pela NLL, sendo o regime pelo qual as licitações são realizadas com um projeto básico que pode ser modificado pelos licitantes ou contratado se uma ou mais das seguintes condições forem atendidas, *in verbis*:

Lei n.º 13.303/16

Art. 42 Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições:

[...]

§ 1º As contratações semi-integradas e integradas referidas, respectivamente, nos incisos V e VI do caput deste artigo restringir-se-ão a obras e serviços de engenharia e observarão os seguintes requisitos:

[...]

IV – na contratação semi-integrada, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução e de facilidade de manutenção ou operação. (Grifo nosso).

Portanto, o único regime de execução da NLL que é novidade é o fornecimento e prestação de serviço associado, *in verbis*:

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

[...]

XXXIV – fornecimento e prestação de serviço associado: regime de contratação em que, além do fornecimento do objeto, o contratado responsabiliza-se por sua operação, manutenção ou ambas, por tempo determinado. (Grifo nosso).

Mas uma mudança que parece ser significativa e que pode trazer grande impacto nas contratações é a autorização em lei para que a contratação integrada possa ser utilizada para a contratação de qualquer obra de arquitetura e engenharia, mesmo as de valores abaixo de 10 milhões de reais, a partir dos vetos presidenciais dos parágrafos 7º e 8º do art. 45 do Projeto de Lei n.º 4.253/2020¹⁹, *in verbis*:

§ 7º Os regimes de contratações integrada e semi-integrada somente poderão ser aplicados nas licitações para a contratação de obras, serviços e fornecimentos cujos valores superem aquele previsto para os contratos de que trata a Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

§ 8º O limite de que trata o § 7º deste artigo não se aplicará à contratação integrada ou semi-integrada destinada a viabilizar projetos de ciência, tecnologia e inovação e de ensino técnico ou superior.

Isso significa que a autoridade contratante necessitará ter capacidade técnica suficiente para avaliar e aprovar o projeto básico apresentado pelo contratado sem que se possa permitir que esse projeto, após executado, traga para a Administração Pública um objeto de qualidade duvidosa com manutenção e operação mais onerosa do que os parâmetros normais verificados no mercado.

E onde podemos falar que está o maior risco do projeto básico desenvolvido pelo contratado? No fato de o contratado querer maximizar seu lucro utilizando-se de solução de projeto, metodologia construtiva, quantidade e qualidade da mão de obra e de materiais empregados aquém da necessidade técnica para execução do objeto contratado.

Se o administrador público sabe o objeto de que ele precisa, não faz sentido jogar a execução do projeto básico para o contratado correndo os riscos elencados acima, mesmo porque qualquer justificativa que ele adote para utilizar da contratação integrada pode ser usada pelo controle externo para questionar a capacidade de o administrador público avaliar e aprovar o mesmo projeto básico.

¹⁹ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8879045&ts=1617376938629&disposition=inline>. Acesso em: 20 abr. 2021.

Seguindo esse raciocínio, não parece razoável a contratação integrada para construções de creches, escolas, postos de saúde ou qualquer tipo de construção padronizável em suas estruturas e funções básicas, diferentemente do que era no RDC, em que a contratação integrada era permitida somente para, *in verbis*:

Lei n.º 12.462/11

Art. 9º Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições:

- I – inovação tecnológica ou técnica;
- II – possibilidade de execução com diferentes metodologias; ou
- III – possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

E como a contratação integrada trata de uma empreitada por preço global com os riscos de projeto sendo alocados ao contratado, os preços ofertados na licitação têm tendência a serem maiores conforme bem explicita o Acórdão n.º 1.977/2013²⁰ do TCU, *in verbis*:

9.1.3. a empreitada por preço global, em regra, em razão de a liquidação de despesas não envolver, necessariamente, a medição unitária dos quantitativos de cada serviço na planilha orçamentária, nos termos do art. 6º, inciso VIII, alínea 'a', da Lei 8.666/93, deve ser adotada quando for possível definir previamente no projeto, com boa margem de precisão, as quantidades dos serviços a serem posteriormente executados na fase contratual; enquanto que a empreitada por preço unitário deve ser preferida nos casos em que os objetos, por sua natureza, possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como são os casos de reformas de edificação, obras com grandes movimentações de terra e interferências, obras de manutenção rodoviária, dentre outras;

9.1.4. nas situações em que, mesmo diante de objeto com imprecisão intrínseca de quantitativos, tal qual asseverado no item 9.1.3. supra, se preferir a utilização da empreitada por preço global, deve ser justificada, no bojo do processo licitatório, a vantagem dessa transferência maior de riscos para o particular – e, conseqüentemente, maiores preços ofertados – em termos técnicos, econômicos ou outro objetivamente motivado, bem assim como os impactos decorrentes desses riscos na composição do orçamento da obra, em especial a taxa de BDI – Bonificação e Despesas Indiretas.

²⁰ Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/>.

Já na contratação semi-integrada, parece razoável que o mercado de licitantes possa alterar os projetos básicos licitados apresentando um ganho identificado e justificado. Ainda a contratação semi-integrada tem um orçamento mais preciso do que a contratação integrada por ter sido realizado com base em um projeto básico e não em um anteprojeto.

Diante dessa sucinta análise dos regimes de execução disponíveis na NLL, a contratação integrada poderia ser um regime justificável apenas para objetos desafiadores e nas condições previstas no RDC. A Administração Pública, querendo optar por um regime de preço global, tem na contratação semi-integrada uma boa opção ao, inclusive, passar para o licitante a possibilidade de aprimoramento do projeto básico adotado. Ademais, a adoção do regime de preço unitário para partes da obra que possuam uma imprecisão inerente de quantitativos em seus itens orçamentários, como bem observa o anteriormente citado acórdão do TCU, seria um procedimento interessante e perfeitamente praticável.

REFERÊNCIAS

AUTOUNIAN, Cláudio S. **Obras Públicas** – Licitação, Contratação, Fiscalização e Utilização. 5. ed. Editora Fórum, 2020.

O superfaturamento está definido na Lei n.º 14.133/2021, e agora?

*Alan O. Lopes²¹,
Alexandre B. Raupp²²,
Rafael R. Magro²³,
Regis Signor²⁴*

O combate à corrupção perpassa a moral e valores de cada sociedade (NOONAN, 1986; JAIN, 2001). Partindo dessa percepção é de se esperar que os países e suas comunidades experimentem diferentes estágios de combate à corrupção. Heimann e Pieth (2017) descrevem que o combate institucional à corrupção evoluiu nos países desenvolvidos após a Guerra Fria com o fortalecimento das instituições democráticas. Nesse fortalecimento ressalta-se o papel dos escândalos de corrupção no aprimoramento do combate à sua prática. Somente nos anos 2000, após escândalos de vendas militares dos Estados Unidos para o Japão, e do Reino Unido para a Arábia Saudita foram propostas e aprovadas as legislações *US Foreign Corrupt Practices Act – FCPA* e *UK Bribery Act 2010*, respectivamente, visando combater o suborno em países estrangeiros. Esses novos paradigmas influenciaram a apuração de escândalos como Fifa, Fundo de Saúde da Malásia (1MDB), Petrobras e “*Panama Papers*”.

Neu *et al.* (2015) reforçam que a atuação das autoridades públicas no combate à corrupção na indústria da construção também se mostra essencial pelo fato de os go-

21 Polícia Federal, perito criminal federal, engenheiro civil, mestre em Transportes – atuação em Perícia Criminal Oficial, atua na Perícia Criminal Oficial Federal desde 2002 na área de Engenharia Legal.

22 Policial Federal, perito criminal federal, engenheiro agrônomo, engenheiro civil, mestre em Produção Animal, mestre em Perícias Criminais Ambientais, atua na Perícia Criminal Oficial Federal desde 2002 nas áreas de Engenharia Legal e Meio Ambiente.

23 Polícia Federal, perito criminal federal, engenheiro civil, graduado em Direito, especialista em Gerenciamento de Projetos – atua na Perícia Criminal Oficial Federal desde 2014 na área de Engenharia Legal.

24 Polícia Federal, perito criminal federal, engenheiro civil, doutor em Engenharia Civil – atua na Perícia Criminal Oficial Federal desde 2003 na área de Engenharia Legal.

vernos usualmente serem os maiores clientes desse mercado. Partindo desse contexto histórico e da sua magnitude econômica, só é possível vislumbrar o combate institucional à corrupção com um certo grau de maturidade das instituições democráticas.

Todavia, para o monitoramento constante da sociedade civil e das autoridades públicas, o combate à corrupção necessita que se estabeleçam meios para que ela seja identificada e analisada. Le *et al.* (2014) destacam que, dos 56 artigos de sua revisão da literatura, poucos forneciam abordagens sistemáticas para a avaliação da corrupção no setor da construção. Esse aprimoramento da governança pode ocorrer tanto por meio de ações internas das próprias organizações públicas que gerenciam recursos financeiros, realizam licitações e contratação públicas, quanto por ações externas por meio de órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, cada um dentro da sua esfera de competência.

No Brasil, a cada ano, estima-se que bilhões de reais são desviados por meio de contratos governamentais de serviços de engenharia e construção, realidade exposta em processos administrativos dos órgãos de controle federais, em especial, o Tribunal de Contas da União – TCU (TCU, 2016) e a Controladoria-Geral da União – CGU (CGU, 2015). Muitas dessas investigações de fraudes em contratos de obras públicas se utilizam de técnicas da engenharia de custos. A engenharia de custos é o ramo da engenharia que estuda os métodos de projeção, apropriação e controle dos recursos monetários necessários à realização dos serviços que constituem uma obra ou projeto, de acordo com um plano de execução previamente estabelecido (GREVES; JOURNIER, 2003).

No âmbito da Polícia Federal – PF, os peritos criminais federais começaram há pelo menos duas décadas a utilizar esses exames periciais de engenharia de custos para complementar ou fornecer suporte a outros tipos de provas criminais – operações de infiltração, quebra de sigilos bancário e fiscal, vigilância eletrônica autorizada pela justiça, informantes ou colaboradores premiados (SIGNOR *et al.*, 2006; LOPES, 2006; SILVA FILHO, 2008; LOPES, 2011a; LOPES, 2018; LOPES, 2019).

Nos casos de suspeita de superfaturamento, o perito tem que estimar o dano ao erário na execução de contratos, o que seria um indício de desvio de recursos públicos. O acúmulo dessa experiência permitiu à criminalística da PF desenvolver gradativamente metodologia de cálculo do superfaturamento que compreende sua definição conceitual (essencial para o tratamento científico do tema), desenvolvimento de métodos e formulações matemáticas que viabilizaram a uniformização de procedimentos, não apenas no âmbito interno, mas também junto a órgãos parceiros no combate à corrupção (PF, 2014).

A ausência de um conceito acadêmico e legislativo do fenômeno “superfaturamento” e de seus tipos, dentre eles o “sobrepço” em contratações, levava a dificuldades de comunicação entre os diversos profissionais atuantes nas esferas penal, cível e administrativa. Com o objetivo de superar essa limitação, uma das primeiras iniciativas promovidas pela Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais (APCF) foi a proposição de um anteprojeto de lei que abarcasse as práticas de superfaturamento e outras fraudes consideradas nocivas à Administração Pública na época. A proposta foi apresentada ao então deputado federal Carlos Mota, com o apoio do Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo Federal e do Tribunal de Contas da União (Sindilegis), e esse esforço foi consolidado no Projeto de Lei n.º 6.735/2006 – que tipificava o crime de malversação de recursos públicos (APCF, 2006).

Em paralelo ao processo legislativo, com base no conhecimento desenvolvido ao longo de grandes operações da PF – Caso Sudam/Sudene, Praga do Egito, Navalha, Confraria, Castelo de Areia, Caixa-Preta, Lava Jato, Panatenaico, dentre outras – houve grande esforço no sentido de difundir o conceito de superfaturamento de obras públicas e outras aquisições em meios acadêmicos e profissionais, o que culminou numa aceitação significativa por parte de órgãos de controle e demais estudiosos do tema (PF, 2006; LOPES *et al.*, 2008; SILVA FILHO, 2008; PF, 2010; MACIEL *et al.*, 2010; LOPES, 2011a; LOPES, 2011b; BAETA, 2012; IBRAOP, 2012; TCU, 2012; MENDES, 2013; LEITÃO, 2013; LOPES JR., 2014; PF, 2014; SIGNOR *et al.*, 2016; VALLIM, 2018; LOPES, 2018; MACEDO, 2019; LOPES, 2019).

Assim, com a sedimentação do conceito de superfaturamento de obras públicas no período de 2006 a 2013, sua definição foi introduzida na legislação nacional com o advento da Lei Federal n.º 13.303/2016, a denominada Lei das Estatais (BRASIL, 2016), e finalmente consolidado com a sanção da Lei Federal n.º 14.133/2021, a denominada Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (BRASIL, 2021). Com isso, foram consolidadas as seguintes definições legais (Lei n.º 14.133/2021):

LVI – sobrepço: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada;

LVII – superfaturamento: dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, **entre outras situações**, por:

a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;

- b)** deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança;
- c)** alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- d)** outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços. (Grifo nosso).

Vencido o esforço desse processo legislativo surgem algumas perguntas: o superfaturamento está definido em lei, e agora? Como transformar a letra fria da lei em ações concretas e efetivas? Como avaliar a precisão e eficiência das atuais metodologias de cálculo? Como estruturar linhas de pesquisa para identificar eventuais outras e novas formas de superfaturamento?

Enfrentar a necessidade de olhar cientificamente esse fenômeno se torna premente. Avaliar eventuais e naturais divergências de exames de superfaturamento promovidos por equipes especializadas em função das diferentes informações disponíveis e métodos aplicados será o caminho para oferecer segurança jurídica aos operadores do Direito para o uso adequado dessas informações para a tomada de decisão judicial.

A promulgação recente da Lei n.º 14.133/2021 trouxe novos elementos à cena quando consolidou diversos regimes contratuais previstos em outros diplomas legais, como é o caso da contratação integrada (Lei do RDC) e da contratação semi-integrada (Lei das Estatais), o que demandará uma análise mais acurada de eventual superfaturamento na execução de obras públicas. Conforme bem registrado na Lei n.º 14.133/2021, os tipos de superfaturamento descritos no inciso LVII, art. 6º, são exemplificativos, pois o fenômeno pode ser caracterizado por “outras situações” como o pagamento de preços contratuais ou aditados (novos) sem embasamento técnico e legal.

Esse novo cenário exige um novo esforço de pesquisa, desde a conceituação das novas formas de superfaturamento até a evolução dos métodos de cálculo. Novas abordagens de fiscalização de obras públicas devem ser utilizadas, como a aferição de resultados como o proposto por Barbosa e Albuquerque (2016), ou do atendimento dos requisitos de qualidade e de condições técnicas para atingir a vida útil prevista (RAUPP; SIGNOR, 2014). Afortunadamente, o texto legal já apresenta direções para abordar o superfaturamento nesses casos, conforme transcrito:

Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

[...]

§ 3º Na contratação integrada, após a elaboração do projeto básico pelo contratado, o conjunto de desenhos, especificações, memoriais e cronograma físico-financeiro deverá ser submetido à aprovação da Administração, que avaliará sua adequação em relação aos parâmetros definidos no edital e conformidade com as normas técnicas, vedadas alterações que reduzam a qualidade ou a vida útil do empreendimento e mantida a responsabilidade integral do contratado pelos riscos associados ao projeto básico.

[...]

§ 5º Na contratação semi-integrada, mediante prévia autorização da Administração, o projeto básico poderá ser alterado, desde que demonstrada a superioridade das inovações propostas pelo contratado em termos de redução de custos, de aumento da qualidade, de redução do prazo de execução ou de facilidade de manutenção ou operação, assumindo o contratado a responsabilidade integral pelos riscos associados à alteração do projeto básico. (Grifo nosso).

Tanto na contratação integrada como na contratação semi-integrada, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos impõe à Administração que aprove/autorize as soluções propostas pelos contratados, sendo necessária a adequação da proposta aos parâmetros estabelecidos no edital e em normas técnicas, além da demonstração da sua vantagem; da não perda de qualidade, vida útil e prazo de execução; ou maior facilidade de manutenção ou operação.

Todos esses aspectos exigirão a definição de métodos distintos que poderão ser usados, assim como os atuais, de forma reversa para a identificação de novas formas de superfaturamento. A título de exemplo, a Orientação Técnica n.º OT – IBR 005/2012 do Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop), que estabeleceu métodos e procedimentos para apuração de sobrepreço e superfaturamento em obras públicas (IBRAOP, 2012), já previu um tipo de superfaturamento não descrito na Lei n.º 14.133/2021 que vai ao encontro do desafio dos novos regimes – o superfaturamento por superdimensionamento:

Superfaturamento por superdimensionamento: é o dano ao erário caracterizado pelo superdimensionamento de projetos, estipulando dimensões, quantidades, e/ou qualidades de materiais ou serviços além das necessárias segundo práticas e normas de engenharia vigentes à época do projeto. (Grifo nosso).

Assim, conclui-se que a efetividade do conceito legal de superfaturamento previsto na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos depende do alinhamento técnico

dos diversos atores da Administração Pública. Para isso, faz-se necessário o desenvolvimento de métodos de cálculo do superfaturamento confiáveis e testáveis, de modo a propiciar que toda a sociedade possa avaliar eventuais desvios em valores pagos e serviços prestados em contratações públicas. Nesse sentido, capacitar é preciso! Mais uma vez a união de esforços será o mote da jornada.

REFERÊNCIAS

APCF. Entrevista: O Procurador-deputado. **Revista Perícia Federal**, ano VI, n. 23, jan./abr. 2006. Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais. Brasília, DF. Disponível em: <https://apcf.org.br/wp-content/uploads/2020/06/11.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

BAETA, A. P. **Orçamento e controle de preços de obras públicas**. São Paulo: Pini, 2012. p. 305-325.

BARBOSA, S.; ALBUQUERQUE, T. M. **A deficiência na qualidade de obra de engenharia traduzida em valores monetários**. In: SEMINÁRIO DE PERÍCIAS DE ENGENHARIA DA POLÍCIA FEDERAL, Maceió, 8., 2016. Anais [...] Maceió, 2016.

BRASIL. **Lei 13.303/2016** (Lei das Estatais). Lei Federal. Brasília/DF, 2016.

BRASIL. **Lei 14.133/2021** (Lei de Licitações e Contratos Administrativos). Lei Federal. Brasília/DF, 2021.

CGU. Acordo de Cooperação Técnica nº 19/2015 que entre si celebram a Controladoria-Geral da União e o Ministério da Justiça com a Interveniência do Departamento de Polícia Federal. Controladoria-Geral da União. Brasília/DF, 2015. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/29887/9/Acordo_19_2015_Extrao_DPJ.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

GREVES, D.; JOURNIER, H. **Cost Engineering for Cost-Effective Space Programmes**. Cost Analysis Division, ESA Directorate for Industrial Matters and Technology Programmes, ESTEC, Noordwijk, The Netherlands. 2003. Disponível em: http://www.esa.int/esapub/bulletin/bullet115/chapter11_bul115.pdf. Acesso em: 06 nov. 2018.

HEIMANN, F.; PIETH, M. **Confronting Corruption**. Past Concerns, Present Challenges and Future Strategies. ISBN-13: 978-0190458331. New York, NY, United States: Oxford University Press, 2017. 312 p.

IBRAOP. **Orientação Técnica n.º OT – IBR 005/2012**. Métodos e Procedimentos para Apuração de Sobrepreço e Superfaturamento em Obras Públicas. Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (IBRAOP), Brasília/DF, 2012. Disponível em: https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2013/04/OT_-_IBR_005-2012.pdf. Acesso em: 17 maio 2021.

JAIN, A. K. **Corruption: A review**. **Journal of economic surveys**, v. 15, n. 1, p. 71-121, 2001. Disponível em: <https://doi.org/10.1111/1467-6419.00133>. Acesso em: 18 fev. 2019.

LE, Y.; SHAN, M.; CHAN, A. P.; HU, Y. Overview of corruption research in construction. **Journal of Management in Engineering**, v. 30, n. 4, p. 1-7, 2014. Disponível em: [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)ME.1943-5479.0000300](https://doi.org/10.1061/(ASCE)ME.1943-5479.0000300). Acesso em: 16 fev. 2019.

LEITÃO, A. J. **Obras públicas**: artimanhas & conluios. LEUD, 2013. p. 374.

LOPES, A. O. Caso SUDAM e SUDENE – A fraude que não acabou. **Revista Perícia Federal**, ano VI, n. 23, jan./abr. 2006. Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais. Brasília, DF. Disponível em: <https://apcf.org.br/wp-content/uploads/2020/06/11.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

LOPES, A. O. **Perícia em Obras Rodoviárias** – A Experiência da Fiscalização Concomitante do Lote 07 da BR 101/NE. *In*: ENCONTRO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS – ENAOP 2012. Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas – IBRAOP. Palmas, TO, 2011b. 12p. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/enaop2012/docs/arquivos_tecnicos/Pericia_obras_rodoviaras_experiencia_fiscalizacao_concomitante_lote_07_BR_101NE_Alan_Lopes.pdf. Acesso em: 10 fev. 2019.

LOPES, A. O. Superfaturamento de Contratos Governamentais de Serviços de Engenharia de Construção–Estudo de Caso da Operação Caixa-Preta-2009. **Revista Brasileira de Ciências Policiais**, v. 9, n. 2, p. 71-109, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.31412%2Frbcp.v9i2.528>. Acesso em: 29 abr. 2021.

LOPES, A. O. **Superfaturamento de Obras Públicas**. 1. ed. São Paulo: Editora Livro Pronto, 2011a.

LOPES, A. O. 2. ed. Kindle Unlimited, 2017. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/SUPERFATURAMENTO-OBRAS-P%C3%A9BLICAS-LICITA%C3%87%C3%95ES-ADMINISTRATIVOS-ebook/dp/B071P635M9>. Acesso em: 22 abr.

LOPES, A. O. *In*: AACE INTERNATIONAL CONFERENCE & EXPO 2018, 2018 AACE® INTERNATIONAL, ADV.2750.17, 62nd. **Proceedings [...]** Disponível em: https://online.aacei.org/aaccessa/ecssashop.show_product_detail?p_product_serno=1856&p_category_id=&p_mode=detail&p_cust_id=&p_session_serno=12751893&p_trans_ty=&p_order_serno=&p_promo_cd=&p_price_cd=. Acesso em: 16 maio 2021.

LOPES, A. O.; DE OLIVEIRA, A. J.; DANTAS, B. T.; VILLELA, C. A. X.; OLIVEIRA, D. R.; DE MENDONÇA, E. C. G.; ROTA, G. V.; LIMA, M. C.; OLIVEIRA JÚNIOR, P. S.; MACIEL, R. G.; SIGNOR, R.; PATRIOTA, R. C. **Manual de Perícias de Engenharia** – Cálculo de Superfaturamento e outros Danos ao Erário. 2008. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, Senado Federal, Brasília/DF. 12. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/12_sinaop/artigos_tecnicos/manual_de_pericias_de_engenharia-calculo_de_superfaturamento.pdf. Acesso em: 03 nov. 2018.

LOPES JR., M. C. **Supercusto**: o Lado Sistêmico do Superfaturamento de Obras Públicas. Maceió: Edição do Autor, 2014. p. 48.

MACEDO, L. A. A tipificação penal do superfaturamento de obras públicas. **Revista do Instituto de Ciências Penais**, v. 4, p. 211-251, 2019. Disponível em: <DOI:10.46274/1809-192XRICP2019v4p211-251>. Acesso em: 17 maio 2021.

MACIEL, R. G.; SILVA FILHO, L. O.; LIMA, M. C. Efeito barganha e cotação: fenômenos que permitem a ocorrência de superfaturamento com preços inferiores às referências oficiais. **Revista do TCU**, n. 119, p. 29-36, 2010. Disponível em: <https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/188#:~:text=Efeito%20barganha%20e%20cota%C3%A7%C3%A3o%3A%20fen%C3%B4menos,refer%C3%AAs%20oficiais%20%7C%20Revista%20do%20TCU>. Acesso em: 17 maio 2021.

MENDES, A. **Aspectos polêmicos de licitações e contratos de obras públicas**. 1. ed. São Paulo/SP: Editora PINI, 2013. p. 368.

NEU, D.; EVERETT, J.; RAHAMAN, A. S. Preventing corruption within government procurement: Constructing the disciplined and ethical subject. **Journal Critical Perspectives on Accounting**, v. 28, p. 49-61, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.cpa.2014.03.012>. Acesso em: 14 fev. 2019.

NOONAN, J. T. **Bribes**: The intellectual history of a moral idea. ISBN 0788198009, New York: Macmillan Publishing Company, 1986. 839 p.

PF. **Instrução Técnica n.º 2** – DITEC e Orientação Técnica nº 001-DITEC – ambas dispõem sobre a padronização de procedimentos e exames para análise de desvios de recursos públicos em obras no âmbito da perícia de Engenharia Legal (Engenharia Civil). Diretoria Técnico-Científica (DITEC). Polícia Federal, 2010.

PF. **Instrução Técnica n.º 4/2006** – DITEC – Dispõe sobre a padronização de procedimentos e exames no âmbito da perícia de Engenharia Legal (Engenharia Civil). Diretoria Técnico-Científica (DITEC). Polícia Federal, 2006.

PF. **Manual de Investigação de Desvio de Recursos Públicos em Obras de Engenharia**. Serviço de Repressão a Desvios de Recursos Públicos. Coordenação Geral de Polícia Fazendária. Diretoria de Investigação e Combate ao Crime Organizado. Academia Nacional de Polícia. Polícia Federal. Ministério da Justiça, 2014.

RAUPP, A. B.; SIGNOR, R. O desempenho da obra como objeto de análise de dano ao erário. *In*: SEMINÁRIO DE PERÍCIAS DE ENGENHARIA DA POLÍCIA FEDERAL, 7., 2014, Brasília.

SIGNOR, R.; LOVE, P.; OLATUNJI, O. Determining Overpricing in Brazilian Infrastructure Projects: A Forensic Approach. **Journal of Construction Engineering and Management**, v. 142, n. 9, p. 1-5, 2016. Disponível em: [https://doi.org/10.1061/\(ASCE\)CO.1943-7862.0001156](https://doi.org/10.1061/(ASCE)CO.1943-7862.0001156). Acesso em: 18 fev. 2019.

SIGNOR, R.; OLIVEIRA JÚNIOR, P. S.; DA SILVA, M. A.; DE OLIVEIRA, D. A. R. O Potencial de Perícias de Engenharia em Rodovias. **Revista Perícia Federal**, ano VI, n. 23, jan./abr. 2006. Associação Nacional dos Peritos Criminais Federais. Brasília, DF. Disponível em: <https://apcf.org.br/wp-content/uploads/2020/06/11.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

SILVA FILHO, L. O. **Perícias e Superfaturamento de Obras Públicas: o que não vai para o papel**. *In*: SIMPÓSIO NACIONAL DE AUDITORIA DE OBRAS PÚBLICAS, 12., 2008, Senado Federal, Brasília/DF. Disponível em: http://www.ibraop.org.br/media/sinaop/12_sinaop/artigos_tecnicos/pericias_e_superfaturamento_de_obras_publicas_nos_procedimentos_de_investigacao_criminal.pdf. Acesso em: 03 nov. 2018.

TCU. **Fiscobras 20 anos**. Tribunal de Contas da União. Brasília/DF, 2016. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-20-anos.htm>. Acesso em: 17 maio 2021.

TCU. **Roteiro de Auditoria de Obras Públicas**. Secretaria Geral de Controle Externo – SEGECEX. Tribunal de Contas da União, 2012. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A-8182A159B6EC170159B7A9382B0701>. Acesso em: 17 maio 2021.

VALLIM, J. J. C. B. **Engenharia Forense**: Metodologias Aplicadas na Operação Lava Jato. Curitiba, Brasil: Editora Juruá, 2018.

Veto ao parágrafo único do art. 159 da Nova Lei de Licitações e Contratos: impacto dos acordos de leniência sobre o controle externo das obras públicas

*Rafael C. Di Bello,
Rafael Martins Gomes e
Victor Hugo Moreira Ribeiro²⁵*

O artigo tem por objetivo apresentar uma análise preliminar acerca do veto presidencial ao parágrafo único do art. 159 da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), e o seu potencial impacto sobre as futuras auditorias de obras públicas.

O PL 4253/2020 – Nova Lei de Licitações dispunha o seguinte:

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos administrativos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.²⁶

Parágrafo único. Na hipótese do *caput* deste artigo, se for celebrado acordo de leniência nos termos da Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Administração também poderá isentar a pessoa jurídica das sanções previstas no art. 156 desta Lei e, se houver manifestação favorável do tribunal de contas competente, das sanções previstas na sua respectiva lei orgânica. (Grifo nosso).

²⁵ Auditores federais de Controle Externo do TCU, engenheiros civis, pós-graduados, professores de Auditoria de Obras Públicas.

²⁶ A CGU pode avocar qualquer processo de responsabilização – PAR, mesmo à revelia do ente lesado, conforme o art. 8º, § 2º, da Lei n.º 12.846/2013.

De uma leitura superficial desse dispositivo, poder-se-ia argumentar que o art. 159 seria similar ao art. 17 da Lei n.º 12.846/2013, chamada “Lei Anticorrupção” (LAC):

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88. (Grifo nosso).

Contudo, enquanto o art. 17 da LAC trata tão somente das sanções da Lei n.º 8.666/1993, o art. 159 da NLLC inclui “outras leis de licitações e contratos administrativos”, introduzindo dúvidas sobre a extensão/limite dos “julgamentos” e das “isenções de sanções” pelo Controle Interno. Afinal, a Lei n.º 8.443/1992 (Lei Orgânica do TCU, LO-TCU) traz disposições sobre análise de licitações e sanções associadas, a exemplo do seu art. 46:

Art. 46. Verificada a ocorrência de fraude comprovada à licitação, o Tribunal declarará a inidoneidade do licitante fraudador para participar, por até cinco anos, de licitação na Administração Pública Federal. (Grifo nosso)

O parágrafo único do art. 159 do PL 4253 deixava clara a intenção do Congresso Nacional de preservar as competências, constitucionais e legais, dos Tribunais de Contas, inclusive sua independência para aplicação das sanções previstas em suas respectivas Leis Orgânicas, evitando tentativas de usurpação de tais competências pelo Controle Interno. Ademais, o trecho vetado estaria em consonância lógica com os incisos I e II do art. 30 da própria Lei n.º 12.846/2013²⁷, dispositivos esses que preservam a aplicação de sanções da Lei n.º 8429/1992 e de outras normas de licitações e contratos da administração pública, independentemente das sanções estipuladas na LAC.

Restava claro que os acordos de leniências, negociados em sigilo, não podem conceder amplas isenções (verdadeira anistia), sem qualquer manifestação favorável dos Tribunais de Contas. Cabe lembrar que o TCU possui inúmeros processos de auditorias

27 Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de:

I – ato de improbidade administrativa nos termos da Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992; e

II – atos ilícitos alcançados pela Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC instituído pela Lei n.º 12.462, de 4 de agosto de 2011.

e tomada de contas especiais na área de obras públicas, envolvendo valores bilionários e empresas que firmaram acordos de leniência com a Controladoria-Geral da União (CGU).

Ocorre que, em 1º/4/2021, a Lei n.º 14.133/2021 (NLLC) foi sancionada mantendo apenas o *caput* do art. 159, com veto apenas ao parágrafo único. As justificativas encontram-se na Mensagem de Veto n.º 118/2021²⁸:

A Controladoria-Geral da União e a Advocacia-Geral da União opinaram pelo veto ao dispositivo transcrito a seguir:

Parágrafo único do art. 159 [...]

Razões do veto

“A propositura legislativa estabelece que na hipótese de ser celebrado acordo de leniência nos termos da Lei n.º 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Administração também poderá isen-tar a pessoa jurídica das sanções previstas no art. 156 desta Lei e das sanções previstas na sua respectiva lei orgânica.²⁹

Entretanto, e em que pese o mérito da propositura, a medida, ao prever a participação de órgão auxiliar do Poder Legislativo na aplicação de instrumento típico do exercício do Poder Sancionador da Administração Pública, viola o princípio da separação dos poderes, inscrito no art. 2º da Constituição da República.

Ademais, a extensão dos efeitos promovidos pelo acordo de leniência de que trata a Lei n.º 12.846, de 2013³⁰ se inserem dentro da função típica da Administração Pública e não se confundem com a atividade de fiscalização contábil, financeira e orçamentária exercidas pelo Poder Legislativo, o que acaba por extrapolar as competências conferidas pelo constituinte, por intermédio do art. 71 da Carta Magna.

Outrossim, a medida contraria o interesse público, ao condicionar a assinatura do acordo de leniência à participação do Tribunal de Contas respectivo, ainda que restrito às suas sanções, criando uma nova etapa no procedimento, o que poderia levar a um enfraquecimento do instituto.” (Grifo nosso).

Observa-se, de pronto, que as razões do veto, além de trazerem redação confusa, afirmam que a atribuição constitucional do Controle Externo se daria apenas sobre as vertentes de fiscalização “contábil, financeira e orçamentária”, omitindo as

²⁸ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/Msg/VEP/VEP-118.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

²⁹ Aqui não fica claro se a isenção é apenas da “Lei Orgânica” da CGU ou avança sobre a LO-TCU.

³⁰ No caso federal, é a CGU quem celebra o acordo, conforme o art. 16, § 10, da Lei n.º 12.846/2013.

fiscalizações operacionais e patrimoniais conduzidas pelo TCU para avaliar a gestão inclusive das sociedades de economia mista, como Eletronuclear e Petrobras (vítimas da corrupção).

Outro aspecto omitido das razões de veto é que a Constituição Federal atribuiu expressamente poder sancionador ao TCU – art. 71, inciso VIII, da Carta Magna. Nesse sentido, uma atribuição constitucional ao Tribunal de Contas, órgão independente e formado por um colegiado, foi considerada, nas razões de veto publicadas pelo Executivo, como uma suposta extrapolação de competências.

Confirmam-se os arts. 70 e 71 (inc. II, IV, VII e VIII) da Constituição Federal, sobre as competências de fiscalização operacional e patrimonial, e sanções do TCU associadas:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária. (redação da EC n.º 19, de 1998)

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual competete:

[...]

II – julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta [...] e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

[...]

IV – realizar, por iniciativa própria, [...] inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades;

[...]

VII – prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional [...] sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII – aplicar aos responsáveis, [...] as sanções previstas em lei. (Grifo nosso).

Com as devidas vênias, não merece prosperar o entendimento de que o veto somente ao parágrafo único do art. 159 (e não ao artigo todo) não trará qualquer prejuízo à atuação do TCU. Na prática, o *caput* do art. 159 da NLL, especialmente após atenta leitura das razões do veto elaboradas por CGU e AGU, a qual carrega em si um entendimento de que o art. 46 da Lei n.º 8.443/1992 (LO-TCU) poderá estar submetido à vontade do Controle Interno nos casos em que forem celebrados acordos de leniência pela CGU, causa uma possível mutilação das atribuições constitucionais dos Tribunais de Contas. Não é demais lembrar que os principais acordos da CGU foram firmados com as empreiteiras da Lava Jato, que já respondem a diversos processos do Fiscobras/TCU, existentes há mais de duas décadas³¹.

É plausível o cenário no qual a CGU tentará concentrar todas as atividades de apuração e julgamento (a redação legal do art. 159 utiliza a expressão “apurados e julgados”) de quaisquer atos lesivos comparáveis aos da Lei n.º 12.846/2013 (LAC), podendo, em face do observado nos casos da Operação Lava Jato, firmar acordos de leniência para “perdoar” quaisquer atos lesivos, inclusive ignorando, por completo, as vultosas parcelas de superfaturamentos que vão muito além das propinas (art. 5º, inciso IV, alíneas “f” e “g” da LAC), já apurados pelo TCU e pela Perícia da Polícia Federal. Há inclusive declaração pública do ministro da CGU dizendo que “não dá pra discutir o tamanho do tijolo”³², a qual aparenta não levar em consideração todo o trabalho técnico de cálculo do dano ao Erário e, principalmente, o peso “desa enorme pilha de tijolos” na dissuasão da corrupção. Ao se permitir que empreiteiras corruptas, já investigadas há anos, nos Fiscobras/TCU e na Operação Lava Jato, continuem recebendo vultosos recursos públicos, uma vez que não poderão ser declaradas inidôneas, está a se defender a irrelevância do efeito dissuasório, ou seja, mesmo diante do promissor ferramental do Direito Consensual, o crime continua a compensar.

Com a NLLC, o Controle Interno ganha poderes para, inclusive, tornar sem efeito sanções aplicadas por Tribunais de Contas. Assim, ao menos em tese, há uma enorme concentração de poder nas mãos de apenas dois agentes políticos, subordinados ao chefe do Poder Executivo: os ministros da CGU e da AGU. Tal realidade posta-se em desalinho com a Intosai P_50:

31 Conforme publicação disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-20-anos.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.

32 Conforme publicação disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2019/12/26/sem-retomada-cgu-ve-risco-de-cate-em-acordos-de-leniencia.ghtml>. Acesso em: 05 maio 2021.

Entidades fiscalizadoras que possuam poderes de aplicação de sanções, sendo caracterizadas como entidades com poderes jurisdicionais, necessitam que sua instância decisória possua garantias legais explícitas que assegurem sua independência em relação às autoridades públicas, a exemplo de inamovibilidade e vitaliciedade. (Grifo nosso).

Em outras palavras, órgãos de estatura constitucional (os Tribunais de Contas) e que contam com um colegiado, a fim de dar legitimidade a seus poderes jurisdicionais (art. 4º da Lei n.º 8.443/1992), terão uma de suas atribuições mais relevantes (a aplicação da sanção de inidoneidade às empresas fraudadoras de certames públicos) potencialmente submetidas ao crivo de órgãos ligados ao Poder Executivo, os quais não contam com colegiado ou com garantias de independência e autonomia de sua alta gestão.

Em síntese, tem ocorrido um cenário de potencial concentração de poderes sancionatórios e até mesmo jurisdicionais em órgãos que não foram constitucionalmente desenhados para essa finalidade, haja vista que o art. 74 da Constituição Federal de 1988 não atribui essa competência ao controle interno.

Se na esfera federal tal cenário já causa perplexidade, pode-se imaginar que consequências essa situação poderá ter nos entes subnacionais (estados e municípios), alguns dos quais com controles internos sabidamente deficientes e governança frágil.

Cabe adicionar o fato de que, na prática, o Controle Interno mantém praticamente todas as apurações sob sigilo, por anos a fio. Com efeito, os anexos dos acordos de leniência firmados pela CGU e pela AGU, mesmo aqueles que digam respeito apenas a seus aspectos financeiros, são mantidos fora do alcance do controle social, cenário que, caso extrapolado para os Estados, DF e Municípios, gera enorme preocupação.

Ante o que se expôs, entende-se oportuno que os órgãos de controle externo evitem esforços para exercerem seu poder punitivo sem quaisquer limitações advindas do controle interno, em vista do arcabouço constitucional (art. 71 e inciso IV do art. 74), mas também do que está disciplinado nos incisos I e II do art. 30 da própria Lei n.º 12.846/2013, buscando ajustar a dosimetria das sanções apenas nos casos em que o produto dos acordos de leniências se mostrar útil às competências das diversas Cortes de Contas do país.

****Eventuais opiniões expostas no artigo são pessoais e não expressam posicionamento institucional do TCU.**

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992**. Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8443.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Lei Anticorrupção. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Lei n.º 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: 05 maio 2021.

BRASIL. **PL 4253/2020**. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8939824&ts=1615559848815&disposition=inline>. Acesso em: 05 maio 2021.

INTOSAI. **INTOSAI 50 Principles of jurisdictional activities of SAIs**. 2019. Disponível em: https://www.intosai.org/fileadmin/downloads/documents/open_access/INT_P_11_to_P_99/INTOSAI_P_50/INTOSAI_P_50_en.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.

TCU. **Fiscobras 20 Anos**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/biblioteca-digital/fiscobras-20-anos.htm>. Acesso em: 05 maio 2021.

Preços, alterações dos contratos e pagamentos

Marcos Nóbrega³³

Pedro Dias de Oliveira Netto³⁴

1. Alterações contratuais sob a ótica da Lei n.º 14.133/2021

Devemos analisar o escopo da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos por meio de novos olhares, ainda que estejamos diante de normas que, em grande parte, representem uma reprodução de dispositivos contidos na Lei n.º 8.666/1993.

As cláusulas exorbitantes do contrato administrativo, em especial, a prerrogativa do Poder Público para alterar unilateralmente o contrato, dispõe de um quadrante normativo semelhante às hipóteses da lei antecessora. De tal sorte que as alterações contratuais devem estar compatibilizadas com as atuais necessidades da Administração Pública, com a finalidade de alcançar o interesse público e, de igual forma, manter o equilíbrio contratual com o contratado.

A alteração unilateral cinge-se diante da competência da Administração Pública contratante que é autorizada, por lei, a impor ao contratado determinadas modificações na execução do contrato administrativo durante a sua vigência. Trata-se de um instrumento para que o objeto do contrato seja adaptado a necessidades factuais e superveniente a sua celebração. Deve respeitar o edital, a proposta vencedora, bem como o contrato a si mesmo.

O art. 124, inciso I, da Lei n.º 14.133/2021, prescreve exaustivamente as situações em que se tornam possíveis as alterações unilaterais pela Administração, que irão ocorrer quando houver modificação do projeto ou das especificações (alteração qualitativa); ou quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrên-

33 Professor adjunto de Direito da Faculdade de Direito do Recife (UFPE), doutor em Direito (UFPE), visiting scholar na Harvard Law School, Harvard Kennedy School of Government e Massachusetts Institute of Technology (MIT). Conselheiro substituto do Tribunal de Contas de Pernambuco (TCE-PE).

34 Advogado. Doutorando em Direito (UFPE).

cia de acréscimo ou diminuição do objeto (alteração quantitativa). Há de se frisar que apenas nessas hipóteses é que poderão ocorrer alterações unilaterais pelo ente público, quando não houver alternativa para a fiel execução do objeto do contrato, cabe ao Poder Público, dentro dos limites da lei e de forma vinculada, realizar a alteração unilateral.

Não podemos olvidar que certos requisitos devem ser obrigatoriamente observados pelo Poder Público na alteração unilateral. A necessidade de motivação é um requisito basilar que se encontra previsto no *caput* do art. 124, haja vista a necessidade de serem apresentadas as devidas justificativas para alteração contratual.

De igual forma, a alteração contratual deve decorrer de um fato superveniente, pois, entendendo diversamente, tal situação poderia caracterizar uma violação à competitividade no processo licitatório, diante da alteração do objeto por um fato previamente já conhecido pela Administração Pública (OLIVEIRA, 2020, p. 146).

A alteração unilateral não é um ato discricionário do Poder Público. É necessário comprovar que o fato superveniente irá corresponder à medida de alteração e, principalmente, a demonstração do nexo de causalidade entre o fato superveniente e a medida de alteração.

É indispensável expor o motivo justificador da alteração unilateral, bem como a validade da alteração demanda a sua formalização, por termo aditivo no contrato, como condição para execução das alterações.

Destaca-se, também, um requisito decorrente de inovação pontual da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no que diz respeito à impossibilidade de descaracterização do objeto contratual por meio de alterações unilaterais, pois não há previsão semelhante na Lei n.º 8.666/1993, embora já houvesse entendimento jurisprudencial e doutrinário nesse sentido. O art. 126 prescreve que tais alterações unilaterais não poderão transfigurar o objeto da contratação.

As alterações qualitativas ocorrem quando há uma modificação do projeto ou das especificações do objeto, acarretadas por fatos supervenientes, e que são imprescindíveis para garantir a fiel execução do contrato.

As alterações quantitativas, por sua vez, irão repercutir em um acréscimo ou diminuição do objeto previamente contratado, nos limites permitidos em lei. É dizer: as alterações quantitativas não irão modificar o projeto ou as especificações do objeto, são uma modificação na quantidade inicialmente contratada e a sua repercussão, para mais ou para menos, no valor contratual.

Como bem destacado por Ronny Charles, a realidade da Administração Pública demonstra que, na prática, as alterações qualitativas também podem gerar modifica-

ções quantitativas no valor contratual, se caracterizando como uma alteração qualitativa-quantitativa.³⁵

Segundo a Lei n.º 14.133/2021, em seu art. 125, tanto as alterações quantitativas como as qualitativas devem estar delimitadas pelos percentuais de até 25% do valor inicial atualizado do contrato, seja para acréscimos ou supressões, que se fizerem nas obras, nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para acréscimos será de 50%.

Já não subsiste mais a divergência existente ao tempo da Lei n.º 8.666/1993, no que diz respeito à possibilidade de as alterações qualitativas ultrapassarem os limites percentuais, haja vista a lei anterior fazer menção apenas às alterações quantitativas.

Destaca-se, por oportuno, que nas alterações contratuais para supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e os colocado no local dos trabalhos, a Administração Pública deverá realizar o pagamento pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente reajustados, podendo, desde que devidamente comprovados, caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão.

Uma novidade relativa às limitações das alterações unilaterais também se encontra presente no art. 127 da Lei n.º 14.133/2021, que abarca as situações em que o contrato não contemple preços unitários para obras ou serviços que necessitem de aditamento. Esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, respeitados os limites estabelecidos no art. 125.³⁶

Com efeito, a mutabilidade dos contratos administrativos também é possível se concretizar por meio de acordo entre as partes, ou seja, de forma bilateral.

As alterações por acordo entre as partes poderão ocorrer diante das situações em que se esteja discutindo:

- a) a substituição da garantia de execução;
- b) a modificação do regime de execução da obra ou do serviço, bem como do modo de fornecimento;
- c) a modificação da forma de pagamento por imposição de circunstâncias supervenientes;

35 TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11. Ed. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 839.

36 Na Lei n.º 8.666/93, de forma diversa, o art. 65, §3º, determinava que, se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos.

- d) o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe ou em decorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, que inviabilizem a execução do contrato tal como pactuado, respeitada, em qualquer caso, a repartição objetiva de risco estabelecida no contrato, conforme previsão do inciso II do art. 124.

Há de se ressaltar que nada impede que as hipóteses previstas para os casos de alteração unilateral também possam ser realizadas consensualmente entre os contratantes. A consensualidade para alteração contratual tende a gerar ganho de eficiência para as partes, bem como a redução dos custos de transação.

Apenas as alterações unilaterais, qualitativas ou quantitativas, é que estão delimitadas pelos parâmetros percentuais do valor inicial do contrato fixados pela Lei n.º 14.133/2021. O contratado não é obrigado a aceitar aumento superior. Porém, não podemos descuidar de que as alterações bilaterais devem ser interpretadas de forma sistemática e à luz dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Admitir o acréscimo ou supressão em alterações consensuais e em percentuais maiores que os fixados em lei, certamente, poderia transfigurar o objeto em outro e/ou desvirtuar os parâmetros da vantajosidade e tudo que foi estabelecido no procedimento licitatório, estaríamos diante de situações que podem ser caracterizadas como fraude.

No que tange às situações que decorram de falhas de projeto, as alterações de contratos de obras e serviços de engenharia irão ensejar a apuração da responsabilidade do responsável técnico, inclusive, com a adoção de providências necessárias para o ressarcimento dos danos causados à Administração Pública, sendo uma novidade normativa advinda pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

Nesse sentido, a novel legislação também prescreve que, nos casos de contratações de obras e serviços de engenharia, deve ser observada a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato quando a execução for obstada devido ao atraso na conclusão de procedimentos de desapropriação, desocupação, servidão administrativa ou licenciamento ambiental, ou por circunstâncias alheias ao contratado.

Os dispositivos acrescidos trata-se, em verdade, da positivação da jurisprudência pátria, de atos normativos secundários e dos ensinamentos doutrinários. Assim, os parágrafos primeiro e segundo do art. 124 têm como finalidade propiciar uma maior segurança jurídica para o Poder Público e o contratado.

Prosseguindo, há de se ressaltar a previsão normativa do art. 128, da Lei n.º 14.133/2021, que busca mitigar os efeitos do jogo de planilha praticado pelos licitan-

tes. O dispositivo mencionado estabelece que, nas contratações de obras e serviços de engenharia, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global de referência não poderá ser reduzida em favor do contratado em decorrência de aditamentos que modifiquem a planilha orçamentária, de modo a impedir que os aditamentos contratuais possam majorar, de forma fraudulenta, o lucro do contratado.

Essa previsão, contudo, já se fazia presente no Decreto n.º 7.983/2013 que, em seu art. 14, *caput*, estabelece redação semelhante à prevista no art. 128 da Nova Lei de Licitações. Destaca-se que o parágrafo único do art. 14 do Decreto n.º 7.983/2013 preconiza que, nos casos em que sejam adotados os regimes de empreitada por preço unitário e tarefa, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o preço global poderá ser reduzida para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em casos excepcionais e justificados, desde que os custos unitários dos aditivos contratuais não excedam os custos unitários do sistema de referência utilizado, sendo assegurada a manutenção da vantagem da proposta vencedora ante a da segunda colocada na licitação.

Ademais, a jurisprudência do Tribunal de Contas de União³⁷ demonstra que é necessário que exista parecer técnico justificando a real necessidade de alteração contratual e, também, o aditivo contratual seja examinado pela procuradoria jurídica do órgão competente. Os preços dos aditivos contratuais devem estar acompanhados por um orçamento específico detalhado em planilhas elaboradas pelo responsável da licitação, que deverá explicitar os acréscimos e supressões de serviços.

Sem embargo, o jogo de planilha subsiste nas situações em que há uma grande assimetria de informações entre o Poder Público e o particular. A prática ocorre quando o licitante passa a atribuir preços unitários abaixo dos valores de mercado para os serviços que, supostamente, não precisarão ser executados ou que terão os quantitativos minorados. Por outro lado, o licitante irá elevar excessivamente os preços unitários dos serviços que, em regra, necessitarão ter os seus quantitativos aumentados por meio de alterações contratuais³⁸.

37 Acórdãos Plenários do TCU n.º 1.981/2009, 749/2010 e 1.200/2010.

38 Para combater o jogo de planilhas, podemos mencionar o posicionamento do Tribunal de Contas da União que já adota, pelo menos, três métodos: o método do balanço, método do desconto e o método da comparação com a segunda licitante mais bem classificada. De forma concisa, o método do balanço tem como finalidade manter inalteradas as condições estabelecidas pela licitação, isto é, busca assegurar as condições econômicas originalmente definidas. Por sua vez, o método do desconto tem como propósito a manutenção do desconto em termos percentuais do contrato original. Já o método da comparação com a segunda licitante mais bem classificada parte da premissa de comparar a planilha contratual, após as alterações contratuais realizadas, com as anteriores propostas recebidas na licitação, verificando os quantitativos de serviços ofertados pelas licitantes em relação aos quantitativos do contrato aditado.

Desse modo, o art. 128 da nova lei pretende coibir os jogos de planilha, ao passo que proíbe que o desconto original entre o valor global da proposta e do orçamento estimado possa ser reduzido diante do aumento da quantidade de um serviço específico ao qual foi atribuído preço unitário mais elevado (NIEBUHR, 2021, p. 192).

As alterações contratuais também irão repercutir em um elemento basilar dos contratos, pois, caso haja aumento ou diminuição do objeto, deverá ser reestabelecido, no mesmo termo aditivo, o equilíbrio econômico-financeiro. A equação econômico-financeira constitui uma “precificação” dos encargos em face das oportunidades de ganhos previstos no regime remuneratório ao contratado.

O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro não surge, exclusivamente, diante de alterações contratuais realizadas de forma unilateral pela Administração Pública. A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos estabelece que o contrato poderá dispor de uma cláusula relativa à matriz de riscos³⁹, sendo esta responsável por definir os riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato.

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos cinge-se em torno das compensações de uma parte a outra, na ocorrência de eventos que configurem um ato atribuído a um contratante, mas que impacte, de um modo econômico e financeiro, a outra parte. Há de se ressaltar que não são apenas os eventos gravosos que geram direito à recomposição ao equilíbrio econômico-financeiro. Muitas vezes, eventos benéficos para ambas as partes, ou apenas para uma delas, podem gerar o direito ao reequilíbrio do contrato (RIBEIRO, 2014).

O processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro terá como objetivo restabelecer a condição anterior à ocorrência dos aditivos contratuais, utilizando como referência a representação do contrato em estado de equilíbrio.

Por conseguinte, em seu art. 131, a nova lei prescreve que, ainda que o contrato administrativo seja extinto, tal circunstância não representará óbice para que seja reconhecido o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, hipótese em que o contratado receberá uma indenização por meio de termo indenizatório.

Contudo, o parágrafo único do dispositivo supracitado menciona que o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deve ser realizado ainda durante a vigência do contrato, inclusive, antes de eventual prorrogação, para os contratos de serviços e fornecimentos contínuos.

39 A Lei n.º 14.133/2021, em seu art. 6º, XXVII, conceitua a matriz de riscos como sendo a “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”.

No entanto, é preciso ressaltar que, nos casos em que a proposta apresentada pelo contratado apresente um preço inexequível para determinado serviço, não será possível que as partes repactuem o preço previamente acordado, pois, ao ser aceita a proposta pela Administração Pública, a equação econômico-financeira é materializada, sendo protegida e assegurada por força de lei.

O desequilíbrio da equação econômico-financeira deve ocorrer diante de um evento posterior à formulação da proposta inicial, a insuficiência do preço inexequível informado no momento inicial do contrato não é apta a ensejar o rompimento da equação econômico-financeira. Para que ocorra a alteração dos preços e o reequilíbrio do contrato, a elevação dos encargos não deve decorrer de conduta dolosa ou culposa imputável ao contratado.

Para garantir maior segurança ao licitante vencedor, ainda nas hipóteses de alterações unilaterais, há de se frisar importante norma que, diante de previsão semelhante na Lei n.º 8.666/1993, irá contribuir para a redução de litígios judiciais em contratos complexos e vultosos. O art. 132 estabelece como condição necessária para alterações contratuais que seja formalizado o termo aditivado para, só assim, se tornar possível a exigência de execução, pelo contratado, das prestações determinadas pela Administração Pública.

Apenas de forma excepcional, nos casos justificados, é que se faz possível a antecipação dos efeitos das alterações contratuais sem que ocorra a imediata formalização do termo aditivo, que deverá ocorrer, impreterivelmente, no prazo máximo de um mês.

Contempladas de forma expressa também na Lei n.º 14.133/2021, as contratações integradas ou semi-integradas, por possuírem certas características, receberam um tratamento próprio pelo legislador para as alterações contratuais.

Nesse diapasão, há de se considerar o regime especial estabelecido pelo art. 133 da nova lei, que impõe, como regra, vedação no que tange à modificação dos valores contratuais quando estivermos diante de contratações integradas ou semi-integradas.

São ressalvadas quatro situações, bem delineadas pelo legislador, em que os valores poderão ser alterados nas contratações integradas ou semi-integradas:

- e)** para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;
- f)** por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites de acréscimos e supressões de 25% que se fizerem nas obras,

- nos serviços ou nas compras, e, no caso de reforma de edifício ou de equipamento, o limite para acréscimos será de 50%;
- g)** por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, nos termos do § 5º do art. 46; e
 - h)** por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração.

2. Repactuação de preços e o microsistema de pagamentos dos contratos administrativos

Os preços estabelecidos nos contratos administrativos podem ser impactados por variáveis e fatores externos, principalmente quando estivermos diante de contratos de serviço continuado, que poderão ser afetados devido à variação do custo de produção ou dos insumos utilizados. Daí que se torna imprescindível realizar uma adequação dos preços contratuais aos novos preços de mercado.

Desse modo, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, com o propósito de unificar a normatização acerca da repactuação dos preços, estabeleceu entre os artigos 134 e 136 alguns procedimentos que deverão ser observados pela Administração Pública e o contratado.

O art. 134 reproduz dispositivo que se assemelha ao art. 65, § 5º, da Lei n.º 8.666/1993, ao afirmar que os preços serão alterados, para mais ou para menos, quando ocorrer a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais ou a superveniência de disposições legais, e que, comprovadamente, repercute sobre os preços inicialmente contratados.

Por sua vez, o art. 135 trata da possibilidade de repactuação dos preços contratuais para os serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra. Os parâmetros da repactuação dos preços, até então, encontrava amparo no Decreto n.º 9.507/2018 para a adequação dos preços contratuais aos novos preços de mercado.

O art. 12 do Decreto n.º 9.507/2018 admite o instrumento da repactuação para serviços continuados sob regime de mão de obra exclusiva desde que seja observado o interregno mínimo de um ano das datas dos orçamentos para os quais a proposta se referir e, também, que seja demonstrada de forma analítica a variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Para os contratos de serviço continuado sem dedicação exclusiva de mão de obra, o instrumento previsto pelo Decreto n.º 9.507/2018 cinge-se no reajuste contratual. Nessa hipótese, o reajuste em sentido estrito também ocorre nos contratos de prazo de duração igual ou superior a um ano. O reajuste consiste na aplicação de um índice de correção monetária, estabelecido no contrato, para retratar a variação efetiva do custo de produção por meio da adoção de índices específicos ou setoriais.

Nesse diapasão, o art. 135 da Lei n.º 14.133/2021 sedimenta algumas regras já existentes, tal como o dever de observar o interregno mínimo de um ano para a repactuação, bem como acrescenta alguns requisitos para a repactuação dos preços para os serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, ou que tenha uma predominância de mão de obra.

Destaca-se a vedação imposta pelo § 2º do artigo supracitado, que proíbe aos órgãos ou às entidades contratantes que se vinculem às disposições previstas nos acordos, convenções ou dissídios coletivos de trabalho que tratem de obrigações e direitos que somente se aplicam aos contratos com a Administração Pública.

Há de se ressaltar também a previsão do § 4º, que permite a divisão da repactuação dos preços em tantas parcelas quantas forem necessárias. No entanto, condiciona a divisão diante da observância do princípio da anualidade do reajuste de preços da contratação, que pode ser realizada em momentos distintos para discutir a variação de custos que tenham sua anualidade resultante em datas diferenciadas, tal como os preços decorrentes de mão de obra e os decorrentes dos insumos necessários para a execução dos serviços.

Prosseguindo, a Lei n.º 14.133/2021, com contornos de novidade, estabelece em seu Capítulo X o quadrante normativo acerca dos pagamentos dos contratos administrativos. A existência de uma regulamentação própria para os pagamentos é uma inovação em relação à Lei n.º 8.666/1993.

Interessante, no particular, observar que a Administração Pública deve obedecer a uma ordem cronológica de pagamento, fixada pelo legislador, para cada fonte diferenciada de recursos, que deve ser subdividida nos contratos de fornecimento de bens, prestação de serviços, locações e realização de obras.

Apenas de forma excepcional é que se faz possível uma alteração da ordem cronológica de pagamento, necessitando que sejam observadas, ainda, a prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao Tribunal de Contas.

De forma taxativa, o legislador permitiu que a modificação da ordem de pagamento ocorra, exclusivamente, nas situações em que o Poder Público esteja diante de:

- a) grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;
- b) pagamento à microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;
- c) pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;
- d) pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;
- e) pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional.

Destarte, a excepcionalidade da alteração deve estar acompanhada de procedimentos que garantam a transparência da medida, tal como a necessidade de justificção adequada e comunicação aos órgãos competentes, bem como o dever que cabe à Administração Pública demonstrar que, se a alteração na ordem cronológica de pagamentos não ocorrer, poderá ocasionar um risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato.

Daí que, ao deixar de observar a ordem cronológica de pagamento e não estar inserida nas hipóteses excepcionais, tal conduta ensejará a apuração de responsabilidade do agente público.

Com o propósito de fortalecer a transparência e publicidade dos procedimentos licitatórios, a Lei n.º 14.133/2021, em seu § 3º do art. 141, no que diz respeito à divulgação da ordem cronológica de pagamentos, estabelece que o órgão ou entidade responsável pela licitação deve disponibilizar, mensalmente, em seção específica de acesso à informação em seu sítio na internet, uma lista relativa à ordem que serão realizados os pagamentos, bem como as justificativas que fundamentarem a eventual alteração dessa ordem.

Destaca-se, também, a previsão normativa que condiciona a ocorrência do pagamento apenas diante da efetiva comprovação do fato gerador. Todavia, essa condicionante deve estar expressamente prevista no edital do procedimento licitatório ou no contrato administrativo.

Por outro lado, se a Administração estiver diante de casos que envolvam controvérsia sobre a execução do objeto, no que diz respeito à sua dimensão, qualidade e quantidade, a parcela incontroversa deve ser liberada conforme o prazo previamente estabelecido para o pagamento.

Tal medida, por certo, busca garantir uma maior eficiência aos mecanismos de pagamento do ente público, evitando que litígios contratuais obstem o recebimento de qualquer valor pelo contratado, gerando um dano desproporcional aos envolvidos. Portanto, o direito à liberação da parcela incontroversa, previsto no art. 143 da Lei n.º 14.133/2021, representa uma importante norma de conduta que se compatibiliza com o princípio da boa-fé objetiva nas relações contratuais.

A adoção de remuneração variável também se faz presente na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos de forma expressa. Quando a Administração Pública estiver diante de contratos cujos objetos sejam a realização de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, será possível estabelecer remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado. Deverão ser observados os índices de desempenho previstos com base nas metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

Os indicadores de desempenho devem gerar incentivos econômicos para que o contratado pretenda executar o serviço de modo mais eficiente. Muito além de aplicação de sanções pecuniárias em caso de descumprimento dos indicadores, o sistema de pagamentos deve priorizar os descontos devidos ao contratado nos casos em que não houver cumprimento dos indicadores de desempenho, com fundamento na exceção de descumprimento do contrato.

Maurício Portugal Ribeiro chama a atenção para os casos em que ocorram diminuições da remuneração realizadas pelo Poder Público. O autor argumenta, sob um viés estritamente jurídico, que essas medidas não são caracterizadas como uma punição, mas sim uma redução do pagamento que se faz de modo proporcional ao serviço que efetivamente foi prestado. É preciso que conste expressamente no contrato as escalas de preços no caso de o serviço não ser prestado nas quantidades e qualidades exigidas para garantir o recebimento do pagamento integral (RIBEIRO, 2011, p. 77).

Ainda, destaca-se que o § 1º do art. 144 da Lei n.º 14.133/2021 prescreve que o pagamento poderá ser ajustado de acordo com o percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando estiver diante de situações em que o objeto do contrato vise à implantação de processo de racionalização, em que, nessa situação, as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários.

Não podemos olvidar que, ainda que a lei seja permissiva quanto à utilização de remuneração variável, é preciso que esta seja motivada e que respeite o limite orçamentário fixado pela Administração Pública para a contratação.

Dentre os dispositivos que regulamentam o microssistema de pagamentos dos contratos administrativos, a Lei n.º 14.133/2021 também estabeleceu como regra a vedação ao pagamento antecipado, seja ele parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços.

Não obstante, as antecipações de pagamento poderão ocorrer de forma excepcional, desde que propicie sensível economia de recursos à Administração Pública, ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço. Atendendo a um desses requisitos, a antecipação do pagamento deverá ser previamente justificada no processo licitatório e, de igual forma, estar expressamente prevista a sua possibilidade no edital de licitação ou no instrumento formal de contratação direta.

Como forma de garantir o adimplemento contratual pelo contratado, nos casos em que ocorrerem o pagamento antecipado, a Administração Pública poderá exigir a prestação de uma garantia adicional. Além do mais, caso o objeto do contrato não seja executado no prazo previsto, o valor que foi antecipado deverá ser devolvido.

Busca-se, em verdade, evitar fraudes e minorar eventual prejuízo ao Erário quando ocorrer a antecipação do pagamento e se a execução da obra, a prestação do serviço, ou o fornecimento de bens não for efetivamente realizado.

REFERÊNCIAS

NIEBUHR, Joel de Menezes (coord.). **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Licitações e contratos administrativos: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

RIBEIRO, Mauricio Portugal. **O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre o equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs**. 2014. Disponível em: <http://pt.slideshare.net/portugalribeiro/o-que-todo-profissional-de-infraestrutura-precisa-saber-sobre-equilibrio-economico-financeiro-versao-publicada-na-internet-39170396>. Acesso em: 5 maio 2021.

TORRES, Ronny Charles Lopes de. **Leis de licitações públicas comentadas**. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.



IBRAOP
Instituto Brasileiro de
Auditoria de Obras Públicas

Rua Bulcão Viana, 90
Florianópolis - SC
CEP 88.020-160