

## OPINIÃO

## Uma travessia pela nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos

26 de abril de 2021, 7h13

Por Ricardo Barretto de Andrade e Maria Augusta Rost

As licitações e os contratos públicos possuem um novo marco. A Lei nº 14.133, de 1º de abril, compilou os dispositivos do antigo diploma e das Leis do Pregão e do Regime Diferenciado de contratações, sistematizou procedimentos auxiliares e regras previstas em instruções normativas do governo federal, bem como positivou orientações consolidadas pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU).

O espírito da nova lei vai na contramão dos anseios por maior consensualidade — técnica defendida pelo setor privado e por estudiosos da regulação de contratações públicas, que veem na denominada privatização do Direito Público um movimento urgente para assegurar as parcerias necessárias para a modernização do Estado e para a concretização de direitos fundamentais.



Daí a importância de que a aplicação e a interpretação da lei tenham como norte a dinamização do atendimento às necessidades públicas e aos interesses da coletividade. Tarefa a ser realizada em linha com os propósitos legais de estimular o desenvolvimento nacional sustentável, a inovação, as *startups*, as microempresas e empresas de pequeno porte, de proteger o meio ambiente e de contribuir para a inclusão social, para o pleno emprego, para a ressocialização e para a equidade de gênero.

As ações das autoridades administrativas e dos tribunais conferirão o pretendido caráter dinâmico às regras da nova lei, o que refinará a arquitetura dos mercados de compras públicas no desafio da boa alocação dos recursos representativos do vultoso poder de compra governamental.

A Lei nº 14.133 manteve a orientação de buscar a proposta mais vantajosa, acrescentando a relevante exigência de que essa análise considere o ciclo de vida do objeto licitado. A isonomia e a justa competição permanecem como *objetivos* das licitações públicas, agora ao lado das finalidades de evitar contratações com sobrepreço ou preços manifestamente inexequíveis e evitar a prática de superfaturamento na execução dos contratos.

A lei inovou quanto aos *princípios*, com destaques ao planejamento e à segregação de funções. O primeiro corresponde à nova diretriz do marco legal e figura como o mastro principal de uma nau chamada licitação. São inúmeros os dispositivos que discorrem em detalhes sobre o planejamento e os documentos preparatórios das licitações. O segundo pretende frear o ímpeto de ocultação de fraudes no procedimento.

Ambos os princípios foram incluídos no texto a partir de legítima preocupação quanto às falhas de planejamento nas contratações e ao número elevado de fraudes verificadas nesses procedimentos. Contudo, a regulamentação excessivamente burocrática e uniforme para todas as licitações poderá conduzir o procedimento à deriva. Da mesma forma, é duvidosa a capacidade dos pequenos entes públicos brasileiros, notadamente no âmbito municipal, de observar a segregação de funções, em que pese a medida seja louvável para licitações de médio ou grande vulto.

A *gestão de riscos* e a *governança* são as velas que impulsionam a modelagem dessa nau. A gestão e a análise dos riscos da contratação passam a ser elementos centrais a serem observados não apenas durante a fase preparatória da licitação, mas durante todo o procedimento de contratação, cuja governança caberá à alta administração do órgão ou entidade.

A *matriz de risco* passa a ser obrigatória nas contratações de obras e serviços de grande vulto ou quando adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada. Nos demais casos, a Administração poderá adotar esse instrumento que se destina a estabelecer as responsabilidades e riscos assumidos por cada parte contratante, mediante alocação eficiente com vistas à redução dos custos.

Um ponto notável é que, em contratações de grande vulto, o licitante vencedor passa a ser obrigado a implantar *programa de integridade*, o que deverá contribuir para a elevação da qualidade do relacionamento republicano que se espera entre os particulares e a Administração Pública. O desenvolvimento de programa de integridade também passa a configurar um dos critérios de desempate de propostas e um dos parâmetros para a dosimetria das sanções aplicadas pela Administração.

Com relação às *modalidades de licitação*, destaca-se a novidade do *diálogo competitivo*. O procedimento viabilizará a interlocução entre a Administração e o setor privado na busca das soluções inovadoras técnicas ou tecnológicas cada vez mais indispensáveis para a gestão da máquina pública.

Em linhas gerais, publicado o edital com as necessidades e exigências públicas, os licitantes deverão apresentar suas manifestações de interesse. A fase de diálogo poderá ser mantida até que seja identificada uma ou mais soluções que atendam ao escopo previamente delimitado. Em seguida, será iniciada a fase competitiva, com a divulgação de edital contendo a especificação da solução pretendida.

Em relação à habilitação econômico-financeira, a nova lei veda expressamente a exigência de *valores mínimos de faturamento* anterior e de *índices de rentabilidade ou lucratividade*. A iniciativa é salutar e tende a ampliar a competitividade das licitações.

Os *valores que ensejam a dispensa* de licitação também foram alterados. A licitação passou a ser dispensável nos contratos de obras e serviços de engenharia ou de manutenção de veículos com valores inferiores a R\$ 100 mil. No caso de outros serviços e compras, a licitação pode ser dispensada para contratos com valores inferiores a R\$ 50 mil.

Ademais, a seção atinente à dispensa de licitação prestigia as áreas de inovação, tecnologia, defesa e insumos estratégicos para a saúde.

A regulamentação dos *procedimentos auxiliares* tomou um capítulo da lei, que estabelece regras para o credenciamento, que não era regulamentado pela Lei nº 8.666, para a pré-qualificação, para o procedimento de manifestação de interesse, para o sistema de registro de preços e para o registro cadastral.

A norma determina a padronização das condições das contratações, com a definição do valor da contratação, nos casos de credenciamento de agentes para prestação de serviços de forma não excludente, quando há contratações simultâneas com um órgão público e quando há seleção do prestador de serviço pelo próprio beneficiário.

Como se sabe, a nau das licitações é instrumental. Não consiste em um fim em si mesmo e seu porto seguro é a obtenção de uma contratação eficiente e eficaz.

Quanto aos *contratos*, a nova lei apresenta novidades relevantes, como a obrigatoriedade de cláusulas contratuais que estabeleçam prazos para a liquidação e o pagamento das faturas e que fixem prazos para que a Administração responda aos pedidos de repactuação e de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratados.

Foram alteradas as regras relativas ao *seguro-garantia*, especialmente nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, em que passa a ser permitido o aumento do valor da garantia para até 30% do valor do contrato e a contratação de cláusula *step in*. Essa cláusula permite que a seguradora assumira e conclua o objeto do contrato, em caso de inexecução pelo contratado.

Inegável que o instrumento, emprestado de legislações estrangeiras, é interessante. Entretanto, considerando que o regime jurídico das contratações públicas segue atribuindo à Administração poderes e prerrogativas exorbitantes, é provável que o mercado brasileiro de seguros resista a aderir a esse mecanismo de financiamento, inclusive diante da possibilidade de responsabilização da seguradora pelos órgãos de controle. Além disso, a autorização de subcontratação pelas seguradoras deverá ser acompanhada de perto, diante de potenciais preocupações concorrenciais.

Relativamente à *extinção dos contratos*, houve redução dos prazos de mora da Administração.

O contratado poderá requerer o término da contratação sempre que a suspensão da execução do contrato, por ordem da Administração, superar o período de três meses. Essa regra não se aplica no caso de repetidas suspensões, que observará o total de 90 dias úteis.

Quanto aos direitos do contratado à extinção do contrato ou à suspensão do cumprimento de suas obrigações em decorrência de atrasos de pagamento, a nova lei reduziu de 90 dias para dois meses o tempo do atraso que permite o exercício desses direitos. E estabeleceu que o atraso deve ser contado a partir da emissão da nota fiscal.

Manteve-se a obrigação de a Administração observar a ordem cronológica dos pagamentos devidos aos contratados, mas a ordem deverá ser considerada para cada fonte diferenciada de recursos e subdividida de acordo com as seguintes categorias: fornecimento de bens, locações, prestação de serviços e realização de obras. A lei previu exceções à observância da ordem cronológica, mas impôs ao gestor público os deveres de prévia justificativa e de posterior comunicação ao controle interno e ao Tribunal de Contas. A inobservância imotivada da ordem ensejará a apuração da responsabilidade do agente, inclusive quanto ao cometimento do novo crime inserido no Código Penal (artigo 337-H).

O tema é relevante porque a frustração da ordem cronológica de pagamentos é fator de discrepância dos preços praticados nos mercados público e privado e de desincentivo à participação em licitações e à captação de investimentos.

Ainda sobre a contraprestação ao particular, há pontos positivos. A nova lei viabiliza a adoção de mecanismos de regulação responsiva anteriormente previstos na Lei da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC), os *contratos de eficiência* e a **remuneração variável** vinculada ao desempenho do contratado nas contratações de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia.

Já o tema das *nulidades dos contratos* é delicado.

De acordo com a nova lei, a cláusula do interesse público será utilizada para fundamentar a decisão da autoridade competente sobre a suspensão ou a declaração da nulidade do contrato, mesmo diante da constatação de irregularidades *insanáveis* ocorridas na fase de licitação ou de execução. Apesar de a lei apresentar um rol de aspectos a serem considerados, o fato é que basta uma leitura rápida para se compreender que esses aspectos dão ampla margem de interpretação.

Admite-se que irregularidades na execução de contratos administrativos podem ser superadas. Contudo, irregularidades *insanáveis* ocorridas ainda na fase de licitação devem ensejar a nulidade do procedimento e do contrato respectivo, sob pena de violação ao princípio constitucional da licitação. O dispositivo, portanto, possui constitucionalidade duvidosa e abre margem para desvios e fraudes.

A nova lei também prestigia os *métodos alternativos de resolução de controvérsias*, como a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem. Poderão ser resolvidas por tais meios questões relevantes, como disputas sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, sobre o inadimplemento de obrigações contratuais e sobre o cálculo de indenizações.

As *sanções* foram ampliadas: estabeleceu-se um percentual mínimo para o cálculo de multas, o período máximo da penalidade de impedimento de licitar e contratar subiu de dois para três anos e o período de vigência da sanção de inidoneidade foi fixado no patamar mínimo de três anos e no patamar máximo de seis anos.

As *ações do controle* ganharam destaque e regulamentação ampla. As contratações estarão sujeitas à *gestão de riscos* e ao *controle preventivo*, exercidos pelo órgão contratante e pelos controles interno e externo, que deverão atuar visando eficiência, eficácia e efetividade.

Nas fiscalizações, quando suspenderem cautelarmente procedimentos licitatórios, os *tribunais de contas* deverão se pronunciar sobre o mérito da irregularidade que ensejou a

suspensão no prazo de 25 dias úteis, contados do recebimento das informações do órgão licitante. Esse prazo é prorrogável uma vez, por igual período.

A lei também estabelece que, na hipótese do deferimento de medida cautelar que suspender procedimento licitatório, o Tribunal de Contas deverá definir como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, nos casos de objetos essenciais ou de contratação por emergência. Esse dispositivo merecia ter sido vetado por inconstitucionalidade material, diante da impossibilidade de se atribuir aos tribunais de contas a responsabilidade pela condução da atividade administrativa.

Lado outro, foi acertadamente vetada, por violação à separação dos poderes, ao pacto federativo e à autonomia dos entes federativos, a regra que estabelecia que os órgãos de controle deveriam seguir os enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União.

Outra novidade é a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), um sítio eletrônico que consolidará as informações sobre contratações públicas. Incluirá sistema de registro cadastral unificado, painel para consulta de preços, banco de preços em saúde, acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas, sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, sistema eletrônico para sessões públicas e acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep).

Além disso, haverá um sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução dos contratos, viabilizando à população o envio e registro de mensagens de texto e imagens, o acompanhamento de obras, a comunicação com a Administração e com o contratado e a divulgação de relatórios com informações sobre os resultados atingidos pela contratação e orientações para o aperfeiçoamento da atuação pública.

Um alerta: a mera centralização e publicização de preços e informações relativas a agentes privados e contratações públicas não pode ser assumida, de plano, como algo positivo, sem maiores considerações sobre seus eventuais riscos aos mercados, no longo prazo. É preciso meditar sobre os níveis esperados de transparência de forma a mitigar possíveis condutas anticompetitivas no âmbito das contratações públicas.

Em outras palavras, existem pontos negativos e positivos a serem sopesados. Por um lado, abre-se um flanco para cartelização e outras fraudes no procedimento licitatório. De outro, a maior abertura dos dados pode facilitar a entrada de novos *players*, bem como reduzir os preços, o que não necessariamente resulta em eficiência alocativa, como demonstra a experiência em outros países. Portanto, há aqui amplo espaço para pesquisa.

Em conclusão, a nova Lei de Contratações Públicas é resultado de um processo democrático. A democracia preferiu a manutenção das prerrogativas clássicas administrativas em detrimento de técnicas mais modernas de regulação por incentivos e mediante consensos. Assim, seguimos navegando nessa imensidão de regras por caminhos já conhecidos, mas sem deixar de celebrar os breves avanços.

Ricardo Barretto de Andrade é doutor em Direito do Estado pela Universidade de Brasília (UnB), professor de Direito Administrativo e sócio-fundador do escritório Barretto & Rost Advogados.

Maria Augusta Rost é sócia do escritório Barretto & Rost Advogados, professora de Direito Administrativo e mestre em Direito do Estado pela UnB.

Revista **Consultor Jurídico**, 26 de abril de 2021, 7h13