AS NOVIDADES DA “NOVA LEI DE LICITAÇÃO”

Inacio de Loiola Mantovani Fratini¹

INTRODUÇÃO

O objeto desta pesquisa tem por escopo analisar os principais aspectos da “Nova Lei de Licitações” (NLL), com a aprovação do Projeto de Lei nº 4.253, em 10 de dezembro de 2020, convertido na Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, procurando desnudar as efetivas novidades e alterações trazidas pela novel legislação e as consequências positivas e negativas para a Administração Pública nas futuras celebrações de contratos administrativos.

Vale destacar que a velha conhecida Lei nº 8.666/1993, com seus quase trinta anos de existência, ainda não perdeu, por hora, totalmente sua vigência, uma vez que a NLL acabou diferindo a revogação de parcela dos institutos do referido normativo, bem como de institutos previstos na Lei do Pregão e na Lei que disciplinou o Regime Diferenciado de Contratações (Leis nº 10.520/2002 e nº 12.462/2011, respectivamente).

O Projeto de Lei recém-aprovado pelo Senado Federal, na forma de substitutivo que teve origem na Câmara dos Deputados e recebeu o beneplácito dos parlamentares após inúmeros outros projetos terem tido insucesso na tramitação e discussão, não por acaso chega cercado de profundas expectativas, pelos diversos atores que serão atingidos pelo plexo de novidades normativas, como os entes públicos, a iniciativa privada, os operadores do direito, bem como os órgãos de controle que, atualmente, exercem significativa influência interpretativa a partir de suas decisões.

1 Procurador do estado de São Paulo. Atua como Procurador do estado assistente na Procuradoria de Procedimentos Disciplinares. Bacharel em Direito formado pela Universidade Paulista. Especialista em Direito Civil pela Università Degli Studi di Camerino, na Itália. Mestrando pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo.

Como pontos positivos trazidos pela NLL, merece destaque a possibilidade de utilização da inversão de fases para todas as modalidades de licitação, o que antes era previsto somente por algumas leis especiais, como a Lei do Pregão.

Também merece referência a previsão de mecanismos consensuais de solução dos conflitos surgidos entre a Administração Pública e os contratados, prevendo inclusive o novo instituto do *dispute boards*.

A incorporação de entendimentos já consagrados pelos órgãos de controle, notadamente aqueles decorrentes das decisões adotadas no Tribunal de Contas da União e a previsão do diálogo competitivo como nova modalidade de licitação são outras novidades que serão mais bem aprofundadas na sequência deste trabalho.

Por outro lado, a maior crítica que vem sendo feita ao novo diploma pelos administrativistas diz com o forte grau de detalhamento dos institutos, com excessiva disciplina procedimental, o que deixa reduzido caminho para o experimentalismo jurídico², posto haver significativa rigidez dos seus comandos.

Como pontuou Carlos Ary Sundfeld acerca da importância do experimentalismo e citando o exemplo do instituto do pregão que teve origem numa experiência junto a Anatel, passando num segundo momento a ter aplicabilidade para todos os entes federativos, como uma modalidade geral de licitação, o modelo nasceu de uma experiência localizada no âmbito de uma agência reguladora e, a partir desta **experiência** exitosa, foi incorporado no ordenamento jurídico pela Lei nº 10.520/2002³.

2 Pela teoria da governança experimentalista (“XG”), que tem CHARLES SABEL como seu maior representante, as decisões públicas são vocacionadas a resolver problemas concretos, mas não há muita clareza e informações para ter uma compreensão integral dos casos concretos apresentados. Assim, a governança experimentalista propõe um método de construção da decisão galgado em três pressupostos: (1) processo de aprendizagem – a decisão é construída ao longo de um processo de interação e de troca de informações entre seus destinatários ao longo de sua implementação. É na experiência concreta que as informações vêm à tona e problemas podem ser mais facilmente diagnosticados para serem melhorados; (2) adaptação decisória – as decisões devem ser adaptadas conforme as características de seu destinatário; e (3) melhor posição para decidir – as instituições podem estar em melhores posições para decidir a depender do contexto no qual se insiram. Cf. SABEL, Charles; SIMON, William apud A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas. **Sociedade Brasileira de Direito Público**, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

3 “Passou-se, então, a tentar construir novamente, e usar, modelos mais abertos, mais flexíveis para a própria administração pública. Uma das mudanças importantes foi a criação do pregão, que nasceu de uma experiência na Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações), então recém-constituída, e que foi em

Aliás, no Estado de São Paulo, nos últimos anos ganhou destaque a atuação da Consultoria Jurídica da Procuradoria Geral do Estado no campo dos contratos administrativos, notadamente no que diz respeito às concessões de serviços públicos. A dinâmica própria dos contratos de longo prazo ou nos chamados contratos incompletos, demandou por parte do Estado Bandeirante a implementação de diversos institutos, inclusive do direito estrangeiro, mesmo na ausência de previsão legal, o que pode ser considerado um exercício exitoso de experimentalismo jurídico que vem sendo visto como um modelo para os demais Estados da Federação.

Por sua vez, verifica-se que a Lei nº 14.133/2021 conta com 194 artigos, destacando que a Lei nº 8.666/93 que já era considerada uma legislação extensa e prolixa possuía 126 dispositivos, o que evidencia, de plano, que o legislador pátrio perdeu a oportunidade de criar uma legislação mais enxuta e objetiva, com maior ênfase na clamada desburocratização.

Cumpre destacar que a NLL terá incidência sobre a Administração Pública Federal, Estadual, do Distrito Federal e Municipal, abrangendo também a Administração Pública Indireta (autarquias e fundações), ressalvadas as sociedades de economia mista e demais empresas estatais que possuem disciplina própria e encontram-se regidas pela Lei nº 13.303/2016.

Conforme bem destacou Rafael Carvalho Rezende de Oliveira⁴, no título da coluna publicada sobre o tema, “Nova Lei de Licitação: um museu de novidades?”, “a nova Lei de Licitações, ao incorporar institutos consagrados em leis especiais, positivar orientações dos órgãos de controle e apresentar texto prolixo, parece um grande “museu de novidades”.

É bem verdade que, embora a nova Lei de Licitações possa ser criticada por ser um grande mosaico que buscou compilar a legislação esparsa já existente no ordenamento jurídico e também os entendimentos consolidados dos órgãos de controle,

seguida transformado numa modalidade geral de processo de contratação para toda a administração pública brasileira. Foi uma espécie de experimentalismo a partir de uma solução pontual bem-sucedida”. SUNDFELD, Carlos Ari. O mundo jurídico e os limites do real. **Saúde – Transparência e Controle nas Parcerias com Organizações Sociais**, [s. l.], p. 66-80, 2019. Disponível em: https://www.ibross.org.br/wp-content/uploads/2021/02/2020_ibross_MioloFinal.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

- 4 OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitação: Um museu de novidades? *Revista Consultor Jurídico*, [s. l.], 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades?>. Acesso em: 20 jan. 2022.

com raras exceções como é o caso da previsão do inédito instituto do diálogo competitivo, ainda é prematuro afirmar que o texto normativo aprovado pelo Congresso Nacional não terá reflexos positivos no ordenamento jurídico.

1. PRINCIPAIS INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Na sequência, a ideia é apresentar algumas das principais novidades incorporadas pela Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, sem perder de vista que muitos desses institutos que serão analisados, já contavam com previsão em leis especiais, com destaque para a *Lei do Pregão*, a Lei que instituiu o *Regime Diferenciado de Contratação* e, também, a *Lei das Estatais*.

1.1. Da inversão de Fases como regra geral

Como é cediço, a inversão de fases instituída pela Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e, depois, autorizada em algumas leis especiais, como a de Parcerias Público-Privadas (Lei nº 11.079/2004) e regramento do Regime Diferenciado de Contratação (Lei nº 12.462/2011), trouxe maior dinamismo e celeridade nas contratações levadas a efeito pelo Poder Público, justamente por deixar de analisar com antecedência toda a documentação exigida pelo edital das empresas licitantes, o que acarretava lentidão da marcha procedimental diante da apresentação de recursos por parte de todos os participantes do certame que se sentissem, de alguma forma, lesados pela habilitação ou inabilitação de quaisquer interessados.

Com efeito, o artigo 17 da NLL estabelece que a fase da habilitação será posterior ao julgamento, inversão de fases que se mostra produtora e em consonância com a eficiência que permeia o procedimento licitatório. Todavia a legislação prevê no seu parágrafo primeiro do artigo 17, que o gestor, mediante ato motivado e com explicitação dos benefícios decorrentes da inversão de fases, poderá analisar a documentação de todos os licitantes antes das fases de apresentação de propostas, lances e julgamento.

Verifica-se que a lógica existente na Lei nº 8.666/1993 foi totalmente alterada, passando ser a regra que a fase da habilitação suceda a fase de propostas, lances e julgamento, permitindo-se “a inversão de fases”, somente quando houver decisão motivada demonstrando a vantajosidade de sua realização em momento anterior.

Trata-se de medida que importará em maior eficiência e agilidade no certame, reduzindo o tempo de conclusão dos processos licitatórios, tornando, inclusive, menos oneroso o procedimento para a Administração e para os licitantes.

1.2. Do Procedimento Eletrônico

No mesmo artigo 17, em seu parágrafo 2º, verifica-se que o legislador adotou como regra que as licitações serão realizadas por meio eletrônico, comportando a forma presencial quando devidamente motivada, ocasião na qual a sessão pública será registrada em ata gravada mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo.

Na mesma esteira do quanto mencionado anteriormente, a opção do legislador privilegiou a eficiência e a celeridade do certame, introduzindo, ainda, a exigência de que a sessão pública presencial, caso ocorra, seja objeto de gravação por tecnologia de áudio e vídeo, o que também prestigia a transparência do certame e, consequentemente, importa em menor risco de práticas desviadas, evitando-se a corrupção.

1.3. Do diálogo competitivo

Como já mencionado acima, a NLL trouxe como grande novidade dentre as modalidades de licitação a figura do diálogo competitivo, eliminando, por outro lado, as modalidades de licitação de tomada de preços e de convite, o que o fez, justamente, porque deixou de definir a modalidade licitatória em razão do valor do objeto, passando a exigir, para definir a modalidade de licitação aplicável à futura contratação, a aferição da complexidade do objeto.

Não obstante essas relevantes mudanças nas modalidades de licitação, pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que a grande novidade apresentada pela Lei nº 14.133/2021 é o diálogo competitivo, com previsão no artigo 32 da Nova Lei de Licitações.

O instituto do diálogo competitivo tem origem nas experiências havidas na União Europeia e também em alguns países anglo-saxões, tendo aparecido no mundo jurídico por volta do ano de 2004, valendo a menção à Diretiva 2004/18/CE, oriunda do Parlamento Europeu e do Conselho, de 31 de março de 2004.

A nova modalidade tem espaço quando o objeto de interesse da Administração ainda não encontra uma solução definida no mercado ou, ao menos, não esteja essa

solução ao alcance da administração, oportunidade na qual os interessados que atenderem aos requisitos objetivos previstos no edital poderão apresentar soluções inovadoras para suprir as necessidades do Poder Público.

Na modalidade de diálogo competitivo, a ideia é que os participantes do certame compartilhem de sua expertise no curso da licitação e que o Poder Público, por meio dos diálogos, tenha acesso a novas metodologias e a tecnologia de domínio restrito do mercado, encontrando uma modelagem customizada, no melhor estado da arte, para a satisfação do interesse público.

Considerando que nessa modalidade de licitação as soluções apresentadas decorrem do *know-how* das empresas e envolvem, no mais das vezes, técnicas que se substanciam em segredos empresariais, é imprescindível que os participantes observem o necessário sigilo do procedimento, comprometendo-se com sua confidencialidade.

Cabe salientar que essa modalidade de licitação se desenvolve em fases, havendo, num primeiro momento, a fase de diálogo, na qual as empresas que atenderem aos requisitos objetivos previstos no edital e sejam pré-selecionadas iniciarão os diálogos buscando encontrar a solução inovadora esperada pelo Poder Público. Uma vez concluído o diálogo, deverá a administração juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo e iniciar a segunda fase, chamada de competitiva, com divulgação, também por edital, que deverá conter as especificações da solução que atenda às suas necessidades e aos critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa.

Diante da complexidade intrínseca dessa modalidade de licitação, o legislador fixou, de antemão, que a condução do certame será levada a efeito por comissão de contratação composta por pelo menos três servidores, e não por agente de contratação, conforme distinção que será mais bem explicitada adiante, possibilitando à Administração Pública, caso haja necessidade, a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão.

Cumprir destacar, ainda, que a NLL acabou incorporando, em seu texto normativo, o instituto do Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI), antes previsto na Lei de Concessões e que agora passa a ter maior abrangência, aplicando-se a todas as contratações.

Por sua vez, é mister salientar que o Procedimento de Manifestação de Interesse se difere do Diálogo Competitivo, pois, enquanto aquele é um procedimento que

antecederá uma futura e possível licitação, este já se revela como uma modalidade de licitação que culminará na contratação da empresa que apresentar a melhor solução de inovação para o Poder Público.

1.4. Do orçamento sigiloso

É correto dizer que o orçamento sigiloso não é propriamente uma novidade, pois já se fazia presente no Regime de Contratação Diferenciada e também na Lei das Estatais. Porém o orçamento sigiloso foi incorporado na NLL, com aplicação para todas as modalidades de licitação, conforme previsão do artigo 24⁵.

O dispositivo exige, para utilização do orçamento sigiloso, que haja justificativa por parte do gestor público, sempre com vistas à maior vantajosidade. O escopo do orçamento sigiloso é justamente viabilizar propostas com valores mais baixos, uma vez que, quando o objeto do contrato já conta com estimativa no edital, os participantes tendem a apresentar propostas em montantes próximos ao valor de referência.

O inciso I ressalva, todavia, que o sigilo não incide em face dos órgãos de controle interno e externo. Desse modo, as Controladorias Gerais, os Tribunais de Contas e Ministério Público poderão ter acesso ao orçamento. Essa previsão revela a força que os órgãos de controle vêm assumindo nos últimos tempos, com enfoque para os Tribunais de Contas que, algumas vezes, acabam até mesmo se imiscuindo nas decisões da Administração Pública, mesmo antes de encerrado o certame licitatório (controle “a priori”).

Por fim, o inciso II, que determinava que o orçamento seria tornado público assim que concluída a fase de julgamento das propostas, o que viria ao encontro do princípio da publicidade, que tem sede Constitucional no “caput” do artigo 37, foi vetado pelo presidente da República, tendo sido o veto mantido pelo Congresso Nacional. Embora diferido, o princípio seguia sendo prestigiado, garantindo que sua missão de propiciar o controle dos atos administrativos fosse fielmente cumprida.

5 Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, e, nesse caso: I – o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo; II – o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas (vetado pelo Chefe do Executivo e mantido o veto pelo Congresso Nacional). 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.

Interessante pontuar a previsão constante do § 4º do artigo 59, que traz critérios objetivos para aferir a inexecuibilidade da proposta, dispondo o legislador que, no caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexecuíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela administração.

Considerando que não houve qualquer ressalva em relação ao procedimento que adote o orçamento sigiloso, por questão de hermenêutica, esse critério objetivo há que ser considerado também para a hipótese do artigo 24, o que faz crescer a necessidade de lisura dos gestores públicos em não compartilhar de maneira criminosa o valor estimado do contrato, sob pena de representar uma avenida aberta para práticas indevidas.

1.5. Da obrigatoriedade de Estabelecimento de Programa de “Compliance” para as aquisições de grande vulto

É fato que a história do Brasil é marcada por inúmeros escândalos de corrupção, e o descortinamento dos desvios de dinheiro, que expôs visceralmente um grave problema do modelo de relacionamento estabelecido entre o Poder Público e as empresas, fez crescer a preocupação dos operadores do direito e dos legisladores, culminando com a edição de leis com o escopo de diminuir a prática de atos lesivos ao patrimônio público, com a edição da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), que estabeleceu os acordos de colaboração e de leniência.

Nessa esteira, a Lei das Estatais (Lei nº 13.303/2016) introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, a obrigatoriedade de criação, pelas empresas públicas, de um programa de *compliance*, estabelecendo como prazo-limite o dia 30 de junho de 2018⁶, conforme se verifica da exigência constante do artigo 1º, § 1º, c.c. artigo 6º⁷, da citada Lei, que traz a obrigatoriedade de criação de um programa de integridade.

6 Art. 91. A empresa pública e a sociedade de economia mista constituídas anteriormente à vigência desta Lei deverão, no prazo de 24 (vinte e quatro) meses, promover as adaptações necessárias à adequação ao disposto nesta Lei.

7 Art. 6º. O estatuto da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deverá observar regras de governança corporativa, de transparência e de estruturas, práticas de gestão de riscos e de controle interno, composição da administração e, havendo acionistas, mecanismos para sua proteção, todos constantes desta Lei.

A Lei das Estatais não fez qualquer diferenciação entre as empresas públicas e sociedades de economia mistas de grande porte, e outras que tenham menor envergadura econômica, exigindo de maneira linear a observância da obrigatoriedade de adoção de um programa de *compliance* no prazo mencionado.

Com relação a essa previsão para a Lei das Estatais, pode-se dizer que não se trata de mera exigência formal, pois a previsão legal traz regras que vão repercutir diretamente nas contratações levadas a efeito pelas entidades estatais, pois há reflexos com relação à contratação de empresas privadas, com obrigatoriedade de observância nas licitações e contratos, de uma política de integridade nas transações com partes interessadas⁸.

Cumprе salientar que a Petrobras já aplica há algum tempo um Programa de Prevenção da Corrupção com escopo de implementar uma política de integridade, obstando a contratação de empresas que não atendam aos critérios definidos no *Due Diligence* de Integridade. O Tribunal de Contas da União, uma vez instado a analisar a previsão dessa norma infralegal, não a considerou como contrária ao ordenamento jurídico.

O mencionado Programa da Petrobras de Prevenção da Corrupção (PPPC) prevê a utilização do sistema de “Due Diligence de Integridade” (DDI), que tem por escopo aumentar a segurança nas relações contratuais levadas a efeito pela estatal, buscando reduzir riscos, ancorado na avaliação de critérios de integridade que devem ser atendidos pelos seus fornecedores. Para compor esses critérios, as empresas necessitam contribuir, encaminhando informações sobre a forma de estrutura organizacional, sobre o relacionamento com agentes públicos e, ainda, o histórico de integridade da pretendente a contratação⁹.

A Nova Lei de Licitações no § 4º do artigo 25, estabeleceu que, nas contratações de obras, serviços e fornecimento **de grande vulto**, há necessidade de previsão editalícia da obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contados da celebração do contrato.

8 Art. 32. Nas licitações e contratos de que trata esta Lei serão observadas as seguintes diretrizes: [...] V – observação da política de integridade nas transações com partes interessadas.

9 Disponível em: <https://canalfornecedor.petrobras.com.br/pt/compliance/duе-diligence-de-integridade/>. Acesso em: 4 mar. 2021.

Neste tópico pode ser vislumbrado o inequívoco intento do legislador de trazer para o recém-aprovado texto normativo sobre licitações e contratos mecanismos anticorrupção, na esteira do que já constou na Lei das Estatais e em outros regulamentos mais recentes.

Com efeito, pode-se dizer que o legislador, de maneira acertada, exigiu a instituição de programa de integridade somente para os casos de contratação de grande vulto, pois essa exigência certamente influirá no custo da licitação e estará precificado na proposta a ser apresentada pelos seus participantes, o que se mostraria contraproducente caso fosse adotado como regra geral para todos os contratos celebrados pelo Poder Público, inclusive para contratos sem grande expressividade econômica.

1.6. Do agente de contratação

A Lei nº 8.666/1993 estabelecia, em seu artigo 51, que as comissões de licitação poderiam ser permanentes ou especiais, prevendo como componentes da comissão no mínimo 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes do órgão da Administração responsável pela licitação.

Essa exigência da Lei nº 8.666/1993 sempre trouxe muitos problemas para os entes federativos, em especial para pequenos municípios e órgãos menos estruturados, pois a indicação acabava recaindo em servidores sem experiência e com diminuta qualificação, por absoluta ausência de recursos humanos com capacitação necessária para desempenhar esse “múnus”. E justamente essa falta de treinamento acabava gerando inobservância das regras da licitação pelos integrantes da comissão, importando em prejuízos para a Administração e para os licitantes, redundando muitas vezes em processos administrativos disciplinares ante a violação de deveres funcionais.

A Lei nº 10.520/2002, por sua vez, buscou encaminhar de maneira diversa essa questão, atribuindo a tarefa de condução do certame ao pregoeiro e respectiva equipe de apoio, conforme prevê o inciso IV do artigo 3º da referida Lei.

Por sua vez, a Nova Lei de Licitação inovou possibilitando a designação de um agente de contratação com capacitação para desempenhar as funções e correlata equipe de apoio, com similitude do sistema previsto na Lei de Pregão acima comentada, nos termos do inciso LX do artigo 6º, c.c. artigos 7º e 8º da Lei.

Constata-se o acerto da Nova Lei ao exigir, no inciso II do artigo 7º, que o “agente de contratação tenha atribuições relacionadas à licitação e a contratos ou possua formação compatível ou **qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público**” (grifo nosso).

Procurou o legislador pátrio conferir maior grau de profissionalização do agente estatal que ficará responsável por todo o plexo de atividades intrínsecas ao certame licitatório, exigindo da autoridade competente que o ato de designação recaia em servidor que reúna os requisitos objetivos previstos nos incisos do artigo 7º da Lei.

Não obstante, houve a manutenção na NLL da comissão agora denominada de “comissão de contratação”, que terá espaço quando a contratação envolver bens e serviços especiais, hipótese na qual o agente de contratação poderá ser substituído por comissão composta de, no mínimo, três membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão (§ 2º do artigo 7º da Lei nº 14.133/2021).

Cumprir pontuar que o artigo 10 da Lei permitiu a defesa dos agentes públicos que tiverem participado da licitação e tenham se conduzido em estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado por órgão de assessoramento jurídico da administração. Nesse caso, a advocacia pública poderá promover a representação judicial ou extrajudicial do agente público.

No âmbito do estado de São Paulo, a questão já havia sido enviada para a Assembleia Legislativa por meio do Projeto de Lei Complementar nº 33/2006, porém o projeto não contou com a aprovação dos parlamentares.

Não se pode olvidar que essa previsão não tem por objetivo viabilizar a defesa de atos ilegais, tampouco de defender agente público por atos de corrupção como propalam alguns desavisados, e sim realizar a representação judicial ou extrajudicial do agente público que tenha atuado com estrita observância da recomendação exarada pelos órgãos de assessoramento jurídica da administração em parecer jurídico.

1.7. Da alteração dos valores para contratação direta

A presente alteração visa dar maior mobilidade para a Administração Pública, que poderá realizar contratação direta com dispensa de licitação para aquisição de obras, bens e serviços, observado o limite de valores estabelecidos na NLL, que foi fixado em até R\$ 100 mil para obras de engenharia e até R\$ 50 mil para bens e serviços.

Para ter dimensão do quanto esse aumento significa em termos numéricos, basta recordar que a alteração trazida pela Lei nº 9.684/1998 atualizou os valores da Lei nº 8.666/1993, para o montante de até R\$ 15 mil para obras de engenharia e de até R\$ 8 mil para aquisição de bens e serviços, conforme previsão dos incisos I e II do artigo 24, valores estes que representam 10% do valor previsto para a contratação na modalidade de convite, que remete à alínea “a” do inciso I do artigo 23 e alínea “a” do inciso II do mesmo dispositivo, respectivamente.

Segundo nota técnica do Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União “Nota Técnica nº 1081/2017/CGPLAG/DG/SFC”¹⁰, realizando a atualização dos valores pelo Índice de Preços ao Consumidor desde a última atualização que tinha ocorrido pela Lei nº 9.684/1998 até o ano de 2017, quando se deu o estudo, chegar-se-ia ao percentual de 230,16%. Caso esse percentual tivesse sido aplicado para atualizar os valores da Lei nº 8.666/1993 para fins de dispensa de licitação, os novos valores para contratação direta seriam R\$ 49.524,12 para obras de engenharia e de até R\$ 26.412,86 para aquisição de bens e serviços que não aqueles de engenharia.

Esses montantes foram novamente atualizados pelo Decreto nº 9.412/2018, que, embora não tenha atingido os patamares do estudo, estabeleceu o montante de R\$ 33 mil para a contratação com dispensa de licitação relacionada a obras e serviços de engenharia, e o montante de R\$ 17.600,00 para a contratação direta relativa a bens e serviços.

Desse modo, o aumento dos valores para a contratação direta em razão do pequeno valor trazido pela NLL corrobora os estudos apresentados na Nota Técnica mencionada, que propugnam que a atualização do valor permitido pela lei para fins de contratação direta se mostra como ponto essencial para potencializar a eficiência nos certames licitatórios.

1.8. Mecanismos alternativos de solução dos conflitos

Há tempos é sabido que a constante judicialização dos conflitos surgidos entre a Administração Pública e os contratados tem trazido prejuízos para ambas as

10 Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/assuntos/noticias/2017/07/cgu-divulga-estudo-sobre-eficiencia-dos-pregoes-realizados-pelo-governo-federal/nota-tecnica-no-1-081-2017-cgplag-dg-sfc-1.pdf>. Acesso em: 22 fev. 2021.

partes, seja pelas decisões que por vezes se afastam da tecnicidade intrínseca de certos contratos complexos, notadamente aqueles de longo prazo, seja pela demora na prestação da resposta jurisdicional em disputas que podem levar mais de uma década para alcançar o trânsito em julgado.

Essa incerteza jurídica, além de afastar possíveis investidores nacionais e internacionais, provoca, outrossim, aumento no custo da contratação com o Poder Público, refletindo em propostas mais custosas que embutem no custo da operação futuras demandas inerentes aos contratos, como aquelas decorrentes de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro, revisão contratual e demais controvérsias que possam surgir entre Poder Público e o contratado.

Em razão dos problemas mencionados e da necessidade de maior celeridade para a resolução dos entraves surgidos no curso das contratações, houve um clamor no meio jurídico para que fossem criados meios alternativos, chamados por muitos operadores do direito de meios adequados de solução dos conflitos, dando ensejo à aprovação de inúmeros textos normativos, dentre os quais se destacam a Lei do Juizado Especial nº 9.099/1995, a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.3017/1996), bem como a previsão de soluções alternativas na Lei de Concessão Comum e nas Parcerias Público-Privadas (respectivamente no artigo 23-A da Lei nº 8.987/1995 e inciso III, do artigo 11, da Lei nº 11.079/2004).

Sobre o tema, a professora Juliana Bonacorsi de Palma destaca que, embora a consensualidade não seja um fenômeno recente no Direito brasileiro, que já previa há muito o instituto da desapropriação amigável (Decreto-Lei nº 3.365/1941), o movimento mais acentuado de estruturação do consensualismo no Brasil é mais recente, tendo maior concentração a partir da década de 1990¹¹.

Esses mecanismos alternativos de solução das controvérsias se mostraram de grande relevância e passaram a constar de quase todos os contratos de longo prazo,

11 “O panorama muda significativamente na década de 1990, quando se verifica a efetiva abertura normativa à consensualidade por duas vertentes: aumento quantitativo da previsão dos acordos administrativos e ampliação do rol de setores cujas disciplinas jurídicas passaram a prever a atuação administrativa consensual. Embora esse processo seja intensificado a partir da primeira metade de 2000, notadamente por conta do exercício do poder normativo pelas agências reguladoras para construir seu arcabouço regulatório, é certamente no período da década de 1990 que o plano normativo do direito administrativo sinaliza a ascensão da consensualidade no exercício da função administrativa” (PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.).

viabilizando uma correta definição das questões por câmaras arbitrais acerca de revisão tarifária ou solicitações de reequilíbrio econômico-financeiro que demanda conhecimento aprofundado e técnico sobre o tema, o que era difícil de encontrar no Poder Judiciário.

A Nova Lei de Licitações acabou por incorporar esses mecanismos, como a utilização da arbitragem e da conciliação, prevendo também a utilização do comitê de resolução de disputas ou *Dispute Boards*¹².

O instituto do *dispute boards* é um mecanismo alternativo de solução de conflitos, que tem origem no direito privado, normalmente incidente nos contratos de longo prazo e que passou a ser utilizado pelo Poder Público nas contratações de obras públicas. O município de São Paulo foi o primeiro ente público a prever em lei esse instituto (Lei nº 16.873/2018).

De modo geral, o comitê de resolução de conflitos é formado por três experts, sendo dois engenheiros e um advogado, que terão a missão de evitar controvérsias trazendo um posicionamento acerca das demandas ou dúvidas trazidas pelas partes. Esse sistema é amplamente utilizado no direito estrangeiro e aparece, nos últimos tempos, como importante alternativa para o Poder Público e para os particulares que com ele se relacionam.

Como maiores benefícios decorrentes da utilização do *dispute boards*, podem ser mencionados: o significativo percentual de resolução dos conflitos, o reduzido custo do procedimento e, ainda, a maior celeridade em que as questões são finalizadas, o que vem ao encontro da eficiência tanto propalada pela reforma administrativa que buscou a alteração do paradigma anterior da *Gestão Burocrática* para um modelo de *Administração Pública Gerencial*.

Não é demais ressaltar que o princípio da duração razoável do processo foi incluído no rol dos direitos fundamentais, conforme se verifica do inciso LXXVIII do artigo 5º, da Constituição Federal, pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

1.9. Do Portal Nacional de Contratações Públicas

Buscando reunir as informações sobre licitações públicas em um só espaço, estabeleceu o legislador a criação de sítio eletrônico oficial das contratações públi-

12 “Artigo 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”.

cas, contando com representantes de diversos entes federativos, com o escopo de viabilizar a organização de cadastramentos digitais, unificação e compartilhamento de informações atinentes às licitações. Os contratos e seus aditamentos deverão ser publicados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), e aludida medida aparece na Lei como condição de eficácia do contrato.

A implementação do Portal permitirá maior transparência dos negócios celebrados pelo Poder Público, com ênfase para a utilização de plataforma digital apta a viabilizar o compartilhamento de informações.

1.10. Da contratação integrada

A contratação integrada já constava do Regime Diferenciado de Contratação e tem por escopo possibilitar que a empresa vencedora do certame seja responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, ficando também responsável pela execução do contrato, reduzindo a possibilidade dos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro decorrentes de falhas no projeto básico e executivo, o que normalmente ocorria nas demais modalidades de licitação, por não haver correspondência entre o autor do projeto e o executor da obra.

Essa possibilidade também foi contemplada na NLL, conforme se verifica da definição trazida pelo art. 6º, inciso XXXII, assim dispondo:

Art. 6º. [...]

XXXII – contratação integrada: regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto;

Interessante salientar que o § 3º do artigo 22 exige que, no caso de ser adotada a modalidade de contratação integrada ou de contrato de grande vulto, o edital deverá obrigatoriamente contemplar a matriz de alocação de riscos entre o contratante e contratado. Por sua vez, o § 4º do mesmo dispositivo prevê que os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade.

Como mencionado, trata-se de importante inovação trazida inicialmente pelo Regime de Contratação Diferenciada, que bem utilizada pode trazer maior eficiência na execução dos contratos administrativos, justamente por possibilitar que a mesma

pessoa jurídica que elaborou o projeto básico irá executar a obra, o que tende a reduzir uma disfunção contratual entre a elaboração do projeto e a sua futura execução¹³. Nesse sentido, muitos foram os pleitos de revisão ordinária ou extraordinária do contrato, calcada em falhas do projeto quando o executor não o havia elaborado.

A doutrina tem enxergado com bons olhos esse regime de contratação, justamente por evitar significativamente os pleitos dos contratados para a efetivação de reequilíbrio econômico-financeiro, por falhas no projeto básico.

Segundo o texto aprovado pelo Congresso Nacional, essa modalidade de contratação somente poderia ser usada pela Administração Pública quando se tratasse de contratação de obras, serviços e fornecimentos cujos valores ultrapassem o previsto para as parcerias público-privadas. Desse modo, somente poderia ser utilizada essa modalidade de licitação quando o objeto tivesse valor de R\$ 10 milhões ou mais, conforme inciso I, do § 4º do artigo 2º, da Lei nº 11.079/2004. Todavia, os § 7º do artigo 46, que estabelecia este patamar mínimo de valor, foi vetado pelo Chefe do Executivo¹⁴, cujo veto restou mantido pelo Congresso Nacional, não mais incidindo a mencionada limitação.

13 “A previsão legislativa de um regime contratual que dispensa a elaboração do projeto básico pela Administração Pública revela mais do que uma busca por maior eficiência nas contratações administrativas. Na verdade, parece refletir também uma preocupação com o problema crônico de planejamento que tem marcado as licitações públicas no Brasil. Por diversas razões, a experiência prática aponta que o planejamento e a elaboração de projetos pela Administração Pública são dois dos principais impasses que põem em causa a eficiência dos contratos celebrados. A deficiência no planejamento produz em si uma ‘álea’ que, no mais das vezes, gera prejuízos tanto ao particular quanto, invariavelmente, desperdício de recursos e de tempo também para o Poder Público”. REISDORFER, Guilherme F. Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratação (Lei 12.462/2011). **Justen, Pereira, Oliveira e Talamini**, Curitiba, n. 55, set. 2011. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Guilherme.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

14 Artigo 46, § 7º – Os regimes de contratação 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 nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Razões dos vetos** – A propositura legislativa estabelece que os regimes de contratação 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 nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. Entretanto, e em que pese o mérito da proposta, a medida contraria o interesse público na medida em que restringe a utilização dos regimes de contratação integrada e semi-integrada para obras, serviços e fornecimentos de pequeno e médio valor, em prejuízo à eficiência na Administração, além do potencial aumento de custos com a realização de posteriores aditivos contratuais. Outrossim, considerando o conceito estabelecido no art. 6º, incisos XXXII e XXXIII, do Projeto de Lei, para os regimes de execução em questão vê-se o risco de que tecnologias diferenciadas fiquem impossibilitadas de serem internalizadas em obras de médio e menor porte, tais como: obras de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, no âmbito da segurança pública, melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, SUS e PAC. Por fim, tem-se

CONCLUSÃO

No curso do presente trabalho se procurou fazer um voo panorâmico sobre as principais novidades que serão incorporadas à NLL, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas trazer alguns aspectos relevantes que irão impactar direta ou indiretamente a Administração Pública, refletindo, ainda, na forma como o Poder Público deverá se relacionar com as empresas contratadas, com vistas à conformidade de sua atuação, seguindo padrões de integridade que nortearão suas decisões.

Como destacado nos inclusos apontamentos, houve grande preocupação do legislador com o combate à corrupção e a práticas que observem um efetivo *accountability* por parte dos gestores públicos, o que vem sendo também fortemente estimulado pelo rigoroso controle realizado pelos órgãos de contas.

Se, por um lado, a previsão de regras que visam ao combate de atos nocivos ao erário, aliado ao crescente aumento de poder dos órgãos de controle externo, pode conferir maior lisura nos atos dos agentes públicos, trazendo um sentido positivo ao conjunto de medidas de controle existente no ordenamento jurídico, por outro, também importa, em maior receio do gestor, em adotar medidas inovadoras, afastando-o do experimentalismo jurídico, que poderia trazer planejamentos inéditos de políticas públicas, mas acaba redundando no que se convencionou chamar de “apagão das canetas”.

Esse será um grande desafio do administrador, que terá que entender rapidamente o funcionamento dessa nova disciplina, bem como antecipar-se à interpretação que será realizada pelos órgãos de controle, especialmente pelo alto grau procedimental de uma lei que poderia ter sido mais concisa e menos burocrática.

De qualquer modo, há inegável valor do novo texto normativo, que conseguiu reunir, em um único texto, diversos institutos que se encontravam dispersos, positivando, ainda, alguns entendimentos já sedimentados dos órgãos de controle que agora passam a ter força de lei, além de prever institutos novos incorporados da legislação estrangeira.

Em arremate, esse novo regramento sobre licitações e contratos representa importante sinalização para um novo caminhar da Administração Pública, servindo de verdadeiro vetor interpretativo, no sentido da eficiência, da integridade e de boa política de governança.

que o dispositivo impacta negativamente em diversas políticas públicas sociais que hoje utilizam a contratação integrada como meio mais efetivo para a realização dos fins traçados no planejamento estatal.”

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos Administrativos de Longo Prazo: A lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro. In: *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Nova Lei de Licitação: Um museu de novidades? *Consultor Jurídico*, 23 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-23/rafael-oliveira-lei-licitacoes-museu-novidades?>. Acesso em: 20 jan. 2022.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Sanção e acordo na administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____. A Proposta de Lei da Segurança Jurídica na Gestão e do Controle Públicos e as Pesquisas Acadêmicas. *Sociedade Brasileira de Direito Público*, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://sbdp.org.br/wp/wp-content/uploads/2019/06/LINDB.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

REISDORFER, Guilherme F. Dias. A contratação integrada no regime diferenciado de contratação (Lei 12.462/2011). *Justen, Pereira, Oliveira e Talamini*, Curitiba, n. 55, set. 2011. Disponível em: <https://www.justen.com.br/pdfs/IE55/IE55-Guilherme.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2022.

SUNDFELD, Carlos Ari. O mundo jurídico e os limites do real. *Saúde – Transparência e Controle nas Parcerias com Organizações Sociais*, [s. l.], p. 66-80, 2019. Disponível em: https://www.ibross.org.br/wp-content/uploads/2021/02/2020_ibross_MioloFinal.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.