



5 PONTOS ESSENCIAIS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATAÇÕES PÚBLICAS



INTRODUÇÃO

Em 1º de abril de 2021 foi sancionada, com 26 vetos, a **Lei 14.133**, que estabelece normas gerais de licitação e contratação para a Administração Pública. A nova lei unifica o tratamento da matéria, reunindo questões antes reguladas pela Lei 8.666/93, pela Lei 10.530/02, conhecida como Lei do Pregão, e pela Lei 12.462/11, que instituía o Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Foram positivados também entendimentos jurisprudenciais do Tribunal de Contas da União, transplantando para o cenário nacional as perspectivas colhidas no controle dos atos da União. A nova lei sofreu, por fim, claras influências internacionais, especialmente das diretivas da União Europeia sobre a matéria.

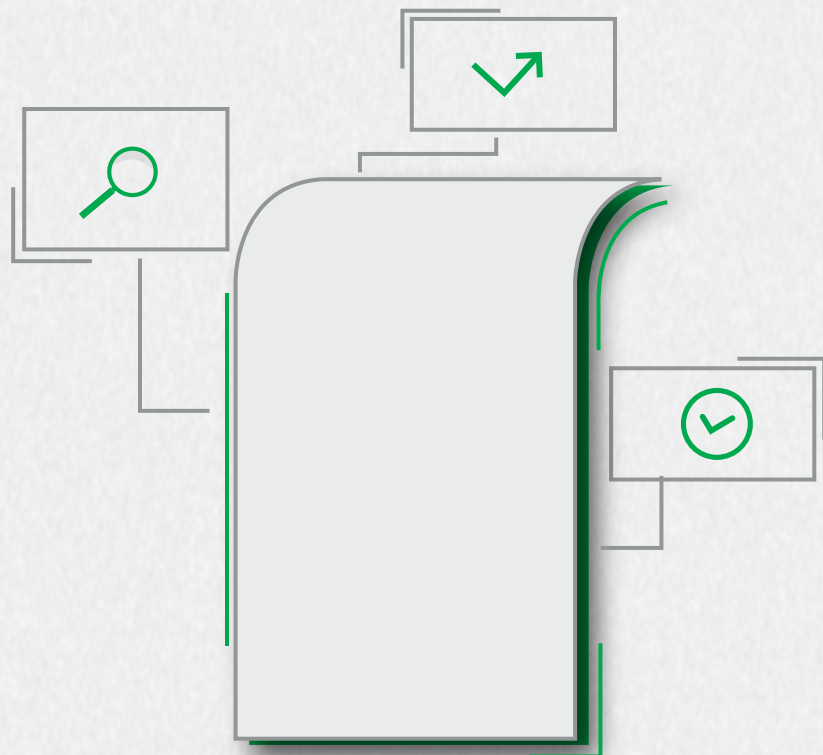
As contratações governamentais concentraram, em 2020, mais de 54 bilhões de reais¹, o que consolida a Administração como um dos principais consumidores do mercado interno. As empresas que integram ou buscam integrar o mercado de contratações governamentais devem observar com especial atenção as alterações legislativas. Este texto reúne 5 pontos essenciais para compreender a nova lei de licitações e contratações públicas.



1. VIGÊNCIA E APLICAÇÃO

A Lei 14.133/21 entrou em vigor na data de sua publicação (art. 194). Imediatamente, foi revogada a parte criminal da Lei 8.666/93, substituída pelo capítulo II-B “Dos crimes em licitações e contratos administrativos” incluído no Código Penal. No que tange às demais disposições, no entanto, a nova lei conviverá, durante 2 anos, com a Lei 8.666/93, com a Lei do Pregão e com a Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas. Durante este período, o gestor poderá escolher se aplica a nova legislação ou a antiga.

Em teoria, então, já seria possível aplicar a Lei 14.133/21 aos novos procedimentos de licitação. Na prática, no entanto, apresentam-se alguns entraves. A nova lei será seguida



de diversos instrumentos normativos infralegais, regulamentando algumas de suas disposições². Um desses pontos, por exemplo, concerne à atuação do agente de contratação, da comissão de contratação e dos fiscais e gestores de contratos, cuja atuação é essencial à execução da lei, mas depende de regulamentação específica (art. 8º, caput e §3º). Enquanto se aguarda as regulamentações, muitos dos novos institutos não poderão ser aplicados. Ainda se faz necessário também implementar a estrutura criada pela nova legislação para centralização das licitações, em especial do Portal Nacional de Contratações Públicas. Trata-se do meio ao qual foram atribuídas diversas funções, dentre elas a de disponibilizar o registro cadastral unificado (art. 87), a publicidade dos editais (art. 54), e de condição indispensável para eficácia do contrato firmado (art. 94). Assim, enquanto não for instituído o Portal, dificilmente será possível adotar os procedimentos da nova legislação. Estima-se que este Portal estará disponível, ainda que com funções iniciais, no segundo semestre de 2021³.

“

[...] enquanto não for instituído o Portal, dificilmente será possível adotar os procedimentos da nova legislação. Estima-se que este Portal estará disponível, ainda que com funções iniciais, no segundo semestre de 2021 .”

2. EIXO DA NOVA LEI: PADRONIZAÇÃO, TECNOLOGIA E CENTRALIZAÇÃO

A Lei 14.133/21 é orientada por três eixos centrais:



Padronização



Tecnologia



Centralização

Apesar de se apresentar como norma geral, a Lei 14.133/21 detalha pormenorizadamente aspectos procedimentais com vistas à padronização dos processos licitatórios em todo o país. Essa foi uma escolha legislativa feita em detrimento, por exemplo, da possibilidade de instituir somente balizas pontais, conferindo flexibilidade aos gestores para adequação dos procedimentos as suas realidades concretas. A nova lei dá preferência à segurança jurídica dos licitantes e à gestão eficiente dos procedimentos e recursos pela Administração⁴.

O instrumento legal reconhece também as vantagens proporcionadas pelo

uso de tecnologias no procedimento licitatório. Essas vantagens ficaram evidenciadas na aplicação da Lei de Pregão, que previa modalidade de pregão eletrônico, depois da Lei do Regime Diferenciado de Contratação, na qual os meios digitais já eram previstos como formato preferencial. A Lei 14.133/21, nessa linha, passa a prever como regra a licitação completamente eletrônica, (art. 17, §2), com divulgação de todos os elementos do edital na internet (art. 25, §3º), inclusive habilitação e eventuais recursos por processo eletrônico (art. 65, §2º e 164, parágrafo único).

A atenção para soluções tecnológicas também está presente em outros pontos da legislação. A matéria chama atenção nas obras públicas, tendo sido determinada a inclusão de sistema informatizado de acompanhamento de obras, com recursos de imagem e vídeo (art. 19, III). Também passa a ser previsto o uso de Modelagem da Informação da Construção, ou Building Information Modelling – BIM (art. 19, §3º), modelo virtual do edifício a ser construído, que permita sua precisa visualização tridimensional e armazene todos os dados necessários à execução da obra.⁵

Por fim, a tônica na centralização promovida pela nova legislação tem inspiração na Diretiva 2014/24 da União Europeia. Em seu preâmbulo, a mencionada diretiva ressalta a tendência de agregação que tem por fim obter economia de escala, reduzir preços e custos de transação e promover a melhoria da gestão dos contratos públicos. Os meios de comunicação eletrônicos são particularmente importantes na consecução desse objetivo,⁶ o que foi assimilado pela legislação nacional.

Para realizar a proposta de centralização dos procedimentos (art. 19, I), a nova lei prevê diversas medidas. Entre elas está a criação de um Catálogo Eletrônico de Padronização de compras, serviços e obras (art. 6º, LI), no qual estarão reunidas especificações e indicações de preço de itens a serem adquiridos pela Administração. Ainda não há previsão acerca do procedimento de formação deste catálogo, mas o ideal é que seja proporcionado à iniciativa privada um papel na apresentação de seus produtos para consideração pela Administração. É previsto também a criação do já mencionado Portal Nacional de Contratações Públicas, destinado a centralizar a divulgação e a realização de contratações pelos órgãos públicos (art. 174).



3. MUDANÇAS NAS MODALIDADES DE LICITAÇÕES E CRITÉRIOS DE JULGAMENTO

A proposta de modernização também implicou mudanças nas modalidades de licitação. Antes da Lei 14.133/21, as modalidades eram:



Concorrência



Tomada de Preços



Convite



Concurso



Leilão



Pregão



Regime Diferenciado de Contratação (RDC)

Os regimes da Tomada de Preços e Convite efetivamente foram excluídos do ordenamento jurídico, na linha de simplificar as opções da Administração. Ambos eram variações da Concorrência, que se diferenciavam em função do valor envolvido e de pontuais questões procedimentais. A concorrência foi man-

tida, absorvendo as normas que antes regiam o RDC. Também foram mantidos o Leilão, Pregão, Concurso, além da grande novidade, o Diálogo Competitivo.

Certamente um ponto central de interesse é o diálogo competitivo. Inspirado no instituto do “diálogo concorrencial”, previsto na Diretiva 2014/24 da União Europeia, trata-se de hipótese aplicável à contratação de obras, serviços e compras (art. 6º, XLII). É uma modalidade essencialmente dinâmica que parte da premissa de que nem sempre a Administração reúne o necessário grau de certeza sobre as soluções que almeja promover por meio do processo licitatório. Essa carência pode ser suprida de forma eficiente pela iniciativa privada, que detém know-how sobre os produtos do mercado e que é impulsionada pela proposição de soluções inovadora.

Em termos de procedimento, há uma primeira etapa de pré-seleção de licitantes com base em critérios objetivos, e uma segunda etapa na qual a Administração empreende diálogos com os licitantes selecionados para identificar uma solução possível para um problema enfrentado (art. 32, II), ou definir com precisão as especificações técnicas de uma potencial solução já identificada (art. 32, I). O primeiro caso se aplica quando o objeto envolve inovação tecnológica ou técnica (art. 32, I, “a”), sendo imprescindível o diálogo com os agentes que promoveriam essa inovação; quando a solução não pode ser promovida sem adaptação de propostas já disponíveis no mercado (art. 32, I, “b”), pelo que é importante dialogar com os agentes envolvidos na potencial adaptação; ou quando a solução carece de especificações técnicas precisas o suficiente (art. 32, I, “c”), déficit informacional que pode ser suprido pela iniciativa privada. Já o segundo caso envolve a definição de uma solução adequada (art. 32, II, “a”), dos requisitos técnicos para concretizá-la (art.

32, II, “b”) ou da estrutura jurídica ou financeira do contrato (art. 32, II, “c”).mas soluções propostas e outras informações sigilosas não poderão ser reveladas aos demais licitantes sem consentimento (art. 32, §1º, IV). Os diálogos continuarão até que a Administração identifique ou especifique a(s) solução(ões) que atenda(m) às suas necessidades. Então, dará por concluídos os diálogos, juntará aos autos do processo licitatório todos os registros e as gravações da fase anterior, e iniciará a fase competitiva com a divulgação do edital que contenha as especificações da solução identificada e os critérios objetivos de seleção da proposta mais vantajosa (art. 32, §1º, VIII). Todos os licitantes que participaram da fase de diálogos poderão então apresentar suas propostas (art. 32, §1º, VIII), sendo possível que a Administração solicite ainda esclarecimentos ou ajustes (art. 32, §1º, IX).



A proposta vencedora será definida de acordo com os critérios indicados no início da fase competitiva (art. 32, §1º, X).

Em relação às modalidades já existentes, ficou estabelecido que a concorrência seria aplicável à contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia (art. 6º, XXXVIII). Pode utilizar como critério de julgamento os já previstos na legislação anterior: menor preço, melhor técnica ou conteúdo artístico e técnica e preço.

Dois outros critérios foram adicionados aos pré-existentes, os de maior retorno econômico e maior desconto. Por maior retorno econômico entende-se a maior economia para Administração. Esse critério só poderá ser utilizado em contratos de eficiência (art. 39), tidos como aqueles cujo objeto é prestação de serviço com objetivo de proporcionar economia ao contratante na forma de redução de despesas. O contratado será remunerado, neste caso, com base no percentual de economia gerada (art. 6º, LIII). Já o julgamento com base no melhor desconto levará em consideração o menor gasto possível para administração, observados os parâmetros mínimos de qualidade indicados no edital (art. 34).

Antes prevista em legislação específica, a modalidade do Pregão foi incorporada à nova lei sem alterações na hipótese de cabimento, que permanece a aquisição de bens e serviços comuns. O critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto (art. 6º, XLI). O procedimento será o mesmo da concorrência, sendo que o pregão é reservado para hipótese de o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo Edital, recorrendo a especificações usuais no

“Dois outros critérios foram adicionados aos pré existentes, os de maior retorno econômico e maior desconto.”

“O critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou de maior desconto (art. 6º XLI.)”

mercado (art. 29). Dada a previsão do mesmo procedimento da concorrência, e a possibilidade de utilizar os mesmos critérios de julgamento (menor preço ou maior desconto), é de se questionar se efetivamente, nessas hipóteses, haveria diferenciação prática entre concorrência e pregão.

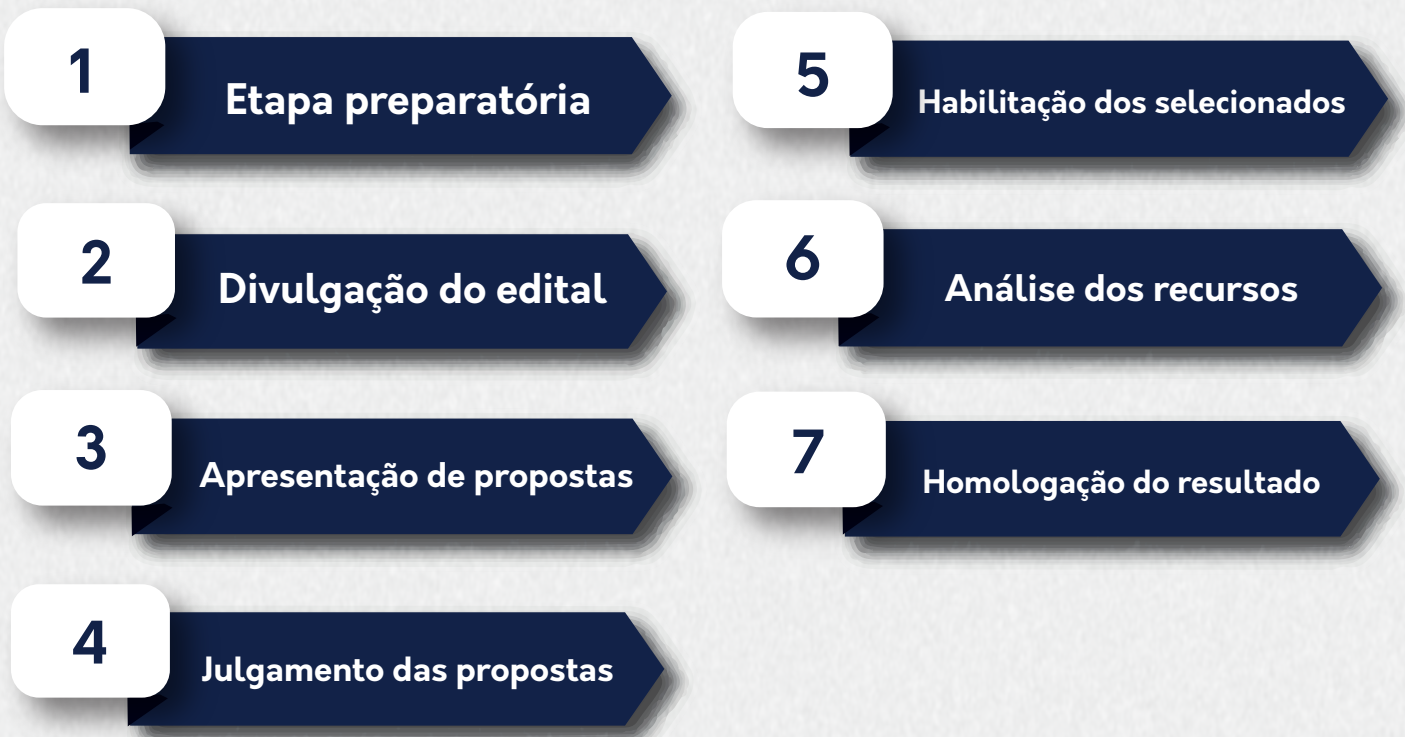
Não se aplica o pregão, no entanto, às contratações de serviços técnicos especializados de natureza intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto aquelas que se qualificarem como “serviço comum de engenharia”, padronizável objetivamente em termos de desempenho, qualidade, manutenção, adequação, com preservação das características originais dos bens (art. 29, parágrafo único e art. 6º, XXI, “a”).



Por fim, não houve modificações expressivas no regime jurídico do leilão e do concurso.



4. FASES DO PROCESSO LICITATÓRIO



Esse procedimento aplica-se à concorrência e ao pregão. Atenta-se para a consolidação da inversão da habilitação, e dos consequentes ganhos em celeridade, antes característica exclusiva da modalidade de pregão. A fase de habilitação é aquela na qual os participantes da licitação têm sua documentação verificada para comprovação de uma série de qualificações exigidas pela Administração. Esse procedimento é complexo e realizá-lo de início implica analisar a documentação de todos os licitantes, enquanto realizá-lo ao final implica analisar somente

a documentação do vencedor. Ainda é possível posicionar a habilitação no início do procedimento, por ato motivado explicitando os benefícios esperados (art. 17, §1º).



5. HIPÓTESES DE CONTRATAÇÃO DIRETA

A nova legislação tem o mérito de sistematizar as hipóteses de inexigibilidade e dispensa de licitação sob o título “Da Contratação Direta”, incluindo normas gerais aplicáveis a ambos os procedimentos. Se a regra para contratação pela Administração é a licitação, as hipóteses de dispensa e inexigibilidade constituem importantes exceções que permitem acesso da iniciativa privada ao mercado de contratações públicas sem as formalidades da licitação.

A inexigibilidade manteve como seu fundamento a inviabilidade da competição (art. 74). Apesar do seu rol de hipóteses, ainda na Lei 8.666/93, ser exemplificativo, novas situações foram adicionadas. É o caso do credenciamento (art. 74, IV), procedimento já previsto pela doutrina e jurisprudência e que agora passará a contar com previsão legislativa na condição de causa de inexigibilidade e procedimento auxiliar de licitação (art. 78, I). Pode ser utilizado, dentre outras situações, quando a existência de diversos prestadores de serviço, sem competição entre eles, seja benéfica ao interesse público (art. 79, I). Algumas das antigas hipóteses sofreram alterações pontuais, como a vedação da subcontratação em serviços técnicos intelectuais de notória especialização (art. 74, §5º).

Noutro passo, a dispensa de licitação ocorre nos casos em que, apesar de ser viável a competição, particularidades do caso levaram o legislador a flexibilizar a regra da obrigatoriedade da licitação, permitindo a contratação direta. A principal alteração promovida nessa seara envolve os parâmetros monetários para hipótese de dispensa por baixo valor, que é também o caso mais frequente de dispensa.

A Lei 8.666/93 permitia dispensa de licitação em relação a obras e serviços de engenharia com valores inferiores a R\$15.000,00, e para outros serviços ou compras com valores inferiores a R\$8.000,00. Na nova lei, o valor limite anual no caso de obras e serviços de engenharia passa a ser R\$100.000,00, limite este que também passa a se aplicar aos serviços de manutenção de veículos automotores (art. 75, I). Já nos casos de outros serviços e compras, o limite passa a ser de R\$50.000,00 (art. 75, II). Esses parâmetros podem ser dobrados para contratações por agências executivas ou consórcios públicos (art. 75, §2º). A divulgação do interesse da Administração na realização de uma dispensa por baixo valor deve preferencialmente observar prazo de 3 dias úteis, ser veiculada em site oficial, no qual deve ser especificado o objeto pretendido e oportunizada a apresentação de propostas pelos particulares (art. 75, §3º). Com o aumento dos limites, a aplicação dessa hipótese de dispensa, que já era recorrente, passará a se apresentar como uma oportunidade ainda mais relevante de acesso ao mercado de contratações públicas.



CONCLUSÃO

A Lei 14.133/21 promoveu muitas alterações relevantes nas normas aplicáveis às licitações e contratações públicas, especialmente no sentido de promover maior eficiência e segurança jurídica aos procedimentos. A atenção aos pontos de mudança é essencial para o acesso e trânsito das empresas no bilionário mercado de contratações públicas. A equipe do Marcelo Tostes Advogados já está qualificada para oferecer serviços jurídicos de excelência na matéria.



REFERÊNCIAS

BRASIL. Portal da Transparência. Licitações com contratação realizada. Consulta detalhada, 2020. Disponível em: < Licitações com contratação realizada - Portal da transparência (portaltransparencia.gov.br)>. Acesso em 09 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Presidência da República: Brasília/DF. Disponível em: L10520 (planalto.gov.br). Acesso em 09 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2021. Presidência da República: Brasília/DF. Disponível em: L12462 (planalto.gov.br). Acesso em 09 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Lei de licitações e contratos administrativos. Presidência da República: Brasília/DF. Disponível em: L14133 (planalto.gov.br). Acesso em 09 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Presidência da República: Brasília/DF. Disponível em L8666consol (planalto.gov.br). Acesso em 09 abr. 2021.

CONTROLADORIA GERAL DA UNIÃO. Rafael Jardim Cavalcante. Nova lei de licitações. o que muda nas compras públicas? YouTube. Disponível em: Nova Lei de Licitações: O que muda nas Compras Públicas? - YouTube. Acesso em 09 abr. 2021.

ESTMEN, Chuck; TEICHOLZ, Paul; SACKS, Rafael; LISTON, Kathleen. BIM Handbook. A guide to building information modelling for owners, managers, designers, engineers, and contractors. 2.ed. Wiley: New Jersey, 2011, p. 10.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Nova lei de licitações: presente e futuro. Youtube. Disponível em: Nova Lei de Licitações: Presente e Futuro - YouTube. Acesso em 09 abr. 2021.

PARLAMENTO EUROPEU E CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de fevereiro de 2014 relativa aos contratos públicos e que revoga a Diretiva 2004/18/CE. Divulgada em 28 mar. 2014. Disponível em: EUR.-Lex - 32014L0024 - EN - EUR.-Lex (europa.eu). Acesso em 8 abr. 2021. Preâmbulo, parágrafos 59 e 72.

Há duas décadas construindo um escritório comprometido com a inovação e tecnologia, pautando nossa trajetória em princípios éticos sólidos, na qualidade técnica de nossos profissionais e no contato com nossos clientes.

Com foco na advocacia empresarial e em negócios inovadores, buscamos especialização constante com uma equipe multidisciplinar e integrada, que faz do escritório uma referência no mercado.

São Paulo

Av. Presidente Juscelino Kubitschek, 1400.
Conjunto 121 - Itaim Bibi

Porto Alegre

Av. Padre Cacique, 320, Térreo – Bloco B
Praia de Belas. Porto Alegre/RS

Belo Horizonte

Rua Sergipe, 1167 – 3º andar
Funcionários

Vitória

R. Elias Daher, 105
Enseada do Suá

Florianópolis

R. Marechal Guilherme, 147, 9º andar
Centro

Brasília

Setor Bancário Sul, Quadra 2 – Bloco S
Edifício Empire Center, Salas 411/412
Asa Sul, Brasília – DF

Rio de Janeiro

R. da Assembleia, 10, Sala 1407
Centro

Esse e-book foi produzido por

marcelotostes
ADVOGADOS

www.mtostes.com.br