

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Escola de Engenharia
Departamento de Engenharia de Materiais e Construção
Curso de Especialização em Construção Civil

Joyce França Reis

**ANÁLISE DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES PARA
OS SERVIÇOS DE ENGENHARIA**

Belo Horizonte
2023

Joyce França Reis

**ANÁLISE DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES PARA
OS SERVIÇOS DE ENGENHARIA**

Monografia de especialização apresentada à Escola de Engenharia da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Especialista em Construção Civil: Gestão e Tecnologia na Construção Civil.

Orientador: Prof. White José dos Santos

Belo Horizonte
2023

R375a

Reis, Joyce França.

Análise das principais alterações da nova lei de licitações para os serviços de engenharia [recurso eletrônico] / Joyce França Reis. – 2023. 1 recurso online (37 f.) : pdf.

Orientador: White José dos Santos.

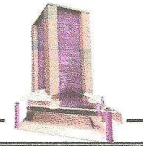
Monografia apresentada ao Curso de Especialização em Construção Civil da Escola de Engenharia da UFMG.

Bibliografia: f. 35-37.

Exigências do sistema: Adobe Acrobat Reader.

1. Construção civil. 2. Engenharia – Legislação. 3. Direito administrativo – Legislação – Brasil. 4. Contratos administrativos. 5. Licitação pública – Legislação. I. Santos, White José dos. II. Universidade Federal de Minas Gerais. Escola de Engenharia. III. Título.

CDU: 69



ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA

ALUNO: JOYCE FRANÇA REIS

MATRÍCULA: 2020685846

RESULTADO

Aos 06 dias do mês de março de 2023 realizou-se a defesa da MONOGRAFIA de autoria do aluno acima mencionado sob o título:
"ANÁLISE DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES PARA OS SERVIÇOS DE ENGENHARIA"

Após análise, concluiu-se pela alternativa assinalada abaixo:

APROVADO

APROVADO COM CORREÇÕES

REPROVADO

NOTA: --95---

CONCEITO: --A---

BANCA EXAMINADORA:

Nome

Prof. Dr. White José dos Santos

Assinatura

White Jose dos Santos:04545674640

Assinado de forma digital por White Jose dos Santos:04545674640
Data: 2023.03.06 15:44:05-03'00'
URL: https://repositorio.ufmg.br/br/2023/03/06/15:44:05-03'00'

Nome

Profª. Drª. Sidnea Eliane Campos Ribeiro

Assinatura

Sidnea Eliane Campos Ribeiro

Assinado de forma digital por Sidnea Eliane Campos Ribeiro
Data: 2023.03.06 15:50:50 -03'00'

O candidato faz jus ao grau de "ESPECIALISTA EM CONSTRUÇÃO CIVIL: "GESTÃO E TECNOLOGIA NA CONSTRUÇÃO CIVIL"

Antônio Neves de Carvalho Júnior

Assinado de forma digital por Antônio Neves de Carvalho Júnior
Data: 2023.03.08 00:08:22 -03'00'

Belo Horizonte, 06 de março de 2023

Coordenador do Curso

Resumo

Este estudo tem por objetivo analisar as principais mudanças decorrentes da nova lei de licitações para as contratações de serviços pela Administração Pública e com isso levantar as principais mudanças entre os dispositivos das leis existentes, verificar os pontos positivos e/ou negativos e possíveis riscos que as mudanças acarretaram e finalmente traçar uma visão comparativa sobre estas mudanças. É importante colocar que todos os processos de aquisições de bens ou serviços em órgãos públicos devem ser realizados por meio da execução de um processo licitatório. No intuito de garantir a execução destes processos, ao longo dos anos foram sancionadas várias leis e dentre elas podemos citar: a lei nº 8.666/1993 (normas para licitações e contratos da Administração Pública) a lei nº 10.520/2002 (modalidade de licitação Pregão), a lei nº 12.462/2011 (institui o RDC) e, atualmente, foi sancionada a lei nº 14.133/2021 (lei de licitações e contratos administrativos) que revogou as três primeiras citadas. A presente pesquisa tem cunho qualitativo, e para isso terá contornos metodológicos apoiados na coleta de dados, a partir da análise documental dos artigos selecionados. Para responder às questões apresentadas foi escolhido realizar uma pesquisa qualitativa documental e bibliográfica que se amparou na abordagem da revisão sistemática de literatura. A nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) trouxe diversas alterações em relação à legislação anterior (Lei nº 8.666/1993), especialmente no que diz respeito à contratação de serviços de engenharia, e traz como principal mudança a aplicação do pregão e concorrência como modalidades de licitação mais usuais para estes serviços. Porém, por ainda ser um tema novo, a complexidade da nova lei parece ter muito que estudar.

Palavras-chave: Licitação. Nova Lei de Licitações. Contratos Administrativos. Modalidades de licitação. Serviços de engenharia.

Abstract

This study aims to analyze the main changes resulting from the new bidding law for the contracting of services by the Public Administration and with that to raise the main changes between the devices of the existing laws, verify the positive and/or negative points and possible risks that the changes brought about and finally draw a comparative view on these changes. It is important to point out that all processes of acquisition of goods or services in public bodies must be carried out through the execution of a bidding process. In order to guarantee the execution of these processes, over the years several laws have been enacted, among which we can mention law nº 8.666/1993 (rules for public administration tenders and contracts) law nº 10.520/2002 (bidding modality Pregão), Law No. 12.462/2011 (establishes the RDC) and, currently, Law No. This research has a qualitative nature, and for that it will have methodological outlines supported by data collection, based on the documental analysis of the selected articles. To answer the questions presented, it was chosen to carry out a qualitative documental and bibliographical research that was based on the systematic literature review approach. The new Law on Tenders and Administrative Contracts (Law nº 14.133/2021) brought several changes in relation to the previous legislation (Law nº 8.666/1993), especially with regard to the contracting of engineering services, and brings as its main change the application auction and bidding as the most common bidding modalities for these services. However, as it is still a new topic, the complexity of the new law seems to have a lot to study.

Keywords: Bidding. New Procurement Law. Administrative Contracts. Bidding modalities. Engineering services.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	7
2. OBJETIVOS	9
3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA SOBRE LICITAÇÕES E COMPRAS PÚBLICAS	10
3.1. Licitação	10
3.2. Modalidades de licitação	12
4. METODOLOGIA	16
5. RESULTADOS: INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES	17
5.1. Definição de serviços de engenharia e regras específicas	17
5.2. Padronização da inversão de fases e fase única recursal	19
5.3. Diálogo competitivo	21
5.4. Seguro e garantias da execução do contrato	24
5.5. Planejamento de contratações	27
5.6. Portal Nacional de Contratações Públicas	29
5.7. O cenário atual da Nova Lei de Licitações	31
6. CONCLUSÕES	34
7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	35

1. INTRODUÇÃO

O Estado, em todas as suas esferas – federal, estadual e municipal –, desempenha um papel vital no desenvolvimento das sociedades ao contratar serviços de engenharia e, mais amplamente, projetos de infraestrutura. Ainda mais quando assim o faz mediante a formulação de contratos pelos governos com empresas privadas para a construção, reforma ou manutenção de infraestrutura pública, como estradas, pontes, prédios públicos, estações de tratamento de água etc. O desenvolvimento dessas infraestruturas e toda parte de obras públicas é essencial para o crescimento econômico e social do país. Os contratos fechados entre governo e empresas permitem que os primeiros obtenham vantagens junto ao setor privado, como conhecimento e recursos que podem ajudar a reduzir o custo dos projetos de infraestrutura e garantir que sejam concluídos no prazo. E, certamente, governos e empresas do setor privado devem trabalhar juntos para garantir que a infraestrutura pública seja criada e mantida de forma sustentável e eficiente. (Brasil, 1988)

Ao se tratar da aquisição de bens, obras ou serviços pela Administração Pública, é importante colocar que a Constituição Federal de 1988 determina, em seu artigo 37, que elas devem ser feitas por meio da condução de um processo licitatório:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988, grifos nossos).

O processo licitatório para os contratos públicos tem como objetivo garantir a igualdade de condições a todos os concorrentes, bem como assegurar a correta destinação do dinheiro público. É dever do governo garantir que o erário público seja gasto de forma responsável. Assim, ao assinar contratos por meio de um processo transparente e competitivo, o governo pode garantir que os licitantes mais qualificados e competentes sejam selecionados para o projeto.

No intuito de regulamentar estes processos licitatórios, ao longo dos anos foram sancionadas várias leis. Dentre elas, podemos citar as mais relevantes: a Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade,

compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; a Lei Federal n. 10.520, de 17 de junho de 2002, que institui a modalidade de licitação denominada pregão para aquisição de bens e serviços comuns; a Lei Federal n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). E, no capítulo mais recente, foi sancionada a dita Nova Lei de Licitações, que revogou as três primeiras citadas e estabelece normas gerais de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Sendo esta lei de recente publicação e prestes a entrar plenamente em vigor – em 1º de abril de 2023, dois anos após a sua sanção –, é imprescindível que haja estudos a seu respeito que esclareçam seus mais diferentes aspectos e possam orientar a compreensão e a tomada de decisões por parte dos agentes públicos e todos aqueles que terão de lidar com esta nova legislação.

Nesse sentido, a presente monografia parte da necessidade/problema da descrição das principais alterações da nova legislação, especialmente no que tange aos serviços de engenharia que estão nela previstos, bem como quais os benefícios e/ou riscos destas alterações para o desenvolvimento das atividades pela Administração Pública e para o setor privado.

2. OBJETIVOS

O objetivo geral deste trabalho é avaliar as alterações trazidas pela Lei Federal n. 14.133, de 1º de abril de 2021 – doravante chamada de “Nova Lei de Licitações – para a licitação e contratação de serviços de engenharia. Como hipóteses, vê-se que essas principais alterações estão nas modalidades de licitação, no conceito de serviços de engenharia e na forma de execução dos contratos, notadamente quanto ao seguro-garantia e ao Portal Nacional de Contratação Pública.

Por sua vez, os objetivos específicos são:

- Levantar as principais mudanças entre os dispositivos da nova lei;
- Verificar os impactos que as mudanças podem acarretar para o contexto dos serviços de engenharia; e
- Avaliar criticamente os pontos positivos e negativos, bem como possíveis riscos para a contratação de serviços de engenharia sob a aplicação das regras da Nova Lei de Licitações.

3. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA SOBRE LICITAÇÕES E COMPRAS PÚBLICAS

Neste item será abordado as características das licitações nos órgãos públicos, como também suas modalidades de acordo com as especificidades de cada contratação.

3.1. Licitação

Na Introdução, foi indicado que a Administração Pública tem papel fundamental na realização de obras públicas e investimentos em infraestrutura, como rodovias, portos, aeroportos, saneamento básico, redes de energia elétrica, habitação, entre outros. Para o cumprimento deste objetivo, faz-se necessária a contratação de empresas especializadas em serviços de engenharia pelas entidades públicas (CARVALHO FILHO, 2012). Em primeiro lugar, é preciso definir teoricamente o que este trabalho considera como Administração Pública. Segundo a literatura jurídica, o termo Administração Pública designa o conjunto de entidades, órgãos e agentes que exercem a função administrativa e exteriorizam a vontade do Estado (JUSTEN FILHO, 2016, p. 110; DI PIETRO, 2014).

Considerados os princípios da Constituição de 1988 e a função nela atribuída ao Estado, verifica-se que esta função deve ser sempre exercida em prol do interesse público, dos direitos fundamentais dos cidadãos e da dignidade da pessoa humana.

Por isso mesmo, as instituições públicas atuam com grande responsabilidade para com a sociedade e o país tendo como obrigação zelar pela boa gestão e administração dos assuntos públicos de forma ética e transparente de acordo com o que estabelece a Lei – e é neste contexto que se insere a licitação (CARVALHO FILHO, 2012).

Ocorre que são muitas as missões e atividades despendidas pelas mais diferentes entidades da Administração Pública e nem sempre estas atividades são executadas diretamente pelos próprios servidores e funcionários públicos (DI PIETRO, 2014). É necessário que a Administração Pública contrate organizações para apoiá-la na realização dessas atividades, notadamente mediante a contraprestação de um pagamento, momento em que as licitações despontam como instrumento essencial. Para que as organizações públicas possam desenvolver suas atividades de prestações de serviços públicos, que têm a finalidade de atender

necessidades da sociedade, em sua grande maioria precisam realizar a contratação de empresas privadas, pessoas físicas ou jurídicas que sejam especialistas na prestação daquele serviço ou fornecimento de produto. Tal contratação deve ser realizada através de certames licitatórios onde é exigido a igualdade de tratamento e competitividade entre as empresas para a escolha da proposta mais adequada ao órgão público.

No entanto, seria inconsistente para o estado executar essas ações da mesma maneira que um indivíduo faria. Os agentes públicos não podem dispor da máquina pública com a mesma liberdade que uma pessoa privada conduz os seus negócios. Diferentemente, a Administração Pública está obrigada ao atendimento de um conjunto de regras e princípios que determinam a forma de condução de suas funções. Em especial, porque o dinheiro empregado para a realização dos objetivos da Administração Pública é oriundo do pagamento de tributos por toda a sociedade e, logo, deve ser utilizado de forma econômica, eficiente e transparente, sem espaço para decisões pessoais dos gestores (ARAGÃO, 2021).

Nesse sentido, a contratação de terceiros para a realização de atividades requeridas pela Administração Pública deve adotar o procedimento da licitação com objetivo de assegurar o cumprimento destes princípios. A Constituição Federal, em seu artigo 37, inciso XXI, determina que contratos administrativos sejam precedidos de licitação (CARVALHO FILHO, 2012).

Segundo Justen Filho (2016, p. 335):

A licitação é um procedimento administrativo regulado pela lei e pelo ato administrativo anterior [i.e., o edital] definindo critérios objetivos visando a seleção da proposta de contratação mais vantajosa e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica [i.e., a comissão de licitação].

A licitação, portanto, será um conjunto de atos adotados pelo órgão representante da Administração Pública, de forma ordenada e lógica, no qual permite-se às empresas interessadas naquele objeto concorrerem para a obtenção do contrato pretendido pelo órgão licitante. Esse conjunto de atos estará vinculado ao cumprimento das regras previstas na lei e no edital, o que reduzirá a margem de discricionariedade do órgão, assegurando a competitividade e a isonomia entre os

interessados, além de obstar escolhas de cunho pessoal por parte dos servidores públicos (DI PIETRO, 2014; JUSTEN FILHO, 2016).

Conforme está explicitado na Nova Lei de Licitações, são os seguintes os seus objetivos:

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - 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;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável. (BRASIL, 2021).

A respeito destes princípios, para além da clareza do que está designado na Lei, cabem comentários. Quanto ao inciso I, tem-se que a proposta mais favorável nem sempre é a proposta mais barata, se observado apenas o valor final do contrato, mas aquele em que há melhor custo-benefício da contratação analisada em sua integralidade, inclusive analisado o ciclo de vida do objeto. Esta última especificação – de se analisar amplamente a vantajosidade da contratação – já era algo promovido pela literatura jurídica há anos e que agora encontra-se consagrada diretamente no texto legal, com maior segurança de aplicação pelos agentes públicos (CARVALHO FILHO, 2012).

Quanto ao inciso II, este trabalho entende que a isonomia é o alicerce mais importante e, paralelamente, a mais benéfica cláusula do procedimento licitatório, uma vez que permitirá a competição justa entre os licitantes, proibindo toda segregação arbitrária pela Administração Pública que vise beneficiar ou prejudicar alguma empresa em detrimento do interesse público, sendo vedada a interferência pessoal daqueles que ocupam os cargos públicos.

3.2. Modalidades de licitação

Sendo a licitação o procedimento pelo qual a Administração Pública realiza a contratação de empresas para a execução de obras e serviços pertinentes às suas missões constitucionais, é necessário também se reconhecer que são muito diversas essas missões, de sorte que também deverão existir diferentes formatos pelos quais

é possível realizar o procedimento licitatório, cada qual melhor adaptado para um tipo de contexto e/ou objeto desejado pela Administração Pública.

Segundo Mazza (2012, p. 334), “modalidades licitatórias são os diferentes ritos previstos na legislação para o processamento da licitação”. Assim, são as modalidades de licitação contidas no artigo 28 da Nova Lei: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo.

De partida, cabe indicar que a Nova Lei de Licitações unifica em si as leis apartadas que regulamentavam algumas modalidades de licitação, a saber, a Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, que previa o pregão; e a Lei Federal n. 12.462, de 4 de agosto de 2011, que previa o RDC - Regime Diferenciado de Contratações. Estas leis serão definitivamente revogadas dois anos após a publicação da Nova Lei de Licitações, no dia 1º de abril de 2023.

A modalidade de pregão foi incorporada à Nova Lei, ao passo que o RDC foi extinto. O RDC se tratava de um modelo elaborado para as contratações da Copa do Mundo de 2014 e para os Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e que, posteriormente, teve seu escopo ampliado para obras do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), do Sistema Único de Saúde e sistemas públicos de ensino. A adoção do RDC era optativa em relação à Lei Federal n. 8.666/1993 e destacava-se por ser mais competitivo e flexível para a Administração Pública, a qual teria mais discricionariedade para adotar uma modalidade adequada às suas necessidades específicas (JUSTEN FILHO, 2016, p. 351).

A primeira modalidade de licitação prevista pela Nova Lei é o pregão. O pregão é definido como “modalidade de licitação obrigatória para a aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou de maior desconto” (artigo, 6º, inciso XLI da Nova Lei de Licitações). O pregão poderá ser utilizado para as obras e serviços comuns de engenharia (conforme definidos pela lei), mas não deve ser utilizado para a aquisição de serviços técnicos especializados de natureza intelectual e obras e serviços especiais de engenharia.

Além de previsto na Nova Lei de Licitações, o pregão também é regulamentado pelo Decreto Federal n. 10.024, de 20 de setembro de 2019, o qual determina em maior detalhe as regras de execução, pela Administração Pública, desta modalidade licitatória. Em suma, verifica-se que o pregão é caracterizado essencialmente por sua forma eletrônica, devendo as licitações ocorrerem por meio do sítio “www.comprasgovernamentais.gov.br”. Assim, dispensa-se uma série de exigências

práticas para a realização de uma sessão pública de licitação, tais como a locação de local para o evento ou o deslocamento de servidores e licitantes.

Outra característica marcante do pregão é a inversão de fases, no qual o julgamento das propostas precede a fase de habilitação dos concorrentes, sendo assim avaliada apenas a documentação do licitante vencedor no critério de julgamento. Este tema – a inversão de fases – será detalhado também no item 5.2.

Para a Administração Pública, a utilização do pregão significa uma modalidade de licitação que economiza tempo e recursos financeiros, ao passo que para a iniciativa privada significa maior competitividade (FANHANI e ROSA 2004). Por ser um procedimento predominantemente eletrônico e online, o licitante que tiver interesse em participar mesmo que remotamente estará em pé de igualdade com todos os demais, o que ocasiona em um aumento significativo no número de potenciais fornecedores. Por outro lado, deve ser tida em conta o risco de fraudes e outras ilegalidades cometidas no processo de contratação.

Ademais, existe também a modalidade licitatória da concorrência, a qual já estava prevista na Lei Federal n. 8.666/1993 e era considerada a “modalidade padrão”. A concorrência é modalidade destinada à contratação de uma larga gama de objetos, incluindo bens, obras, serviços comuns e especiais de engenharia (art. 6, inciso XXXVIII), mediante critérios de julgamento de menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior retorno econômico (uma novidade da nova lei) e maior desconto.

Tanto o pregão quanto a concorrência devem seguir o rito procedimental comum determinado no artigo 17 da Nova Lei de Licitações, com as seguintes etapas ordenadas: preparatória, divulgação do edital de licitação, apresentação de propostas e lances, julgamento, habilitação, recursal e de homologação.

A Lei recomenda que o pregão deve ser adotado em detrimento da modalidade de concorrência “sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado” (art. 29 da Nova Lei de Licitações). Assim, a modalidade de concorrência terá aplicação notadamente para a contratação de serviços técnicos especializados e serviços especiais de engenharia, vez que estes objetos são vedados à modalidade do pregão.

Há ainda outra modalidade de licitação constante do artigo 28 da Nova Lei de Licitações, que é o diálogo competitivo, sendo esta uma notória novidade na lei

inspirada nas melhores práticas da União Europeia. Esta modalidade será especificamente tratada no item 5.3.

Por fim, cabe mencionar que o concurso é uma modalidade destinada à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor. Já o leilão é a modalidade para a alienação de bens móveis ou imóveis pela Administração Pública a quem oferecer maior lance. Em ambos os casos, trata-se de modalidades inaplicáveis à contratação de obras e serviços de engenharia, de tal forma que não se amoldam ao tema deste estudo e não serão aqui aprofundadas.

Aponte-se, também, que a Nova Lei de Licitações excluiu as antigas modalidades de tomada de preços e convite, antes previstas na Lei Federal n. 8.666/1993.

4. METODOLOGIA

O trabalho consistiu em revisão bibliográfica a análise crítica das versões das legislações aplicáveis as licitações usadas em obras de construção civil e infraestrutura. Esclarece-se alguns conceitos iniciais, como uma fundamentação teórica que auxilia na compreensão do tema. Após, levanta-se e expõe-se as principais inovações da Nova Lei de Licitações para os serviços de engenharia, com as seguintes abordagens:

- a) definição dos serviços de engenharia aplicáveis,
- b) padronização da inversão de fases,
- c) diálogo competitivo,
- d) seguro e garantias na execução do contrato, e
- e) Portal Nacional de Contratação Pública.

Toda a exposição que será feita de modo a descrever as principais mudanças decorrentes da nova lei de licitações para as contratações de serviços de engenharia pela Administração Pública, mediante o levantamento das principais mudanças entre os dispositivos das leis, verificando os pontos positivos e/ou negativos. Assim, buscou-se descrever quais foram as principais mudanças da Lei Federal n. 14.133/2021 (“Nova Lei de Licitações”) para os serviços de engenharia contratados pela Administração Pública.

Como hipóteses, adotou-se que as principais alterações da Nova Lei de Licitações estão em torno das seguintes questões:

1. Modalidades de licitações, a exemplo a unificação da legislação a respeito, a inversão de fases e a adoção do diálogo competitivo.
2. Conceito atribuído à “serviços de engenharia” na nova legislação, que impactará nas modalidades de licitação a serem empregadas.
3. Execução dos contratos, como as regras de seguro-garantia e de publicação de atos no Portal Nacional de Contratações Públicas.

5. RESULTADOS: INOVAÇÕES DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/2021, traz diversas inovações em relação às normas anteriores. Algumas das principais mudanças podemos destacar abaixo:

5.1. Definição de serviços de engenharia e regras específicas

No que concerne ao tema específico deste trabalho, de partida verifica-se que a Nova Lei de Licitações inovou em definir de forma muito explícita o que seriam as obras e os serviços de engenharia, sejam estes comuns ou especiais. É exatamente o enquadramento em uma ou outra destas categorizações, a partir das características do objeto licitado, que determinará o conjunto de regras – regime jurídico – aplicável à licitação em questão.

Para a conceituação do que venha a ser “obra”, o artigo 6º, inciso XII indica ser:

toda atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro que implica intervenção no meio ambiente por meio de um conjunto harmônico de ações que, agregadas, formam um todo que inova o espaço físico da natureza ou acarreta alteração substancial das características originais de bem imóvel; (BRASIL, 2021).

O mesmo artigo, já no inciso XXI, ainda conceitua o que os serviços de engenharia compreendem:

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 [...] (BRASIL, 2021).

Se consideradas apenas as definições legais, é verificável que o legislador, para a conceituação de obra, deu maior importância para o aspecto físico e para a intervenção humana no meio ambiente e/ou no bem imóvel; ao passo que o conceito de serviço está mais ligado à atividade laboral e à produção intelectual do engenheiro ou arquiteto (BANDEIRA, 2022). Como ressalta Niebuhr (2022, p. 253), contudo, “não raro, diante dos casos concretos, a distinção é tênue e os objetos se confundem”.

Aprofundando-se na definição de serviços de engenharia, a Nova Lei ainda especifica que se trata de dois tipos diversos: os serviços *comuns* de engenharia e os serviços *especiais* de engenharia. Para estes primeiros, a definição legal é a seguinte:

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;(BRASIL, 2021).

Adiante, a legislação indica que seriam serviços especiais aqueles que “por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição” de serviço comum de engenharia (BRASIL, 2021). Ou seja, é um conceito subsidiário, restante, sendo especial aquilo que não é enquadrado como serviço comum.

Interessante destacar que a definição empregada pela Nova Lei de Licitações para os serviços comuns de engenharia está em linha com a definição que já vinha sendo utilizada pelo legislador e pela prática das licitações. Ocorre que, desde a Lei Federal n. 10.520, de 17 de julho de 2002, existe a modalidade de licitação do pregão, destinada à contratação destes objetos ditos “comuns”, inclusive serviços de engenharia – conforme explicitado recentemente pelo Decreto Federal 10.024, de 20 de setembro de 2019.

Em todos esses normativos, os serviços comuns (inclusive os de engenharia) são caracterizados pela possibilidade de que o julgamento das propostas e escolha do licitante vencedor seja feita por especificações técnicas e de qualidade padronizadas e usualmente utilizadas pelo mercado. Essa padronização, assim, permitiria que o item licitado fosse objetivamente definido pelo edital e comparável entre as propostas dos licitantes.

Este entendimento também é partilhado pela jurisprudência de decisões do Tribunal de Contas da União, responsável pelo controle das licitações da Administração Pública federal (por exemplo, no julgado do Acórdão 1.287/2008-Plenário, entre outros). A própria jurisprudência deste Tribunal ainda aprofunda que o enquadramento de um serviço como “comum” não depende de sua complexidade, mas de sua possibilidade de ser definido de forma padronizada para o mercado de licitantes, conforme ressoa do Acórdão 1.046/2014 – Plenário:

complexidade do serviço não é o fator decisivo para inseri-lo, ou não, no conceito de ‘serviço comum’, mas sim o domínio do mercado sobre o objeto

licitado. Caso apresente características padronizadas (de desempenho e de qualidade) e se encontre disponível, a qualquer tempo, em um mercado próprio, o serviço pode ser classificado como serviço comum [...] ‘bem ou serviço comum’ deve ser entendido como aquele que detém características padronizadas, identificável por denominação usual no mercado. Portanto, a noção de ‘comum’ não está vinculada à estrutura simples de um bem ou de um serviço. Do mesmo modo, a estrutura complexa também não é razão bastante, por si só, para retirar a qualificação de ‘bem ou serviço comum’ (TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, 2014).

Exemplo significativo deste entendimento é a aquisição de helicópteros para a Administração Pública. Por mais que se trate de um bem de alta tecnologia e bastante complexo, suas características podem ser descritas de forma padronizada e objetiva (especialmente com referências às marcas, modelos e potências).

Correlatamente, será essencial que o gestor público pondere muito se o serviço a ser contratado está devidamente caracterizado no edital ao ponto de não haver dúvidas ou divergências de entendimentos entre os licitantes; e se, de fato, trata-se de serviço padronizado pelo mercado. Caso contrário, dá-se lugar para editais que contratam objetos não desejados pela Administração Pública ou em que cada licitante oferece um serviço diferente, com preços e qualidades distintas.

Conforme ressoa da Nova Lei de Licitações, é a partir da classificação de um serviço como “comum” ou “especial” que a Administração Pública poderá determinar as regras aplicáveis àquela licitação.

Os serviços comuns de engenharia serão sempre processados pela modalidade do pregão, uma vez que atendida a característica de existirem padrões de qualidade e desempenho objetivamente definidos pelo edital (aliás, o que exatamente definirá os serviços comuns), como previsto pelo artigo 29 da Nova Lei. Por outro lado, os serviços especiais adotarão a modalidade de concorrência ou de diálogo competitivo, se atendidos os requisitos do artigo 32 – a ser explorado no item 5.3 adiante.

5.2. Padronização da inversão de fases e fase única recursal

Conforme foi explorado no item 3.2, cada modalidade de licitação representa um rito, uma ordem, uma forma distinta de conduzir o procedimento licitatório, cada qual com suas vantagens e desvantagens. Ocorre que a Nova Lei de Licitações inovou ao padronizar que as licitações, via de regra, obedecerão à “inversão de fases”, isto

é, situação em que a apresentação das propostas de preço antecede a verificação da habilitação dos licitantes.

É dito “inversão de fases”, tal como esta situação é conhecida, porque difere do rito tradicionalmente previsto na Lei Federal n. 8.666/1993, na qual a habilitação dos candidatos era etapa prévia ao oferecimento de propostas. Esta sequência sempre foi adotada sob a lógica de “garantir uma maior segurança à Administração Pública de que caso aquele licitante seja o vencedor do certame ele tenha condições técnicas e financeiras para cumprir o contrato celebrado” (BARBOSA; 2018, p. 10). Assim, apenas os licitantes com as devidas capacitações para o objeto da licitação é que poderiam oferecer propostas, evitando-se que a licitação fosse contaminada por “empresas aventureiras”, em detrimento do interesse público.

Contudo, a vida prática das licitações ao longo dos anos tem demonstrado que antecipar esta etapa de habilitação importa, também, em uma imposição burocrática ao procedimento licitatório e que, muitas vezes, atrapalha a sua conclusão.

Isso porque, na habilitação, a documentação de absolutamente todos os licitantes é examinada detalhadamente pela comissão de licitação, sendo direito inequívoco do licitante ser devidamente habilitado caso cumpra os requisitos legais. Assim, caso a Administração Pública cometa qualquer equívoco na análise ou, ainda, caso o licitante se sinta prejudicado, ele poderá de protestar na justiça o seu direito de habilitação. Com isso, muitas das vezes, a licitação é suspensa para que a questão deste licitante seja resolvida pelo poder judiciário, o que pode levar anos. Ademais, em todo caso, esta etapa representa um enorme trabalho para a comissão de licitação, que avaliará milhares de páginas de documentação de licitantes que sequer serão os vencedores.

A inversão de fases, porém, não é novidade exclusiva da Nova Lei de Licitações. Este procedimento já é visto na licitação de concessões de serviços públicos, parcerias público-privadas, no regime diferenciado de contratações (RDC) e mesmo na modalidade do pregão, desde sua edição original em 2002.

Na inversão de fases, existem vantagens para a Administração Pública e para o processo licitatório como um todo:

A primeira vantagem obtida refere-se à agilidade da licitação. Isso se dá pois é favorável para à Administração Pública analisar os documentos de habilitação somente daquele licitante vencedor do certame, diminuindo a quantidade de documentos e também do tempo que porventura seria utilizado para analisar vários documentos, em se tratando do procedimento previsto

na norma geral. Outra vantagem gira em torno da competitividade entre os proponentes, que, de fato, é favorável ao Poder Público. Essa competitividade é identificada no momento em que há aumento no número de participantes no certame. Assim, quanto maior o número de licitantes, observando o princípio da competitividade, melhor será a proposta para administração Pública, e assim o interesse público sempre irá prevalecer. (BARBOSA, 2018, p. 7).

Ademais, cabe indicar que a inversão de fases ainda agrega outra particularidade e vantagem, que é a fase recursal única. Ao invés de os licitantes poderem recorrer das decisões da Administração Pública após a decisão de habilitação e após a decisão de julgamento, agora esta fase foi consolidada em apenas um recurso, a ser apresentado após a habilitação do licitante vencedor. Dessa forma, todos os atos e temas que o licitante queira que sejam revistos serão levantados em uma única vez e respondidos/decididos pela Administração Pública também uma vez. Portanto, percebe-se que a Nova Lei de Licitações andou bem ao estabelecer que a inversão de fases será o rito padrão para o processo licitatório, incluindo-o para a modalidade de concorrência e não apenas para o pregão.

5.3. Diálogo competitivo

Conforme foi anteriormente mencionado no item 3, o diálogo competitivo se constitui de relevante inovação da Nova Lei de Licitações e, desde o processo de elaboração desta lei, tem chamado muito a atenção dos comentadores e do mercado. Ela é inspirada em procedimento com mesmo nome praticado na União Europeia e regulamentado pela Diretiva 2014/24/UE (BANDEIRA, 2022; ARAGÃO, 2021).

Consoante definição legal, em seu artigo 6º, inciso XLII, diálogo competitivo é:

modalidade de licitação para contratação de obras, serviços e compras em que a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentar proposta final após o encerramento dos diálogos. (BRASIL, 2021).

Insta brevemente pontuar que esta modalidade de licitação pode ser aplicável às obras e serviços de engenharia, tal como se depreende da definição. O que se destaca nesta nova modalidade de licitação é que há a inserção explícita do diálogo entre particulares e Administração Pública com vistas ao desenvolvimento de uma ou

mais soluções inovadoras que atendam às necessidades da gestão pública. Diferentemente de outros procedimentos existentes, como as consultas públicas ou os procedimentos de manifestação de interesse (PMI), o diálogo entre o público e o privado se dá como parte do próprio processo licitatório, tendo como etapa final a seleção de uma proposta para contratação.

A esse respeito, Aragão (2021, p. 46) escreve que se trata de um movimento mais amplo e significativo de uso do consenso como parte dos instrumentos da Administração Pública:

Sustenta-se que a abertura do direito administrativo a uma certa consensualidade não constitui propriamente uma disponibilidade do interesse público, pois a celebração de um acordo (lato sensu) com o particular pode, em certos casos, melhor atender ao interesse público do que a mera e simples imposição unilateral [...]

Essa possibilidade de negociação entre particular e Administração Pública para o alcance da melhor solução encontra terreno igualmente fértil no âmbito das contratações públicas. Embora materializada de forma distinta, a consensualidade no âmbito licitatório abre margem para um diálogo entre o contratante estatal e os possíveis contratados particulares cujo saldo pode ser bastante vantajoso para o interesse público (ARAGÃO, 2021, p. 46).

Assim, ao invés da Administração Pública preparar, elaborar e conduzir por si própria e isoladamente todo o processo licitatório, com o diálogo competitivo, passa-se a haver um compartilhamento deste processo com os próprios licitantes que participarão colaborativamente da definição e proposição do próprio objeto a ser contratado para solucionar as questões postas pela Administração Pública. Por isso mesmo, há o “o lançamento do edital de licitação sem ter a definição da forma como executar o objeto de necessidade da Administração” (BANDEIRA, 2022, p. 39).

A Nova Lei de Licitações indica que o diálogo competitivo é uma modalidade licitatória mais excepcional e que só poderá ser empregada nos casos previstos em seu artigo 32:

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;

- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato; (BRASIL, 2021).

O que se depreende dos casos indicados pela legislação é que se tratam de “hipóteses em que a Administração Pública, ciente dos objetivos que deseja alcançar com a licitação, não conhece adequadamente os mecanismos para a consecução das suas finalidades” (ARAGÃO, 2021, p. 54), ou que as soluções técnicas disponíveis no mercado não atendem a essas finalidades. Por isso mesmo, seria caso de a Administração Pública chamar os particulares interessados em contribuir.

A modalidade licitatória do diálogo competitivo será sempre composta de três fases consecutivas descritas em lei, abaixo descritas:

I – Fase de Qualificação: a Administração Pública publica edital em sítio eletrônico oficial em que constem suas necessidades e exigências já definidas, com prazo de 25 dias úteis para que os interessados manifestem interesse de participar. Visando assegurar a impessoalidade desta etapa, deverão ser indicados os critérios objetivos empregados para a qualificação destes interessados, sendo admitidos todos aqueles que cumprem os requisitos, sem limitação de máximo de participantes;

II – Fase de Diálogo: Neste momento, “tem início a etapa negocial, na qual Administração e particular efetivamente passam a discutir os termos do negócio, com vistas a alcançar a melhor solução para o alcance do objetivo pretendido” (ARAGÃO, 2021, p. 58). A Administração Pública passará a manter entendimentos com os representantes das empresas licitantes para delinear o contorno do que é a solução proposta a ser futuramente licitada sem que haja um limite temporal previsto em lei, o edital poderá prever sucessivas fases de diálogos com o afinamento das questões e soluções estudadas. Esta fase será encerrada quando, em ato devidamente fundamentado, a Administração Pública identificar a(s) solução(ões) que atenderem às suas necessidades;

III – Fase Competitiva: Ato contínuo, a Administração Pública divulgará edital “contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa” (BRASIL, 2021, p. 19). Assim, abrirá prazo de, pelo menos, 60 (sessenta) dias para que os licitantes qualificados na primeira fase possam apresentar propostas para a execução do objeto definido na segunda fase. Isto é, todos os qualificados poderão apresentar propostas, e não apenas aquele (s) que elaboraram a solução “vencedora”. Nesta etapa, há maior

semelhança com os procedimentos licitatórios tradicionais visando a escolha do licitante que oferecer a proposta mais vantajosa à Administração Pública.

No que se refere especificamente à aplicabilidade do diálogo competitivo à licitação de serviços de engenharia, verifica-se que não há indicação exata do termo “serviços de engenharia” na correlação dos casos do artigo 32 da Nova Lei de Licitações. Contudo, entende-se que os serviços de engenharia (notadamente, os serviços *especiais* de engenharia) contém em si características dos projetos aptos a serem licitados por meio do diálogo competitivo.

Isso porque estes serviços podem envolver aspectos de inovação, incertezas na formulação e/ou execução do serviço, além de complexidades técnicas, para as quais a Administração Pública constata a “impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado” ou ainda “de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração”. Portanto, entende-se que o método do diálogo competitivo é aplicável aos serviços especiais de engenharia, a serem considerados os aspectos técnicos do serviço em questão a ser licitado.

5.4. Seguro e garantias da execução do contrato

As regras aplicáveis para a requisição, pela Administração Pública, da contratação de seguros e garantias por parte dos licitantes também sofreu inovações relevantes na Nova Lei de Licitações, abaixo pormenorizada.

Inicialmente, comenta-se que estas inovações visam endereçar um problema estrutural nos contratos públicos que é a paralisação de obras e a alta quantidade de obras inacabadas:

O país apresenta um índice bastante preocupante no que diz respeito às obras iniciadas e paralisadas. O acórdão nº 1079/2019 do Tribunal de Contas da União apresenta uma conclusão com dados alarmantes destacando que das mais de 38 mil obras com recursos federais pelo menos 37% se encontravam paralisadas ou abandonadas, com investimento total previsto de R\$ 144 bilhões. São, portanto, 14 mil obras paralisadas no país envolvendo contratos no valor de R\$ 144 bilhões, de acordo com um relatório recente do Tribunal de Contas da União (TCU) (LEITE; LOPES, 2021, p. 60).

A ideia por trás destas alterações normativas é providenciar algumas soluções para que a Administração Pública possa reverter esse quadro existente e possa atuar

em futuros casos de obras que foram paralisadas por parte dos licitantes, mediante o acionamento das garantias oferecidas pelos contratados como requisito da licitação.

Em primeiro lugar, a Nova Lei de Licitações majorou os percentuais de garantias que podem ser requeridos pela Administração Pública. Anteriormente, sob a aplicação da Lei Federal n. 8.666/1993, o seu artigo 56, parágrafo 2º, previa-se que a garantia poderia ser de, no máximo, 5% (cinco por cento) do valor do contrato ou até 10% (dez por cento) “para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente” (art. 56, parágrafo 3º).

Na Nova Lei, além deste importe de 5% a 10%, é também previsto um percentual ainda maior para obras de grande vulto, isto é, aquelas obras cujo valor estimado é superior a R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), conforme previsto no seu artigo 99:

Nas contratações de obras e serviços de engenharia de grande vulto, poderá ser exigida a prestação de garantia, na modalidade seguro-garantia, com cláusula de retomada prevista no art. 102 desta Lei, em percentual equivalente a até 30% (trinta por cento) do valor inicial do contrato. (BRASIL, 2021).

Há, portanto, majoração do teto de garantia requerido nas obras mais complexas, de 10% para 30% (trinta por cento). Mas essa ainda não é a maior inovação da nova legislação neste tema.

Observa-se que a inovação mais estrutural está no artigo 102, que prevê a possibilidade de que a seguradora seja obrigada a assumir a execução do contrato em caso de inadimplemento, nos termos que se segue:

Art. 102. Na contratação de obras e serviços de engenharia, o edital poderá exigir a prestação da garantia na modalidade seguro-garantia e prever a obrigação de a seguradora, em caso de inadimplemento pelo contratado, assumir a execução e concluir o objeto do contrato, hipótese em que:

I - a seguradora deverá firmar o contrato, inclusive os aditivos, como interveniente anuente e poderá:

- a) ter livre acesso às instalações em que for executado o contrato principal;
- b) acompanhar a execução do contrato principal;
- c) ter acesso a auditoria técnica e contábil;
- d) requerer esclarecimentos ao responsável técnico pela obra ou pelo fornecimento;

II - a emissão de empenho em nome da seguradora, ou a quem ela indicar para a conclusão do contrato, será autorizada desde que demonstrada sua regularidade fiscal;

III - a seguradora poderá subcontratar a conclusão do contrato, total ou parcialmente.

Parágrafo único. Na hipótese de inadimplemento do contratado, serão observadas as seguintes disposições:

I - caso a seguradora execute e conclua o objeto do contrato, estará isenta da obrigação de pagar a importância segurada indicada na apólice;

II - caso a seguradora não assuma a execução do contrato, pagará a integralidade da importância segurada indicada na apólice. (BRASIL, 2021).

Este mecanismo é chamado de “*step-in rights*”, ou cláusula de retomada, e é aplicável há mais tempo nas concessões de serviços públicos, da Lei Federal n. 8.987/1995, e nas Parcerias Público-Privadas, da Lei Federal n. 11.079/2004 (LEITE; LOPES, 2021).

Neste mecanismo, tem-se que a seguradora poderá vir a ser obrigada a assumir a execução do restante do contrato quando a empresa licitante não adimplir com suas obrigações e com a conclusão da obra. Como informa o parágrafo segundo a seguradora poderá optar por não assumir a execução da obra e, assim, pagar a importância segurada. E, se vier a assumi-la, por si ou por subcontratação, certamente poderá receber da Administração Pública a remuneração devida pela obra.

Uma vez que potencial responsável por assumir a execução da obra, naturalmente a seguradora terá maiores poderes ao longo da execução contratual, tais como atuar como interveniente no contrato e ter acesso à documentação da obra, bem como obter esclarecimentos a respeito (inciso I do artigo acima):

Note-se, então, que com a cláusula de retomada a seguradora se torna parte efetiva do contrato e será chamada para concluir a obra ou serviço caso o segurado não o faça. Isto é, em caso de inadimplemento pelo contratado, sua obrigação passa a ser de executar a obra, e não apenas pagar a indenização, o que altera substancialmente o risco por ela assumido. Embora possa contratar terceiro para dar seguimento à execução contratual, os riscos envolvidos e as responsabilidades contratuais continuam a cargo da seguradora. (SOUZA et al, 2022, p. 1).

É previsível que as inovações legislativas terão impactos nos mercados de engenharia e de seguros. É de se aguardar que os custos dos prêmios destes seguros serão majorados, uma vez que a própria seguradora aumentará seus riscos ao se comprometer com tais obras públicas e ao, potencialmente, vir a executá-las. Igualmente, é de se esperar que as seguradoras alterem suas minutas e políticas contratuais para se adequar a essa nova realidade legal e incorporar essas novas responsabilidades e papel ativo acima comentado.

Por fim, cabe ainda a crítica que esta nova precaução para lidar com as obras inacabadas não resolve uma de suas principais causas, que é o inadimplemento da própria Administração Pública licitante. Por muitas vezes, é esta quem deixa de cumprir com a remuneração ou outras obrigações contratuais, o que vem a impedir a continuidade da execução contratual.

5.5. Planejamento de contratações

Aspecto que tomou proporções inovadoras na Nova Lei de Licitações é referente ao planejamento das contratações por parte da Administração Pública, com correlatos impactos na qualidade, eficiência e economicidade das licitações realizadas.

De início, vale mencionar que o planejamento é essencial para a Administração Pública, desde muito antes da edição da Nova Lei de Licitações, a qual vem para reforçar essa necessidade e torná-la mais clara e obrigatória à gestão pública. O planejamento de contratações públicas pode trazer diversos benefícios para o governo, dentre os quais, cita-se: maior *value for Money* (ou seja, eficiência) na contratação; aumentar a transparência; aumentar a participação pública e controle social no processo decisório; além de lidar adequadamente com os riscos que vierem a ser identificados no processo de planejamento de uma determinada contratação.

A questão tomou tamanha relevância na Nova Lei de Licitações, que o seu artigo 5º previu que o planejamento é até mesmo um princípio das licitações:

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios 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, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro). (BRASIL, 2021. Grifos nossos).

Muito devidamente, além de tornar o planejamento um princípio das licitações, a Nova Lei ainda previu disposições concretas para a aplicação do planejamento das contratações, para que este princípio não se tornasse “letra morta”.

Veja-se que o artigo 12 da lei prevê que o planejamento de contratações deverá tomar a forma de um “plano de contratações anual”, a ser divulgado e mantido a

disposição do público no site do oficial (parágrafo 1º). Este plano deverá considerar as diferentes demandas dos órgãos da Administração Pública, que encaminharão suas requisições ao órgão de planejamento central do órgão federativo, visando subsidiar a sua elaboração e das leis orçamentárias (inciso VII).

É este plano anual de contratações que guiará os procedimentos licitatórios da Administração Pública. Assim, a fase preparatória de cada processo de licitação deverá estar compatível com as previsões feitas no plano e com as leis orçamentárias:

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:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do edital de licitação;

VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei. (BRASIL, 2021).

Ademais, também visando concretizar esse princípio do planejamento, a Nova Lei coloca que o próprio estudo técnico-preliminar, conforme parágrafo primeiro do artigo 18, deverá conter “demonstração da previsão da contratação no plano de

contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração” (BRASIL, 2021).

Ainda que a responsabilidade pela condução da fase preparatória seja de competência da comissão de licitação, conforme a Nova Lei, ressalta-se a responsabilidade pelo planejamento das licitações está alçada à alta administração dos órgãos públicos, justamente visando maior segurança de seu cumprimento:

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no caput deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações. (BRASIL, 2021).

Por fim, cabe ilustrar que, no âmbito da Administração Pública federal, já foi editado o Decreto n, 10.947, de 25 de janeiro de 2022 que regulamenta o plano de contratações anual e institui o “Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações. Vê-se, então, um primeiro exemplo da aplicação do princípio do planejamento e da prática deste planejamento pela gestão pública brasileira.

5.6. Portal Nacional de Contratações Públicas

Importante inovação também muito celebrada em torno da Nova Lei de Licitações é o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP). Este portal visará concentrar em sua rede todo o conjunto de editais, contratos, aditivos, notas fiscais e demais atos licitatórios e contratuais exigidos na Nova Lei. Ele será, então, o sítio eletrônico oficial para a divulgação centralizada de todas essas documentações e informações obrigatórias por lei.

O novo Portal, assim, reforça o compromisso da Nova Lei de Licitações em garantir a publicidade e transparência da Administração Pública previstas desde o artigo 37 da Constituição Federal:

Ao divulgar os planos, catálogos, editais, avisos, atas, contratos e demais atos administrativos relevantes, inclusive relatórios de desempenho, o PNCP cumpre um papel indiscutível de promoção da transparência pública, que é mais amplo inclusive que o dever de publicidade dos atos administrativos. Isso porque o princípio da publicidade exige que ato administrativo esteja visível ao público, enquanto que a transparência é responsável por

disponibilizar informações de forma acessível (em qualquer lugar ou tempo), completa (na íntegra), ativa (sem necessidade de requerimento, processo ou autorização), útil (em formato de dados abertos) e eficiente (ao menor custo). Portanto, tal ferramenta é necessária para assegurar que as partes interessadas (stakeholders) tenham confiança no processo decisório governamental, na gestão das atividades das organizações públicas e nos agentes que operam dentro delas. (FURTADO, 2021, p.1).

O Portal Nacional de Contratações Públicas está descrito no artigo 174 da Nova Lei, abaixo transcrito para conhecimento e posterior análise:

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:

I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;
II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.

§ 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:

I - 3 (três) representantes da União indicados pelo Presidente da República;
II - 2 (dois) representantes dos Estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;
III - 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios.

§ 2º O PNCP conterá, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:

I - planos de contratação anuais;
II - catálogos eletrônicos de padronização;
III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;
IV - atas de registro de preços;
V - contratos e termos aditivos;
VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.

§ 3º O PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer:

I - sistema de registro cadastral unificado;
II - painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;
III - sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88 desta Lei;
IV - sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;
V - acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep);
VI - 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 desta 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;
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.

§ 4º O PNCP adotará o formato de dados abertos e observará as exigências previstas na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. (BRASIL, 2021).

Em primeiro lugar, aponta-se que o Portal é uma ferramenta de abrangência *nacional* e não apenas *federal* ou sequer sob o controle centralizador do governo federal. Por esta razão, a gestão deste Portal é feita pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, sendo ele composto por do governo federal, dos Estados e dos municípios. Este Comitê será responsável por toda a gestão da rede, “devendo estabelecer diretrizes, articular e coordenar a implementação das ações e iniciativas relacionadas à gestão, ao suporte tecnológico, ao aperfeiçoamento e à utilização do Portal” (AMORIM, 2021, p. 1). O regramento mais específico sobre o funcionamento deste Comitê Gestor está previsto no Decreto Federal n. 10.764, de 09 de agosto de 2021.

Interessante notar que a Nova Lei prevê que, no conteúdo do Portal, deverá conter todo o conjunto de informações acerca das licitações e contratações, desde o planejamento até as notas fiscais pertinentes à execução do contrato. Nesse sentido, a Nova Lei também prevê explicitamente, em seu artigo 54, que a publicidade do edital de licitação está condicionada à sua divulgação no Portal; e que a divulgação do contrato e seus aditivos é condição indispensável para sua eficácia (art. 94). Assim, assegura-se que haverá mais *enforcement* para a execução e cumprimento das regras de uso deste Portal.

O escopo do Portal também é bastante abrangente, uma vez que reunirá todos os sistemas eletrônicos aplicáveis ao processo de contratação pública, a exemplo do sistema de registro cadastral, banco de preços, sistemas de planejamento, realização de sessões públicas e cadastro de empresas punidas. Certamente, a implementação de todo esse escopo será desafiadora para o Comitê Gestor e para as administrações públicas envolvidas, especialmente aquelas de menor porte.

Neste escopo, interessante destacar que a Nova Lei também previu a criação de um “sistema de gestão compartilhada com a sociedade”, mediante a qual é possível o envio de mensagens por cidadãos à Administração Pública e à empresa contratada visando a prestação de informações e esclarecimentos. Trata-se de mais uma medida de controle social implementada pela Nova Lei de Licitações.

5.7. O cenário atual da Nova Lei de Licitações

Importa comentar que é sabido que o texto da Nova lei passará por um período de convivência de dois anos com outras legislações ainda vigentes, como previsto em seu artigo 194, visto que ainda poderiam ser utilizadas as Leis Federais n. 8.666, n. 10.520 e n. 12.462, cabendo ao órgão ou entidade licitante escolher seguir a Nova Lei ou as antigas.

O que deve ser também ressaltado é que, embora o prazo de vigência e aplicação obrigatória da Nova Lei esteja se aproximando, o que ainda se observa é que muitos órgãos da Administração Pública persistem utilizando-se das antigas legislações. Não houve, portanto, uso destes últimos dois anos para adequação e treinamento da gestão pública para aplicação da Nova Lei de Licitações. Será importante observar a orientação da alta administração e dos órgãos de controle interno e externo a respeito do acompanhamento e aplicação da legislação.

Por mais avanços que possam ser citados na nova legislação, ainda lhe são cabíveis críticas. Podemos observar que, mesmo depois de anos em tramitação e discussão no Congresso, o resultado da nova lei de licitações não foi aquele aguardado por muitos membros da Administração Pública e por parte da comunidade jurídica.

Esperava-se uma lei enxuta, menos formalista, menos burocrática, moderna, adequada às demandas atuais, com algum espaço de liberdade para que Estados e Municípios pudessem adequar as suas normas gerais frente às particularidades locais.

Deste momento em diante, prestes a entrada da Nova Lei de Licitações, caberá aos estudiosos e à academia em geral se aprofundar em cada um dos aspectos teóricos e práticos da nova legislação, visando melhor orientar sua aplicação pela Administração Pública, para além dos avanços já feitos e apesar de eventuais defeitos da lei tal como está.

As alterações não são poucas e terão impactos significativos para a Administração Pública e para o mercado de serviços de engenharia. Com isso, torna-se imprescindível o estudo dessas mudanças e avaliação de seus impactos e para que haja tempo de implantar estas alterações sem ônus para a Administração Pública. É importante que se saiba com clareza quais mudanças ocorreram na Nova Lei e que estas informações sejam corretamente difundidas para os servidores, para que estes exerçam seus trabalhos de forma a não causar nenhum ônus como ente licitante nem como prestador de serviço.

Durante a elaboração do trabalho, foram obtidas as seguintes informações e entendimentos, como abaixo se descreve:

- Licitação é conjunto de atos adotados pela Administração Pública, no qual permite-se às empresas interessadas naquele objeto concorrerem para a obtenção do contrato pretendido pelo órgão licitante;
- É imprescindível que a Administração Pública licite os contratos a serem fechados, visando assegurar o bom destino do orçamento público e assegurar a igualdade e competitividade entre os licitantes;
- Existem diferentes tipos de licitação que podem ser conduzidas, as chamadas modalidades de licitação, cada qual com seu formato e rito. As modalidades previstas na Nova Lei de Licitações são: pregão, concorrência, concurso, leilão e diálogo competitivo.
- A Nova Lei de Licitações define o que são as obras e os serviços de engenharia, sendo o conjunto de atividades para obter uma utilidade, intelectual ou material que são privativas das profissões de arquiteto ou engenheiro e que não são obras; os serviços de engenharia ainda podem ser comuns (se puderem ser definidos de forma padronizada pelo mercado em seus critérios de qualidade e desempenho) ou especiais (se não o puderem ser);
- Há a padronização de inversão de fases nas licitações. Primeiro, serão obtidas as propostas de preços dos licitantes e só após será feita a habilitação do candidato mais bem colocado. Esta inversão diminui a burocracia do procedimento licitatório e evita suspensões pelo ajuizamento de ações pelos licitantes que não foram habilitados;
- Há a criação de uma nova modalidade de licitação que é o diálogo competitivo. Nele, as empresas apresentam propostas para a solução de uma demanda pela Administração Pública, sendo o objeto que melhor soluciona o problema assim finalmente escolhido para ser amplamente licitado.
- A Nova Lei de Licitações majora os percentuais de garantias que podem ser requeridos das empresas contratadas, até o importe de 30% do valor da obra. Adicionalmente, há a criação da cláusula de retomada, em que a seguradora se substitui ao contratado inadimplente para terminar o serviço ou obra;
- Cria-se o Portal Nacional de Contratações Públicas, que centralizará todas as informações, publicações, atos e contratos referentes às licitações de todo o país, a nível federal, estadual e municipal.

6. CONCLUSÕES

As principais mudanças entre os dispositivos da nova lei para a contratação de obras e serviços de engenharia estão em torno do conceito de serviços de engenharia, das modalidades de licitações e de alguns aspectos da execução dos contratos. Espera-se que estas alterações impactem apenas positivamente a contratação das obras e serviços de engenharia, uma vez que, como já descrito no texto, por mais avanços que possam ser citados na nova legislação, ainda lhe são cabíveis críticas já que a utilização do novo dispositivo de lei ainda não está totalmente difundida no cenário nacional.

Das inovações tratadas neste documento, podemos aludir pontos positivos e negativos, onde para a definição de serviços de engenharia destaca-se como maior ponto positivo a possibilidade de utilização do pregão para os serviços comuns e o negativo o debate acerca do conceito jurídico de bens e serviços comuns, que poderá causar divergências de entendimentos em torno desta concepção em relação aos serviços especiais. Já na padronização da inversão de fases e fase única recursal o ponto positivo consistir na celeridade e objetividade nos procedimentos da fase externa de uma licitação, fazendo com que os procedimentos licitatórios e logo o início e conclusão das obras ocorram em menor tempo, e o negativo poderá ser a ocorrência de combinações entre empresas, permitindo que uma empresa fantasma entre na disputa apenas para simular que houve competição e não precisará providenciar sua documentação. No diálogo competitivo positiva-se a inovação ao promover uma maior interação entre a Administração e os licitantes na definição do objeto a ser contratado e visa romper o paradigma tradicional até então vigente, como também trará inovações para as obras públicas, carentes de inovação e tecnologia, e tendo como pontos negativos a preocupação em torno do quão complexo seria o processo, que é pode ser dispendioso em termos de recursos e tempo, e se tratando de uma modalidade nova, a administração pública pode não ter pessoal preparado para conduzir tais processos complexos, por isso dependeriam excessivamente de consultores externos. No seguro garantia pode-se concluir como o principal ponto positivo gira em torno da maior seguridade na conclusão das obras, já que a seguradora poderá assumi-las em caso de inadimplência da contratada, porém tem-se o risco desta seguradora não possuir a qualificação necessária para tal serviço.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. O diálogo competitivo na nova lei de licitações e contratos da administração pública. In: Rev. Direito Adm., Rio de Janeiro, v. 280, n. 3, p. 41-66, set/dez. 2021.

AMORIM, Victor. Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP): evolução, possibilidades e utilização à luz da Lei nº 14.133/2021. Disponível em: <https://www.novaleilicitacao.com.br/2023/02/01/portal-nacional-de-contratacoes-publicas-pncp-evolucao-possibilidades-e-utilizacao-a-luz-da-lei-no-14-133-2021>. Acesso em 12/02/2023.

BANDEIRA, Lucélia. A Nova Lei De Licitações (Lei Nº 14.133/2021) e os impactos na contratação de obras e serviços de engenharia. Trabalho Conclusão do Curso. Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. 2022.

BARBOSA, Marcelo Moreira Santos. A inversão das fases licitatórias na modalidade concorrência: um comparativo entre a lei estadual baiana 9.433/05 e a lei federal 8.666/93, e a proposta do projeto de lei nº 6.814/2017. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Católica de Salvador. 2018.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 2016.

BRASIL. Presidência da República. Lei Nº 8.666. Normas para licitações e contratos da Administração Pública. Brasília: Casa Civil, 1993.

BRASIL. Presidência da República. Lei Nº 10.520. Institui modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns. Brasília: Casa Civil, 2002.

BRASIL. Presidência da República. Lei Nº 12.462. Institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC. Brasília: Casa Civil, 2011.

BRASIL. Decreto Federal 10.024. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Brasília: Casa Civil, 2019.

BRASIL. Decreto Federal 10.764. Dispõe sobre o Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, de que trata o § 1º do art. 174 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Brasília: Casa Civil, 2021.

BRASIL. Decreto Federal 10.947. Regulamenta o inciso VII do caput do art. 12 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021, para dispor sobre o plano de contratações anual e instituir o Sistema de Planejamento e Gerenciamento de Contratações no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Brasília: Casa Civil, 2022.

BRASIL. Presidência da República. Lei Nº 14.133. Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Brasília: Casa Civil, 2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 335.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

Diretiva 2014/24/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32014L0024>>

FANHANI, Elenita E. e ROSA, Ednaldo H. P. Algumas reflexões sobre o comércio eletrônico: vantagens da comercialização pela Internet. Revista de Administração Nobel, nº 3. p. 71-76. 2004.

FURTADO, Monique Rocha. Portal Nacional de Contratações Públicas: uma nova lógica jurídica, gerencial e econômica para a Lei de Licitações e Contratos.

Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/224520/pncp%20-%20C%20A%20uma%20nova%20lógica%20jurídica,%20gerencial%20e%20econômica%20para%20a%20Lei%20de%20Licitações%20e%20Contratos%20-%20onll.pdf?sequence=1>. Acesso em 13/02/2023.

GUIMARÃES, Edgar. Nova Lei de Licitações e Contratos competência legislativa, âmbito de incidência, vigência e impacto nas leis estaduais, municipais e regulamentos do Sistema S. Disponível em:

https://portal.jmlgrupo.com.br/pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id=239. Acesso em 16/02/2023.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

LEITE, Flávia Piva Almeida; LOPES, Cintia Barudi. A Nova Lei de Licitações – Lei nº 14.133/21 e o seguro-garantia com cláusula de retomada: vantajosidade para a adimplência dos contratos administrativos. In: Revista de Direito Brasileira, Florianópolis, v. 29, n. 11, p. 57-70, Mai./Ago. 2021.

MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2012.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2022.

SOUZA, Caio Augusto Nazário et al. Reflexões sobre a cláusula de retomada na nova Lei de Licitações. Revista Conjur. Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2022-jun-15/opiniao-clausula-retomada-lei-licitacoes>. Acesso em 12/02/2023.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Licitações e contratos: orientações e jurisprudência do TCU. Brasília: TCU, 2010.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1.046/2014 – Plenário. 2014.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 1.287/2008 – Plenário. 2008.