

NOVA LEI DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS: MUDANÇAS RELEVANTES

José Serafim da Costa Neto¹

RESUMO

As contratações públicas possuem extrema relevância para o Direito Administrativo Brasileiro e também para a sociedade, visto que se trata dos procedimentos pelos quais os entes públicos contratam serviços e adquirem bens para atender primordialmente ao interesse público. O respeito às normas não deve impedir que seja atendido o princípio da eficiência, razão pela qual se deve ter uma preocupação constante em tornar essas contratações cada vez mais vantajosas para garantir melhores resultados para os entes e os cidadãos, os quais devem ser beneficiados por tais aquisições e contratações. Entrou em vigor a Nova Lei de Contratações Públicas em 1º de abril de 2021, a qual consolidou diversas normas já existentes, esclareceu determinados aspectos controversos e inovou em determinados institutos.

Palavras-chave: Nova Lei. Contratações Públicas. Interesse Público.

¹ Advogado. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Público pela PUC/ MG e em Direito Administrativo e Gestão Pública pela FCV.

“A menos que modifiquemos a nossa maneira de pensar, não seremos capazes de resolver os problemas causados pela forma como nos acostumamos a ver o mundo”
(Albert Einstein)

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Lei Federal n.º 14.133, de 1º de abril de 2021, previu em seu artigo 194 que: “Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”. Sendo assim, a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos incorpora-se aos regramentos já vigentes acerca das contratações públicas no Brasil, dentre os quais se destaca no centro desse microssistema jurídico a Lei Federal n.º 8.666/93.

A lei supracitada, cuja aplicabilidade já perdura por mais de 27 (vinte e sete) anos até o presente momento, foi importante historicamente para fortalecer o exercício de controle da atividade administrativa, bem como para coibir a prática de erros formais e atos ímprobos pelos atores envolvidos nas contratações públicas. Não se pode olvidar que a legislação vigente está obsoleta e mesmo com as alterações realizadas já não atende a contento às necessidades da gestão pública contemporânea, primordialmente com os avanços das novas tecnologias da informação e a sistemática do modelo gerencial da Administração Pública desde o advento do princípio da eficiência com a entrada em vigor da Emenda Constitucional n.º 19/1998.

O dia 01º de abril de 2021 ficará marcado para a sociedade brasileira como o dia emblemático da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, a qual surge com a ousadia de inovar na gestão pública brasileira, bem como ser instrumento para o desenvolvimento nacional e atender aos anseios das necessidades que surgem das legislações anteriores, inclusive com relação ao controle das atividades desenvolvidas pelos agentes públicos e os privados que se relacionam com a Administração Pública.

A elaboração de todo e qualquer trabalho acadêmico exige zelo de seu autor, mas essa responsabilidade amplia-se substancialmente quando se discute uma Lei de tamanha envergadura, vide a Lei Federal n.º 14.133/2021. Ademais, esse contexto fortalece a necessidade de desenvolvimento de escritos, como o presente, no meio acadêmico para que sejam traçadas as primeiras linhas das compreensões dos juristas e operadores do direito acerca dessa novel legislação que pretende revolucionar a seara das contratações públicas brasileira.

As contratações públicas são deveras relevantes para a Administração Pública, pois por meio delas se adquirem os insumos e materiais, bem como contratam os serviços, inclusive, obras para atender às necessidades administrativas. Desse modo, toda e qualquer mudança nessa seara já merece atenção da sociedade, no entanto ela deve ser ainda maior quando se trata de uma legislação com diversas mudanças substanciais, conforme se observará do presente artigo.

Sendo assim, é importante destacar que esse artigo é um retrato do momento atual, visto que a lei foi recentemente sancionada pela presidência da república, bem como ainda não foi regulamentada ou alterada por outras normas supervenientes, inclusive na esfera infralegal ou por outros entes, vide estados e municípios. A bem da verdade, os estudos, as análises e as pesquisas são sempre representações do estado da arte à época da sua elaboração, razão pela qual esse trabalho deve servir para esclarecer determinadas alterações consideradas mais relevantes, mas principalmente para que sirva como provocação aos leitores para que possam se debruçar mais sobre a temática.

Nada obstante o que será abordado no percurso do presente artigo, tem-se que a redação da Lei Federal n.º 14.133/2021 está mais próximo da realidade dos ministérios da União do que das secretarias dos Municípios, especialmente os de menor porte que ainda sofrem com ausência de infraestrutura, carência de recursos e desqualificação da mão de obra. De toda sorte, a novel lei acompanha a lei anterior no que concerne à manutenção desnecessária de determinados formalismos

que não são mais condizentes e adequados à realidade vivenciada no tempo presente.

Desta feita, esse trabalho pode ser entendido como possível ponto de partida para as discussões acerca da Nova Lei de Contratações Públicas brasileira, todavia jamais possuirá a pretensão de ser o ponto de chegada ou trazer respostas conclusivas ou definitivas. O objetivo principal é contribuir com a pesquisa acadêmica acerca do tema e trazer perspectivas a serem comprovadas ou refutadas futuramente.

2 ASPECTOS FORMAIS IMPORTANTES DA LEI FEDERAL N.º 14.133/2021

A Lei Federal n.º 14.133/2021 traz consigo mudanças relevantes para as contratações públicas, mas antes de adentrar na discussão prática e procedimental acerca da novel lei é preciso que se estabeleçam as premissas formais e os princípios atinentes à matéria. Nesse contexto, a Lei entrou em vigor na data de sua publicação, ou seja, não houve *vacatio legis*, caracterizado por ser o período entre o ato de conferir publicidade a norma e sua efetiva aplicação.

A regra geral para o Brasil, de acordo com a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) é de 45 (quarenta e cinco) dias, no entanto a própria legislação pode estabelecer prazo diverso, como fez o Código de Processo Civil, ou até a inexistência de prazo, nos moldes da novel lei de licitações, cuja aplicabilidade passou a ser aplicada de maneira imediata após a publicação da norma no Diário Oficial da União (DOU) do dia 1º de abril de 2021.

A legislação traz ainda um período de convivência entre a nova lei de contratações públicas e a legislação anterior, qual seja o prazo de 2 (dois) anos, pois as Leis Federais n.º 8.666/93 (Lei Geral de Licitações), n.º 10.520 (Lei do Pregão), e n.º 12.462/2001 (Regime Diferenciado de Contratações) somente serão revogadas em 1º de abril de 2023. Desse modo, apesar de não estabelecer um período de *vacatio legis* o legislador

conferiu a possibilidade de que a Administração Pública, os servidores e particulares pratiquem os atos com base na lei anterior em determinados aspectos durante dois anos enquanto se estrutura e organiza para a aplicação da nova lei.

A bem da verdade se trata de um regime de transição inusitado, mas que poderá ser interessante na prática, de todo modo a Administração poderá usar o regime antigo, o regime novo, ou alternar entre os regimes, no entanto é vedada a aplicação conjunta de ambos os regimes ou uma mescla entre eles. A previsão legal que traz essa regra imposta pelo legislador é o art. 191, *caput*, da Lei Federal n.º 14.133/2021.

A regra de transição trazida pelo legislador pode ser complicada na prática durante esses dois anos, no entanto a situação torna-se ainda mais polêmica quando se trata do regime de transição dos contratos. Os contratos que forem assinados durante a vigência das legislações que serão revogadas acompanharão as normas daquela lei que regia o procedimento licitatório ou contratação direta, inclusive se esse contrato for firmado no prazo de 2 (dois) anos de convivência entre a novel legislação e as leis anteriores, conforme se verifica do art. 191, parágrafo único³.

Sendo assim, as previsões da Lei sob análise estão condizentes com as regras gerais do ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que o contrato administrativo acompanha o procedimento licitatório, razão pela qual se o procedimento foi realizado com base no regime

2 Art. 191. Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

3 Art. 191. [...]

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se a Administração optar por licitar de acordo com as leis citadas no inciso II do caput do art. 193 desta Lei, o contrato respectivo será regido pelas regras nelas previstas durante toda a sua vigência.

antigo, o contrato será firmado sob o mesmo regime, assim como se o procedimento foi realizado com escopo no regime novo, o contrato também será firmado sob o novo regime. Oportunamente, tem-se que mencionar a possibilidade de a Administração assinar contratos com base no regime antigo após a revogação das legislações do regime antigo, pois a revogação das leis não traz como consequência a extinção de todos os processos licitatórios em curso, segundo o texto normativo.

Ademais, o período de convivência entre os regimes distintos ultrapassa o prazo de dois anos de convivência das normas trazidas pela Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, visto que trata da necessidade de que os contratos acompanhem o regime de sua contratação enquanto perdurar sua vigência. Desse modo, as hipóteses de prorrogação desses contratos é de até 60 (sessenta) meses para serviços contínuos, com base no art. 57, inciso II, da Lei Federal n.º 8.666/93 e, até, mais 12 (doze) meses em situações excepcionais, ou seja, após a conclusão do período de convivência contratos sob a égide da lei anterior poderão ter seus efeitos postergrados no tempo após 6 (seis) anos da revogação da lei que lhe embasa.

Dando continuidade à análise acerca da transição entre os regimes de contratações públicas, importa mencionar que determinadas polêmicas serão objeto de debates significativos na prática forense, no cotidiano da gestão pública e nas decisões dos tribunais. Primeiramente, a legislação confere autorização para que sejam realizados certames licitatórios com base no regime antigo por dois anos, mas determinados certames ainda estarão em curso quando da revogação das leis anteriores.

Entende-se, por oportuno, que não parece razoável a extinção de todos esses processos para que sejam reiniciados com base na novel legislação ou uma análise casuística de convalidação de determinados atos para aplicação da novel lei, inclusive por se estar incorrendo na vedação já trazida pela Lei Federal n.º 14.133/2021 da mescla entre os procedimentos. *A priori*, verifica-se que o entedimento mais condizente com a segurança jurídica é o prosseguimento do processo administrativo

para a contratação pública com base no regime antigo e conseqüentemente o contrato será firmado sob a égide desse mesmo regime.

Posteriormente, avança-se para uma segunda etapa dessa discussão, qual seja, quando o marco que caracteriza o início de uma licitação, posto que definido o aspecto anterior de que o início do certame condicionará a sua realização e contratação com base na legislação anterior faz-se mister definir qual será o início dos procedimentos. A Lei Federal n.º 14.133/2021 em seu art. 17, inciso I⁴, considera a etapa preparatória como a fase inicial do procedimento.

Nesse sentido, considerando a etapa preparatória como o início da licitação será possível que ocorra a publicação de editais de licitação com base nas leis anteriores após a sua revogação, quando houver o transcurso do prazo de dois anos de convivência entre os dois regimes. No entanto, em situação similar, qual seja, a transição para a aplicação da Lei Federal n.º 13.303/2016, também conhecida como Lei das Estatais, e que estabelecia prazo máximo de 2 (dois) anos de *vacatio legis*, pois estava condicionado a reunir as condições para aplicar a nova lei e após iniciar sua aplicação já não poderia retroceder para a lei anterior, bem como se estabelecia que as licitações iniciadas neste prazo prosseguissem com base no regime anteriormente vigente, o Tribunal de Contas da União (TCU) entendeu que somente se consideraria iniciada a licitação com edital já publicado⁵.

Diferentemente do que dispõe o Tribunal de Contas da União (TCU) não se verifica como simples as motivações trazidas com o intuito de justificar que o procedimento licitatório se inicia com a publicação do Edital. O primeiro argumento trazido não merece prosperar, pois se faz uma ilação acerca do juízo de razoabilidade do legislador

4 Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência: I – preparatória;

5 TCU, Acórdão n.º 2279/2019. Plenário, Relator: Ministro Augusto Nardes, , Data do Julgamento: 25/09/2019

e desconsidera-se o disposto na legislação, todavia quando se trata de direito administrativo deve-se respeitar o princípio da legalidade estrita, ou seja, não há margem para leituras dessa natureza.

Nada obstante, o segundo motivo é de que o prazo foi suficiente, no entanto não há qualquer critério objetivamente auferível para comprovar essa dita suficiência, bem como se desconsideram as próprias disposições legais. Já com relação ao terceiro fundamento se faz menção a iniciativa privada, entretanto o poder público também é destinatário, inclusive o principal, dos procedimentos de aquisições públicas, razão pela qual não se concorda com a visão emanada pela Corte de Contas Federal em caso similar.

Após o transcurso das disposições da novel lei em discussão que trata dos regimes de transição, tem-se ainda que trazer à baila as disposições legais que serão revogadas de imediato, quais sejam as do âmbito criminal. Os contratos firmados por dispensa e inexigibilidade com base no regime antigo seguirá esse regime, conforme já fora debatido e nos moldes estabelecidos pelo §1º, art. 191, entretanto o regime de transição do §2º desse mesmo dispositivo legal é taxativo ao afirmar que a convivência dos regimes ocorre para quando a administração licitar, ou seja, nas contratações diretas se aplica de maneira imediata o novo regime.

Nesse sentido, o art. 193, inciso I, da Lei Federal n.º 14.133/2021 revoga imediatamente os dispositivos que tratam de crimes na lei de licitações e contratos administrativos vigentes.

Não se pode olvidar, por oportuno, que a novel lei de licitações traz em seu texto legal, especificamente no art. 177, a inserção do IV para o art. 1.048 da Lei Federal n.º 13.105/2015 (Código de Processo Civil), cujo objetivo é garantir a tramitação prioritária no Poder Judiciário de demandas que discutam as normas gerais de licitação e contratação pública. Desse modo, poder-se-ia polemizar a expressão “normas gerais de licitação e contratação” para que fossem firmados os limites de aplicabilidade dessa norma com o intuito de definir quais seriam os

processos judiciais atingidos pela supracitada prioridade de tramitação, no entanto a discussão se esvai na medida em que a redação do art. 1º da Lei sob análise é categórica ao afirmar que tratará de estabelecer normas gerais de licitação e contratação, ou seja, todas as demandas que envolvam a novel lei devem receber a dita tramitação prioritária.

Ainda no que concerne aos aspectos formais da legislação sob análise, tem-se a polêmica que está sendo gerada em torno dos ditos regulamentos da Nova Lei de Licitações, pois a legislação vigente no corpo de seu texto legal estabelece diversas matérias que precisam ou podem ser regulamentadas. Os regulamentos são de suma importância para facilitar a execução da lei (ATALIBA, 1969, p. 24), entretanto o legislador deveria ter sido mais claro acerca das competências e limites desse poder regulamentar dos entes públicos submetidos à novel lei.

Ademais, os regulamentos já estão suscitando diversos questionamentos na prática, mas que devem ser elaborados pelos entes no âmbito de suas respectivas circunscrições territoriais, inclusive garantindo um viés mais prático e próximo da realidade de cada ente com base em critérios técnicos e respeitando os limites legais (MELLO, 2019, p. 321).

Sendo assim, realizadas as explicações necessárias acerca dos aspectos formais da novel lei, mas sem o intuito de esgotar a discussão e buscando contribuir com as nuances e os desdobramentos decorrentes de uma nova sistemática que irrompe no ordenamento jurídico pátrio, faz-se necessário, por conseguinte, aprofundar nos princípios que regem a matéria e nas fases relacionadas as licitações, especialmente com ênfase no planejamento como cerne dos debates relacionados às contratações públicas.

6 Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação [...]

3. O PLANEJAMENTO NO CENTRO DAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS E OS PRINCÍPIOS COMO VETORES DE CONVERGÊNCIA

As contratações públicas exigem formalidades da Administração Pública e são realizadas mediante procedimentos, sejam eles licitatórios ou não, quando o legislador estabelece possibilidade de contratação direta. De toda sorte, a contratação direta não faz com que se torne dispensável o cumprimento ao rito procedimental trazido pela lei, o qual é composto de diversos atos administrativos das mais diversas naturezas, inclusive atos vinculados e discricionários.

A atuação dos gestores públicos é discricionária, via de regra, no que concerne às contratações públicas, posto que são constantemente relacionadas as escolhas, inclusive difíceis, visto que na gestão públicas as necessidades são infinitas e os recursos são finitos, quando não escassos. Desse modo, o raciocínio deve ser de planejamento como fase prioritária das contratações públicas, pois historicamente as administrações públicas erroneamente se preocupavam de maneira imediata com a execução, a qual se não for bem planejada tende a fracassar.

Sendo assim, a Lei Federal n.º 14.133/2021 reforça sobremaneira a fase preparatória das contratações públicas, a qual naturalmente é caracterizada por momentos de planejamento e também fortalece a importância dos princípios no âmbito das contratações públicas, cujos papéis serão de contribuir com esse planejamento para garantir a contratação pública efetivamente mais vantajosa. Nota-se, contudo, que é necessário compreender quais princípios foram trazidos ou reforçados pela nova Lei de Licitações e Contratações Públicas e qual a função deles nessa seara do Direito Público.

3.1 A importância dos princípios para a nova perspectiva das contratações públicas

Os princípios ganham especial destaque com a Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos, os quais são trazidos pelo art. 5º, seja pela enorme gama de princípios aplicáveis a novel lei ou até pela perspectiva topográfica, visto que eles estão em posição de relevância no texto legal. Diversos desses princípios já possuem previsão constitucional, vide igualdade, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, e economicidade.

Nada obstante, há ainda princípios dentre estes que estão implícitos no ordenamento jurídico vigente e na própria sistemática das contratações públicas já antecedentes à própria entrada em vigor da nova lei, tais como motivação, vinculação ao edital, competitividade, julgamento objetivo, interesse público, proibidade administrativa, transparência e segurança jurídica. Importa mencionar que os princípios da novel legislação não se resumem ao art. 5º, pois há outras disposições que tratam de princípio, como o da cooperação, e também o art. 89⁸, que trata da aplicação supletiva dos princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado.

7 Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da proibidade 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).

8 Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Ainda com relação ao art. 5º da lei supracitada deve-se ressaltar que ele faz menção a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), especialmente aos seus princípios, destacando-se que essa legislação foi alterada pela Lei Federal n.º 13.655/2018, a qual incorpora a lei introdutória às normas de Direito Público. A aplicabilidade das disposições inseridas no ano de 2018 garante segurança jurídica à atuação dos gestores públicos, considerando os obstáculos e as dificuldades reais da gestão pública, de modo que os agentes públicos somente possam ser responsabilizados quando agirem com dolo ou em decorrência de erro grosseiro.

Vale consignar que essa excludente de responsabilização dos agentes públicos por eventuais equívocos cometidos na perspectiva dos órgãos de controle que não sejam por dolo ou erro grosseiro será de grande relevância com a nova Lei de Licitações recentemente sancionada. As inovações legislativas trazem consigo grande florescer de discussões em sede doutrinária e jurisprudencial, razão pela qual os órgãos de controle e conseqüentemente os julgadores devem ser proporcionais e razoáveis quando foram exercer os seus poderes de fiscalização, investigação e julgamento com relação aos atos praticados sob a égide da nova Lei de Licitações e Contratos Administrativo enquanto determinados parâmetros não forem fixados pelos próprios operadores do direito.

Verificados os aspectos principiológicos da legislação observa-se que o princípio do planejamento é um dos que exigiu mais atenção do legislador, inclusive por uma acertada preocupação acerca de um dos principais gargalos da gestão pública brasileira que é a ausência de planejamento ou os equívocos no planejamento realizado apressadamente. Sendo assim, é importante que sejam compreendidas as fases da licitação sem olvidar da importância do planejamento nesse contexto, o qual assume posição de pilar da nova sistemática das licitações e contratos administrativos, inclusive com capítulo específico na legislação vigente.

3.2 As fases das contratações públicas

A Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos traz em seu art. 17^o as fases do processo de licitação, quais sejam: preparatória; de divulgação do edital de licitação; de apresentação de propostas e lances, quando for o caso; de julgamento; de habilitação; recursal; e de homologação. É importante destacar que apesar de não ser uma nomenclatura formalmente usada pela lei, salvo uma menção no art. 19, §1^o¹⁰, assim como também não é uma nomenclatura existente na Lei Federal n.º 8.666/93 didaticamente se convencionou fazer uma divisão no procedimento em fase interna e externa.

A cisão entre as fases ocorre com a divulgação do edital de licitação, oportunidade em que o processo se torna efetivamente público até então se trata da fase de planejamento e organização interna. Sendo assim, a fase interna confunde-se com a fase preparatória, a qual como já foi dito recebeu grande atenção do legislador, enquanto que as demais fases desde a de divulgação do edital de licitação até a de homologação conjuntamente formam a fase externa, ambas serão destrinchadas.

9 Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação.

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

§ 1º O catálogo referido no inciso II do caput deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto e conterá toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

3.2.1 Fase Interna

A fase preparatória ou fase interna constitui-se do planejamento, elaboração do edital com seus anexos e estruturação do certame para sua fase externa, a qual recebeu um capítulo próprio na novel lei, inclusive com forte influência de determinados acórdãos do Tribunal de Contas da União (TCU). O Governo Federal já vem elaborando suas instruções normativas para disciplinar o planejamento de suas contratações públicas, quais sejam: Instrução Normativa n.º 01/2019 do Secretário de Gestão do Ministério da Economia; Instrução Normativa n.º 05/2017 da antiga Secretária de Gestão do antigo Ministério do Planejamento, Desenvolvimento, e Gestão; Instrução Normativa n.º 01/2019 da então Secretaria de Governo Digital do Ministério da Economia; Instrução Normativa n.º 40/2020, da agora Secretaria de Desburocratização e Governo Digital do Ministério da Economia; e Instrução Normativa n.º 73/2020, também da Secretaria de Desburocratização e Governo Digital do Ministério da Economia (NIEBUHR, 2021, p. 80).

Sendo assim, é importante compreender que essas instruções normativas foram as principais fontes de inspiração do legislador no que concerne ao fluxo de planejamento da administração pública, o qual segue a seguinte sequência de atos com seus respectivos fundamentos jurídicos que lhe embasam com previsão expressa na Nova Lei: Plano Anual de Contratações (art. 12, inciso VII), Estudo Técnico Preliminar (art. 18, inciso I), Termo de Referência ou projetos (art. 18, inciso II), Orçamentos (art. 18, inciso III), Análises de riscos (art. 18, inciso X) e aprovação jurídica (art. 53). Evidentemente a Nova Lei buscou reforçar o planejamento das contratações públicas buscando combater mazela histórica, entretanto há que se ressaltar a dificuldade de cumprir com todas essas etapas prévias para cada licitação mesmo para itens simplórios e usuais ou de baixo valor econômico agregado, especialmente quando se trata de órgãos menos estruturados, como os municípios de pequeno porte.

A problemática agrava-se quando se estabelecem exigências, por exemplo as mencionadas acima, obrigatoriamente, razão pela qual a tendência de que ocorram tentativas de “fuga” ou “facilitação” dessas formalidades. No entanto, soma-se ao formalismo e burocracia exacerbados a escassez de recursos pelos entes ao redor do país, principalmente o material humano.

A bem da verdade, o legislador estabeleceu sua régua nesse aspecto com base na Esplanada dos Ministérios, todavia se afastou abruptamente das possibilidades dos municípios de menor porte, os quais serão assolados juntamente com os profissionais que deles fazem parte pela flagrante inviabilidade de cumprir com todos os requisitos da novel lei.

A Lei Federal n.º 14.133/2021 estabelece a possibilidade de que os entes elaborem os seus planos anuais de contratações, na forma dos regulamentos a serem elaborados, com o intuito de que sejam estabelecidas as necessidades da administração antecipadamente, inclusive racionalizando as contratações em atenção ao planejamento estratégico estabelecido e a elaboração das leis orçamentárias. O supracitado Plano deve ser utilizado como norte para a fase preparatória do processo licitatório, ou seja, o planejamento torna-se etapa inicial da dita fase preparatória.

Considerando-se o Plano Anual de Contratações como etapa preparatória mais abrangente e global que não é obrigatória e não trata de apenas uma contratação pública, tem-se o efetivo início do procedimento com os chamados estudos técnicos preliminares, os quais precisam fundamentar o interesse público envolvido na contratação e a melhor solução que se vislumbra para atender a tal finalidade. Nesse

contexto, o art. 18, §1^o, traz a necessidade de que o estudo evidencie o problema a ser resolvido com as respectivas soluções possíveis,

11 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:

[...]

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do caput deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterá os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - 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;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

permitindo que seja feita análise acerca da viabilidade econômica e técnica para cumprimento das pretensões e em atendimento ao interesse público, desde que preenchidos diversos elementos legais esmiuçados em 13 (treze) incisos.

Em que pese trazer a necessidade de que sejam cumpridos os ditos elementos no §2º¹² também do art. 18 trazem-se os elementos mínimos a serem atendidos pelo Estudo Técnico Preliminar, quais sejam, os incisos I (necessidade da contratação), IV (estimativa de quantidades), VI (estimativa de valor), VIII (justificativas para o parcelamento ou não da contratação) e XIII (posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina). Entretanto, o não preenchimento dos demais deve ser justificável, seja por serem desnecessários, inviáveis ou irrelevantes, ou seja, todos os incisos são obrigatórios, mas não são indispensáveis, visto que podem ser fundamentadas a sua não inclusão no estudo.

De todo modo, estudo técnico preliminar com todos os elementos trazidos pela legislação ou apenas os trazidos no §2º, do art. 18, torna bastante burocrática e complexa atividade que é denominada de “preliminar” e considerando a enorme demanda de aquisições públicas que os entes públicos possuem. A incoerência torna-se ainda maior quando se verifica a exigência de um posicionamento conclusivo sob a adequação da contratação para o fim a que se destina, todavia se o estudo é apenas preliminar o posicionamento deveria ser também preliminar.

A próxima etapa da fase preparatória é a elaboração do termo de referência, anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, a depender do objeto do certame, inclusive esse documento deve ser formulado com vistas ao que ficou estabelecido no estudo técnico preliminar, visto

12 § 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

que se pressupõe uma continuidade de etapas e o estudo prévio bem elaborada estabelecerá as linhas mestras para os termos de referência e eventuais projetos. Independentemente de qual seja o documento a ser elaborado o intuito primordial dele é que traga as especificações dos objetos a serem contratados e as delimitações necessárias com relação a contratação a ser feita.

A legislação sob análise em seu Título I, Disposições Preliminares, Capítulo III, das Definições, esmiúça didaticamente as principais distinções entre os documentos supracitados, sendo: o Termo de Referência (Art. 6º, inciso XXIII) necessário para a contratação de bens e serviços; o Anteprojeto (Art. 6º, inciso XXIV) peça técnica com os subsídios que se necessita para elaboração do projeto executivo; o Projeto Básico (Art. 6º, inciso XXV) conjunto de elementos necessários para dimensionar obras ou serviços; e o Projeto Executivo (Art. 6º, inciso XXVI) conjunto de elementos necessários à execução completa da obra. A lei faz menção a esses institutos em diversas oportunidades, mas para os fins a que se destina o presente trabalho, especialmente no âmbito da fase interna as linhas já traçadas são suficientes.

A Fase Interna do procedimento de contratação pública prossegue com a etapa dos orçamentos, na qual devem ser estimados os valores de aquisição ou contratação com as especificações necessárias a composição desses valores. Não se pode olvidar, por oportuno, que, no Estudo Técnico Preliminar já abordado anteriormente, tem-se como um de seus itens necessários a estimativa de valor da contratação pretendida.

A polêmica surge porque a estimativa de contratação no Estudo Técnico Preliminar não impediria ou seria um óbice a etapa de elaboração dos orçamentos, desde que na fase de estudo preliminar se tratasse de orçamentação simples, no entanto o legislador exige nessa estimativa inicial que sejam apresentados preços referencias e memoriais de cálculos. De toda sorte, as inconsistências avançam, na medida em que se exigem também itens orçamentários bastante complexos na fase de elaboração dos Termos de Referências, Projetos e afins.

Desse modo, pode-se compreender que se tratam de duas etapas de orçamentos, sendo uma inicial mais simplória ainda no estudo preliminar e outra em caráter mais definitivo após a elaboração dos documentos supracitados que serão os subsídios para a etapa de orçamentos e também para a própria contratação em si. Ademais, o lei em comento traz no art. 23, §1º, quais os critérios e parâmetros que devem ser utilizados para que sirvam de sustentáculo aos orçamentos de bens e serviços em geral que serão realizados pela Administração Pública, dentre os quais se destacam: o Portal Nacional de Contratações Públicas; contratações similares em outros entes e órgãos do último ano; referências em mídias, tabelas ou sites; pesquisa direta com fornecedores; e pesquisa na base nacional de notas eletrônicas.

Importa mencionar que a Lei Federal n.º 14.133/2021 não faz qualquer distinção entre os critérios trazidos para fins de composição do orçamento ou estabelece ordens de preferência a serem aplicados e ainda afirma que o valor estimado deverá ser o melhor preço dentre os pesquisados, combinada ou separadamente. Sendo assim, a legislação destoia da jurisprudência já consolidada no Tribunal de Contas da União (TCU), vide o Acórdão n.º 3.395/2013, o qual estabelece ordens de preferência e é expresso ao afirmar que a pesquisa direta com fornecedores somente deve ser realizado quando as demais não forem possíveis, inclusive a definição do melhor preço e não da média entre os critérios poderá fazer com que a Administração Pública estabeleça critérios inexequíveis por orçar desconsiderando as particularidades do dito menor preço.

No entanto, diferentemente do que fez com os serviços e obras em geral para as obras e serviços de engenharia no art. 23, §2º, a legislação sob análise não estabelece que seja necessariamente o menor preço, mas que deverá se basear em determinados critérios, e também uma ordem de preferência em relação aos critérios de pesquisa, quais sejam: composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO) ou Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção

Civil (SINAPI); dados de mídia especializada, tabela de referência ou sítios eletrônicos especializados; contratações similares da Administração no ano anterior; e pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas.

Nesse sentido, concluindo as considerações acerca dos Orçamentos, tem-se que o legislador estabeleceu a possibilidade de que o orçamento seja sigiloso, desde que haja motivação, ou seja, a regra geral é a publicidade ampla e irrestrita dos orçamentos realizados. Oportunamente, destaca-se que esse sigilo não abarcará os órgãos de controle e não será definitivo, visto que serão divulgados os valores orçados posteriormente, mas a Administração deverá motivar o momento escolhido para tal divulgação.

Superados os aspectos acerca dos orçamentos que mereceram nossa apreciação, faz-se mister tratar das análises de riscos, as quais se aplicam a todas as licitações, independentemente do valor, complexidade, vulnerabilidade ou segurança. Em que pese exigir que seja feita a análise de riscos, na legislação não há qualquer parâmetro para que tal análise seja feita, entretanto tradicionalmente essa análise abarca a identificação, avaliação, qualificação e tratamento dos riscos.

Por último, mas não menos importante, na fase interna ainda há a necessidade de análise jurídica da contratação para que seja realizado controle prévio de legalidade, a qual pode ser dispensada por autoridade jurídica máxima competente, em decorrência de baixo valor, baixa complexidade, entrega imediata do bem e minutas padronizadas. O legislador permitiu a dispensa de análise para determinadas circunstâncias, mas em contrapartida exigiu que quando ele for proferido não poderá limitar-se à análise de minutas, mas a todos os elementos indispensáveis à contratação e expondo os motivos fáticos e jurídicos que confirmam suporte a tal análise.

3.2.2 Fase Externa

A Fase Externa do procedimento licitatório inicia-se com a divulgação do Edital e seus anexos que foram elaborados e analisados

durante a Fase Interna, oportunidade em que os licitantes poderão ter ciência do interesse da Administração Pública na dita contratação pública. Em que pesem, as diversas modalidades de licitação trazidas pela novel lei, especialmente Pregão, Concorrência, Concurso, Leilão, e Diálogo Competitivo, bem como os procedimentos auxiliares, a presente análise limitar-se-á ao procedimento da Fase Externa do Pregão e da Concorrência, pois não há diferenças substanciais entre os seus ritos.

Destaca-se ainda que o Pregão e Concorrência não se diferenciam por valor, mas pela natureza dos objetos a serem contratados, pois o Pregão é a regra a ser aplicada para os bens e serviços comuns. Desse modo, após a divulgação do Edital será a etapa de apresentação das propostas e lances com o consequente julgamento com base nos critérios de julgamento e modos de disputa eleitos e previstos no Edital.

Em seguida, segue-se à etapa de Habilitação Jurídica, Técnica, Econômica, Social, Trabalhista e Financeira, entretanto é possível a alteração dessa ordem entre apresentação de propostas e lances com a habilitação, desde que seja motivada a justificativa e o interesse público para tal inversão de fases. Além disso, a legislação traz ainda a preferência pelo formato eletrônico dos certames em consonância o que já estava consolidado na jurisprudência do Tribunal de Contas da União (TCU)¹³, inclusive exigindo que seja motivada a opção pelo pregão presencial, bem como a necessidade de que as sessões públicas sejam gravadas em áudio e vídeo.

A legislação foi clara ainda ao exigir que a análise de conformidade deverá ocorrer na fase de julgamento das propostas e dos lances e não na fase de habilitação, conforme era defendido por alguns, na contramão do que trazia o Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁴. Por

13 TCU. Acórdão n.º 2.034/2017, Plenário. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Data de Julgamento: 13/09/2017.

14 TCU. Acórdão n.º 2.763/2013, Plenário. Relator: Ministro Weder de Oliveira. Data de Julgamento: 09/10/2013.

outro lado, a legislação traz a possibilidade de que seja exigida certificação do INMETRO no sentido contrário ao que havia se consolidado na jurisprudência da Corte de Contas Federal¹⁵.

Além disso, o legislador estabeleceu a existência de fase recursal única, em que será permitida a discussão de impugnações contra atos de julgamento, habilitação, anulação ou revogação. Por último, a fase externa se conclui, de acordo com o art. 17 da Lei Federal n.º 14.133/2021, com a homologação pela autoridade competente, a qual reconhecerá formal e materialmente a legalidade e conveniência do Certame.

4. INSTITUTOS APTOS A REVOLUCIONAR AS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

As Contratações Públicas no Brasil recebem nova roupagem com a entrada em vigor da Lei Federal n.º 14.133, 01 de abril de 2021, e essa inovação legislativa é acompanhada, conforme já fora mencionado, de atualizações de instituto ultrapassados, consolidação ou ressignificação de determinados entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, bem como tentativa de aproximar a lei vigente da prática que se observa no cotidiano da Administração Pública. De toda sorte, a novel lei não se furtou de buscar soluções para as problemáticas que envolvem as licitações e contratações públicas no país, razão pela qual se verificam diversos novos institutos que merecem atenção redobrada pela relevância que podem ter nos próximos anos.

Evidentemente, como o presente trabalho se trata de um estudo prospectivo, ou seja, traçando linhas mestras da aplicabilidade dessa nova Lei, traz-se no presente tópico determinados institutos que se destacam, seja pelo potencial que possuem de causar polêmicas, ou pela

15 TCU. Acórdão n.º 1.677/2014. Plenário. Relator: Ministro Augusto Sherman. Data de Julgamento: 25/06/2014.

capacidade de alterar a realidade atual. Desse modo, foi feita a opção por quatro institutos: o primeiro que trata de um aspecto tecnológico latente, qual seja, a Modelagem da Informação da Construção; o segundo mais polêmico por ser uma nova modalidade de licitação que se distingue substancialmente das demais; o terceiro por tratar de garantir destaque a uma necessidade premente da nossa nação; e o quarto por ser um caminho para solucionar diversas pendências que ainda existem no que concerne às contratações públicas brasileiras.

4.1 Modelagem da Informação da Construção

A Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas traz em seu artigo 19, inciso V, que a Administração deverá adotar gradativamente tecnologias e processos que permitam a criação, utilização e atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia. Ademais, no §3º do mesmo dispositivo legal, estabelece-se que seja preferencialmente adotada a Modelagem da Informação e da Construção ou por tecnologias similares ou mais avançadas para as obras e serviços de engenharia, quando compatível com o objeto do certame,

A dita Modelagem da Informação e da Construção é uma tradução da expressão *Building Information Modeling (BIM)*, a qual se configura como um método que permite um modelo virtual de obra com visualização multidimensional e desenvolvimento colaborativo. Esse modelo que a novel lei traz já está consolidado, podendo ser usado para visualização tridimensional da obra, elaboração de desenhos complexos integrados, análise de determinados requisitos do projeto, estimativa de custos mais precisa, simulações complexas, gestão e operação de edificações.

Sendo assim, verifica-se que o uso desse novo método ou tecnologia, na acepção ampla da palavra, permitirá a realização de obras e serviços de engenharia de melhor qualidade e mais baratas. No entanto, o desafio que surge nesse momento é a capacitação dos profissionais das áreas de engenharia e arquitetura que compõem os quadros da

Administração para que se capacitem no uso das ferramentas que permita a adoção do BIM ou Modelagem de Informação da Construção.

O método BIM ou Modelagem da Informação da Construção está em processo de ampla difusão e divulgação mesmo antes da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações, inclusive com forte incentivo do governo federal. Importa mencionar que no âmbito federal foi editado o Decreto Federal n.º 9.983, de 22 de agosto de 2019, o qual dispõe sobre a Estratégia Nacional de Disseminação do Building Information Modelling e institui o Comitê Gestor da Estratégia do Building Information Modelling, ou seja, a tendência é que haja grande divulgação e investimentos nesse método que pode contribuir significativamente para uma grande mazela das contratações públicas, que são as obras e serviços de engenharia pela imprecisão ou falhas de projetos e orçamentos (GUTERRES, 2021, p. 22).

4.2 Diálogo Competitivo

O legislador não teve receio de fazer mudanças significativas no âmbito das modalidades de licitações, seja com a extinção de duas modalidades clássicas, quais sejam, o Convite e a Tomada de Preços. O Convite já estava em desuso e as orientações mais contemporâneas era pela não utilização da modalidade, visto que já era bastante criticada e desestimulada pelos órgãos de controle.

Enquanto isso, a extinção da Tomada de Preços faz sentido, pois era uma modalidade que possuía particularidades que não estavam em consonância com a lógica de uma Administração Pública mais eficiente. Ademais, a mudança significativa que existia entre a Tomada de Preços e a Concorrência era o valor do certame, entretanto apenas o valor não justifica a existência de outra modalidade de licitação, razão pela qual merece elogios a determinação da novel lei de que as modalidades existentes se distinguem prioritariamente pela natureza dos objetos das licitações e não por seu valor.

Nesse contexto, surge uma modalidade inédita no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, o diálogo competitivo, o qual sofreu, sofre e sofrerá severas críticas pela ousadia do instituto, que permite uma maior abertura das instituições públicas com a iniciativa privada e traz consigo flexibilizações inerentes a própria modalidade em si. Na esteira do que já havia sido mencionado às modalidades de licitação distintas o são por seu objeto, razão pela qual se aplicará o diálogo competitivo acertadamente para objetos complexos que exijam da Administração Pública dialogar com os licitantes na busca por desenvolver alternativas aptas a atender às necessidades administrativas e ao interesse público.

Afirmar que a modalidade de licitação do Diálogo Competitivo é inédita não exclui a sua fonte de inspiração no instituto europeu do Diálogo Concorrencial, inclusive importa consignar o conceito trazido pela própria Lei Federal n.º 14.133/2021 para o diálogo competitivo, qual seja:

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.

Desse modo, o Diálogo Competitivo deverá ser usado para certames que envolvam inovações tecnológicas, objetos de alta complexidade, concessões de serviços públicos e parcerias público-privadas, visto que nessas circunstâncias apresenta-se como razoável o diálogo com o mercado para que sejam identificadas soluções adequadas e especificações coerentes para o que será contratado. Nesse sentido, os diálogos não se encerram na definição do objeto com suas especificações, pois podem abarcar as estruturas necessárias e, até mesmo, as condições contratuais.

O Diálogo Competitivo seguirá o seguinte procedimento: abertura e pré-seleção, fase do diálogo, e fase competitiva. Na primeira

etapa desse procedimento será feita a divulgação do Edital com as necessidades, critérios, e requisitos de pré-seleção dos licitantes, em seguida será a fase de diálogo que se configurará pelo debate livre entre a Administração Pública e cada licitante acerca de sua proposta com garantia de sigilo, inclusive com registro das reuniões em atas, áudios e vídeos, oportunidade em que se pode estabelecer subfases de caráter eliminatório no curso dessa fase de diálogos, de acordo com a capacidade dos licitantes de se adequar às pretensões da Administração Pública.

Por último, a fase competitiva com a divulgação de novo edital convocando os licitantes para que apresentem suas propostas de acordo com a solução técnica.

4.3 Licitações Sustentáveis

A expressão licitações sustentáveis é o termo usado para a utilização de critérios e parâmetros que considerem aspectos ambientalmente favoráveis na definição e especificações do objeto a ser contratado, na seleção do particular a ser contratado e na execução das obrigações contratadas (NIEBUHR, 2017, p. 25). Nesse sentido, a sistemática que envolve as licitações sustentáveis é a busca pela redução da pegada ecológica da Administração Pública, bem como utilizar o poderio econômico e a influência que possui no mercado para estimular práticas ambientalmente sustentáveis.

O primeiro marco legal acerca das licitações sustentáveis no Brasil foi a Lei Federal n.º 12.187/2009, a qual institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima, que estabelece em seu art. 6º, inciso XII, a preferência nas licitações das propostas que proporcionem maior redução de emissão de gases, recursos naturais e de resíduos como instrumento da Política Nacional sob Mudança do Clima. Importa consignar ainda como marco legal significativo a alteração normativa na Lei Federal n.º 8.666/1993 como finalidade da licitação pública a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, no entanto não houve qualquer detalhamento legal de como essa promoção se realizaria.

Nesse sentido, foi a Lei Federal n.º 12.462/2011, a qual instituiu o Regime Diferenciado de Contratações, concebida para os grandes eventos sediados no país na última década, cujas normas foram posteriormente expandidas em sua aplicabilidade para normas tidas como prioridade pelo governo federal. De toda sorte, a lei federal supramencionada trouxe previsões acerca de contratos de eficiência e remuneração variável ao desempenho, de acordo com aspectos ambientais, assim como estabeleceu normas relativas à disposição final de resíduos sólidos, utilização de produtos ecologicamente eficientes, e possibilidade de exigências referentes a requisitos de sustentabilidade ambiental.

Em seguida, o governo federal editou o Decreto Federal n.º 7.746/2012 com o intuito de regulamentar o art. 3º, da Lei Federal n.º 8.666/93, especialmente no que concerne à promoção do desenvolvimento nacional sustentável das contratações públicas e instituiu a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública – CISAP. Posteriormente, a Lei Federal n.º 13.303/2016, a conhecida Lei das Estatais, trouxe consigo também algumas previsões acerca de licitações sustentáveis com esteio nas normas anteriores já citadas no presente tópico.

Desta feita, a Lei Federal n.º 14.133/2021 recebe esse histórico normativo acerca das licitações sustentáveis, entretanto a novel lei foi bastante mais detalhista ao estabelecer como essa promoção do desenvolvimento nacional sustentável se desenvolveria. Primeiro aspecto que merece nossa atenção é a preocupação da legislação com o ciclo de vida do objeto da licitação, o qual abarca todas as etapas desde a obtenção de seus insumos, até o seu processo produtivo, consumo e disposição final.

Além disso, a Lei Federal n.º 14.133/2021 trouxe a margem de preferência de 10% (dez por cento) para os licitantes que ofertem produtos reciclados, recicláveis, ou biodegradáveis, quando comparados com os licitantes que ofertem bens comuns. Em seguida, o legislador trouxe ainda como critério de desempate a comprovação de práticas de

mitigação, nos termos da já citada Política Nacional sobre Mudança de Clima.

A legislação federal acerca das licitações e contratações públicas traz ainda a possibilidade de que sejam exigidas as certificações ambientais como requisito de participação da empresa, de modo a resolver questão polêmica no âmbito dos órgãos de controle. Enquanto isso, o art. 45¹⁶ da Nova Lei de Licitações busca reduzir a pegada ecológica da Administração Pública garantindo tratamento adequado aos eventuais impactos que possam ser causados nos âmbitos ambientais e urbanísticos em licitações de obras e serviços de engenharia.

As licitações sustentáveis também são estimuladas no novo regime jurídico das contratações públicas quando se consideram os contratos de eficiência e remuneração variável por desempenho, ambos os institutos não se limitam ao aspecto ambiental, mas são bastante importantes nessa seara. Sendo assim, observa-se que a legislação vigente possui diversos institutos que estimulam a promoção ao desenvolvimento sustentável no âmbito das contratações públicas, mas é preciso que esses institutos sejam usados e de maneira adequada.

16 Art. 45. As licitações de obras e serviços de engenharia devem respeitar, especialmente, as normas relativas a:

I - disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas;

II - mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental;

III - utilização de produtos, de equipamentos e de serviços que, comprovadamente, favoreçam a redução do consumo de energia e de recursos naturais;

IV - avaliação de impacto de vizinhança, na forma da legislação urbanística;

V - proteção do patrimônio histórico, cultural, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas;

VI - acessibilidade para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

4.4 Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias

A Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas traz um capítulo específico acerca dos meios alternativos de resolução de controvérsias. Em que pese não se tratar da expressão mais aceita atualmente, é preciso reconhecer o esforço da novel lei com a inserção de destaque. Hodiernamente, a nomenclatura mais utilizada no meio acadêmico e científico é método adequados de resolução de controvérsias, pois não se tratam de meios que sirvam apenas de alternativa ao Judiciário, mas de métodos que são mais adequados a determinados conflitos.

A utilização desses métodos já era possível no ordenamento jurídico pátrio, mas inexistia previsão expressas deles no diploma legal que tratava das licitações e contratações públicas. Desse modo, a legislação vigente traz o art. 151¹⁷, o qual consubstancia os métodos a serem utilizados no mesmo dispositivo, inclusive inserindo previsão interessante acerca da prevenção dos conflitos, ou seja, adota-se uma postura contemporânea e proativa acerca das controvérsias que envolvam as contratações públicas.

De toda sorte, acertadamente o dispositivo supracitado em seu parágrafo único traz a aplicabilidade desses métodos apenas aos direitos patrimoniais disponíveis, os quais não possuem definição pacífica na doutrina ou jurisprudência pátria. Importa mencionar que a novel legislação traz exemplos de direitos patrimoniais disponíveis, razão pela qual simplifica parcialmente a função do hermeneuta, inclusive

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

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

dispondo também da necessidade de aplicação da arbitragem de direito – vedando a possibilidade de arbitragem por equidade – e respeitado o princípio da publicidade – vedando a possibilidade de arbitragem sigilosa (GUTERRES, 2021, p. 74).

Ainda no que concerne à arbitragem o art. 153 traz disposição expressa acerca da possibilidade de alteração dos contratos para permitir a adoção do meios alternativos de resolução de controvérsias, no entanto o legislador não foi claro acerca dessa possibilidade se aplicar a todo e qualquer contrato administrativo ou apenas aqueles sob a égide da novel lei, considerando o já mencionado acerca das limitações da mescla entre os regimes. Apesar de respeitar as opiniões em sentido contrário vislumbra-se que esse permissivo legal abrange também os contratos regulamentados pelas leis anteriores, seja pela ausência de vedação expressa ou porque já era possível o uso desses meios alternativos de resolução de controvérsias mesmo antes da entrada em vigor da Lei Federal n.º 14.133/2021.

Inovação relevante acerca dos meios alternativos de resolução de controvérsias trazidos pela novel lei são os comitês de resolução de disputas inspirados em experiências estrangeiras que estão sendo incorporadas ao cenário nacional dos ditos *Dispute Boards*. A bem da verdade, são comitês que buscam prevenir ou dirimir controvérsias formado por especialistas que devem acompanhar o ciclo de execução contratual, mas não se pode olvidar das diversas modalidades de comitês de resolução de disputas, os quais podem ser detalhados em momento oportuno, mas é uma opção interessante para redução de despesas e eficiência envolvendo serviços de grande vulto e obras relevantes (SKITNEVSKY, 2016, p. 12).

CONCLUSÕES

A Lei Federal n.º 14.133/2021 é uma inovação legislativa extremamente relevante e de grande impacto no âmbito nacional,

diversos são os debates que já estão se difundindo em torno do país acerca da novel legislação. Não se pode olvidar, por oportuno, da riqueza das discussões que serão desenvolvidas em todo o Brasil sobre as contratações públicas, inclusive se estimulam os estudiosos, atraem-se os curiosos e se animam os entusiastas, bem como se apressam as construções teóricas e doutrinárias.

Nesse cenário também se fortalecem as controvérsias, polêmicas e críticas, bem como se proliferam os trabalhos, eventos, escritos e obras acerca do tema, por outro lado, de maneira mais lenta e gradual os tribunais apresentam paulatinamente os seus posicionamentos acerca de determinados temas. Desse modo, este trabalho é desafiador, na medida em que está sendo escrito após a recente publicação da legislação, razão pela qual são raros os trabalhos profundos acerca da matéria.

De toda sorte, o presente estudo possui o objetivo de trazer as primeiras impressões acerca da novel lei de licitações e contratações públicas, conferindo humildemente seu papel de incentivar a discussão no meio acadêmico e progressivamente ser desenvolvido para trabalhos mais robustos, considerando os aspectos da lei que merecem análise mais acurada. Nada obstante, o viés provocativo desse texto não se furta à missão de tentar alinhar a teoria e a prática com percepção prospectiva, na medida em que se almeja vislumbrar os efeitos positivos que a recente legislação possui potencial de concretizar.

Nesse sentido, faz-se mister destacar os aspectos formais de destaque da novel lei, especialmente pelo seu caráter inovador, na medida em que não há *vacatio legis*, mas se mantém em vigor o regime antigo por longo lapso temporal de convivência entre os regimes, bem como submete a aplicação da lei em grande medida à edição de regulamentos posteriores. Seguindo exemplos anteriores na história legislativa recente, a Lei Federal n.º 14.133 possui forte densidade principiológica, razão pela qual confere aos princípios posição topográfica de destaque e com forte influência ao longo do texto legal.

Apresentando uma posição entusiasta enfoca-se nos principais pontos da novel legislação que possuem capacidade de alterar a realidade

obsoleta das contratações públicas no Brasil. O principal aspecto para que seja alterada a perspectiva atualmente existente, especialmente nos órgãos menos estruturados, é o foco no planejamento das contratações, razão pela qual não houve economia de esforços para que a dita fase interna ou preparatória fosse estimulada.

Avançando nessa análise traz-se a previsão de que sejam usadas tecnologias avançadas relacionadas à Modelagem da Informação da Construção, preferencialmente, para obras e serviços de engenharia poderá viabilizar maior qualidade no que for desenvolvido e economia de recursos considerável. Assim como, a escolha por uma modalidade de licitação como o Diálogo Competitivo que permite a abertura oficial do canal de comunicação entre o Poder Público e a iniciativa privada para determinados objetos a serem contratados permite que sejam feitas contratações coerentes com o mercado e com os reais anseios da gestão pública.

A Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas não se omitiu do seu papel de impor ao Estado e estimular nas empresas posturas efetivas voltadas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável, uma vez que as licitações sustentáveis possuem no novo regime instrumentos efetivos para que sejam exigidas, cobradas e desenvolvidas. Enquanto isso, na seara da resolução de controvérsias à previsão expressa pela possibilidade de aplicação dos métodos adequados possui o condão de demonstrar que não se pode mais tolerar situações excessivamente burocráticas ou tecnicismos descabidos que prejudiquem o interesse público relacionado à seara das contratações públicas.

Portanto, esse estudo serve apenas de ponto de partida seja para o seu autor ou para os seus leitores, mas também se apresenta como uma tentativa de contribuição técnica que singelamente faça as necessárias conexões entre a academia e a gestão pública. A visão otimista apresentada acerca da Nova Lei de Licitações e Contratações Públicas não descarta as merecidas críticas ou as limitações que qualquer norma possui de influenciar na prática, no entanto a novel lei surge como uma fagulha de esperança para que as contratações públicas no país sirvam como molas propulsoras dos objetivos e fundamentos da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no sistema brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. v. 97. Jul./set. 1969. Trimestral.

GUTERRES, Thiago. **A Nova Lei de Licitações**: Um panorama sobre as novidades no regime geral das licitações e contratos administrativos, 2021. E-book.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

NIEBUHR, Joel de Menezes, et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2 ed. Curitiba: Zênite, 2021.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. Por que as licitações sustentáveis ainda não decolaram? **Revista Interesse Público**, Belo Horizonte, ano 19, n. 104, jul./ago. 2017. Bimestral.

SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. **Dispute Boards**: Meio de prevenção de controvérsias. 1 ed. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2016.

NEW PUBLIC CONTRACTING LAW: RELEVANT CHANGES

ABSTRACT

Public contracting is extremely relevant to Brazilian Administrative Law and also to society, since it is the procedure by which public entities contract services and acquire goods to primarily serve the public interest. Respect for the rules must not prevent the principle of efficiency from being met, which is why one

must be constantly concerned with making these contracts more and more advantageous in order to guarantee better results for entities and citizens, who must be benefited. The New Public Contracting Law came into effect on April 1, 2021, which consolidated several existing rules, clarified certain controversial aspects and innovated in certain institutes.

Keywords: New Law. Public Contracting. Public Interest.