

Nova Lei de Licitações: uma breve análise



Avanços, riscos potenciais e falhas no texto aprovado pelo Congresso Nacional

Análise e redação: Bianca Vaz Mondo, Manoel Galdino
Direção Executiva: Manoel Galdino

Dezembro/2020



Introdução

O [PL 4.253/2020](#), que substituirá a Lei de Licitações ([Lei 8.666/1993](#)), foi aprovado no último 10 de dezembro de 2020 pelo Senado e aguarda sanção ou veto presidencial para se tornar lei. Dada a importância da legislação de licitações e contratos públicos, o PL é fundamental para pensar o impacto da corrupção nas compras públicas.

Para avaliar a nova lei, esta análise preliminar foi agrupada em cinco temas, a saber: i) objetivos e princípios; ii) mitigação de riscos de fraude e/ou sobrepreço; iii) economicidade e eficiência das licitações e contratos; iv) inovação; e v) transparência e controle.

i) Objetivos e princípios

De um ponto de vista mais geral, o PL unifica a legislação de licitações e contratos e incorpora entendimento jurisprudencial. A **unificação de legislação** envolve:

- a) as provisões referentes ao Pregão e a modalidades previstas no [Regime Diferenciado de Contratação](#) (RDC);
- b) incorporação da aplicabilidade da [Lei Complementar 123/2006](#) (art. 4º), que aborda o tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas; e, claro:
- c) revogação da Lei de Licitações.

Com relação à **incorporação da jurisprudência** relevante, podemos citar como exemplos:

- a) as definições adotadas (art. 6º);
- b) os critérios objetivos para existência de vínculo direto ou indireto entre servidor e licitante (art. 14, IV);
- c) as condições para exigência de vistoria prévia (art. 62, §§2º, 3º e 4º);
- d) os critérios objetivos para exigência de comprovação de capacidade técnica por meio de atestados (art. 66, §§1º e 2);



e) os critérios para habilitação econômico-financeira (art. 68); e

f) a explicitação da aplicabilidade do pregão para serviços comuns de engenharia (art. 29).

Por fim, sobre a **aplicabilidade** da nova lei, não abrangerá as estatais, cujas contratações continuam a ser regidas pela [Lei 13.303/2016](#) (art. 1º, II, §1º; art. 3º, III).

ii) Mitigação de riscos de fraude ou sobrepreço

Com relação a riscos de fraude ou sobrepreço, o PL aprovado no Senado apresenta os seguintes **avanços**:

a) Estabelece alguns limites para a aplicabilidade dos benefícios previstos na LC 123/2006 (art. 4º, §§1º e 2º);

b) Veda tentativas de empresas de fachada ou registradas em nome de laranja para burlar sanções de impedimento para participação em licitações (art. 14, § 1º);

c) Explicita a validade das condições para novas empresas integrantes de consórcio (art. 15, § 5º), evitando que possa haver manipulação para burlar requisitos de habilitação com mudança na composição dos consórcios, por exemplo;

d) Explicita critérios para a realização da pesquisa de preços (art. 23, §§1º e 2º) e da adequação de preços em casos de inexigibilidade ou dispensa (art. 23, §4º);

e) Extingue as modalidades Convite e Tomada de Preços (art. 28), mais propensas a fraudes e obsoletas;

f) Adota prazos em dias úteis para a apresentação das propostas, de acordo com a natureza do objeto e o critério de julgamento, e não mais com a modalidade (art. 54);

g) Veda expressamente a subcontratação em caso de inexigibilidade por se tratar de serviço especializado (art. 73, §4º);

h) Explicita os critérios para dispensa por valor da contratação (total do exercício para objetos de mesma natureza) (art. 74, §1º);



Por outro lado, apresenta alguns **retrocessos ou lacunas** nessa seara:

a) O texto permite orçamento sigiloso (art. 13, II, art. 24), o que pode criar incentivos para conluio entre empresas ou com servidores públicos para obtenção de informação privilegiada;

b) Os critérios para desclassificação das propostas (art. 58) incluem como referência o “orçamento estimado para a contratação”, que pode significar somente a estimativa global, quando seria melhor incorporar referência também à desclassificação com base nos preços unitários, como prevenção a mecanismos como “jogo de planilha”;

c) A inversão de fases e a exigência de documentos de habilitação somente do licitante com a melhor proposta/vencedor (art. 21, II) pode trazer avanços e retrocessos simultaneamente. Por um lado, aumentam a agilidade do processo e evitam atrasos e processos judiciais por erros formais que não comprometem o conjunto da licitação. No entanto, podem reduzir o custo do conluio entre empresas (já que licitantes que entram para perder não precisariam sequer preparar a documentação). Além disso, podem dificultar a detecção de situações para simular competitividade nas licitações: empresas fantasmas criadas para participar somente com propostas de cobertura, por exemplo, nunca teriam que apresentar documentos de habilitação, os quais costumam ser peças importantes para a identificação de indícios de conluio entre empresas. Em resumo, seria possível licitantes atuarem de forma fraudulenta deixando menos rastros. É necessário, então, que essa inversão seja avaliada empiricamente para determinar se o saldo final será positivo ou negativo e em quais situações.

d) O art. 66, §3º estabelece que, exceto no caso de obras, a qualificação técnica da licitante pode ser verificada por provas alternativas que não atestados, “a critério da Administração” e definidas em regulamento. Isso implica em grande discricionariedade e, somado ao fato de que não há definição de parâmetros de transparência e padronização sobre esses critérios, abre-se margem a manipulações do dito “critério da Administração”, como já ocorre hoje.



iii) Economicidade e eficiência das licitações e contratos

Um dos objetivos da nova Lei foi tornar o processo de contratação mais racional e eficiente. Nesse sentido, o texto apresenta os seguintes **avanços**:

- a) Definição de catálogo eletrônico de padronização de compras (art. 6º, LI);
- b) Estabelecimento da inversão de fases na licitação (julgamento das propostas antes da habilitação) como regra geral (art. 17), permitindo exceções desde que justificadas;
- c) Padronização de minutas de editais e outros documentos, inclusive por meio da adoção de minutas do Executivo federal em outros níveis da administração (art. 19, IV). A não adoção de modelos deve ser excepcional e justificada (art. 19, § 2º);
- d) Priorização dos processos de licenciamento ambiental para obras públicas (art. 25, § 7º);
- e) Ampliação do uso da fase de lances em outros tipos de licitação (arts. 55 e 56).

Por outro lado, introduziu os seguintes **riscos**:

- a) A etapa de pré-qualificação (art. 6º, XLIV; art. 77) permitiria o conhecimento prévio de licitantes interessados, podendo facilitar o conluio previamente à apresentação de propostas;
- b) Os critérios para a implementação de estimativa de custos indiretos relacionados ao ciclo de vida do objeto não parecem muito claros (art. 34, §1º). Ainda que haja menção a que sejam “objetivamente mensuráveis”, não há referência sobre como isso possa vir a ser calculado, o que dá margem para a adoção de critérios pouco transparentes no cálculo de modo a favorecer determinadas soluções ou fornecedores;
- c) A previsão do contrato de eficiência com critério “maior retorno econômico” (art. 39) também não estabelece clareza sobre os parâmetros a serem usados nos cálculos da economia estimada e da economia efetivamente gerada como base para a remuneração do contratado. Gera-se, portanto, dúvida sobre a viabilidade da implementação adequada desse mecanismo e riscos de má implementação na falta



de capacidade técnica da contratante de fazer a estimativa corretamente. Há ainda possibilidade de manipulação de tais cálculos;

d) O princípio do parcelamento, que hoje é regra, parece ser um tanto relativizado (art. 40, § 2º). O § 3º explicita justificativas para o não parcelamento sem exigir que a ocorrência dessas situações seja devidamente demonstrada pela Administração contratante;

e) Dispensas de valor serão “preferencialmente” precedidas de divulgação em sítio eletrônico oficial pelo prazo mínimo de 3 dias de aviso com informações sobre a contratação pretendida para manifestação de interessados (art. 74, § 3º). O que impede que a divulgação seja obrigatória, já que o custo de publicação somente em meio eletrônico é relativamente baixo e a prática poderia ampliar a competitividade?;

f) A admissão da possibilidade do seguro-garantia (art. 95) - que, no caso das obras de grande vulto, deve ter valor máximo de até 30% do total do contrato - tende a encarecer as obras. Além disso, ao determinar que a seguradora execute o contrato (art. 101), cria uma obrigação que a seguradora não tem expertise para cumprir.

iv) Inovação

O PL introduziu a inovação como um dos objetivos da licitação. Destaca-se aqui, nesse sentido, a introdução da modalidade chamada de Diálogo competitivo, inspirada no direito europeu. Assim, abriu a possibilidade de chamamento público à iniciativa privada para a elaboração de estudos e projetos, os quais poderão ser utilizados para fundamentar a licitação (art. 28 e 32).

A modalidade tem por objetivo facilitar a inovação na administração pública. Entretanto, pode ser um risco, na medida em que não veda à empresa que ajudou a desenhar a licitação ganhar o objeto licitado posteriormente. O risco é maior para as contratações de TI (Tecnologia da Informação), que hoje em dia já enfrentam riscos de corrupção e sobrepreço e nas quais o Diálogo Competitivo deve ser mais aplicado.



v) Transparência e controle das contratações públicas e contratos

O PL também **fortaleceu a transparência e o controle**, tanto interno, quanto externo e social. Nesse sentido, destacam-se:

- a) Estabelecimento da publicidade do plano de contratações anual (art. 12, § 1º);
- b) Estabelecimento da condução das licitações de forma eletrônica como regra, e da gravação da sessão pública quando isso não for possível (art. 17, § 2º);
- c) Previsão da implementação de sistemas informatizados para acompanhamento de obras (art. 19, III);
- d) Previsão da possibilidade de audiência ou consulta pública sobre licitações em planejamento (art. 21);
- e) Divulgação de edital e anexos na mesma data da publicação, em sítio eletrônico, sem necessidade de identificação para o acesso (art. 25, § 3º);
- f) Divulgação anual de relação de empresas beneficiadas por margem de preferência para produtos nacionais (art. 27);
- g) Exigência de publicidade aos processos de padronização em aquisições públicas (art. 41, III);
- h) Explicitação das condições de execução e pagamento para obras licitadas por preço global (art. 45, § 9º);
- i) Previsão de divulgação e manutenção do edital e seus anexos em sítio eletrônico oficial (art. 53), sendo obrigatória a divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) (§ 1º) e a disponibilização de documentos da fase preparatória da licitação.

Entretanto, o texto apresenta algumas **lacunas**, em particular não prever formatos abertos para as exigências de transparência:

- a) A previsão de divulgação do edital e seus anexos (art. 53) deveria, pelo menos para o edital, incluir obrigatoriedade quanto a formato legível por máquina;



b) O texto não estabelece formatos abertos para atas e conteúdo das gravações das sessões de licitação não eletrônicas.

Conclusão

O PL é longo e detalhado, contendo 190 artigos em 180 páginas, de forma que a apreciação e avaliação do resultado dessa nova legislação levará bastante tempo. Além disso, pelos próximos dois anos, a administração pública poderá optar por licitar sob a nova lei ou sob a legislação anterior.

Assim, esta avaliação tem por objetivo apenas dar um panorama, da perspectiva da Transparência Brasil, sobre alguns dos pontos que são mais caros à organização e cuja avaliação foi possível realizar com mais pertinência. A incerteza sobre os impactos, contudo, ainda é alta, e será necessário observar o andamento da lei. Teria sido importante que a lei estabelecesse, nos próximos dois anos de transição, não apenas mecanismos voluntários de adoção da legislação, mas um sorteio em um grupo reduzido de casos para permitir a avaliação de sua eficácia - algo que poderia ser alterado por Medida Provisória e seria uma revolução para avaliação de políticas públicas no Brasil.

De todo modo, parece não haver dúvidas de que há avanços importantes em várias frentes, incluindo na questão de transparência. Como muitas vezes é a implementação que determinará o sucesso ou não de uma legislação, a Transparência Brasil observará de perto como isso ocorrerá.