

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO
Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho

Raquel de Caux Guerra

**A INFLUÊNCIA DA LEI N° 14.133/2021 NAS CONTRATAÇÕES DE OBRAS
PÚBLICAS:**

Estudo de caso do relatório Fiscobras/TCU de 2020.

Belo Horizonte

2022

Raquel de Caux Guerra

**A INFLUÊNCIA DA LEI N° 14.133/2021 NAS CONTRATAÇÕES DE OBRAS
PÚBLICAS:**

Estudo de caso do relatório Fiscobras/TCU de 2020.

Trabalho apresentado ao Curso de Especialização em Gestão Financeira e Orçamentária no Setor Público, da Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho da Fundação João Pinheiro, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Gestão Financeira e Orçamentária no Setor Público.

Orientadora: Maria Isabel Araújo Rodrigues

Belo Horizonte
2022

G934i Guerra, Raquel de Caux.
A influência da lei nº 14.133/2021 nas contratações de obras públicas[manuscrito] : estudo de caso do relatório Fiscobras/TCU / Raquel de Caux Guerra. – 2022.
[12], 82 f. : il.

Monografia de conclusão de Curso (Especialização em Gestão Financeira e Orçamentária no Setor Público) – Fundação João Pinheiro, Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, 2022.

Orientadora: Maria Isabel Araújo Rodrigues

Bibliografia: f. 89-94

1. Licitação – Contrato administrativo – Brasil. 2. Brasil. [Lei n. 14.133, de 01 de abril de 2021]. 3. Contratação – Obras públicas – Brasil. 4. Fiscalização da administração pública – Brasil. I. Rodrigues, Maria Isabel Araújo. II. Título.

CDU 658.715 (81)

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Júnia e Quintiliano, por todo o apoio e por tudo que me proporcionaram ao longo da vida, sobretudo os esforços que fizeram para investir em minha educação. A minha família, em especial a minha avó Elza pelas sábias lições de vida sem nunca perder o humor.

Ao Artur por todo o companheirismo, carinho e incentivo nos momentos difíceis.

Aos professores que contribuíram com a minha trajetória acadêmica, especialmente a Prof.^a Maria Isabel pela orientação do meu trabalho. Obrigada pelos esclarecimentos e sugestões tão atenciosos.

A todos os meus amigos, principalmente aos amigos que conheci no curso e fizeram o período ser mais leve.

A todos aqueles que contribuíram, de alguma forma, para a realização deste trabalho.

RESUMO

O trabalho aborda o estudo da contratação e execução de obras de engenharia sob a ótica da Nova Lei de Licitações e Contratos (NLLC), a Lei nº 14.333/21. A atuação estatal, em suas diversas áreas, como na saúde, na educação, na segurança e até mesmo administrativa, em sua grande parte é dependente de uma obra pública para se viabilizar, tanto para incorporação e implementação de uma política pública, quanto para prestação de um serviço público. Além do mais, esses empreendimentos são impulsionadores econômicos, promovendo geração de empregos, prestação de serviços e aumento da arrecadação de tributos pelo Estado. No entanto, o que se observa é que, tanto na contratação, quanto na execução desses empreendimentos, a presença de irregularidades, sejam relacionadas a fraudes, desvios legais, falhas de planejamento, excessos de termos aditivos, presença de sobrepreço e superfaturamento, que acabam promovendo a sua paralização, representando um mal uso de recursos públicos, escassos diante da infinidade de demandas da sociedade, e, conseqüentemente, a não consecução dos objetivos almejados com o empreendimento, afetando sobretudo as pessoas em situação de vulnerabilidade social. Diante da tamanha relevância social acerca do tema, o presente trabalho se dedicou a analisar de que forma as alterações promovidas pela NLLC tendem a coibir as irregularidades que causam paralizações na contratação e execução de uma obra pública. Para tal, considerou-se os achados de auditorias dos empreendimentos abarcados pelo Fiscobras 2020, plano de fiscalização anual do TCU com o intuito de controlar o processo de execução de obras públicas financiadas com recurso da União. Observou-se que a nova lei de licitações e contratos (NLLC) deu relevância aos principais pontos de irregularidades constatados nos empreendimentos recomendados à paralização, apresentando potencial para modificar o cenário das obras públicas brasileiras, mas ainda dependentes das legislações específicas a serem editadas e do investimento em capacitação dos servidores, inclusive na promoção de uma cultura organizacional íntegra, para garantir a eficácia da referida lei.

Palavras chaves: nova lei de licitações e contratos; obras públicas paralisadas; irregularidades em contratos administrativos; Fiscobras 2020.

ABSTRACT

The work approaches the study of contracting and execution of engineering works from the perspective of the New Bidding and Contract Law (NBCL), Law 14.333/21. The state operation, in its various areas, such as health, education, security and even administrative, depends on a public construction to be made viable, both for the incorporation and implementation of a public policy, and for the provision of a public service. Besides, those enterprises improve the economy, generate jobs, and increase in revenues. However, what is observed is that the contracting and the execution of these projects show some irregularities, related to fraud, legal deviations, planning failures, as to additive terms, the presence of overpricing and overbilling, that can be paralyzed, representing a misuse of public resources, and, consequently, the non-achievement of the desired with the enterprise, affecting above all people in situations of social vulnerability. From such a social relevance, the present work studied in which way the changes carried out by NBCL tend to avoid the stoppages the hiring and execution of those enterprises. To this end, considered the findings of audits by the Fiscobras 2020, the annual control plan of the TCU to control the public enterprise execution, to trace the irregularities found in the public constructions. It showed that the New Bidding and Contract Law (NBCL) focused in the main points of irregularities found in the recommended projects to stoppage, presenting the potential to change the scenario of public construction, but still dependent on specific legislation to be edited and the investment in training the employees, including the promotion of an incorruptible organizational, to guarantee the referred law succeeds.

Keywords: new law on bids and contracts; public constructions paralyzed; irregularities in administrative contracts; Fiscobras 2020.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1- Etapas para realização de uma obra pública	23
Figura 2- "O Mapa do Abandono no País do desperdício"	38
Figura 3- Mapa da região de influência do Canal do Sertão	46
Figura 4- Roteiro para definição da modalidade da licitação, conforme Lei nº 14.133/21.....	65

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Distribuição das auditorias realizadas pelo Fiscobras 2020 por função de governo	42
Gráfico 2– Comparação entre as obras auditadas em 2018 e 2020	44

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02.....	28
Tabela 2- Prazos mínimos para recebimento de propostas estabelecidos pelas Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02.....	32
Tabela 3 - Modalidades de licitação definidas pela Lei nº 14.133/21.....	64
Tabela 4 – Prazos mínimos para recebimento de propostas, conforme Lei nº 14.133/21.....	68

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- Alice - Sistema de Análise de Licitações e Editais
- ANTT - Agência Nacional de Transportes Terrestres
- ART - Anotação de Responsabilidade Técnica
- ATRICON - Associação dos Membros dos Tribunais de Contas
- BDI - Benefícios e Despesas Indiretas
- BIM - *Building Information Modeling*
- CBIC - Câmara Brasileira da Indústria da Construção
- CBUQ - Concreto Betuminoso Usinado a Quente
- CEF - Caixa Econômica Federal
- Ceis - Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas
- CF/88 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
- CMO - Comissão Mista de Orçamento
- Cnep - Cadastro Nacional de Empresas Punidas
- CNJ - Conselho Nacional da Justiça
- Confea - Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia
- CSLL – Contribuição Social sobre o Lucro Líquido
- DNIT - Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte
- EVTE - Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica
- F/I - Falhas/impropriedades
- FIFA - Federação Internacional de Futebol Associação
- Funasa - Fundação Nacional da Saúde
- IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
- Ibraop- Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas
- IGC - Indício de irregularidade grave que não prejudique a continuidade

IGP - Irregularidade grave com recomendação de paralisação

IGR - Irregularidade com recomendação de retenção parcial de valores

IIA - *Institute of Internal Auditors*

IRPJ – Imposto de Renda de Pessoa Jurídica

LDO – Lei de Diretrizes Orçamentárias

LLC – Lei de Licitação e Contrato

LOA – Lei Orçamentária Anual

MEC - Ministério da Educação

NLLC – Nova Lei de Licitações e Contratos

PAC - Programa de Aceleração do Crescimento

pIGP - Proposta de classificação com indício de irregularidade grave com recomendação de paralisação feita pela Unidade Técnica, mas ainda não apreciada pelo TCU

PL – Projeto de Lei

PNCP - Portal Nacional de Contratações Públicas

PPA – Plano Plurianual

PPP - Parcerias Público-Privadas

RDC - Regime Diferenciado de Contratação

Reduc - Refinaria Duque de Caxias

SAO - Sistema de Análise de Orçamento

Seinfra/AL – Secretaria de Estado da Infraestrutura de Alagoas

SICRO - Sistema de Custos Referenciais de Obras

SINAPI - Sistema Nacional de Pesquisa de Custo e Índices da Construção Civil

SUS – Sistema Único de Saúde

TCU – Tribunal de Contas da União

TIC – Tecnologia da Informação e Comunicação

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	13
2	REGRAS E PRINCÍPIOS DE LICITAÇÃO PÚBLICA	16
2.1	Dos conceitos e dos aspectos constitucionais	16
2.2	Da legislação infraconstitucional	19
2.3	Das etapas de uma obra pública.....	22
2.3.1	Fase preliminar	23
2.3.2	Fase interna.....	25
2.3.3	Fase externa.	32
2.3.4	Fase contratual	33
3	A REALIDADE DAS OBRAS PÚBLICAS FINANCIADAS COM RECURSOS DA UNIÃO	36
3.1	O controle às atividades da Administração Pública e o Fiscobras	36
3.2	Relatório Fiscobras 2020	41
3.3	Obras classificadas como IGP pelo Fiscobras 2020	45
3.3.1	Canal adutor do sertão alagoano.....	45
3.3.2	A adequação de trecho rodoviário na BR-116/BA.....	47
3.3.3	Obras de construção da BR-040/ RJ.....	49
3.3.4	Obras de ampliação da capacidade da BR-290/RS.	50
3.3.5	Drenagem, pavimentação asfáltica e meio fio em Porto Velho/RO.....	51
4	A NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – LEI Nº 1.433/2021 52	
4.1	A necessidade de uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos.....	52
4.2	A Lei nº 14.133/2021 e as alterações na área de obras públicas	56
4.2.1	Fase interna.....	60
4.2.2	Fase externa.....	67
4.2.3	Fase contratual	70
5	INFLUÊNCIAS DAS NOVIDADES DA LEI Nº 14.1333/21 NAS OBRAS PÚBLICAS PARALISADAS	75
5.1	Ampliação dos objetivos da licitação.....	76
5.2	O princípio do planejamento	79
5.3	Governança e <i>compliance</i> nas obras públicas	81
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	84
	REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

A atuação estatal, em suas diversas áreas, como na saúde, na educação, na segurança e até mesmo administrativa, em sua grande parte é dependente de uma obra pública para se viabilizar, tanto para incorporação e implementação de uma política pública, quanto para prestação de um serviço público. Além do mais, esses empreendimentos são impulsionadores econômicos, promovendo geração de empregos, prestação de serviços e aumento da arrecadação de tributos pelo Estado.

Há diversos tipos de obras públicas, como as relacionadas a infraestruturas de transporte, hidráulicas, urbanas e, até mesmo, as que proporcionam a construção de edifícios de interesse social. As obras públicas podem ser realizadas diretamente, pela própria Administração ou, em sua grande maioria, indiretamente pela contratação de terceiro sob fiscalização do ente público contratante. Entretanto, devido às más práticas, como a presença de falha de planejamento, fraudes, sobrepreços, superfaturamento, excesso de termos aditivos, insuficiência e dificuldade de gestão de recursos, as obras públicas podem sofrer paralisações.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) previu (art. 22, inciso XXVII), ressalvados os casos específicos definidos em lei, o dever de licitar à Administração Pública para contratações de obras - e também para prestações de serviços e para a realização de compras e de alienações. Assim, desde 1993, ano em que foi publicada a Lei nº 8.666/1993, conhecida como Lei de Licitações e Contratos (LLC), foi regulamentado o dispositivo constitucional supracitado, instituindo normas de caráter geral e nacional.

A LLC surgiu com a expectativa de combater fraudes e de inibir a participação de empresas inidôneas nos contratos públicos, o que acabou tornando o processo de contratação pública burocrático e engessado e, por conseguinte, afastando-se de seu principal objetivo de garantir as condições vantajosas para a Administração Pública (TOURINHO, 17). Ademais, com o decorrer do tempo e com a evolução social, econômica e tecnológica, nota-se uma perda de contato com a realidade da referida Lei com a realidade, tornando-a cada vez mais obsoleta.

No que se concerne as obras públicas, por exemplo, a Lei nº8.666/1993 exige, como condição para a realização de licitação, a presença de um projeto básico, vedando que os responsáveis pela sua elaboração participem da execução (BRASIL, 1993). Com o intuito inicial de inibir o direcionamento de empresas e garantir a

concorrência isonômica, esse regramento gerou sérias distorções. Verifica-se que muitas vezes os projetos básicos contêm informações quantitativas e qualitativas insuficientes, principalmente ao se elevar a complexidade das obras, o que, por sua vez, gera diversos termos aditivos contratuais e paralisação das obras (TOURINHO, 2017).

Para contornar as lacunas e ineficiências da LLC, diversos dispositivos jurídicos paralelos foram sendo incorporados, como é o caso da Lei do Pregão, Lei nº 10.520/2002, ou a Lei do Regime Diferenciado de Contratação (RDC) – Lei nº 12.462/2011, entre tantos outros decretos. Porém, o que se observa é que, além de elevar a complexidade do tema devido a grande quantidade de normas, esses regramentos não foram suficientes para o preenchimento de lacunas e modernização, acarretando na necessidade de um novo marco jurídico sobre o assunto e, de preferência, consolidado e unificado (TROJAN, 2021). Nesse contexto, foi publicada no início de abril de 2021 uma nova norma geral de licitações e contratos, a Lei nº 14.133/21.

Diante desse cenário de transições entre ordenamentos jurídicos, o tema que esse trabalho aborda é o estudo da contratação e execução de obras de engenharia sob a ótica da recente Lei Geral de Licitações e Contratos, a Lei nº 14.333/21.

Salienta-se que grande parte das obras públicas são custeadas com recursos públicos, apresentando parcelas expressivas nos orçamentos da Administração. Acrescenta-se que muitos destes empreendimentos são sequer finalizados, sofrendo paralizações. Assim, além de não atender o interesse público e a finalidade para que se foi planejada a obra, a interrupção de sua execução promove custos adicionais, seja com sua manutenção, conservação, vigilância ou sua retomada. O estudo do tema é relevante em busca de se garantir a otimização dos recursos públicos, ofertando condições de as sociedades receberem políticas públicas e serviços de qualidade.

Isto posto, o problema abordado por essa pesquisa é: de que forma as alterações propostas pela Lei nº 14.133/2020 visam a inibir as irregularidades que causam paralizações na contratação e execução de uma obra pública?

Sendo assim, o objetivo geral que se busca com a consecução desse trabalho é analisar as alterações promovidas pela Lei nº 14.133/2021 no campo das

obras públicas que tendem a inibir suas paralizações a partir do estudo de caso do relatório Fiscobras/TCU 2020. Ainda, elenca-se os seguintes objetivos específicos:

- a) Revisar a bibliografia em Direito Administrativo sobre licitações públicas;
- b) Descrever os cenários das obras públicas paralisadas no Brasil;
- c) Estudar e analisar a nova legislação que versa sobre o tema, comparando-a com os ordenamentos jurídicos anteriores, sobretudo no que se tange as obras públicas.
- d) Analisar, sob o viés da Lei nº 14.333/21, as obras públicas custeadas com recursos da União que o TCU recomendou sua paralização.

Para alcance dos objetivos supracitados, este trabalho será estruturado em 6 seções, sendo esta primeira de caráter introdutória. Na segunda seção, abordam-se os arcabouços legais acerca das licitações públicas, incluindo a previsão constitucional do dever de licitar e as regras e etapas para o processo de contratação e execução de obras públicas. A terceira seção traça o panorama das obras públicas federais de acordo com levantamentos realizados pelo Tribunal de Contas da União (TCU), descrevendo o contexto histórico do início dessas fiscalizações pelo órgão, bem como sua metodologia e achados. A quarta seção apresenta as razões que motivaram a publicação de uma nova lei geral de licitações e contratos, além das inovações conduzidas pela Lei nº 14.133/20, comparando-a com as legislações e jurisprudências anteriores. Já na quinta seção é feita uma análise das obras paralisadas descritas na seção 3 sob o viés da nova legislação. Finalmente, a sexta seção dispõe sobre as considerações finais do trabalho.

Isto posto, referente a metodologia abordada nesse trabalho, trata-se, portanto, de uma pesquisa descritiva, em que se descreve as irregularidades contatadas nas obras públicas que foram recomendadas a paralisar no escopo do Fiscobras 2020, analisando-as sob a ótica da NLLC. O método de pesquisa aplicado foi o estudo de caso, utilizando-se a documentação indireta como técnica de coleta de dados, sendo nesses últimos aplicados técnicas qualitativas em sua análise.

2 REGRAS E PRINCÍPIOS DE LICITAÇÃO PÚBLICA

Por envolver recursos públicos, a realização de uma obra pública envolve uma sistemática própria, imposta por vários dispositivos legais, visando a consecução do interesse público, tanto em sua contratação, bem como em sua execução.

Assim, esse capítulo tem como intuito esclarecer os aspectos legais envolvidos em uma obra pública e a visão geral das etapas envolvidas na sua contratação e gestão,, destacando a importância de cada fase para a finalidade do empreendimento.

2.1 Dos conceitos e dos aspectos constitucionais

De uma maneira geral, os particulares – pessoas físicas e jurídicas de direito privado – apresentam uma certa liberdade para realizar suas contratações, estando submetidos às regras e aos costumes do mercado ou do direito civil e comercial. Trata-se de uma decorrência do princípio da legalidade, consubstanciados, entre outros dispositivos, tanto no inciso II do art. 5^o¹, quanto no parágrafo único do art. 170² da Constituição Federal de 1988 (CF/88), que estabelecem a autonomia de vontades entre as partes, salvo impedimento previsto em lei. Todavia, na esfera pública, o princípio da legalidade apresenta outro viés: a Administração Pública, por meio dos agentes públicos, só pode atuar conforme autorização ou determinação expressa da lei. Embora em primeiro momento possa parecer antagônico ao do direito privado, observa-se que de fato é uma extensão daquele, haja vista que somente por força de lei o Estado pode restringir direitos e criar obrigação aos seus administrados, representando uma garantia contra arbitrariedades e privilégios de interesses particulares e impedindo que a liberdade dada aos particulares seja cerceada sem sustentação legal (BARBOSA, 2012).

Neste sentido, fora instituída no ordenamento jurídico brasileiro pela redação do inciso XXI do artigo 37, para a Administração direta e indireta de todos os Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a obrigatoriedade de licitar nos processos de aquisições e contratações públicas, ressalvadas as exceções previstas em lei (BRASIL, 1988).

¹ “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

² “É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Assim, Faria (2007) define a licitação como um “procedimento administrativo formal que a Administração Pública direta e indireta utiliza anteriormente à celebração de contratos de serviços, de obras de compras, de concessões, de permissões e alienações” (FARIA, 2007, p. 303).

Já Di Pietro (2016) a conceitua como:

[...] procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato (DI PIETRO, 2016, p. 411).

Cunha Júnior (2015), por sua vez, a define como “procedimento administrativo onde a Administração Pública faz a seleção da proposta mais vantajosa para a celebração do contrato que melhor atender ao interesse público” (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 461)

Para Justen Filho (2016) a definição é descrita como:

Licitação é o procedimento administrativo destinado a selecionar, segundo critérios objetivos predeterminados, a proposta de contratação mais vantajosa para a Administração e a promover o desenvolvimento nacional sustentável, assegurando-se a ampla participação dos interessados e o seu tratamento isonômico, com observância de todos os requisitos legais exigidos (JUSTEN, FILHO, 2016, p. 15-16).

Dos conceitos e definições expostos, nota-se que todos se referem a um procedimento administrativo, tratando-se, portanto, de um conjunto de atos e fatos encadeados da Administração Pública em que se recebe propostas e se seleciona a mais conveniente, visando a celebração do contrato administrativo. Outro ponto destacado é o atendimento ao interesse público, que vai ao encontro da finalidade de respaldar a utilização do dinheiro público e dos princípios do caput do art. 37 da CF/88, mandatários da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Conforme Amorim *et al* (2021), na atual teoria de direito, tem-se como gênero as normas jurídicas e como espécies, as regras e os princípios. Os princípios, dotados de generalidades e vagezas, são mais flexíveis e adaptáveis, apresentando o que os autores chamam de funções diretivas, interpretativas, integrativas e de controle.

Além da maneira ampla que rege toda ação da Administração, no âmbito das licitações, o princípio da legalidade é vislumbrado na vinculação dos atos do procedimento ao seu instrumento convocatório, que, além de convocar os interessados a participar do certame, define todas as regras aplicáveis no procedimento, como critério de habilitação ou requisitos técnicos necessários (RAMOS, 2020). Por esta razão, é considerado como a “lei” do procedimento.

Já a impessoalidade veda o favoritismo ou a discriminação entre os participantes (CUNHA JÚNIOR, 2015), caracterizando o comportamento objetivo e isonômico do procedimento licitatório. Esse se refere ao tratamento idêntico dado aos interessados. No entanto, aplica-se a concepção material de isonomia, isto é, permite-se haver diferenciação para se buscar a equalização entre licitantes em situações desiguais para se garantir condições de concorrência, como, por exemplo, o tratamento diferenciado favorecendo as microempresas e as empresas de pequeno porte (AMORIM *et al*, 2021). A objetividade se traduz em uma atuação racional em busca da finalidade do procedimento, realizando um julgamento das propostas apresentadas pelos licitantes conforme regras expostas previamente no instrumento convocatório, isentando-se de subjetividade (CUNHA JÚNIOR, 2015).

A moralidade apresenta a vertente da razoabilidade e probidade. Para Amorim *et al* (2021) a conduta honesta, séria e profissional esperada dos agentes públicos advém da probidade. Ao passo que a razoabilidade “(...) pressupõe mensurar, avaliar, ponderar os efeitos das medidas estatais, compará-las com suas alternativas possíveis e, inclusive, com a chamada ‘alternativa zero’, ou seja, a inação estatal (AMORIM *et al*, 2021, p. 34)”.

No tocante ao princípio da publicidade, os atos do procedimento licitatórios devem ser públicos e acessíveis, dotados de transparência e permitindo o seu controle de legitimidade, legalidade e eficiência (RAMOS, 2020). Ademais, a publicidade permite que os interessados fiquem sabendo do desejo da Administração em contratar, promovendo um caráter competitivo no certame e, por conseguinte, requisito para se garantir a eficácia da licitação.

Finalmente, a eficiência, último princípio do art. 37 inserido em 1998 pela Emenda Constitucional nº 19, se traduz no “agir da Administração que se desenvolve sem delongas, sem atrasos, limpo de etapas ou atos desnecessários, com o mínimo possíveis de perdas e esforços e recursos financeiros, humanos, sociais e ambientais (AMORIM *et al*, 2021, p.28)”.

Superado os princípios da Administração Pública, mas ainda sob o aspecto constitucional, o art. 22 atribuiu a competência privativa para a União legislar sobre normas gerais do assunto (BRASIL, 1988). Até 1º de abril de 2021, essa competência foi exercida principalmente pela Lei nº 8.666/1993, denominada Lei de Licitações e Contratos (LLC). Pode-se considerar a LLC um marco legal acerca do tema, estabelecendo todo o procedimento a ser seguido em um processo licitatório, incluindo a parte de contratos, sanções administrativas e tipificações de crimes, bem como suas punições (GURSKI; LIMA, 2018). No entanto, outras normas regendo licitações são coexistentes no arcabouço jurídico brasileiro, consubstanciadas em leis, decretos, portarias, instruções normativas e boas práticas administrativas. Dentre tais normas, destacam-se: Lei nº 8.987/95, Lei nº 10.520/02, Lei nº 11.079/04, Lei nº 12.462/2011 e Lei nº 13.303/16, as quais serão apresentadas o contexto de suas origens, conforme a cronologia de sua publicação, e seus campos de aplicação.

2.2 Da legislação infraconstitucional

Até a publicação da NLLC, a Lei 8.666/93 foi considerada o principal diploma jurídico que rege as licitações e contratos públicos. Sua edição é decorrente da competência privativa imposta à União pela Constituição Federal de 1988 para normas gerais, apresentando um caráter nacional, isto é, todos os entes federados estão submetidos a ela. Contudo, destaca-se que os Estados, Distrito Federal e Municípios podem legislar sobre questões específicas relacionadas a licitações e contratos, desde que não contrarie a aludida lei nacional.

Como norma geral, o caput do art. 3º da LLC define as finalidades da licitação, sendo elas: a observância do princípio da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável (BRASIL, 1993). A isonomia, como já mencionado, buscar garantir que todos os interessados recebam o mesmo tratamento, cabendo diferenciações de acordo com suas particularidades, aplicando-se o conceito de isonomia material. A seleção da proposta mais vantajosa exprime a ideia de que não basta para se contratar a proposta que apresentar o menor preço, deve também ser a mais adequada e completa para os fins propostos e com a prestação menos onerosa, ou seja, com melhor relação custo benefício, aliando-se qualidade e preço (MATOS,

2017). Essa finalidade se complementa com a última elencada no caput, haja vista que ao se exigir o desenvolvimento nacional sustentável se reflete na geração de benefícios socioambientais e redução de impactos futuros (SÁ; BORGES, 2015). O artigo supracitado ainda estabelece que são princípios do processo licitatório a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a publicidade, a probidade administrativa, a igualdade, a vinculação ao instrumento convocatório e o julgamento objetivo. Observa-se que os princípios que não são previstos na Constituição Federal de 1988 são mera decorrência dos princípios do art.37. Em que se pese a eficiência não tenha sido expressa na referida lei, também se aplica a licitação, já que se trata de um princípio basilar para toda atividade administrativa.

Inicialmente, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios a necessidade de licitação prévia na contratação com terceiros de obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública (BRASIL, 1993). Além disso, determinou que seriam submetidas às suas regras os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas diretas ou indiretamente pelos entes federados.

Observa-se que, ao longo do tempo, outras legislações versando sobre licitações foram incorporadas no ordenamento jurídico para se tratar de situações específicas e com o intuito de modernizar as aquisições e contratações públicas.

Cita-se como exemplo, a Lei nº 8.987/95 que versa sobre normas gerais de concessões e permissões de prestação de serviço público. A referida legislação impõe que em toda concessão de serviço público, procedida ou não de obra pública, será necessária a realização de licitação e ainda determina princípios, modalidade, critério de julgamento e etapas que envolva tal procedimento licitatório (BRASIL, 95)

Além disso, as aquisições de bens e serviços comuns, que passou a ser regida pela Lei nº 10.520/02. Conforme o parágrafo único do art. 1º dessa Lei, são considerados bens e serviços comuns “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado” (BRASIL, 02). A modalidade surgiu com o sentido de trazer agilidade na contratação destes serviços e bens, que, por poderem ser objetivamente descritos, portanto, padronizados, seleciona-se a proposta exclusivamente sob o aspecto econômico, ou seja, menor preço e de forma mais célere.

Já em 2004, por meio da Lei nº 11.079/04, foram instituídas as normas gerais para licitação e contratação de serviços por meio de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, que, consoante ao art. 2º da Lei, trata-se de contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada - em que parte do pagamento é feita pelos usuários dos serviços e a outra, pelo parceiro público - ou administrativa, paga integralmente pela Administração (BRASIL, 2004 & PINTO, 2020).

Outra legislação abordando normas de licitações foi editada para atender os prazos estabelecidos das obras necessárias à realização da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação (FIFA) em 2013, da Copa do Mundo FIFA em 2014, dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos em 2016, bem como para os aeroportos a 350 km das capitais dos Estados que se sediaria tais eventos (BRASIL, 2011). Trata-se da Lei nº 12.462/2011, que inicialmente tinha como campo de aplicação exclusivamente as obras e os serviços necessários para os eventos supracitados (PINTO, 2020). Consoante o parágrafo primeiro do art.1º da aludida Lei, ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes, promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público, incentivar a inovação tecnológica e assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública são objetivos do RDC (BRASIL, 2011). Este regime, ao flexibilizar certas normas, trouxe celeridade e eficiência, de modo que se ampliou para outras aplicações, como para ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), da segurança pública ou de órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação; além das obras e dos serviços de engenharia relacionadas aos Sistema Único de Saúde (SUS); aos estabelecimentos penais, às unidades de atendimento socioeducativo e às melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística. Devido a ampliação do seu campo de aplicação, a Lei do RDC foi considerada a principal norma que rege as contratações e execuções das grandes obras públicas brasileiras (GURSKI; LIMA, 2018).

Já para atender as particularidades das empresas públicas, das sociedades de economia mista e de suas subsidiárias se criou a Lei nº 13.303/16, considerada o Estatuto das Estatais. As estatais são criadas quando se justifica, seja por segurança nacional, seja de relevante interesse coletivo, a intervenção direta do Estado no

domínio econômico, podendo atuar nas prestações de serviços públicos ou na exploração da atividade econômica (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2018). O Estatuto das Estatais regulamenta, entre outros mecanismos, as licitações e contratos realizados pelas empresas estatais que exploram atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestações de serviços. Objetivando-se garantir mais eficiência e flexibilidade para as estatais fortalecerem seu caráter competitivo, sem, no entanto, perderem a segurança jurídica necessária a uma contratação envolvendo uma entidade pública, a Lei das Estatais previu o afastamento das regras da Lei 8.666/93 nas transações relacionadas a atividade fim das estatais que atuam na exploração de atividade econômica, sujeitando, no entanto, a procedimentos próprios pautados nos princípios administrativos (PEREIRA JUNIOR; DOTTI, 2018).

Assim, percebe-se que houve um afastamento da Lei 8.666/93 em várias situações específicas. No entanto, essa ainda permanecia sendo o principal marco acerca de licitações públicas até a publicação da NLLC, tanto por trazer regras de caráter geral, quanto por apresentar uma aplicação subsidiária para as outras novas legislações.

Expostos os conceitos iniciais de licitação, bem como as diversas legislações vigentes que tratam sobre o tema, faz-se necessário, para fins de comparabilidade, apresentar uma visão sistêmica das etapas envolvendo a contratação e execução de uma obra pública antes da publicação da NLLC.

2.3 Das etapas de uma obra pública

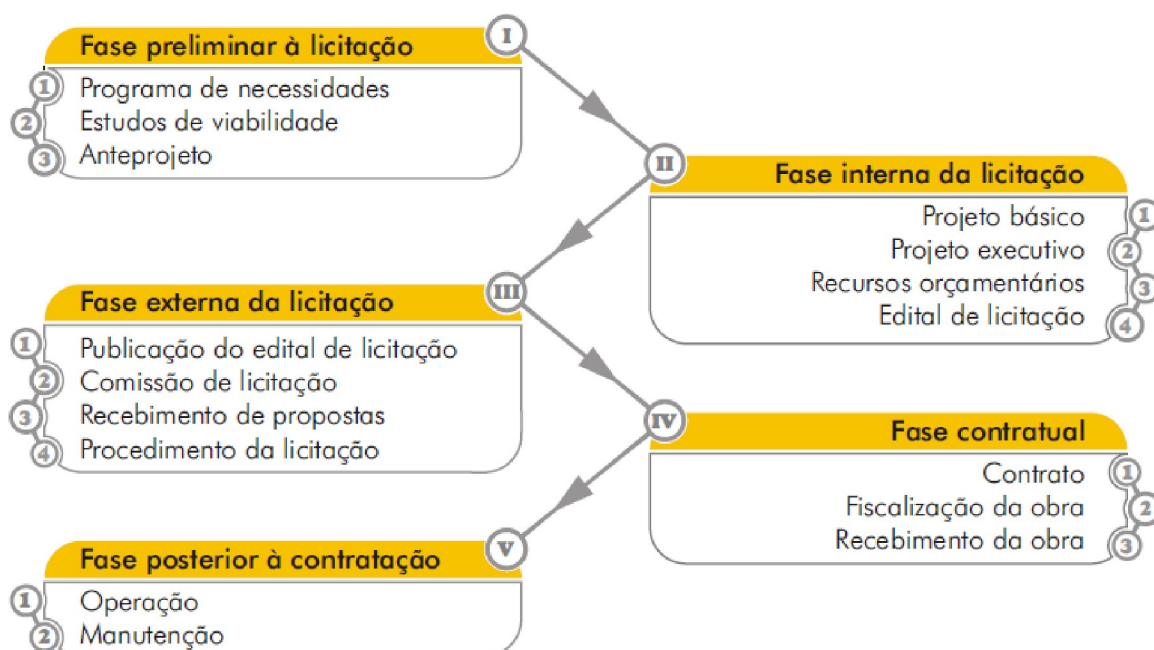
Conceitua-se uma obra pública, com fulcro no que dispõe o inciso I do art. 6º da Lei nº 8.666/1993, como toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, de modo que a execução pode ser feita de forma direta ou indireta. A primeira forma de execução se refere a obra feita pela própria entidade ou órgão da Administração, já a segunda, que é a forma mais comum, é quando se contrata terceiros para executá-la por meio de licitações, cabendo a Administração a fiscalização da contratada (BRASIL, 2003).

Há três situações excepcionais em que é permitida a contratação direta, isto é, sem realizar o procedimento licitatório: licitação dispensada, licitação dispensável e a inexigibilidade de licitação. Conforme Altounian (2016), a primeira hipótese é relativa à alienação de bens da Administração Pública. Já a segunda, trata-

se de situações taxativas em que o legislador permitiu a discricionariedade do gestor público. Por fim, a última exceção ocorre quando há inviabilidade de competição (ALTOUNIAN, 2016). Assim, de maneira geral, uma obra pública, bem como qualquer contratação ou compra pela Administração, inicia-se bem antes da própria licitação, com seu planejamento.

Segundo recomendações básicas para contratação e fiscalização de obras públicas emitidas pelo TCU (BRASIL, 2013a), para se obter informações mais precisas e, por conseguinte, evitar prejuízos à Administração, ao realizar uma obra pública, deve-se cumprir, de maneira genérica, as etapas da Figura 1, de maneira ordenada. As referidas etapas serão detalhadas a seguir a fim de se caracterizar os detalhes e práticas impostos pela legislação e a jurisprudência atualmente em vigência.

Figura 1- Etapas para realização de uma obra pública



Fonte: (BRASIL, 2013a, p. 12)

2.3.1 Fase pre (Alagoas., 2017)liminar

A fase preliminar é composta pelo programa de necessidades, estudo de viabilidade e anteprojeto, em que são levantadas as necessidades da administração, bem como o empreendimento que as satisfaçam, analisando sua viabilidade para que se culmine na tomada de decisão de licitar (BRASIL, 2013a). A descrição e o detalhamento dos componentes dessa etapa são frutos da conjugação de

entendimentos de jurisprudências e de algumas instruções normativas, apresentando um caráter infralegal, já que não são determinados pelas legislações, sendo em alguns casos apenas mencionados por elas. No programa de necessidades, com forte fator político, são levantadas as demandas da sociedade dos diversos setores, considerando os recursos disponíveis (ALTOUNIAN, 2016). Nesse momento, deve identificar as características básicas do empreendimento, bem como as externalidades, tanto positivas, quanto negativas, envolvendo-o (CEARÁ, 2016). Salienta-se que, conforme o art. 45 da LLC, só serão inclusos novos projetos na lei orçamentária, bem como na abertura dos créditos adicionais após o atendimento adequados dos projetos já em andamento, a Lei de Responsabilidade Fiscal preza pelo planejamento sistêmicos das obras públicas realizadas pela Administração Pública (ALTOUNIAN, 2016). Definidas as prioridades, no estudo de viabilidade, avaliam-se as alternativas disponíveis para se selecionar a que apresente ser a melhor sob o ponto de vista socioeconômico, técnico e ambiental, realizando-se uma estimativa de custos, ainda que imprecisa, e duração das obras e benefícios da implantação (ALTOUNIAN, 2016). Detalhada a viabilidade do empreendimento a ser realizado, elabora-se o anteprojeto, constando de documentações com os elementos principais para caracterizá-lo, como, por exemplo, detalhamento topográfico do terreno, desenhos técnicos da arquitetura e estruturas. Contudo, ressalta-se que o nível de detalhamento do anteprojeto ainda não é suficiente para se licitar. Esse apresenta as diretrizes para as próximas etapas e, por isso, a documentação gerada deve ser parte do processo licitatório (BRASIL, 2013a). Nas obras que se optarem pela contratação integrada como regime de execução, previsto no RDC, o anteprojeto passa a ser o principal elemento referencial do projeto, necessitando, portanto, de boas práticas na sua execução para não ensejar grandes prejuízos. Para esse tipo de contratação, conforme entendimento do TCU, consolidado pelo Acórdão nº 1.5510/2013- Plenário do TCU, faz-se necessária a presença de matriz de riscos como integrante do anteprojeto, sendo definido como:

[..] a 'matriz de riscos', instrumento que define a repartição objetiva de responsabilidades advindas de eventos supervenientes à contratação, a medida em que é informação indispensável para a caracterização do objeto e das respectivas responsabilidades contratuais, como também essencial para o dimensionamento das propostas por parte das licitantes, é elemento essencial e obrigatório do anteprojeto de

engenharia em prestígio ao definido no art. 9º, § 2º, inciso I, da Lei 12.462/2011, como ainda nos princípios da segurança jurídica, da isonomia, do julgamento objetivo, da eficiência e da obtenção da melhor proposta” (CEARÁ, 2016 *apud* BRASIL, 2013).

Como será detalhado em momento específico, nesse regime de contratação, pelo fato dos demais instrumentos de projeto serem a cargo da contratada e se prever de maneira excepcional e bastante restritiva as alterações contratuais, gera uma transferência de maior grau às contratadas. A matriz de risco tem como objetivo reequilibrar os riscos entre as partes e trazer segurança jurídica aos contratados, daí sua importância nos anteprojetos nas obras que utilizam o regime de contratação integrada.

Assim, após a definição inicial da solução de empreendimento escolhida, por meio da elaboração dos documentos produzidos nessa fase, prossegue-se para a próxima fase afim de se detalhar o suficiente, dando condições aos participantes interessados formularem suas propostas.

2.3.2 Fase interna.

Cumprida a primeira fase de idealização do empreendimento, inicializa-se o procedimento da licitação com a abertura de processo administrativo com aquiescência da autoridade competente. Em um primeiro momento, tem-se a fase interna da licitação, em que, segundo Altounian (2016), são definidas a caracterização da obra, a previsão de recursos orçamentários e as regras da licitação, como as regras para habilitação dos interessados, para a contratação, para sua estruturação e para o julgamento da licitação. O conjunto das definições alcançadas nessa fase é consolidado no edital, considerado a lei interna da licitação. Atenta-se que as regras previstas no edital devem ser elaboradas para afastar as empresas que não possuem capacidade técnica e financeira para cumprir o objeto da licitação, porém, sem restringir o caráter competitivo do certame (ALTOUNIAN, 2016).

Para se garantir a ampla concorrência e a isonomia, a definição clara e precisa da obra é condição necessária para se licitar, pois, a partir da descrição do objeto que as partes interessadas elaborarão suas propostas, sejam elas técnicas ou econômicas. Tem-se o projeto básico como o principal documento para caracterização da obra, que de acordo com inciso IX do art. 6º da LLC, consiste em:

[...] conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução. (BRASIL, 1993)

Deve-se destacar a importância do instrumento pelo inciso I do §2º do art. 7º da LLC, que estabelece que as obras só serão licitadas após a disponibilidade do projeto básico aprovado pela autoridade competente para todos os interessados. Um projeto básico de má qualidade pode acarretar na contratação de uma obra que não atende a necessidade da administração pública, ocasionando em diversas alterações que geram novos termos aditivos, atrasos e prejuízo ao erário.

A elaboração do referido projeto pode ser realizada por empresa contratada mediante processo licitatório específico para tal fim ou por servidores do próprio órgão, quando este apresenta corpo técnico e habilitado para essa função, sendo em ambas situações providenciada a Anotação de Responsabilidade Técnica (ART) referente aos responsáveis pelo projeto ou a suas alterações. Relativo à expressão “nível de precisão adequado” contida na conceituação supracitada, a Resolução nº 361/91 do Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea) define, na alínea “f” do art.3º, que o projeto básico deve conter um nível de precisão próximo a 15% dos aspectos qualitativos e quantitativos necessário para a efetiva conclusão do empreendimento (BRASIL, 1991).

Diante do risco de degradação ambiental, alguns empreendimentos necessitam de licenciamento ambiental, que consiste em “ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor” (ALTOUNIAN, 2016, *apud* BRASIL, 1997). Vale frisar que a licença de instalação deve ser aprovada antes da conclusão do projeto básico, devido a possibilidade do órgão ambiental se manifestar pela inviabilidade ambiental da obra. Além da licença ambiental, em alguns empreendimentos há a necessidade de desapropriação e servidão administrativa, que também devem ser providenciadas nessa etapa, haja visto que tais procedimentos irão impactar na definição do objeto da obra e seu custo.

Instar mencionar que a existência de orçamento detalhado em planilha que expresse a composição de todos os custos unitários também é uma condicionante para se licitar (BRASIL, 1991), em que se deve atenção, sobretudo, aos preços de insumos e serviços do grupo A da curva ABC³, que representam maior relevância, bem como as documentações e memórias de cálculos utilizadas para a definição dos valores desse grupo (ALTOUNIAN, 2016). Para a base de custo de materiais e serviços são levados em consideração os custos unitários de referência do Sistema Nacional de Pesquisa de Custo e Índices da Construção Civil (SINAPI), mantidos pela Caixa e o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), e, nos casos de obras rodoviárias, o Sistema de Custos Referenciais de Obras (SICRO), elaborado pelo Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte - DNIT (BRASIL, 2011). Além dos custos, devem também serem orçadas as despesas indiretas e o lucro da empresa, denominados Benefícios e Despesas Indiretas (BDI), já que se deseja ter o orçamento total da obra.

Além disso, também faz parte do projeto básico, o cronograma físico-financeiro, informando os dispêndios mensais necessários para a execução da obra. Em caso de alterações nos prazos, necessita-se atualizar o referido instrumento. O cronograma físico-financeiro e orçamento detalhado são ferramentas cruciais para o órgão executor prever os recursos orçamentários necessário em cada exercício financeiro que durar a obra, sendo permitido a realização do certame apenas quando já houver dotação específica e suficiente para assegurar o pagamento das obrigações incorridas no exercício em curso (BRASIL, 2014).

Definida a caracterização do empreendimento, a próxima etapa se consiste na elaboração do projeto executivo, que deve apresentar detalhamento suficiente de como se realizará a obra (BRASIL, 1993). Desta sorte, infere-se que o projeto básico orienta o planejamento da obra e fornece elementos para os licitantes confeccionarem suas propostas, enquanto, o executivo, como o próprio nome sugere, guiará a execução da obra. O parágrafo primeiro do art. 7º da LLC estabelece que cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e autorização dos trabalhos anteriores, excepcionando o projeto executivo, que, quando autorizado pela autoridade

³ (...) 3.3 Curva ou classificação ABC: tabela obtida a partir da planilha contratual ou do orçamento base da licitação, na qual os itens do orçamento são agrupados e, posteriormente, ordenados por sua importância relativa de preço total, em ordem decrescente, determinando-se o peso percentual do valor de cada um em relação ao valor total do orçamento, calculando-se em seguida os valores percentuais acumulados desses pesos. (IBRAOP, 2012)”

competente, pode ser desenvolvido concomitantemente com a realização da obra. Insta mencionar que tal particularidade não é abarcada pelo RDC, sendo a elaboração do instrumento necessariamente precedida à execução do instrumento, independentemente do regime adotado.

Vencida a fase de caracterização e a forma de execução da obra e garantida a previsão de recursos, urge definir as regras da licitação, que serão consubstanciadas no edital. Nesse sentido, o art. 22 da LLC estabelece as modalidades de licitação, que é a forma de se conduzir o processo, sendo elas: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão (BRASIL, 1993). Há também o pregão, modalidade inserida pela Lei nº 10.520/2002. A Tabela 1 abaixo resume as principais diferenciações dessas modalidades. Deve-se observar que as três primeiras modalidades estão relacionadas a natureza do objeto, enquanto as três últimas, que são utilizadas para a contratação de uma obra, aludem ao valor da contratação/ aquisição, que por sua vez, refletem na complexidade do objeto.

Tabela 1 - Modalidades de licitação previstas na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 10.520/02.

Pregão	Modalidade para aquisição de bens e serviços comuns, sendo esses aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.
Concurso	Modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores.
Leilão	Modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.
Convite	Modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da

	apresentação das propostas. Contratação de obras no valor de até R\$ 330 mil e de serviços de até R\$ 176 mil
Tomada de preço	Modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. Contratação de obras no valor de até R\$ 3,3 milhões e de serviços de até R\$ 1,43 milhões.
Concorrência	Modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto. Obrigatória na contratação de obras acima do valor de R\$ 3,3 milhões e de serviços acima de R\$ 1,43 milhões.

Fonte: (BRASIL, 1993 c/c BRASIL, 2002)

Visando aumentar a competitividade, no RDC não são aplicadas as modalidades, utiliza-se de modo de disputa aberto, fechado ou a combinação de ambos. Caso o modo de disputa seja aberto, será mediante lances públicos e sucessivos, crescente ou decrescente, já no modo de disputa fechado, assemelha-se à modalidade concorrência previsto na Lei nº 8.666/93, com propostas sigilosas até sua abertura (PERNAMBUCO, 2021).

A respeito dos critérios adotados pela Administração para se julgar e selecionar, sempre de maneira objetiva, a proposta mais vantajosa, tem-se o tipo de licitação. Pela Lei nº 8.666/1993 são tipos de licitação: menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou maior oferta. Esse último tipo é empregado nos casos de alienações de bens ou concessão de direito real de uso. O critério de menor preço deve ser utilizado como regra, atribuindo como vencedor aquele que apresentar a proposta conforme as especificações do edital de menor preço. Os tipos que envolvem técnica são utilizados de maneiras excepcionais, aplicados a serviços de natureza predominante intelectual, conforme arrolado no parágrafo terceiro do artigo 46 da LLC:

[...] para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas

puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório. (art. 46, §3º, Lei nº 8.666/93, grifo meu)

Além dos tipos supracitados, o RDC instituiu os tipos maior oferta de preço, destinados aos contratos geradores de receita para a Administração, como as permissões de uso privativo de bens públicos, e o maior retorno econômico para os contratos de eficiência, em que se renumera o contratado em percentual da economia gerada pela redução de receitas correntes (BRASIL, 2010). Outra especificidade do RDC, que adveio da Lei nº 10.520/02, é o orçamento estimativo ser sigiloso, tornando-se público somente após o encerramento da licitação, sendo configurada a exceção dessa regra no caso em que o julgamento for maior desconto ou melhor técnica. (CEARÁ, 2016).

Sempre que possível, as boas práticas da administração pública ensejam o parcelamento do objeto a ser licitado, garantindo mais competitividade e o melhor aproveitamento dos recursos públicos (BRASIL, 2014). No entanto, alguns cuidados devem ser tomados a respeito do parcelamento, como, por exemplo, a perda de economia de escala ou a dificuldade de atribuições de responsabilidade por eventuais falhas. Ademais, a escolha da modalidade deve se ater ao montante total de todos parcelamentos. O desmembramento realizado com objetivo de se utilizar a modalidade mais simples é denominado fracionamento e é considerado uma burla às regras licitatórias (ALTOUNIAN, 2016).

Definida a estruturação da licitação, deve esclarecer as regras de contratação. O primeiro ponto a se decidir nessa fase é o regime de execução da obra. A LLC determina quatro regimes para a execução indireta de obras públicas:

Art. 6º. Para os fins desta Lei, considera-se:

[...]

VIII - Execução indireta - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

c) (VETADO)

c) (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

- d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;
- e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;(BRASIL, 1993).

A Lei nº 12.462/2011, a lei do Regime Diferenciado de Contratação (RDC), ainda institui a contratação integrada, compreendendo “a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução de obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto” (BRASIL, 2011). Para se utilizar esse tipo de regime de execução, além de justificativa técnica e econômica, o objeto da licitação, segundo art. 9º da aludida Lei, deve envolver inovação tecnológica, possibilidade de execução com diferentes metodologias ou possibilidade de execução com tecnologias de domínio restrito no mercado.

Ainda fazem parte das regras de contratação, a definição da forma de pagamento, dos prazos de execução e vigência do contrato, das garantias e da possibilidade de subcontratação, dentro do limite permitido, e da participação de empresas em consórcios (ALTOUNIAN, 2016). No tocante ao pagamento, o RDC permite a renumeração variável de acordo com o desempenho da contratada, calculado conforme critérios fixados no edital relacionados a cumprimento de metas, padrões de qualidade, sustentabilidade ambiental e prazo de entrega

Por fim, restam as regras de habilitação, na qual é determinada a documentação que as partes interessadas devem apresentar para comprovarem sua habilitação jurídica, técnica, econômico-financeira e sua regularidade fiscal, social e trabalhista. Na determinação dessa documentação, deve ser levada em consideração a razoabilidade, observando a relação com a dimensão e a dificuldade da obra, para não limitar o caráter competitivo do certame (BRASIL, 2014).

Todas as etapas da fase interna da licitação devem sofrer minuciosas revisões antes da publicação do instrumento convocatório, haja vista que após a

publicação há procedimentos para a suas alterações, como reabertura de prazos dados aos licitantes, podendo ocasionar em atrasos no cronograma e até mesmo dispêndios de recursos.

2.3.3 Fase externa.

O início da fase externa da licitação é marcado pela publicação do edital, a qual a deve ser feita em local apropriado para atender ao princípio da publicidade e garantir concorrência. Ressalta-se que todo o rito do processo licitatório é acompanhado por uma Comissão de Licitação, podendo esta ser de caráter permanente ou não, sendo composta por, no mínimo três membros, nos quais pelo menos dois devem ser servidores qualificados de cargo de provimento efetivo do órgão responsável pelo certame (BRASIL, 2014). A exceção a essa regra se encontra na modalidade convite, em que a comissão pode ser substituída por um servidor formalmente designado pela autoridade competente (BRASIL, 1993). Cabe a comissão, sob pena de responsabilidade solidária, tomar medidas administrativas saneadoras e punitivas quando verificadas irregularidades (ALTOUNIAN, 2016).

De acordo com a modalidade e tipo empregados na licitação, a legislação pertinente fixa o prazo mínimo para o recebimento das propostas das partes interessadas, conforme pode ser retratado na Tabela 2 abaixo. Caso ocorram mudanças que promovam alterações nas propostas, realiza-se a reabertura desses prazos.

Tabela 2- Prazos mínimos para recebimento de propostas estabelecidos pelas Lei nº 8.666/93 e Lei nº 10.520/02

Pregão	8 dias úteis
Concurso	45 dias
Leilão	15 dias
Convite	5 dias úteis
Tomada de preço	30 dias quando licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”. 15 dias para os demais casos.
Concorrência	45 dias quando o regime de execução for empreitada integral ou quando o tipo de licitação for “melhor técnica” ou “técnica e preço”. 30 dias para os demais casos.

Fonte: (BRASIL, 2014)

Destaca-se que são impedidos de participar, diretamente ou indiretamente, do certame o autor ou a empresa responsável pelo projeto, seja básico ou executivo, e os servidores ou dirigente da entidade contratante ou responsável pelo procedimento licitatório (BRASIL, 2014). Após o recebimento das propostas é realizada sua habilitação pela Comissão, verificando-se o atendimento aos requisitos técnicos e jurídicos impostos pelo edital. As propostas que atendem a habilitação técnica passam pela avaliação econômica, examinando a aceitabilidade dos preços unitários e total apresentados, bem como a exequibilidade da oferta. São consideradas inexequíveis as propostas cujos valores globais sejam inferiores a 70% do valor orçado pela administração ou da média aritmética dos valores superiores a 50% do valor orçado pela administração.

Em casos de desclassificação, seja da ordem técnica ou econômica, deve se garantir o prazo recursal estabelecido em lei. Cabe destacar que, nas licitações das obras regidas pelo RDC, a fase recursal é única e toma como regra a inversão de fases: a fase de julgamento financeiro das propostas precedida da habilitação técnica (BRASIL, 2011). No entanto, quando previsto no edital e devidamente motivado, o RDC permite a não aplicação da inversão de fases. Para análise de aceitabilidade das propostas ofertadas quando o regime de execução escolhido é a contratação integrada pode ser considerada a taxa de risco do empreendimento determinada na matriz de risco, embora essa taxa não deva constar na parcela que define as despesas indiretas e lucro do orçamento da obra pública (CEARÁ, 2016).

Decorrido o prazo legal para possíveis recursos, tem-se os atos administrativos da homologação, o qual se reconhece a legalidade e validade do certame, e o da adjudicação, que se declara o interesse público da contratação e atribui o licitante vencedor.

2.3.4 Fase contratual

A fase contratual começa com a assinatura do contrato, sendo vedado pelo art. 50 da LLC a celebração desse com não observância da classificação definida no procedimento licitatório ou com terceiros que não participaram do certame. Atenta-se que a minuta do contrato deve ser apresentada no edital, sendo as cláusulas necessárias, definindo os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, previstas no art. 55 da Lei nº 8.666/1993. Dentre as cláusulas contidas em contrato

administrativo, destacam-se as denominadas cláusulas exorbitantes, que conforme Altounion (2016) excedem do direito privado, em consonância a supremacia do interesse público, ao prever vantagens ou restrições que promovem a desigualdade entre as partes envolvidas. Tem-se, por exemplo, a possibilidade de a Administração alterar unilateralmente o contrato em situações que visam o equilíbrio econômico e financeiro, a revisão de preço, a ocupação provisória e a aplicação de penalidade contratuais (ALTOUNION, 2016). Porém, deve se ater para o limite imposto pela LLC para acréscimos e supressões em que o contratado é obrigado aceitar, sendo de 25% no caso de obras e serviços e, excepcionalmente, 50% apenas para os acréscimos de reformas de edifício ou equipamento (BRASIL, 1993)

Com o contrato firmado, o início dos serviços pela empresa vencedora fica condicionada a certas documentações, como, por exemplo, ordem de serviço da Administração, licença de instalação, alvará de construção e outros documentos pertinentes ao empreendimento (BRASIL, 2013a). Toda a execução do contrato será acompanhada e fiscalizada por um servidor público competente para tais atribuições, podendo ocorrer a contratação de terceiro para assisti-lo, quando necessário (BRASIL, 1993). Caso o fiscal se depare com situações que ultrapassem sua competência, deve informar em tempo hábil as autoridades competentes para adoção da medida cabíveis. A empresa contratada deve permitir o amplo acesso necessário à fiscalização, bem como manter preposto aceito pela Administração, de modo que, nas palavras de Altounion (2016), trata-se do “representante da empresa que deverá estar presente de forma contínua no empreendimento para o atendimento a qualquer solicitação da Administração” (ALTOUNION, 2016, p. 347). Para fins de imputar responsabilidade, todas as informações diárias da obra serão registradas no Diário de Obra, de modo que uma cópia deve permanecer no empreendimento, outra com o fiscal e a terceira, com o preposto.

O art. 65 da Lei nº 8.666/93 elenca as situações que se permitem a alteração contratual, podendo ocorrer de forma unilateral ou de acordo entre as partes. Na alteração unilateral os contratados são obrigados a aceitá-las e são permitidas quando se necessita modificar o projeto ou suas especificações para melhor adequação técnica ou quando se necessita modifica o valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto, limitado nos casos de obras até 25% do valor inicial atualizado do contrato, de modo que no caso particular de reforma de edifício o limite para os acréscimos passa a ser 50%. Já as situações que

possibilitam a modificação por acordos entre as partes são previstas no inc. II do art. 65 da referida lei e estão relacionadas a substituição de garantia, de regime de execução ou de forma de pagamento e sobretudo para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato diante de situações imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis que inviabilizam a execução do contrato. (BRASIL, 1993).

O pagamento da contratada será efetuado de acordo com as medições de serviços efetivamente executados e aprovados pela fiscalização, tanto em quesitos quantitativo, quanto qualitativo, respeitadas as condições contratuais e alterações expressa e previamente acordadas (BRASIL, 2013a).

Após a execução do contrato, a obra será recebida em duas etapas. A primeira será provisoriamente pelo agente responsável pela fiscalização no prazo de até quinze dias da comunicação do término da obra pela contratada, e a segunda, definitivamente por servidor ou comissão designada pela autoridade competente após decurso de prazo de vistoria para confirmar a adequação da obra. Ambas as etapas serão formalizadas mediante termo circunstanciado assinado pelas partes envolvidas e têm como objetivo verificar se a execução foi realizada em conformidade com o contrato firmado, cabendo ao contratado reparar, às suas expensas, o que estiver em desatendimento. Salienta-se que na legislação o recebimento, seja provisório ou definitivo, não exclui a responsabilidade civil do contratado pela solidez e segurança da obra (BRASIL, 1993).

Por fim, conforme as recomendações básicas para contratação e fiscalização de obras públicas do TCU (BRASIL, 2013a), tem-se, após o recebimento definitivo, a fase de utilização, em que podem ser necessárias manutenções de modo a garantir que a vida útil do empreendimento possa ser prolongada.

Perpassando as etapas de uma obra pública, desde a concepção até o seu recebimento, bem como em sua utilização e manutenção, torna-se possível aprofundar nas fiscalizações pelo Tribunal de Contas da União dos principais empreendimentos custeados com recursos públicos e a apresentação do referido levantamento.

3 A REALIDADE DAS OBRAS PÚBLICAS FINANCIADAS COM RECURSOS DA UNIÃO

Dentre os objetivos específicos elencados desse trabalho, com vista a analisar as obras públicas custeadas com recursos federais paralisadas sob a ótica da nova lei de licitações, é necessário conhecer o cenário em que se encontram tais empreendimentos.

Portanto, esse capítulo se dedicará a esclarecer o processo de fiscalização dessas obras, sobretudo o controle exercido pelo Tribunal de Contas da União (TCU), para apontar as principais causas que levam a paralisação dos empreendimentos. Dessa forma, será descrita a evolução do controle exercido sobre as obras públicas até a consolidação do programa de auditoria utilizado pelo TCU. Ademais, serão analisados os levantamentos do ciclo de fiscalização de obras do TCU realizado em 2020, destacando os motivos que se levaram a recomendar a paralisação de algumas obras auditadas.

3.1 O controle às atividades da Administração Pública e o Fiscobras

Gurski e Lima (2018) enfatizam o papel estratégico e essencial das obras públicas na perspectiva desenvolvimentista brasileira. No entanto, destacam as frequentes irregularidades encontradas, ocasionando contratempos socioeconômicos, desperdícios de recursos e a prestação deficiente de serviços públicos, afetando, sobretudo, as pessoas em situação de vulnerabilidade social, mais dependentes da ação estatal. O prejuízo se agrava ainda mais quando essas irregularidades culminam na paralisação do empreendimento, haja vista, além do lado social pela privação de políticas e ou serviços públicos que a obra viria proporcionar, os custos, inclusive de difícil mensuração, relacionados aos desgastes e manutenção do empreendimento abandonado, comprometendo serviços já executados, que muitas vezes acabam necessitando de um reforço ou até mesmo de ser refeito (BRASIL, 2018). Nesse sentido, muita atenção se é dada ao tema obras públicas paralisadas, requerendo muitos esforços e discussões dos diversos atores políticos, como, à nível nacional, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Tribunal de Contas da União (TCU), Conselho Nacional da Justiça (CNJ), bem como entidades da sociedade civil, como Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas (Ibraop) e Associação dos Membros dos Tribunais de Contas (ATRICON) (GUIDI, 2020).

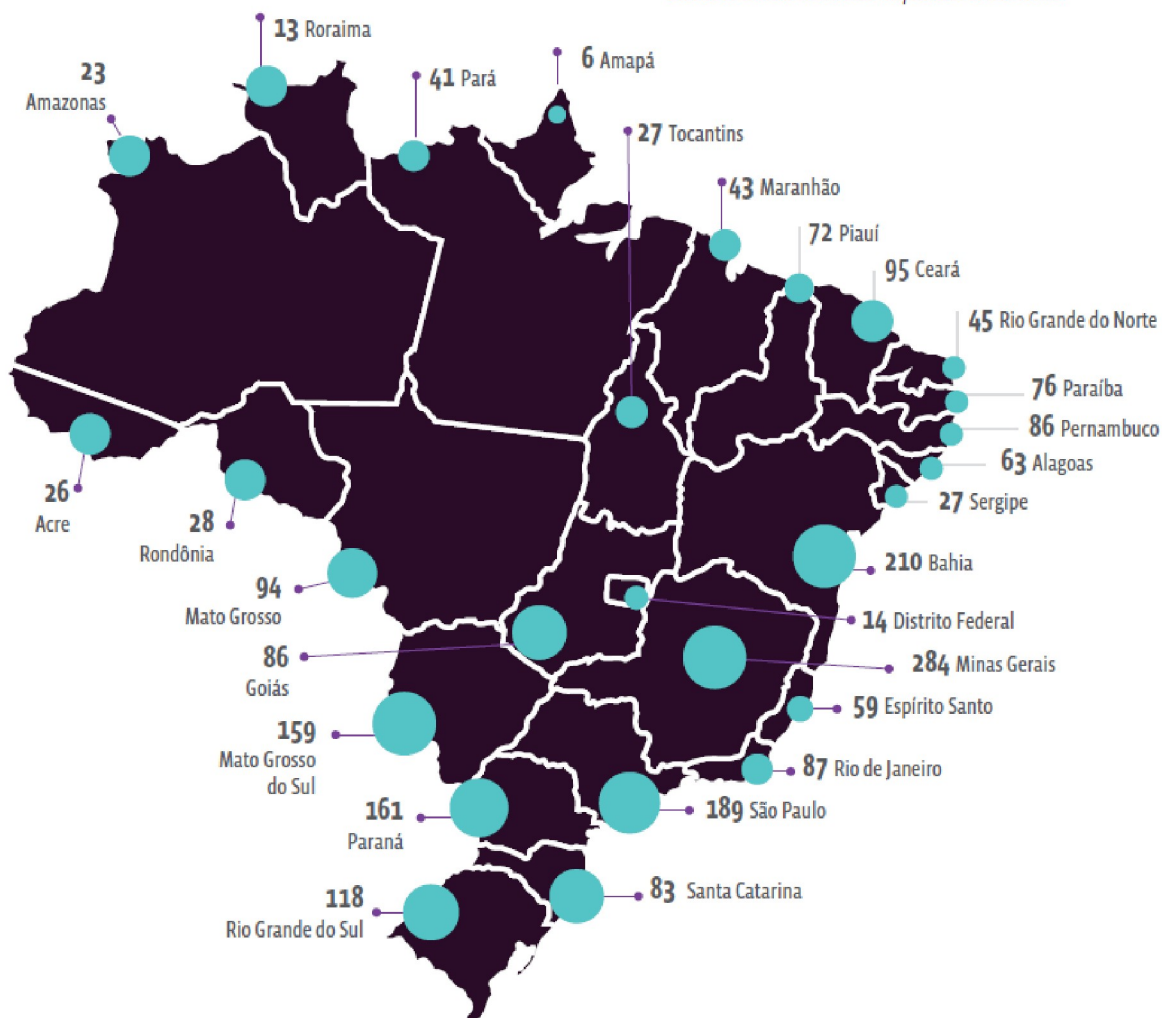
A respeito de fiscalização da gestão pública, Ferreira (2011) a define como o acompanhamento de determinada atividade, comparando-se com padrões previamente definidos, sendo aplicadas correções, caso se verifique desvios, e punições ao se encontrar irregularidade. Os artigos 70 e 71 da CF/88 estabelecem que a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial dentro da Administração Pública Federal será exercida mediante controle externo, pelo Congresso Nacional auxiliado pelo TCU, e pelo controle interno de cada Poder (BRASIL, 1988). Cabe destacar que o auxílio do TCU mencionado na carta magna não é interpretado na doutrina como uma subordinação desse ao Congresso Nacional, e sim, como um órgão administrativo, dotado de autonomia administrativa e financeira, que atua junto ao Poder Legislativo para a consecução de suas competências constitucionais (FERREIRA, 2011). Por princípio da simetria, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, cabem ao Poder Legislativo de cada ente e seus respectivos Tribunais de Contas do Estados fiscalizarem o estado, bem como seus municípios. Ressalta-se que relativo às cortes de contas, nos estados do Pará, da Bahia e do Goiás a referida fiscalização de seus municípios cabe ao Tribunal de Contas dos Municípios, já os municípios Rio de Janeiro e São Paulo, o controle das contas públicas fica a cargo do Tribunal de Contas do Município. Além dos controles expressos na carta magna, ressalta-se o controle social, exercido pela sociedade, decorrente do estado democrático de direito e extremamente importante para atendimento da demanda da população.

Assim, tendo em vista a estrutura do controle às atividades da Administração Pública, tratando-se de obras públicas, pode se considerar 1995 um ano relevante para a pauta de fiscalização e levantamentos desses empreendimentos, em que o Congresso Nacional demandou auditorias e informações acerca do assunto às autoridades públicas. Primeiramente, a Câmara dos Deputados solicitou⁴ ao TCU informações sobre a existência de obras paralisadas na Região Nordeste. Desse levantamento, observou-se que a região apresentava 503 obras inacabadas e que a causa mais frequente das irregularidades consistia na falta de planejamento adequado (BRASIL, 2016). No mesmo ano, houve a criação da Comissão Temporária de Obras Inacabadas no Senado Federal, com o objetivo de identificar e examinar os empreendimentos não finalizados custeados pela União. Verificou-se que havia 2.214

⁴ Solicitação feita por meio do Ofício n° 34 de 27 de abril de 1995 da Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados.

obras paralisadas em todo País, de modo que o levantamento das obras paralisadas por unidade federativa permitiu, segundo relatório da Comissão, traçar o mapa de desperdício de recursos públicos, vislumbrado na Figura 2 (BRASIL, 2016).

Figura 2- "O Mapa do Abandono no País do desperdício"



Fonte: BRASIL, 2016 *apud* BRASIL, 1995

O referido relatório do Senado Federal gerou diversas recomendações, destacando entre elas a aprovação de uma legislação que disciplina a alocação de recursos orçamentários para execução de obras públicas, a criação de um Cadastro Geral de Obras Públicas pelo poder executivo e a instituição de um programa permanente de auditoria em obras e serviços de engenharia pelo TCU. Gurski e Lima (2018) explanam que esta última recomendação decorre da competência constitucional do TCU.

Assim, já em 1996, o Congresso Nacional, por meio da Comissão Mista de Orçamento (CMO), de posse das informações dos levantamentos do TCU, oficiou os órgãos responsáveis pelas obras com graves irregularidades a se manifestarem e instituiu o denominado quadro- bloqueio da Lei Orçamentária Anual (LOA), em que se discutiam sobre a manutenção, ou não, das dotações orçamentárias na LOA de 1997 (BRASIL, 2016). Já a partir de 1997, as Leis de Diretrizes Orçamentárias (LDO) passaram a determinar novas fiscalizações de obras públicas pelo TCU e estabelecer os parâmetros para o relatório a ser entregue a Comissão Mista de Orçamento (CMO) do Congresso Nacional acerca da fiscalização realizada, orientando, portanto, o plano de auditoria de obras do TCU (BRASIL, 2016). Assim, consolidou-se um programa permanente de auditoria em obras e serviços de engenharia pelo TCU, denominado Fiscobras, que tem como produto a emissão de um relatório. Conforme o último relatório dos levantamentos de 2020, define-se o Fiscobras como:

[...]plano de fiscalização anual que engloba um conjunto de ações de controle do TCU com o objetivo de verificar o processo de execução de obras públicas financiadas total ou parcialmente com recursos da União (BRASIL, 2020, p.7)

Ademais, cada achado de auditoria é classificado de acordo com a gravidade do indício de irregularidade, considerando como graves aquelas que podem ensejar dano à sociedade, normalmente relacionadas a situações em que se verificam sobrepreços, superfaturamentos, más qualidades ou que o caráter competitivo da licitação fora restringido (BRASIL, 2020b). Dentre as irregularidades graves, conforme LDO/2020, distinguem-se nas seguintes classificações:

IGP – Irregularidade grave com recomendação de paralisação: atos e fatos que, sendo materialmente relevantes em relação ao valor total contratado, apresentem potencialidade de ocasionar prejuízos ao erário ou a terceiros, e que possam ensejar nulidade de procedimento licitatório ou de contrato, ou configurem graves desvios relativamente aos princípios constitucionais a que está submetida a Administração Pública Federal (art. 118, §1º, inciso IV, da Lei 13.898/2019 - LDO/2020);

pIGP – Proposta de classificação com indício de irregularidade grave com recomendação de paralisação feita pela Unidade Técnica, mas ainda não apreciada pelo TCU: aquele classificado preliminarmente como IGP, mas que ainda carece de atendimento ao requisito previsto

no §9º do art. 118 da LDO/2020, qual seja, classificação proferida por decisão monocrática ou colegiada do TCU, desde que assegurada a oportunidade de manifestação preliminar, em quinze dias corridos, aos órgãos e às entidades aos quais foram atribuídas as supostas irregularidades.

IGR -Irregularidade com recomendação de retenção parcial de valores: aquele que, embora atenda à conceituação contida no art. 118, §1º, inciso IV, da LDO/2020, permite a continuidade da obra desde que haja autorização do contratado para retenção de valores a serem pagos, ou a apresentação de garantias suficientes para prevenir o possível dano ao erário, até a decisão de mérito sobre o indício relatado;

IGC - Indício de irregularidade grave que não prejudique a continuidade: aquele que, embora gere citação ou audiência do responsável, não atende à conceituação de IGP ou IGR (art. 118, §1º, inciso VI, da LDO/2020);

F/I - Falhas/Impropriedades: aquelas falhas de natureza formal ou outras impropriedades que não configurem indício de débito ou que não ensejem a aplicação de multa aos responsáveis, mas tão somente determinação de medidas corretivas ou expedição de ciência (Resolução-TCU 280/2016). (BRASIL, 2020a, p.6, *apud* BRASIL, 2019b grifo meu).

Portanto, são escolhidas, por critérios de materialidade e relevância, obras para serem fiscalizadas, identificando, de acordo com os critérios supracitados, os indícios de irregularidades, permitindo uma correção tempestiva dos problemas encontrados, visto que à medida que as irregularidades são constatadas, os gestores responsáveis são comunicados para apresentarem justificativas ou medidas saneadoras (BRASIL, 2020b). Por fim, o relatório do levantamento é encaminhado a CMO, que ao apreciar os projetos relativos ao plano plurianual, às diretrizes orçamentárias, ao orçamento anual e aos créditos adicionais, analisam possíveis interrupções do fluxo orçamentário para os empreendimentos apontados no relatório por meio de bloqueios de recursos, evitando que o prejuízo ao erário se efetive (GURSKI; LIMA, 2018).

A partir de 2009, o TCU passou a fiscalizar os editais de obras públicas disponibilizados no portal de compras do governo federal, o ComprasNet, tornando-

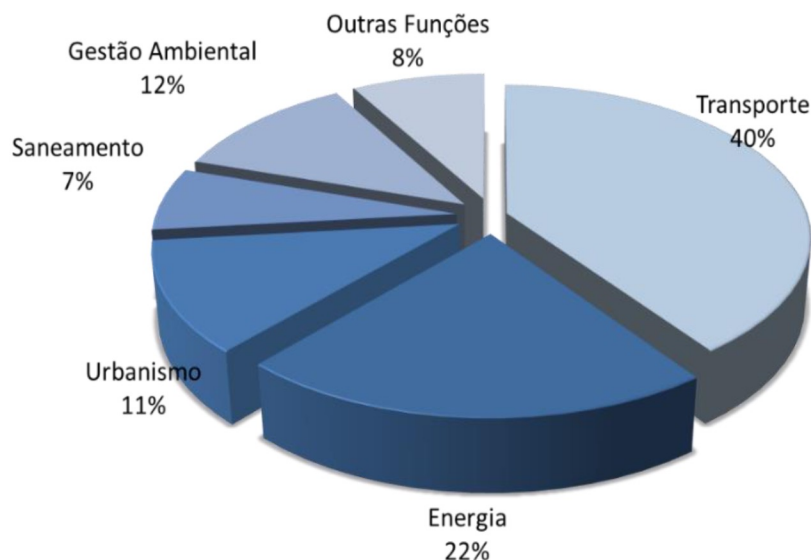
se uma medida efetiva, permitindo o saneamento das irregularidades antes da execução do empreendimento e do desembolso de recursos (BRASIL, 2020a). Já em 2012, as auditorias realizadas no âmbito do referido programa passaram a abordar aspectos de qualidade, de modo que no Fiscobras 2013 passou a contemplar quatro grandes grupos de levantamento: cumprimento de LDO; auditorias de qualidade; acompanhamento de concessões e avaliação de governança (BRASIL, 2016). O Fiscobras de 2015 inovou ao utilizar ferramentas de tecnologia da informação e comunicação (TIC), fiscalizando 189 orçamentos de empreendimentos geridos pelo Ministério das Cidades por meio do Sistema de Análise de Orçamentos (SAO), sistema desenvolvido pelo próprio corpo técnico do TCU (BRASIL, 2020a). A pandemia do Covid-19 trouxe grandes desafios para a fiscalização das obras públicas, as medidas de enfrentamento, como o isolamento, restringiram a realizações de viagens e auditorias *in loco*, impedindo a realizações de algumas auditorias programadas (BRASIL, 2020a). Para contornar tais empecilhos e cumprir suas atribuições, o TCU, em 2020, celebrou acordo de cooperação com o Ministério da Infraestrutura e com o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT), além de investir em ferramentas informatizadas (BRASIL, 2020b).

Tendo em vista a origem, a evolução, bem como a finalidade do programa de auditoria de obras públicas do TCU e os critérios para determinar as irregularidades de uma obra, serão aprofundados os levantamentos feitos no relatório de consolidação do Fiscobras 2020.

3.2 Relatório Fiscobras 2020

O relatório do Fiscobras de 2020 abarcou, além das tradicionais auditorias de grandes empreendimentos de infraestruturas em execução, a análise, por auxílio de sistemas computacionais, de orçamentos e editais de obras públicas dos setores de rodovias, edificações, mobilidade urbana e saneamento básico (BRASIL, 2020b). A distribuição das auditorias realizadas por função de governo pode ser vislumbrada no Gráfico 1, em que se pode notar o destaque para as obras de transporte (BRASIL, 2020a). Para a seleção das obras fiscalizadas, levou-se em consideração o valor autorizado e empenhado no exercício anterior e atual, a regionalização do gasto, a presença de irregularidades pendentes de saneamento, a reincidência dessas irregu-

Gráfico 1 - Distribuição das auditorias realizadas pelo Fiscobras 2020 por função de governo



Fonte: BRASIL, 2020a

laridades e as obras classificadas com irregularidades graves que não foram objeto de deliberação posterior do TCU pela regularidade (BRASIL, 2020a).

Constatou-se que dos 59 empreendimentos de infraestrutura, 31 obras apresentaram indícios de irregularidades graves, de modo que em 4 foram recomendadas a paralisação (IGP), em uma, a retenção parcial de valores (IGR) e em 25 obras, apesar de graves, as irregularidades não prejudicaram sua continuidade (IGC). Constam ainda uma obra classificada como pIGP, ou seja, recomendada pela unidade técnica de classifica-la como IGP (BRASIL, 2020b). Estima-se que as ações da fiscalização podem gerar benefícios da ordem de R\$ 477 milhões.

Já relativo aos orçamentos das obras, selecionou-se 58 fiscalizações automatizadas por meio do Sistema de Análise de Orçamento (SAO) e do Sistema de Análise de Licitações e Editais (Alice) tendo como objetivo identificar erros e irregularidades antes do desembolso financeiro de maneira eficiente. O SAO permite acusar de maneira automática achados de auditoria, como erros de cálculo, existência de medição mensal pela administração local, verba discriminada de forma explícita, cálculos dos itens de BDI em desacordo com as faixas previstas na jurisprudência, incidência de serviços duplicados, mas com preços diferentes em um mesmo orçamento e duplicidade de pagamento pelo mesmo serviço (BRASIL, 2020a). Já o Alice é uma ferramenta de análise textual utilizado para identificar inconsistências. O uso do SAO e do Alice permite a obtenção de resultados mais precisos e com menos

esforços. O acordo de cooperação com o DNIT visa utilizar os referidos sistemas nas futuras licitações da entidade, favorecendo a atuação tempestivas de medidas saneadoras (BRASIL, 2020a).

Foram auditados 25 orçamentos de obras rodoviárias, totalizando a soma de recursos em aproximadamente R\$1.2 milhões (data-base entre outubro de 2018 e outubro de 2019) (BRASIL, 2020b). Como consequência das irregularidades identificadas, revelou-se um sobrepreço de R\$26.416.975,17 (BRASIL, 2020b). Outrossim, foi analisada a conformidade de 33 orçamentos e editais de mobilidade urbana e de saneamento básico de contratos de repasses e termos de compromisso avaliados pela Caixa na qualidade mandatária da União (BRASIL, 20b). A fiscalização ocorreu apenas nas planilhas orçamentárias fornecidas pela Caixa, sem análise documental complementar, de modo que o volume de recursos analisados foi de R\$1.116.764.917,06 (data base entre 2013 a 2019) (BRASIL, 2020b). Segundo o relatório, alguns orçamentos apresentaram indícios de sobrepreço de mais de R\$ 5 milhões. São citadas como as principais inconsistências identificadas pela auditoria a utilização de serviços menos econômicos ou tecnicamente menos recomendáveis; a utilização da descrição do termo “verba”, sem detalhamento, e a presença de itens semelhantes com preços diferentes ou duplicidade de itens que podem levar a sobrefaturamentos.

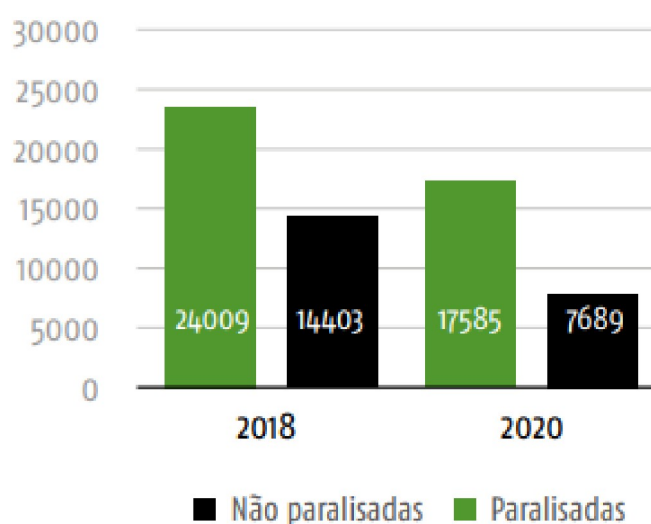
Além disso, foram focos da última edição do relatório do Fiscobras os projetos de desestatizações da Administração Federal, encaminhados para o TCU entre outubro de 2019 e setembro de 2020, compreendendo as privatizações de empresas, as concessões e permissões de serviço público, a contratação das Parcerias Público-Privadas (PPP) e as outorgas de atividades econômicas reservadas ou monopolizadas pelo Estado (BRASIL, 2020a). Assim, realizaram-se análises técnicas dos estudos, identificando os eventuais riscos, bem como as recomendações e determinações aos gestores para mitiga-los ou eliminá-los (BRASIL, 2020b).

Também se avaliou no relatório do Fiscobras de 2020 a evolução do atual cenário de paralisação de obras, utilizando-se de bancos de dados do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), da Caixa Econômica Federal (CEF), do Ministério da Educação (MEC), da Fundação Nacional da Saúde (Funasa) e do DNIT. Considerou-se como obra paralisada aquela em que se vence a vigência do compromisso sem ter sido concluída (BRASIL, 2020b). Verifica-se que dos 25.274

contratos investigados, com materialidade próxima a R\$98 trilhões, 7.689 se encontram paralisados. A última auditoria realizada, em 2018, constatou 14.403 contratos paralisados de um total de 38.412 empreendimentos analisados.

Em que se pese a redução significativa dos empreendimentos paralisados, consoante o Gráfico 2, deve se ater que em 2020 foi auditado um espaço amostral bem inferior em relação a 2018 (cerca de 34% a menos) e que ocorreram alterações na gestão dos bancos de dados, sobretudo nos dados da Caixa Econômica Federal (CEF) e do PAC, necessitando-se de novos acompanhamentos em 2021 para se ter uma análise mais fidedigna da evolução das obras paralisadas no Brasil (BRASIL, 2020b).

Gráfico 3– Comparação entre as obras auditadas em 2018 e 2020



Fonte: BRASIL, 2020b

Por fim, o relatório do Fiscobras 2020 apresentou os achados das 27 auditorias operacionais realizadas nas diversas áreas de infraestrutura nacional. Tais auditorias tiveram como foco a análise da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade dos empreendimentos (BRASIL, 2020a).

Em que se pese a ampla abrangência e a materialidade das fiscalizações realizadas pelo Fiscobras, deve se destacar que a ausência de um Cadastro de Obras do Governo Federal é um dificultador do programa de auditorias do TCU, o que permitiria a coleta de informações consolidadas, precisas e atualizadas acerca das obras públicas em curso no País (BRASIL, 2020a)

Apresentada a visão geral dos achados de vistoria contidos no relatório do Fiscobras 2020, faz-se necessário o aprofundamento das obras classificadas como IGP para se identificar as irregularidades que levam a paralisação dos empreendimentos.

3.3 Obras classificadas como IGP pelo Fiscobras 2020

As obras aqui listadas são aquelas as quais o TCU as classificou como IGP no relatório do Fiscobras 2020, ou seja, que se recomenda o bloqueio de recursos, haja vista a detecção de problemas graves que poderia ensejar prejuízos graves a Administração Pública e, por conseguinte, a toda sociedade. O objetivo, portanto, é caracterizar tais problemas, para depois, em seção própria, expor a tratativa da nova lei de licitações e contratos em relação a esses impasses. Como a finalidade é assinalar os motivos que levam a recomendação de paralisação pelo TCU, será também detalhado o empreendimento considerado de maneira preliminar como IGP. Totalizando, portanto, em 5 obras de grande materialidade: o canal adutor do sertão alagoano; a adequação de trecho rodoviário na BR- 116/ BA; as obras de construção da BR-040/ RJ; as obras de ampliação da capacidade da BR-290/RS; a drenagem, e a pavimentação asfáltica, meio fio em Porto Velho/RO.

3.3.1 Canal adutor do sertão alagoano.

Trata-se de uma obra hídrica que transpõe e canaliza pequeno fluxo do rio São Francisco, com a finalidade de aumentar a disponibilidade de água na região do semiárido alagoano, que recorrentemente sofre com o fenômeno da seca, caracterizada por uma estiagem prolongada devido a deficiência ou falta irregular de chuva na localidade (ALAGOAS, 2017). O empreendimento, denominado Canal do Sertão, apresenta uma extensão de 250 km, de modo que sua região de influência, visualizada na Figura 3, engloba 42 municípios, sendo 26 da mesorregião do Sertão e doze do Agreste de Alagoas (ALAGOAS, 2017). Ao melhorar o abastecimento hídrico da população e dos perímetros de irrigação, espera-se reverter o quadro de vulnerabilidade econômica e social da região, impulsionando a economia local pelo desenvolvimento da piscicultura e do agronegócio (BRASIL, 2021b).

Figura 4– Mapa da região de influência do Canal do Sertão



Fonte: ALAGOAS, 2017

Em 1992 o governo de Alagoas optou pelo empreendimento, sendo em 2007 inserido no programa federal de investimentos em infraestrutura, PAC, configurando uma parceria entre o governo federal e estadual (ALAGOAS, 2017). Além das intervenções para a tomada de água, já foram contratadas as obras dos 150 km do canal, correspondente aos Trechos 1 a 5. Os trechos 1 a 4, que totalizam 123,4 km, já foram concluídos, enquanto o Trecho 5 (km 123,4 ao km 150) já fora licitado por meio da concorrência 12/2010-T1-CPL/AL e originou o contrato 58/2010-CPL/AL, porém, ainda sem ordem de serviço e sem instrumento de transferência de recursos federais (BRASIL, 2021b). Segundo relatório de auditoria do TCU, o custo global, atualizado em abril de 2021, das obras supracitadas é de R\$ 4,09 bilhões, com previsão na LOA de 2021 no montante de R\$3,385 milhões (BRASIL, 2021b). Conforme Acórdão 2.957/2015, constatou-se, no contrato 58/2010 de execução do trecho 5, sucessivos problemas de preços excessivamente superiores aos de mercado, totalizando um sobrepreço da ordem de R\$ 48,3 milhões (data-base janeiro/2010) (BRASIL, 2021b, *apud* BRASIL, 2015). A obra foi classificada como IGP, visando a interrupção do fluxo orçamentário para evitar a concretização do prejuízo. Ademais, determinou à Secretaria de Infraestrutura do Estado de Alagoas (Seinfra/AL)

a repactuação do contrato a fim de elidir o sobrepreço detectado. Em 2020, verificou-se que as medidas saneadoras não foram implementadas, segundo a Seinfra/AL, a repactuação não aconteceu pois, optou-se pela rescisão unilateral do contrato e a realização de nova licitação, diante dos diversos questionamentos e recomendações expedidos pelo TCU e pela necessidade de alterações substanciais do projeto básico licitado em 2010, que se mostrou inviável por Estudo de Viabilidade Técnica e Econômica (EVTE), já que ensejariam alterações acima dos 25% limitado pela LLC. Embora a Seinfra/AL já iniciara procedimento administrativo para se efetivar a extinção do contrato, essa ainda não havia sido consumada na consolidação do Fiscobras 2020, permanecendo a possibilidade jurídica de continuidade do contrato. Assim, devido à ausência de repactuação dos sobrepreços detectados em anos anteriores, o empreendimento permanece classificado como IGP no aludido relatório (BRASIL, 2020b).

3.3.2 A adequação de trecho rodoviário na BR-116/BA

A rodovia BR 116 é uma rodovia longitudinal de 4.566,5 km de extensão, interligando Fortaleza (CE) a Jaguarão (RS) (BRASIL, 2010). Verifica-se que o trecho baiano da estrada, sobretudo entre o município de Serrinha e o contorno de Feira de Santana, encontra-se em condições precárias e insegura, ocasionando inúmeros acidentes. Trata-se de uma região com expressiva movimentação de veículos de carga e de passeio, em que se justifica a duplicação e a adequação do trecho para melhorar as condições de trafegabilidade e as condições de segurança para os veículos e pedestres (BRASIL, 2020b).

Nessa toada, em 2014, o DNIT licitou a obra, utilizando-se do RDC e firmando o contrato ainda naquele ano com o consórcio vencedor do certame (BRASIL, 2019a). Em 2018, fiscalizou-se a contratação integrada do lote 5 da BR - 116/BA (entre o km 334,23 e km 387,41), estimada em R\$ 275 milhões (data-base setembro de 2013) e que tinha como objeto, conforme acordo 214/2019 do TCU, “a elaboração dos projetos básicos e executivo de engenharia e a execução das obras de construção, duplicação, implantação de vias laterais, adequação de capacidade, restauração com melhoramentos e obras de arte especiais” (BRASIL, 2020a, p.1). Constatou-se que os projetos executivos de geometria, de pavimentação e de obras complementares e de concepção de passarelas estavam em desconformidade com as premissas do instrumento convocatório.

Acerca do achado de auditoria relacionado a geometria, constatou-se os seguintes riscos:

- [...] a) risco irreparável de execução da rodovia com características incompatíveis com a 'Classe I-A - Região Plana', conforme exigido no instrumento convocatório, em especial, a relativa a adoção de rampas com declividade maior que a permitida;
- b) risco de adoção de desnível entre as pistas esquerda e direita, com inclusão de um talude crítico no canteiro central, o que pode agravar as consequências de um acidente e está em desacordo com a inclinação máxima transversal permitida pelo edital; (BRASIL, 2020b, p.2)

Ainda, verificou-se que a opção de desnivelamento das pistas promoveria uma redução de gasto com serviços de terraplanagem de R\$ 7,14 milhões para o consórcio vencedor da licitação.

Com relação ao projeto executivo de pavimentação, detectou-se que a solução de pavimentação adotada era diferente da prevista no anteprojeto e que não havia justificativa para a referida substituição, haja vista a ausência de comprovação de melhora na qualidade e vida útil da nova solução. Estimou-se que a redução de custos da ordem de R\$ 32,7 milhões com a nova solução, representado um ganho indevido ao consórcio vencedor devido à ausência de justificativa técnica para sua aplicação.

Já se tratando das obras complementares e de concepção de passarela, identificou a substituição da barreira rígida em concreto, expressamente requisitada no edital, por defesa metálica, que não apresenta o mesmo desempenho de proteção e pode acarretar em uma manutenção mais onerosa. Ademais, observou-se a alteração tanto da localização, quanto do comprimento da passarela, que implica em riscos de acidentes pelo trânsito de pedestres nas vias marginais da rodovia (BRASIL, 2019a). Tais modificações acarretaria em ganhos exclusivos ao consórcio vencedor de R\$ 18,6 milhões.

Diante da materialidade das irregularidades verificadas em 2018, totalizando cerca de 21% do valor contratual, o TCU passou a classificá-la como IGP (BRASIL, 2020a).

Os esclarecimentos fornecidos pelo DNIT e pelo consórcio responsável pelo empreendimento não foram suficientes, segundo o TCU, para sanear ou afastar

as irregularidades encontradas, permanecendo a classificação de IGP no relatório do Fiscobras 2020 (BRASIL, 2020b). Ainda depende de confirmação pelo TCU o achado relativo à “ausência de orçamento detalhado contendo a descrição, unidade de medida, quantitativo e preços unitários de todos os serviços da obra, acompanhado das respectivas composições de custos unitárias, bem como detalhamento de encargos sociais e da taxa de BDI” (BRASIL, 2019a, p.4)

3.3.3 Obras de construção da BR-040/ RJ.

Trata-se da construção da Nova Subida da Serra de Petrópolis/RJ, uma das obras prevista no contrato de concessão de 1995 da rodovia BR-040/MG/RJ e com orçamento estimado de R\$80 milhões (data – base 1995) (BRASIL, 2020a). A nova pista, de extensão de 20,7 km e duplicada, substituirá a atual subida da serra Rodovia Washington Luiz. Além da melhoria de mobilidade, o novo trecho visa a melhorar o acesso à Refinaria Duque de Caxias (Reduc), ao Polo Petroquímico de Itaboraí e aos Portos de Itaguaí e do Rio de Janeiro (BRASIL, 2020b).

Em que se pese estar previsto no edital da concessão a finalização da obra em até 5 anos da assinatura do contrato, apenas em 2013 se teve a conclusão do projeto executivo, apresentando um orçamento superior ao constante no edital, o que, conforme disposição contratual, ensejaria uma recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (BRASIL, 2020b). Para isso, a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) firmou um termo aditivo em 2014, com recursos oriundos do Orçamento Geral da União. Na obra, são previstas indenizações por desapropriação e remanejamento de interferências, a construção de túneis – incluso o maior do País, de 4,69 km, de marginais, bem como de acessos a aglomerados e retornos e a implantação de pistas duplas e melhorias na rodoviária de Petrópolis (BRASIL, 2020b).

O Fiscobras de 2016 recomendou a paralização da obra diante de verificação de sobreavaliação da recomposição do equilíbrio devido a superestimativa de alíquota e de base cálculo dos tributos IRPJ e CSLL; sobrepreço no orçamento da obra e desatualização e deficiência dos projetos básicos e executivos. Desde então, o empreendimento fora objeto de auditoria do Fiscobras em todos os exercícios subsequentes. Em nova diligência à ANTT em 2020, a unidade técnica do TCU notou a ausência de revisão do projeto e do orçamento da construção da nova pista,

propondo a manutenção de sua manutenção de sua paralisação, sob análise do relator (BRASIL, 2020b).

3.3.4 Obras de ampliação da capacidade da BR-290/RS.

A rodovia BR-290/RS, de grande fluxo de veículos, é a principal via que liga a capital gaúcha a seu litoral, possibilitando, em seus 121 km de extensão, o acesso a diversas rodovias que levam a tantos outros municípios do estado (BRASIL, 2020b). A rodovia é objeto de concessão pela ANTT, tendo seu contrato firmado em 1997 e com duração prevista para 20 anos. A tarifa de pedágio do trecho fora considerada uma das mais altas do País, alcançando em 2017 o preço de R\$17,10 para cada cem quilômetros rodados (BRASIL, 2020a).

Fruto do 13º Termo Aditivo da concessão, implantou-se a quarta faixa ao longo de 21 km de extensão, almejando a diminuir os congestionamentos. Fora ainda realizado o 14º Termo Aditivo, concedendo a prorrogação da concessão por mais 12 meses, até a assunção da nova concessionária vencedora. Também ficou pactuado pelo referido ajuste uma redução da tarifa em quase 50% (BRASIL, 2020a)

Decorrente do Fiscobras 2017, fiscalizou-se, devido ao relevante investimento, a conformidade na execução das obras de ampliação da rodovia, encontrando diversas irregularidades relacionadas ao planejamento, a execução e ao pagamento da obra (BRASIL, 2020a). Os achados de auditoria sugerem superfaturamentos na renumeração da obra próximo a R\$47 milhões, além de sobrepreços e quantitativos inadequados na ordem de R\$ 44,5 milhões (data-base março de 2016). Ademais, constatou a ausência ou insuficiência dos projetos, burla ao procedimento licitatórios, além de irregularidades financeira e orçamentária relativas aos compromissos a cargo da ANTT (BRASIL, 2020b). Diante do exposto, fora recomendada a paralisação do empreendimento, sendo que já havia sido executado 88% da obra.

Auditorias em 2020 indicaram que os impasses permaneceram, além de novos achados referentes a superfaturamento no serviço de telas de passagem e no transporte de material excedente do serviço de terraplanagem para bota-fora, implicando na manutenção da classificação IGP das obras de ampliação da rodovia BR 290-RS (BRASIL, 2020a).

3.3.5 Drenagem, pavimentação asfáltica e meio fio em Porto Velho/RO.

Com a finalidade de melhorar a qualidade de vida da população da capital de Rondônia, permitindo a integração entre os centros e periferias, bem como o escoamento de produtos locais, a Prefeitura de Porto Velho optou pela construção de pavimentação de aproximadamente 73 km de vias públicas, incluindo sarjetas, meios-fios e obras de drenagens (BRASIL, 2020b). Para isso, dividiu-se o objeto em três certames, todos pela modalidade concorrência, adotando o regime de empreitada por preço global e critério de julgamento de menor preço.

O certame para a realização do recapeamento e da sinalização horizontal das 34 principais vias públicas do município fora estimado em R\$ 37 milhões. Já para o orçamento da licitação da construção da pavimentação da Avenida Rio de Janeiro estabeleceu valores próximo a R\$ 8 milhões. Por fim, esperava-se um gasto de R\$ 25 milhões para as obras de pavimentação e de drenagem das vias públicas do bairro Lagoa (BRASIL, 2020a).

Tendo em vista acompanhar a aplicação de recursos federais, os procedimentos supracitados foram escopo de auditorias do Fiscobras 2020. Como achado de auditoria, verificou-se sobrepreços, sobretudo referente a construção e aplicação do revestimento asfáltico de Concreto Betuminoso Usinado a Quente (CBUQ) e a aquisição e transporte de insumos para a emulsão asfáltica RR-2C (BRASIL, 2020a). Ademais, também se constatou a deficiência e a desatualização dos projetos, principalmente em relação a sinalização horizontal (BRASIL, 2020b). Essas graves irregularidades levaram a unidade técnica a recomendar a paralisação da obra, por ainda não ter sido prolatada pronunciamento do Ministro Relator, classificou-se como preliminarmente IGP (BRASIL, 2020b).

4 A NOVA LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS – LEI Nº 1.433/2021

Em 1º de abril de 2021 fora publicada a Nova Lei Geral de Licitações e Contratos (NLLC), fruto do Projeto de Lei (PL) nº 4.253/2020, que por sua vez, tem suas origens nos PLs 163/95 e 559/2013, ambos de iniciativa do Senado Federal (HAAB, 2021). Embora uma nova lei de contratações públicas tenha sido debatida por um longo período, pode se considerar a conversão do último PL relativamente rápida, necessitando de um aprofundamento das alterações propostas, especialmente pelo fato de a lei já ter entrado em vigência na data de sua publicação, isto é, 1º de abril de 2021. No entanto, pelo art. 193 da Lei nº 14.133, deve se ater que a Lei nº 8.666/93 ainda tem aplicações para os contratos que tenham sido assinados antes da entrada em vigor da NLLC e para as hipóteses em que, dentro do prazo de dois anos da publicação da Lei nº 14.133/21, a Administração Pública opte de maneira expressamente indicada no edital para sua aplicação.

Serão objetos de estudo desses capítulos as críticas e distorções da legislação anterior que levaram a publicar um novo marco regulatório de licitações e contratos. Em momento posterior, serão abordadas as principais inovações promovidas pela Lei nº 14.133/21 que impactam sobretudo as obras públicas.

4.1 A necessidade de uma nova Lei Geral de Licitações e Contratos.

Para entender a demanda por uma nova lei de licitações e contratos, é interessante perpassar pelo histórico das legislações anteriores que regem o tema, destacando as suas principais distorções.

Considera-se que o Decreto-lei nº 200/67, responsável pela primeira reforma administrativa brasileira e pelos primeiros passos de implantação de um modelo burocrático-gerencial, foi o primeiro marco legal a abordar de maneira mais detalhada o procedimento licitatório. No entanto, o primeiro ordenamento a abordar de forma exclusiva o tema foi o Decreto-lei 2.300/86, em que já se previa como objetivo do procedimento a seleção da oferta mais vantajosa e o atendimento aos princípios da igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, verificando, portanto, a influência do diploma sobre a Lei nº 8.666/93 (MATOS, 2017).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, determinou-se, por meio do art. 37, a obrigatoriedade à Administração Pública de licitar para contratar de terceiros, salvo as exceções previstas em lei, surgindo, assim, a Lei nº 8.666/93 para disciplinar o referido dispositivo constitucional (BRASIL, 1988).

Segundo Bicalho *et al.* (2017), a Lei nº 8.666/93 nasce em um contexto histórico de recente redemocratização e grave crise política, institucional e econômica, decorrente de casos de corrupções e fraudes em processos licitatórios e do processo de *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello. Como destacado por Matos (2017), na época, a legislação trouxe grande modernização, principalmente no tocante a moralidade e probidade. No entanto, Tourinho (2017) argumenta que a expectativa de evitar o cometimento de irregularidades nas contratações públicas acabou gerando uma lei demasiadamente burocrática, apresentando um caráter manualizado, extremamente legalista e detalhista, promovendo o engessamento do procedimento licitatório e deixando aos gestores públicos pouca discricionariedade para tomadas de decisões. Segundo a autora, a excessiva preocupação com a legalidade implicou na perda de eficiência, impedindo medidas saneadoras e diálogo com o licitante, o que Bicalho *et al.* (2017) caracteriza como uma relação verticalizada entre poder público e as partes interessadas.

Ainda em relação a eficiência, Tourinho (2017) alega que os tramites impostos pela LLC são morosos, como, por exemplo, a fase de habilitação, que requer uma análise mais detalhada acerca do atendimento ao edital, precedendo a classificatória ou a possibilidade de recursos ao final de cada fase, interpostos muitas vezes com o objetivo de procrastinar a contratação, levando a contratos emergenciais. Ainda são tecidas críticas acerca das modalidades previstas na LLC, que trazem, segundo a autora, objetivos comuns ao prever a concorrência, a tomada de preço e o convite. Ela classifica os prazos previstos para a concorrência demasiadamente elevados, já a tomada de preço, ao possibilitar a participação de todos interessados, acaba não atingindo a celeridade almejada e, por fim, na modalidade convite, a previsão de enviar cartas-convite no mínimo a três interessados escolhido pelo gestor facilita o cometimento de fraudes (TOURINHO, 2017)

Ademais, Dos Santos (2019) aponta que as situações especificadas na legislação foram insuficientes para atender o desenvolvimento da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC) e os novos anseios da sociedade e necessidades da Administração Pública com o decorrer do tempo, sofrendo, portanto, modificações

e complementações. Todavia, Bicalho *et al.* (2017) explicam que as alterações atingiram especialmente os procedimentos licitatórios, de modo que os contratos administrativos permaneceram predominantemente regidos pela Lei nº 8.666/93.

Dentre as complementações à LLC, considera-se uma das maiores inovações a Lei nº 10.520/2002, denominada Lei do Pregão, aplicada para aquisição de bens e serviços comuns (PINTO, 2020). Caracterizado como uma nova modalidade, o pregão é um leilão às avessas, em que os concorrentes ofertam sucessivos valores decrescentes até se atingir o lance de menor valor, ou seja, o vencedor. Além de se garantir maior competitividade, Dos Santos (2019) menciona que o projeto de lei que instituiu a nova modalidade trouxe, na exposição de motivos, a melhora na agilidade nas aquisições ao desburocratizar os procedimentos. Neste sentido, Bicalho *et al.* (2017) afirmam que o pregão trouxe celeridade, economia, eficiência e transparência às compras públicas ao inverter as fases de julgamento e habilitação de propostas; ao instituir fase recursal única no final do procedimento; ao definir a análise documental para habilitação apenas do vencedor e ao prever uso de tecnologia da informação. No entanto, os autores apontam que o inadequado enquadramento de bens e serviços na categoria “comuns” promoveu o uso excessivo da modalidade, afastando a análise de critérios técnicos relevantes para determinadas aquisições e considerando apenas o critério de preço imposto pela modalidade, o que nem sempre é sinônimo de “mais vantajosa”. Ademais, deve destacar que a obrigatoriedade pelo uso da modalidade, preferencialmente na forma eletrônica, aplicou-se apenas a nível federal, possibilitando aos demais entes, sobretudo os municípios menores, aplicar modalidades para aquisição de bens e serviços comuns menos eficientes e mais susceptíveis à fraude e à limitação da concorrência (TOURINHO, 2017).

Ainda tratando da falta de alcance da LLC, Bicalho *et al.* (2017) alega que a Lei nº 8.666/1993 era incapaz de gerar a agilidade para contratações e realizações de obras para a realização da Copa do Mundo e dos Jogos Olímpicos, surgindo a necessidade de um novo regime com flexibilizações dos procedimentos. Isto posto, publicou-se a Lei nº 12.462/11, o Regime Diferenciado de Contratação (RDC), representando para os autores o “marco definitivo do processo de transição e renovação da Lei nº 8.666/93” (BICALHO *et al.*, 2017, p. 12). Entre as vantagens, Tourinho (2017) destaca a previsão da contratação integrada como regime de execução de obra e serviços de engenharia, possibilitando que a mesma empresa

seja responsável pelo projeto básico e executivo e ainda para a execução da obra ou serviço, que até então era vedado pela LLC, o que resolveria, segundo sua visão, a falta que a Administração pública sofre de profissionais qualificados e ou recursos para contratação de projetos de envolvem elevada complexidade (TOURINHO, 2017). Cita-se também como grande inovação a possibilidade de lances intermediários, em que, conforme arrolado no inc. II, §2º, art. 17 da referida lei, se possibilita “o reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente” (BRASIL, 2011). Tal mecanismo tende a promover a economicidade do certame, ensejando a disputa de preço entre os melhores colocados. Devido aos resultados exitosos do novo regime, houve a ampliação das hipóteses de sua aplicação para outras situações: as ações integrantes do PAC, da segurança pública e dos órgãos e entidades dedicados à inovação, à tecnologia e à ciência e obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde, dos estabelecimentos penais, bem como as unidades de atendimento socioeducativo e das melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (BRASIL, 2011). Mas, Dos Santos (2019) esclarece que, em que se pese a eficiência, a celeridade e a transparência visadas a serem alcançadas pelo RDC, ainda foi insuficiente para afastar irregularidades nas obras públicas, que muitas sequer foram concluídas a tempo e se encontram em desuso, proporcionando vultuosos prejuízos aos cofres públicos.

Salienta-se que, embora tenham surgido novos diplomas legais como os supracitados, a Lei nº 8.666/1993 permanece como marco legal das licitações e contratos no País, visto que, mesmo quando se tem a regulação por outro dispositivo, ela permanece válida em caráter subsidiário (GURSKI; SOUZA-LIMA, 2018, p.211-212).

Acrescenta-se ainda outros diplomas que tratam de contratações públicas, como a Lei nº 11.079/04, que institui regras para as parcerias público-privadas (PPP) e a Lei nº 13.303/16, Lei das Estatais. Sobre a primeira lei, Dos Santos (2019) esclarece que a insuficiência de recursos públicos sempre foi um problema para investimentos em infraestrutura. Segundo o autor, o intuito da Lei das PPP foi de transferir a responsabilidade, o financiamento e o investimento das obras, dos serviços e das atividades de interesse público à iniciativa privada. Bicalho *et al.* (2017) explicam que a legislação supracitada foi importante para quebrar a, já citada, relação

verticalizada imposta pela Lei nº 8.666/93, mais especificamente pelas cláusulas exorbitantes, ao prever mecanismos do setor privado, como a mediação e a arbitragem. Já sobre a Lei das Estatais, Matos (2017) afirma que, com o objetivo de despolitizar a gestão das empresas estatais, a Lei nº 13.303/16 obrigou estas empresas a criarem normas de governança e regras próprias para licitar e contratar. Dos Santos (2019) expõe que essa legislação foi vista como instrumento inovador e hábil para desburocratização de procedimentos administrativos. Entende-se que devidas as suas particularidades, como o objetivo de gerar lucros, mas ainda assim atender o interesse público, as compras e contratações das estatais se devem guiar por uma legislação própria. Devido a suas especificidades, tais matérias não serão abarcadas pela nova lei de licitações e contratos, permanecendo a observância de legislação específica pertinente.

Assim, diante do exposto, a adoção do modelo gerencial pela Administração, as necessidades de maximizar a eficácia e a eficiência dos recursos públicos, a busca pela mitigação de fraudes na contratação pública e a necessidade de unificar o regramento sobre o tema são elencados por Dos Santos (2019) como as razões/justificativas para a elaboração de uma nova regra geral de licitações e contratos. Acrescenta-se ainda a incorporação de definições advindas da doutrina e jurisprudência com o intuito de garantir segurança jurídica nas contratações e execuções de obras públicas. Nesse sentido, surge a Lei nº 14.133/21, com o intuito de revogar as Lei nº 8.666/93, Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e Lei nº 12.462/11 (RDC), que terão as principais novidades expostas na próxima seção. Cabe destacar que, para Bonatto (2021), o novo diploma apresenta inegáveis avanços para as obras e serviços de engenharia.

4.2 A Lei nº 14.133/2021 e as alterações na área de obras públicas

A NLLC, que passa a ser a lei que regulamenta o art. 37, inc. XXI da CF/88, aplica-se as administrações públicas diretas autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluindo os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário dos entes federativos quando no desempenho de função administrativa (BRASIL, 2021a). Também se sujeitam a referida lei os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública, o que no caso dessas entidades, na visão de Amorim *et al*

(2021), trata-se de uma contradição, haja vista a exclusão explícita das empresas subsidiárias de empresas públicas e sociedades de economia mista constatada no §1º, do art.1º da Lei nº 14.133/21. Ademais, aplica-se a lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumento congêneres celebrados por órgãos da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo Federal.

Além dos objetivos gerais já anteriormente previstos nas outras legislações acerca do tema, acrescenta-se a precificação adequada ao evitar que se realize contratações que apresentem sobrepreços, superfaturamento ou preços manifestamente inexequíveis (AMORIM *et al*, 2021). A preocupação com preços inexequíveis já era vislumbrada na LLC, porém alterou-se a sistemática dessa classificação, conforme será demonstrado em momento posterior. Advindo das jurisprudências do TCU e da Lei das Estatais, as duas primeiras irregularidades tiveram seus conceitos definidos no art. 6º da NLLC, sendo o sobrepreço configurado quando o preço orçado ou licitado de um item ou do valor global do objeto, a depender do tipo de contratação, é excessivamente superior aos preços de mercado e o superfaturamento como:

[...]dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por:

- a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas;
- b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança;
- c) alterações no orçamento de obras e de serviços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado;
- d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços (BRASIL, 2021a, art. 6º, inc. LVII).

Amorim *et al* (2021) explica que o superfaturamento é fruto de estratégias comportamentais que geram um pagamento a maior e indevido ao contratado, mas não necessariamente um preço exagerado, ocasionando em seu enriquecimento

ilícito, como, por exemplo, prorrogar o contrato para receber parcelas adicionais (AMORIM *et al*, 2021).

Dentre os princípios elencados no art. 5º da lei nº 14.133/21, destacam-se como inovadores os princípios do planejamento, da transparência e da segregação de funções. O princípio do planejamento consubstancia a preocupação com a efetividade das contratações públicas, devendo essa ser a mais adequada aos objetivos almejados e com a alocação racional dos recursos públicos. Já o princípio da transparência proporciona o controle, inclusive o social, acerca dos atos envolvidos nos procedimentos licitatórios, coibindo, dessa forma, arranjos ilícitos (NIEBUHR *et al*, 2021). Finalmente, a segregação de funções tem sua origem na jurisprudência do TCU, que a expressa como reforço do controle interno ou como limitador da participação de empresas em licitação. A primeira concepção se trata da vedação de o mesmo agente público atuar simultaneamente em funções que apresentem riscos, visando coibir fraudes e favorecer saneamentos de irregularidades (AMORIM *et al*, 2021). Enquanto a segunda concepção, já abordada pela Lei nº 8.666/93, impede participar da licitação pessoas que podem configurar conflitos de interesse, como, por exemplo, o impedimento do autor de anteprojeto.

Merece destaque o capítulo III da nova legislação que aborda as diretrizes de governança, gestão de riscos e controle a serem seguidas pelos órgãos e entidades públicas em suas contratações, incorporando o uso de tecnologia da informação e se submetendo ao controle social. Inspirado pelo modelo defendido pelo Instituto de Auditores Internos (*Institute of Interna Auditors- IIA*) e aplicado na União Europeia (AMORIM *et al*, 2021), a Lei nº 14.133/21 positivou o modelo de três linhas de defesa, em que em cada linha se é atribuída a responsabilidade de controle, conforme vislumbrado pelo art. 169 da referida lei:

Art. 169

[...]

I - primeira linha de defesa, integrada por servidores e empregados públicos, agentes de licitação e autoridades que atuam na estrutura de governança do órgão ou entidade;

II - segunda linha de defesa, integrada pelas unidades de assessoramento jurídico e de controle interno do próprio órgão ou entidade;

III - terceira linha de defesa, integrada pelo órgão central de controle interno da Administração e pelo tribunal de contas (BRASIL, 2021a).

A lei atribui a implementação das práticas de defesa, que devem ser feitas de maneira contínua e permanente, à alta administração, na forma do regulamento, devendo se considerar os custos e benefícios dessa implementação, optando-se por relações íntegras e confiáveis. Para a consecução de suas atribuições, a lei assegura o acesso irrestrito às informações pertinentes, estabelecendo que as ações de fiscalização serão pautadas em critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco.

Uma importante competência atribuída às três linhas de defesa é o saneamento das impropriedades formais encontradas, afastando um comportamento extremamente legalista e engessado das licitações. O título ainda aborda algumas matérias dos Tribunais de Contas, como competência para suspensão cautelar do processo licitatório, determinando o prazo de 25 dias para se pronunciar sobre o mérito da suspensão, e promoção de capacitação, por meio de suas escolas de contas, dos agentes envolvidos nas licitações e execuções do contrato.

Particularmente, no tocante às obras públicas, nota-se que sua própria conceituação sofreu alterações, sendo considerada como:

[...] 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, 2021a)

Ao se prever a alteração substancial para se caracterizar uma obra, observam-se parâmetros dinâmicos e não mais atividades preestabelecidas, como construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, imposta pela Lei nº 8.666/93.

Para fins didáticos e de comparabilidade, as demais inovações que impactam as obras públicas serão abordadas conforme as etapas traçadas na seção 2.3, com exceção da fase preliminar que será incorporada à fase interna da licitação. Observou-se que os componentes da etapa preliminar eram previstos somente em dispositivos infralegais, sem uma conceituação legal expressa, como é o caso, por exemplo, do estudo técnico preliminar, que na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 12.462/11

apenas o mencionava como componente do projeto básico. Assim, devido a inserção no ordenamento legal, a literatura acadêmica considera essa fase incorporada a fase interna da licitação, configurando a fase de planejamento da contratação e execução da obra (AMORIM *et al*, 2021).

4.2.1 Fase interna

Essa fase sofreu importantes contribuições pela NLLC, sobretudo no que se trata da elevação do planejamento como princípio a ser obedecido no procedimento licitatório, haja vista que nessa etapa se determina a necessidade e objetivo do empreendimento, a alternativa para se alcançar os resultados desejados, além de produzir documentos que servirão de base para traçar o caminho a ser seguido.

O caput do artigo 18 prevê que os procedimentos exercidos nessa etapa preparatória, devem ser compatíveis com as leis orçamentárias e com o plano de contratação anual, quando elaborado pelo ente federativo, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação. Ainda, determina que nessa fase serão descritas a necessidade da contratação, definido o objeto, bem com as condições de execução do objeto e pagamento, elaborado o orçamento estimado, o edital e, quando necessária, a minuta de contrato, estabelecendo o regime de execução da obra, a modalidade utilizada, os critérios de julgamento, bem como o modo de disputa; analisado os riscos que possam comprometer a licitação ou execução do empreendimento (BRASIL, 2021a).

Cabem algumas considerações acerca desse artigo. A primeira é o plano de contratação anual, de caráter facultativo, que tem como objetivo “racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias” (Art. 12, VII, BRASIL, 2021a). Trata-se de um instrumento voltado para o planejamento que servirá de base para elaboração da LOA e para o que Amorim *et al* chamam de função secundária, “mitigar aquisições desnecessárias, fracionamentos ilegais de objetos e despesas, bem como contratações com recursos orçamentários insuficientes ou até mesmo possam comprometer o orçamento público” (AMORIM *et al*, 2021, p. 46).

Outro destaque é a conceituação, pelo inc. XX, do art. 6º da Lei nº 14.133/21, do estudo técnico preliminar, definido como o documento da primeira fase do planejamento que deve caracterizar o interesse público da contratação, bem como

a melhor solução encontrada, servindo de base, caso verificada a viabilidade, para o anteprojeto, o termo de referência e o projeto básico. No §1º do art. 18 da lei supra são listados os elementos que devem compor o estudo técnico preliminar, ressaltando como elementos obrigatórios a descrição de necessidade da contratação, a estimativa das quantidades e do valor da contratação, a justificativa de se fazer ou não o parcelamento e a descrição de possíveis impactos ambientais, bem como suas respectivas medidas mitigadoras do estudo técnico preliminar, sendo necessária a justificativa da ausência dos demais elementos previstos.

Na mesma toada, a nova legislação também se tratou de definir o conceito de anteprojeto, que não era prevista na Lei nº 8.666/93 e sendo apenas mencionado na lei do RDC como quesito obrigatório no caso de contratação integrada (BRASIL, 2014). O novo marco licitatório também se preocupou em descrever os componentes mínimos contidos nesse documento, como se evidencia no inc. XXIV do art. 6º da referida lei:

[.] XXIV - anteprojeto: peça técnica com todos os subsídios necessários à elaboração do projeto básico, que deve conter, no mínimo, os seguintes elementos:

- a) demonstração e justificativa do programa de necessidades, avaliação de demanda do público-alvo, motivação técnico-econômico-social do empreendimento, visão global dos investimentos e definições relacionadas ao nível de serviço desejado;
- b) condições de solidez, de segurança e de durabilidade;
- c) prazo de entrega;
- d) estética do projeto arquitetônico, traçado geométrico e/ou projeto da área de influência, quando cabível;
- e) parâmetros de adequação ao interesse público, de economia na utilização, de facilidade na execução, de impacto ambiental e de acessibilidade;
- f) proposta de concepção da obra ou do serviço de engenharia;
- g) projetos anteriores ou estudos preliminares que embasaram a concepção proposta;
- h) levantamento topográfico e cadastral;
- i) pareceres de sondagem;

j) memorial descritivo dos elementos da edificação, dos componentes construtivos e dos materiais de construção, de forma a estabelecer padrões mínimos para a contratação (BRASIL, 2021^a).

A definições dos projetos básico e executivos não apresentou alterações substanciais, sendo acrescentados alguns componentes necessários na composição do projeto básico. Para Amorim *et al* (2021), o nível de detalhamento dado para a fase preparatória tende a tornar o processo mais moroso e particularmente dificultoso para as entidades públicas que não dispõe de um quadro de pessoal numeroso nem habilitado para o desempenho dessas atribuições.

Uma novidade que vem fortalecer não só o planejamento e o projeto de uma obra, mas também sua execução, operação e manutenção, é adoção gradativa da Modelagem da Informação da Construção (*Building Information Modeling – BIM*) ou tecnologias similares. Segundo Costa (2021), essa metodologia é utilizada para projetar os empreendimentos, analisar e explorar alternativas do projeto que permitem o compartilhamento de informações entre os diversos atores envolvidos na concepção do projeto, permitindo, por meio de simulações, a compreensão da obra como um todo, bem como as suas interferências no ambiente e até previsão de problemas a serem enfrentados. Costa (2021) alega que a adoção do BIM proporcionará redução de custos, diminuição de conflitos entre as diversas disciplinas e de erros, bem como favorece a precisão do projeto, sobretudo na quantificação da estimativa, resultando na redução de termos aditivos ou paralisação de obras. Apesar de já ser utilizado por algumas entidades públicas, como exército brasileiro, DNIT, Infraero e Fiocruz, a implantação da metodologia requer investimento, tanto em capacitação profissional, quanto em estrutura, como aquisição de computadores e *softwares*, apresentando ser um grande desafio, especialmente para os pequenos municípios (COSTA, 2021).

Já relativo à precificação adequada, nota-se a preocupação dada pelo legislador à estimativa de preço da contratação, consubstanciada no conteúdo do art. 23, destacando a adoção de parâmetros consolidados pela jurisprudência do TCU e outros mecanismos infralegais para determinar custos de obras públicas:

Art. 23

[...]

§ 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e

dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento. (BRASIL, 2021a)

Salienta que em regra o orçamento estimado é público, no entanto, advindo do RDC, desde que justificável, poderá ser em caráter sigiloso, devendo permanecer a divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para elaboração das propostas pelas partes interessadas. Ressalta-se que o sigilo não se aplica para os órgãos de controle (PERNANBUCO, 2021).

No tocante as regras da licitação, extinguiu-se as modalidades tomada de preço e convite, mantendo-se as modalidades concorrência, leilão e o concurso da Lei nº 8.666/93, além de incorporado o pregão da Lei nº 10.520/21 e inovado ao acrescentar a modalidade diálogo competitivo, conforme sintetizado na Tabela 3.

Os critérios de valores são abandonados pela NLLC, sendo a concorrência indicada para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, o concurso para escolha de trabalho técnico, científico e artístico, o pregão para aquisição de bens e serviços comuns, enquanto o leilão passou a ser a modalidade absoluta para alienações de bens da Administração Pública (AMORIM *et al*, 2021).

Tabela 3 - Modalidades de licitação definidas pela Lei nº 14.133/21.

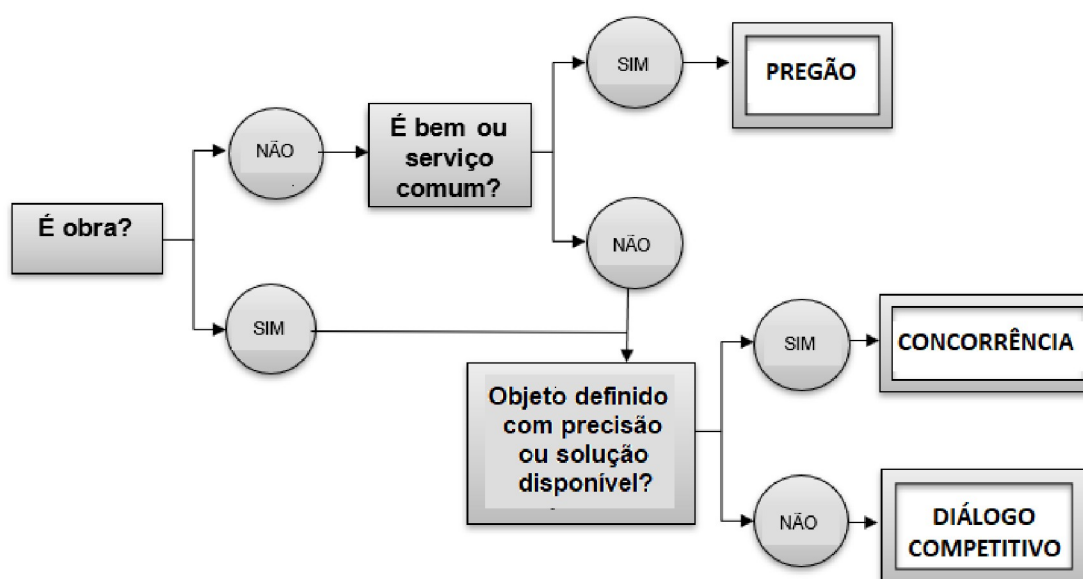
Pregão	Modalidade de licitação obrigatória para aquisição de bens e serviços comuns, cujo critério de julgamento poderá ser o de menor preço ou o de maior desconto;
Concurso	Modalidade de licitação para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, cujo critério de julgamento será o de melhor técnica ou conteúdo artístico, e para concessão de prêmio ou remuneração ao vencedor;
Leilão	Modalidade de licitação para alienação de bens imóveis ou de bens móveis inservíveis ou legalmente apreendidos a quem oferecer o maior lance;
Concorrência	Modalidade de licitação para contratação de bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia, cujo critério de julgamento poderá ser: <ul style="list-style-type: none"> a) menor preço; b) melhor técnica ou conteúdo artístico; c) técnica e preço; d) maior retorno econômico; e) maior desconto;
Tomada de preço	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;

Fonte: (BRASIL, 2022)

A modalidade diálogo competitivo é utilizada para contratar objeto que envolva inovação tecnológica, que não seja possível a adaptação de soluções disponíveis no mercado ou que a Administração não possa definir com precisão suas especificações técnicas. Trojan (2021) avalia que não se teve o cuidado para se distinguir a natureza de uma obra, isto é, comuns ou especiais, como se fez para os serviços de engenharia, sendo necessária a distinção para definir algumas regras do procedimento, como critérios de julgamento. Para Bonatto (2021), a diferenciação caberá a doutrina e/ou aos regulamentos a serem elaborados. Já para Amorim *et al* (2021), as obras comuns tem uma correlação com os pressupostos para o

enquadramento da modalidade pregão, portanto, considerada aquelas que os padrões de desempenho e qualidade podem ser objetivamente definidos pela Administração por meio de especificações usuais de mercado. Em que se pese o termo obra comum, pela literalidade do parágrafo único do art. 29⁵, não é cabível o uso de pregão para nenhum tipo de obra, mas passível de uso do Sistema de Registro de Preço, que se trata de um procedimento administrativo para registrar fornecedores e seus respectivos preços para realizações futuras de obras padronizadas dentro de um determinado período em uma ata de registro de preço, em que os fornecedores garantem os preços e as condições fixados nessa ata. Diante do exposto, Amorim et al (2021) traçam o seguinte roteiro para definição da modalidade:

Figura 5- Roteiro para definição da modalidade da licitação, conforme Lei nº 14.133/21.



Fonte: AMORIM *et al*, 2021a

Os critérios de julgamento e os modos de disputa advêm basicamente do RDC. Relativo ao regime de execução, além das hipóteses previstas na Lei nº 8.666/93, também se agregaram a NLCC a contratação semi-integrada, prevista na Lei das Estatais, e a contratação integrada, contida no RDC, diferenciando-se pelo fato de que no primeiro modelo de contratação o projeto básico continua a cargo da Administração (BRASIL, 2021). Tem-se a inovação com o regime “fornecimento e

⁵ O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do caput do art. 6º desta Lei.

prestação de serviço associado”, em que, além da execução da obra, a empresa contratada fornece, por um período estipulado, a operação e manutenção do objeto. (LOUREIRO, 2019). Para Loureiro (2019), a responsabilidade e a sua consequente onerosidade pela manutenção e operação dada ao contratado, trará maior atenção à qualidade da execução da obra pelo particular. De acordo com o comando do art. 45, as regras determinadas para a licitações de obras devem estar compatíveis as normas que tratam da:

- [...] 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. (art. 45, BRASIL, 2021a)

Diante da definição do objeto e das regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento, formula-se o edital, considerado o último produto da fase preparatória (BRASIL, 2021a). Dispõem o artigo 19, IV da referida lei que os órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno devem instituir minutas de editais e de contratos padronizados ou ainda de outros documentos, admitida a adoção das minutas do poder executivo federal. Devido as suas particularidades, entende-se que se aplica para as denominadas obras comuns, haja vista a possibilidade de padronização (AMORIM *et al*, 2021).

Além dos elementos supracitados, também são previstas no edital, caso o órgão ou entidade contratante opte, a matriz de alocação de riscos entre as partes envolvidas, a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução da obra, a obtenção tanto do licenciamento, quanto da desapropriação autorizada pelo poder público a cargo do contratado, a exigência

de percentual mínimo de contratação de mulheres vítimas de violência doméstica ou pessoas oriundas ou egressas do sistema prisional e a exigência do licitante atestar que conhece o local e as condições de realização da obra (AMORIM *et al*, 2021). Tratam-se de situações facultativas, cabendo ao gestor público a análise de suas necessidades. No entanto, no caso do licenciamento ambiental, caso opte que esse seja a cargo da Administração, a manifestação prévia ou a licença prévia cabíveis deverão ser obtidas antes da divulgação do edital (BRASIL, 2021a).

O §4º do art. 25 prevê uma especificidade relativa ao edital de obras de grande vulto - aquelas que a estimativa do orçamento ultrapasse R\$ 200 milhões -, trata-se da obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo vencedor da licitação, no prazo de seis meses da celebração do contrato. As medidas a serem adotadas pelas contratantes, bem como a forma de comprovação e as penalidades pelo descumprimento serão ainda reguladas (BRASIL, 2021a).

Ao final, o edital passará pelo controle prévio pelo órgão de assessoramento jurídico da Administração, sendo dispensável nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, relacionadas ao baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais que já passaram por padronização pelo órgão de assessoramento jurídico. Vencida a instrução do processo licitatório, a autoridade competente determinará a divulgação do edital, que é o marco inicial da fase externa.

4.2.2 Fase externa

A fase externa se inicializa com a publicação do edital, de modo que a nova legislação assenta que essa deve ser feita mediante a divulgação e a manutenção do inteiro teor do documento, incluso seus anexos, no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sendo facultada a divulgação em sítio eletrônico do ente federativo responsável pela licitação. O PNCP é uma das novidades trazidas pela NLCC, trata-se de um sítio eletrônico, gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, que visam a divulgação centralizada e obrigatória, podendo os órgãos e entidades de todos os poderes de todas as esferas de federação se utilizar dele para realizar contratações (PERNAMBUCO, 2021). A divulgação em sítio eletrônico oficial do ente federativo responsável pela licitação, bem como a publicação

de aviso de aviso de licitação em diário oficial passaram a ser facultativas (AMORIM *et al*, 2021a).

A partir da data publicação do edital, fixa-se os prazos mínimos para a apresentação das propostas e lances, orientados pela natureza do objeto, critério de julgamento e regime de execução, como se evidencia na Tabela 4 abaixo. Caso ocorra alterações no edital, nova divulgação é necessária, respeitando a mesma forma e prazos dos iniciais. Uma particularidade é no caso das licitações realizadas no Ministério da Saúde, no âmbito do SUS, que poderão os prazos, mediante justificativa motivada, reduzidos até a metade (BRASIL, 2021a).

Tabela 4 – Prazos mínimos para recebimento de propostas, conforme Lei nº 14.133/21

Aquisição de bens	8 dias úteis quando critério de julgamento de menor ou de maior desconto
	15 dias úteis para os demais critérios de julgamento
Contratação de serviços e obras	10 dias úteis quando critério de julgamento de menor preço ou de maior desconto no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia
	25 dias úteis quando critério de julgamento de menor preço ou de maior desconto no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia
	35 dias úteis quando regime de execução for contratação semi-integrada ou quando critério de julgamento for técnica e preço, maior retorno econômico ou melhor técnica
	60 dias úteis quando regime de execução for contratação integrada
Critério de julgamento de maior lance	15 dias úteis
Critério de julgamento técnica e preço ou melhor técnica	35 dias úteis

Fonte: (AMORIM *et al*, 2021)

O art. 58 da NLCC dispõe que, no momento da apresentação da proposta, como requisito pré-habilitação, poderá ser exigida a comprovação do recolhimento da

garantia prevista no edital, sendo essa não superior a 1% do valor estimado para contratação e devolvida aos licitantes no prazo de 10 dias úteis da assinatura do contrato.

A fase de seleção será conduzida, em regra, pelo agente de contratação, sendo esse obrigatoriamente servidor efetivo ou empregado público do quadro permanente da Administração. A exceção se dá no diálogo competitivo e aquisições de bens e serviços especiais, conduzidas por comissão de contratação, no pregão, atribuída ao pregoeiro, no leilão, designado leiloeiro administrativo ou oficial, e no concurso, regida por comissão especial.

A licitação será realizada preferencialmente eletrônica, admitindo sua realização presencial desde que devidamente motivada. Para as modalidades concorrência e pregão é prevista a inversão de fases, admitida seu afastamento quando justificável, consoante com a Lei nº 10.520/2002. O rito das modalidades concurso e leilão não sofreram mudanças significativas comparadas com as leis anteriores que regem o tema. Já o diálogo competitivo apresenta um rito próprio, composto pela etapa da pré-seleção, diálogo e competição. Na primeira etapa seleciona os interessados aptos a participar do certame que preencheram os requisitos estabelecidos no edital. Com os candidatos selecionados na primeira etapa, inicia-se o diálogo, finalizado na identificação da solução ou soluções que atendam às necessidades de Administração. Os candidatos devem ser tratados de maneira isonômica e é vedado a Administração revelar a outros participantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento. Declarada a solução vencedora, caberá a Administração a publicação do edital contendo suas especificações e critérios de julgamento para todos os licitantes pré-selecionados apresentarem suas propostas no prazo mínimo de 60 dias. A partir desse momento, o rito a ser seguido se assemelha ao do pregão ou concorrência (AMORIM *et al*, 2021).

A nova lei prevê que, no caso de obra, durante o julgamento da proposta, serão analisados os preços globais e os quantitativos e os preços unitários relevantes para avaliação de exequibilidade ou sobrepreço, além de aspectos relacionados a análise de qualidade da proposta. A NLCC inova na forma de conceituação de ofertas inexecutáveis, considerando-se aquelas propostas cujos valores são inferiores a 75% do valor orçamento estimado pela Administração. Ainda, para propostas inferiores a

85% do valor estimado, será exigida garantia adicional ao licitante vencedor (PERNAMBUCO, 2021).

Após o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar com os participantes, conforme ordem de classificação estabelecida, condições mais vantajosas, de modo que ainda será pauta para regulação de como se sucederá essa negociação (BRASIL, 2021a).

Em sua essência, a etapa de habilitação incorporou os trâmites previstos na Lei do Pregão. A etapa recursal ocorre de maneira única, também seguindo os preceitos adotados na Lei do Pregão e do RDC. Assim, encerradas as fases de julgamento e habilitação e exauridos os recursos administrativos, o processo será analisado pela autoridade competente, que providenciará algum dos seguintes atos:

[..]

I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;

II - revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;

III - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;

IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação. (Art. 71, BRASIL, 2021a)

Conclui-se, portanto, a fase externa, progredindo para fase contratual com a assinatura do contrato, sendo o prazo para convocação estabelecido no edital do certame. Caso o licitante vencedor não o faça, poderá a Administração convocar os licitantes remanescentes, seguindo a ordem classificatória do procedimento licitatório e nas mesmas condições estabelecidas para o licitante vencedor. Antes de formalizar o instrumento contratual, cabe a Administração a verificação da regularidade do contratado, inclusive por meio de consulta no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), demonstrando uma postura mais cautelosa da Administração no momento da contratação.

4.2.3 Fase contratual

A fase contratual se inicializa com a assinatura do termo contratual, de modo que, em vistas de se adequar à realidade tecnológica e às regras de Governo Digital, inseridas pela Lei nº 14.129/2021, sob a regência da NLCC, passou ser

possível, por meio de uso de certificado digital, a celebração eletrônica de contratos administrativos, inclusive de seus termos aditivos. (NIEBUHR et al, 2021).

O art. 92 da Lei nº 14.1333/2021 arrola as cláusulas, de maneira exemplificativa, presentes no contrato administrativo, de modo que são consideradas inéditas, em relação a Lei nº 8.666/91, a previsão dos critérios e periodicidade da medição, bem como do prazo para liquidação e pagamento, de matriz de risco (já prevista no RDC), do prazo para resposta a pedido de repactuação e restabelecimento de equilíbrio econômico-financeiro pelo contratado, de exigências de reservas de cargos para portadores de deficiência, reabilitados e aprendizes e de modelo de gestão do contratado. Acerca da matriz de risco, Amorim *et al* (2021) enfatiza que ela irá definir o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato em relação a eventos supervenientes que afetem a sua execução, considerada a presunção legal, não absoluta, de manutenção do equilíbrio sempre que atendidas as condições expressas na matriz de risco.

No tocante as obras públicas, a garantia contratual exigida poderá ser de até 5% do valor inicial do contrato, de modo que esse percentual poderá ser elevado para 10% quando justificável a complexidade e os riscos envolvidos ou para 30% no caso de obras de grande vulto. Nessa última hipótese, pode ainda ser previsto a obrigação da seguradora de assumir a responsabilidade da obra na inadimplência do contratado.

Conforme art. 105, a duração dos contratos regidos pela NLLC será prevista em edital, observadas a disponibilidade de créditos orçamentários no momento da contratação e a cada exercício financeiro. Caso dure mais de um exercício financeiro, também deve ser verificada a sua previsão no PPA. De acordo com Amorim *et al* (2021), os contratos envolvendo obras podem ser considerados de escopo, já que são contratos baseados em projetos e entregam resultados certos e definidos pela Administração, servindo a vigência contratual para limitar o prazo máximo para cumprimento das obrigações. Assim, aplica-se as obras o disposto no art. 111, que prevê a prorrogação automática do prazo de vigência do contrato enquanto não concluído o empreendimento, cabendo as devidas sanções pelo atraso, inclusive a extinção do contrato. O atraso imotivado da execução da obra pela Administração é vedado pelo art. 115. Caso ocorra impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contratado do empreendimento, o cronograma de execução de execução será prorrogado automaticamente por tempo correspondente, devendo as circunstâncias

serem apostiladas. Se verificado que as referidas situações perdurem mais um mês, deverá ser divulgado pela Administração o aviso de obra paralisada com o motivo, os responsáveis e previsão do retorno da execução em sítio eletrônico oficial e em placas de fácil visualização no local da obra.

Em que se pese a literalidade do inc. I do art. 117, que configura a responsabilidade objetiva imposta a empresa ou profissional contratados para auxiliar o fiscal no acompanhamento da execução da obra pela veracidade e pela precisão das informações prestadas, Amorim *et al* (2021) entende que deve ser aplicada a responsabilização mediante a comprovação da culpa em sentido largo, já que se trata de uma atividade assessoria à do fiscal e se, pelo art. 37, §6º, CF/88⁶, a responsabilização pelo fiscal é de caráter subjetiva, deve-se aplicar conforme o principal. As demais considerações acerca da fiscalização, subcontratação e do recebimento dos objetos contratuais seguem basicamente as tratativas das legislações anteriores.

As hipóteses previstas para alterações contratuais - unilateralmente ou de acordo entre as partes, bem como os limites para acréscimos e supressões são similares aos previstos na Lei nº 8.666/93. Porém, a NLLC tratou de detalhar mais tais dispositivos, que são fontes de muitas irregularidades na gestão de uma obra pública. Nóbrega e Netto (2021) explanam que as alterações contratuais devem ser originadas de um fato superveniente, pois a alteração das condições previstas no edital por um fato já conhecido da Administração enseja a violação à competitividade do certame. Nessa toada, e prezando pelo princípio do planejamento, a nova lei prevê a apuração do responsável técnico, bem como a tomada de medidas para ressarcir os danos causados ao erário, quando a alteração é decorrente de falhas de projetos. Ademais, em observância do princípio da transparência, é indispensável a devida motivação da mudança e a formalização do termo aditivo, inclusive como condição para a sua execução.

A respeito das alterações unilaterais, o art. 126 estabelece que essas não podem descaracterizar o objeto contratual. Outrossim, a nova lei, pela literalidade do §1º do art. 124, não deixa dúvida que se aplicam os limites de supressão e acréscimo nas alterações unilaterais de caráter tanto qualitativa, quanto quantitativa. E quando

⁶ § 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. (grifo meu)

se fizer necessária tais modificações no instrumento contratual e esse não contemplar os preços unitários, o art. 127 determina que esses serão fixados por meio da aplicação da relação geral entre os valores da proposta e o do orçamento-base da Administração sobre os preços referenciais ou de mercado vigentes na data do aditamento, e não mais como entre acordos entre as partes, como estabelecido pelo art. 65, § 3º da lei nº 8.666/93.

Quando os aditamentos promoverem modificações nas planilhas orçamentárias, a diferença percentual entre o valor global do contrato e o valor global orçado pela Administração não pode ser reduzida em favor do contratado. Para Nóbrega e Netto (2021) a inserção de tal dispositivo reflete a preocupação em evitar o superfaturamento decorrente dos “jogos de planilha”, que ocorre quando os licitantes, seja por projetos básicos deficitários ou por informações privilegiadas, preveem quais serviços terão o quantitativo alterado, atribuindo custos unitários elevados para os itens que tendem a ser acrescidos e custos unitários diminutos para os que sofrerão supressão, gerando, em uma modificação contratual, um desequilíbrio nas condições originais, onerosa para a parte contratante (CAMPITELI, 2006).

Pelo óbice do art. 131, o reconhecimento do desequilíbrio econômico-financeiro pode ser feito mesmo quando já extinto o contrato, cabendo ao contratado uma indenização por termo indenizatório. O parágrafo único restringe, no entanto, que para que se tenha o direito, o pedido para restabelecimento pelo contratado deve ser feito durante a sua vigência, (BRASIL, 2021a)

Para as obras que tem como regime de execução a contratação integrada ou a semi-integrada, a NLCC permite a alteração de valores contratuais apenas de maneira excepcional, como pode ser verificar o art. 133:

Art. 133. Nas hipóteses em que for adotada a contratação integrada ou semi-integrada, é vedada a alteração dos valores contratuais, exceto nos seguintes casos:

- I - para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro decorrente de caso fortuito ou força maior;
- II - por necessidade de alteração do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos objetivos da contratação, a pedido da Administração, desde que não decorrente de erros ou omissões por parte do contratado, observados os limites estabelecidos no art. 125 desta Lei;

III - por necessidade de alteração do projeto nas contratações semi-integradas, nos termos do § 5º do art. 46 desta Lei;

IV - por ocorrência de evento superveniente alocado na matriz de riscos como de responsabilidade da Administração (BRASIL,2021a).

Uma novidade da Lei nº 14.133/21 foi dispor sobre os pagamentos do contratado, que devem seguir a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos. Porém, é cabível alteração da ordem cronológica diante das hipóteses previstas no art. 141, §1º da referida lei, sendo ainda necessária a justificativa prévia da autoridade competente, com a posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao Tribunal de Contas. Em consonância com o princípio da transparência, a ordem cronológica e as exposições da eventual alteração dessa ordem devem ser disponibilizadas mensalmente em seção específica de acesso à informação no sítio eletrônico do órgão ou entidade contratante.

Ainda sobre inovações no pagamento, em busca de evitar litígios e danos desproporcionais ao contratado, o art. 143 determina que, diante de uma controvérsia acerca da execução do objeto sobre dimensões, qualidade e quantidade, a parcela incontroversa deverá ser liberada no prazo previsto para o pagamento (NÓBREGA E NETTO, 2021).

Diante do exposto, observa-se que essa fase passou por mudanças consideráveis, embora em sua grande maioria já eram pacificadas em doutrinas, jurisprudência e de atos normativos secundários, sendo suas positivações de extrema importância para proporcionar maior segurança jurídica entre as partes envolvidas (NÓBREGA; NETTO, 2021). Percebe-se também que grande atenção a precificação adequada foi dada pelo legislador, o que é coerente, haja vista as inúmeras irregularidades nas contratações públicas relacionadas a sobrepreços e faturamentos.

Cabe ressaltar que as inovações promovidas pela Lei nº 14.133/21 não foram elencadas de forma exaustiva, considerou-se aquelas que causam repercussões no âmbito das obras públicas para consolidar um embasamento teórico para análise das obras listadas na seção 3.3 sob o viés do novo marco licitatório no próximo capítulo.

5 INFLUÊNCIAS DAS NOVIDADES DA LEI Nº 14.133/21 NAS OBRAS PÚBLICAS PARALISADAS

Conforme visualizado no capítulo anterior, observa-se que a Lei nº 14.133/21 trouxe grandes mudanças no campo das obras públicas, sobretudo se comparando com a antiga lei geral de licitações e contratos, a Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, esse capítulo se destina para analisar o tratamento dado pela nova lei de licitações e contratos às irregularidades encontradas nas obras custeadas com recursos federais elencadas no capítulo 3, em que o TCU recomendou suas paralisações para se evitar a concretização de prejuízos. Visa-se observar as irregularidades encontradas sob a luz dos novos mecanismos instituídos com a NLLC.

Deve-se levar em consideração que duas das obras classificadas como IGP - as obras de construção da BR-040/ RJ e as obras de ampliação da capacidade da BR-290/RS - são empreendimentos frutos de contratos de concessão, portanto, são regidos por lei específica que trata das concessões. Em que se pese não haver um campo doutrinário e jurisprudencial acerca do tema ainda em decorrência da hodiernidade da NLLC, Fraga (2021) defende que todas as modificações promovidas nos procedimentos licitatórios e todas as alterações ao regime jurídico dos contratos administrativos que não confrontem as disposições expressas nas legislações específicas de concessão serão aplicadas as modalidades de PPP. Somado a essa aplicação de caráter residual, os problemas identificados pelo TCU nas duas obras supracitadas que ensejaram sua classificação como IGP não são de exclusividade do regime de concessão, inclusive se assemelhando as irregularidades diagnosticadas nos demais empreendimentos descritos. Dessa sorte, com a finalidade acadêmica de se analisar um quantitativo maior de irregularidades, mesmo não se aplicando em sua integralidade a Lei nº 14.133/21, optou-se em explorar os motivos que fizeram o TCU a paralisar as duas obras relacionadas a concessão de rodovias.

Feita a ponderação a respeito das duas obras de concessão, serão descritas e elucidadas, em tópicos próprios, de que maneira as inovações da Lei nº 14.133/21 estão relacionadas as irregularidades detectadas no cenário das obras públicas paralisadas traçado no capítulo 3.

5.1 Ampliação dos objetivos da licitação

Observa-se que, em seu art. 11, a NLLC previu como objetivos da licitação, isto é, “consequências ideais que o emprego do processo licitatório deverá acarretar” (AMORIM *et al*, 2021, p. 8), além de suas necessidades específicas, garantir a vantajosidade, a promoção da justa competição, a precificação adequada, a inovação, e ao desenvolvimento sustentável ao se realizar a contratação pública.

Nesse sentido, cabe destaque a importância que a lei deu ao prever que, ao analisar se a contratação é vantajosa, deve se levar em consideração o ciclo de vida do objeto da contratação. Em sobretudo as obras públicas, que apresentam alto custo de manutenção e reparos, como, por exemplo, as obras rodoviárias, a análise da relação custo benefício ao longo do tempo devem ser um grande norteador na tomada de decisão da contratação. Nas obras de adequação do trecho rodoviário da BR-116/BA, tratada no tópico 3.3.4, por exemplo, observou-se a adoção da barreira metálica, além de amenizar menos os acidentes, podem apresentar um custo de manutenção superior ao de barreiras de concreto, não se configurando a solução mais vantajosa à Administração. Outra demonstração no cenário de obras paralisadas do afastamento do objetivo supra é a tarifa de pedágio aplicada da concessão da BR-290/RS, consideradas uma das mais altas do País.

Mas entre os objetivos, a grande novidade se deu na preocupação da precificação adequada, configurada em coibir contratações com sobrepreço ou com preços inexequíveis e execuções de contratos marcado pelo superfaturamento. Verifica-se que as cinco obras analisadas apresentam irregularidades quanto ao tema. Para a consecução desse objetivo, a NLLC previu diversos mecanismos, muitos advindos da doutrina e jurisprudência do TCU, que tendem a inibir tais mecanismos ensejadores de prejuízos. Lopes *et al* (2021) explica que o simples fato de os conceitos serem expostos na referida lei já contribui para mitigá-los, haja vista que a falta de definição formal dos conceitos, conforme os autores, geravam dificuldade de comunicação entre os profissionais atuantes nas esferas penal, civil e administrativa, e, conseqüente, dificultando a responsabilização dos envolvidos.

Em que se pese a LLC já tratar sobre a inexequibilidade dos preços, Signor *et al* (2021) enfatizam que os critérios para se identificá-la não eram claros, inserindo limites móveis e amplos que eram raramente observados no momento da contratação.

Os autores acreditam que essa nova maneira de se identificar as propostas inexequíveis, determinada como aquelas inferiores a 75% do valor orçado pela Administração, delimitam de maneira restritiva e bem definida, tendendo a contribuir para a redução de obras pública inacabadas.

Já o sobrepreço consiste na diferença significativa, seja do valor unitário de um item de determinado serviço, seja do valor global do objeto contratado, entre o orçamento ofertado ou contratado e o orçamento paradigma, com valores fixados de acordo com o mercado. Percebe-se, portanto, que, para se evitar a irregularidade, é necessário um orçamento detalhado e compatível com o mercado elaborado pela administração para embasar a análise dos orçamentos das empresas interessadas. Assim, o art. 23 institui a devida preocupação do orçamento estimado, devendo se considerar os preços constantes em bancos de dados públicos, as peculiaridades do local da execução da obra, bem como a potencial economia de mercado. Nesse sentido, o parágrafo segundo estabelece as fontes de referência, bem como a ordem preferencial de sua utilização para definir o valor estimado das obras públicas, que necessariamente devem incluir o percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) e os encargos sociais cabíveis. Sobre esse último ponto, ou seja, acerca da inclusão dos encargos sociais no orçamento estimativo, verificou-se na obra de construção da BR-040/RJ sobrepreços relacionados a alíquota e a base de cálculo do IRPJ e da CSSL.

Ainda a respeito do sobrepreço, afim de o diagnosticar na fase de julgamento das propostas, deve se considerar o preço global, os quantitativos e os preços unitários considerados relevantes. Observa-se que foram constatados sobrepreços no valor global da contratação de R\$ 48,3 milhões na obra do canal alagoano e de R\$ 44,5 milhões na obra de ampliação da capacidade da BR- 209/RS, tratando-se, portanto, de irregularidades de grande materialidade. Já relativa as obras de drenagem, pavimentação e meio-fio de Porto Velho, foram apontados sobrepreços em itens específicos: no serviço de aplicação do revestimento CBUQ e na aquisição e transporte de insumos para a emulsão asfáltica RR-2C. Tem-se, portanto, situações demonstradas da presença de sobrepreço tanto em relação ao preço global, quanto para um serviço específico. Em que se pese a ação do TCU anterior a efetivação concreta do prejuízo, isto é, antes de fato a Administração Pública dispende os valores considerados excessivamente superiores aos de mercado, deve se ater que o ideal é o diagnóstico da irregularidade ainda no momento do procedimento licitatório,

na fase de julgamento, para, assim, se garantir a proposta mais vantajosa à Administração.

Acerca do superfaturamento verifica-se que esse ocorre geralmente na execução do contrato, em que se há efetivação do dano ao erário representada pelo auferimento de alguma vantagem indevida ao contratado, em que não há contrapartida para a Administração. Vislumbra-se esse tipo de irregularidade nas obras de ampliação da capacidade da BR-290/ RS, em que os achados de auditoria sugerem um superfaturamento da renumeração da obra em torno de R\$ 47 milhões.

Em uma primeira análise, pode-se pensar que obras sob o regime de contratação semi-integrada e integrada são mais susceptíveis ao superfaturamento devido aos elementos de projetos serem estipulados pela contratada, permitindo sua manipulação para auferir vantagens indevidas. No entanto, para evitar tais irregularidades, a Lei nº 14.133/21 previu que, no caso da contratação integrada, o projeto básico deve ser submetido à Administração para verificar sua adequação aos parâmetros definidos em edital, impedindo que seja elaborada solução pior que a almejada no edital. Já para as contratações semi-integradas, só poderá alterar o referido documento se comprovada sua inviabilidade ou superioridade da nova solução. Ademais, visando ter uma noção mais concreta e objetiva do valor dos empreendimentos, a lei detalha que sempre que possível o anteprojeto de ambos tipos de contratação deve compor a estimativa de preço baseada em orçamento sintético, utilizando-se de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseadas em contratações similares quando não for possível o detalhamento suficiente do preço no anteprojeto.

Relativo ao superfaturamento em contratações integradas, chama a atenção os riscos desse tipo de irregularidade elencados nos achados de auditoria das obras de adequação ao trecho rodoviário da BR-116/BA, empreendimento licitado sob o referido regime de contratação. Constatou-se que os projetos executivos foram elaborados em desconformidade com o edital sem apresentação de justificativas técnicas para isso, como melhora na qualidade, aumento da vida útil ou impossibilidade técnica da solução inicialmente prevista, mas que, no entanto, acarretaria em ganhos ao consórcio contratado. Assim, o TCU classificou a obra como IGP para não configurar o superfaturamento do empreendimento. Porém, deve se ater que o simples fato de a obra sofrer paralisação já se traduz em prejuízos, seja da ótica econômica, com gastos para a manutenção, seja na ótica social, pela interrupção de

geração de empregos e a não entrega de estruturas necessárias para consecução de políticas públicas ou prestação de serviços públicos.

A ênfase dada pela NLLC à precificação adequada se estendeu às alterações contratuais que resultem em termos aditivos no contrato. O artigo 127 estabelece que, quando não há a especificação dos preços unitários em uma contratação de uma obra pública e se fizer necessário aditamento, deve se manter a relação geral entre os valores do orçamento contratado e o orçamento base elaborado pela Administração para a fixação desses preços. Em seguida, no artigo 128, a nova legislação criou mecanismo para coibir o tipo de superfaturamento consagrado como “jogo de planilhas” ao impor que, nos aditivos que modifiquem a planilha orçamentária da obra, não se pode reduzir em favor do contratado a diferença de percentual entre o valor global do contratado e o preço global de referência, respeitando os limites impostos pela lei de alterações. Verifica-se a constatação de superfaturamento devido a sobreavaliação da recomposição de equilíbrio do contrato na obra da construção da BR-040/RJ. Já as alterações necessárias no canal do Sertão acarretaram na inviabilidade do contrato, por ensejarem modificações superiores ao permitido em lei, sendo necessário a extinção do contrato e realização de outro procedimento licitatório.

Assim, diante do cenário apresentado na seção 3.3.4, verifica-se que todas obras ali elencadas apresentavam problemas relativos à precificação adequada, promovendo prejuízos de grande relevância, quer no aspecto material, quer no aspecto social, demonstrando a importância da inserção no rol de objetivos das licitações públicas do combate às contratações inexequíveis ou com sobrepreços e à execução de contratos superfaturados.

5.2 O princípio do planejamento

Amorim *et al* (2021) critica a ampliação do rol de princípios promovida pela NLLC, para os autores se tratam de comandos de baixa densidade normativa, que por seu caráter aberto e flexível contribuem com a insegurança jurídica e imprevisibilidade na gestão pública. Além disso, alegam que muitos dos princípios elencados na legislação já são inerentes do processo licitatório por se tratarem de princípios, inclusive positivado, do direito administrativo e constitucional.

Todavia, embora tenham tecido severas críticas, consideram um acerto a inserção do planejamento como princípio jurídico das licitações e contratações

públicas, ressaltando que não são raras as deficiências de planejamento nas contratações e sobretudo na execução de contrato (AMORIM *et al*, 2021). No âmbito das obras públicas a situação é tão crítica que, segundo auditoria operacional realizada pelo TCU, expressa pelo Acórdão 1079/2019 – Plenário, das obras consideradas paralisadas (mais de 30% das 30 mil obras analisadas), 47% tinham como causas problemas técnicos e 10% problemas orçamentário/financeiro (BRASIL, 2019b). Ou seja, 57% das causas de paralisação estavam relacionadas ao planejamento, daí a importância de se nortear as contratações públicas pelo referido princípio.

Destaca-se o artigo 18 da nova lei em que se define a parte preparatória do certame, até então silente pela Lei nº 8.666/93, descrevendo ritos e instrumentos necessários para se observar nessa etapa, além da necessidade de compatibilidade com o Plano de Contratação Anual, declarando tacitamente a importância do planejamento (COSTA, 2021). Amorim *et al* (2021) ressalvam que, embora seja digna a preocupação com o planejamento, a tratativa dada pela legislação gera uma excessiva burocracia, especialmente para obras cujo objeto seja simples que também deve seguir os atos e procedimentos estabelecidos, demandando de tempo para concluí-los e de uma equipe técnica, muitas vezes inexistentes em certas entidades públicas. Isso não quer dizer que não há necessidade de planejamento, apenas que esse deve ser feito de maneira adequada com a realidade da entidade e proporcional a complexidade da contratação, bem como seus riscos envolvidos.

Relativo às irregularidades tratadas anteriormente, o relatório final da Comissão Interna do Senado Federal destinada a atualizar e modernizar a Lei nº 8666/93 atribui a falta de planejamento, consubstanciada na deficiência e desatualizações dos projetos, como uma das principais causas de sobrepreço ou superfaturamento (BRASIL, 2013b). Acerca desse ponto, observa-se que é justamente o que se aponta nas auditorias do TCU nas obras de drenagem, pavimentação asfáltica e meio fio em Porto Velho – RO: a deficiência e desatualização de projetos que levam a problemas de precificação.

Uma grande contribuição para contornar os problemas de planejamento é o incentivo do uso da plataforma BIM para as obras públicas. Segundo o Guia de Boas Práticas em Sustentabilidade da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC) a tecnologia permite a interoperabilidade e a compatibilidade de dados de diferentes áreas do projeto de uma obra e é capaz de apontar suas incoerências, bem como

sugerir soluções integradas, proporcionando que problemas nos projetos possam ser diagnosticados de maneira precoce e um controle mais rigoroso do custo envolvido na execução do empreendimento, precisão dos recursos e do cronograma necessário para sua conclusão (RIBEIRO; TELLO, 2012). A utilização desse tipo de ferramenta, por exemplo, poderia prever os problemas do projeto básico da obra do trecho 5 do canal alagoano, evitando-se que somente depois de mais de uma década da licitação do empreendimento, concluísse pela inviabilidade do projeto e pela sua consequente rescisão contratual.

Verifica-se, portanto, que todas as obras classificadas como IGP pelo Fiscobras 2020 apresentam problemas de planejamento, de modo que tal realidade, não só das obras públicas, como do cenário das contratações públicas em gerais, levou ao legislador a inserção do princípio, com fins de evitar que a má destinação dos recursos públicos.

5.3 Governança e *compliance* nas obras públicas

Conforme o Decreto nº 9.203/2017, que dispõe sobre a política de governança no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional federal, a governança pública é entendida como “conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controles postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade (art. 2º, I, BRASIL, 2017)”. Logo, diante do conceito supra e da relevância das contratações públicas na prestação de serviços públicos e promoção de políticas públicas, a NLLC inseriu diversos mecanismos relacionados a agenda de governança pública, responsabilizando a alta gestão pela sua implementação. Lima vê a positivação desses mecanismos com bons olhos, pois proporciona a criação e o fortalecimento de estruturas de governança em todas as esferas da Administração Pública (LIMA, 2021).

Segundo Camarão (2021), o novo macro regulatório das licitações enfatiza pontos importantes a respeito da liderança, como as medidas de integridade dos agentes públicos, a gestão por competência, a definições bem como a segregação de funções e capacitação dos agentes envolvidos, inclusive promovidas pelas escolas de contas dos Tribunais de Contas. Já relativo aos mecanismos de estratégias, insta destacar a instituição do plano anual de contratações, em que cada ente federativo

deverá elabora-lo com o objetivo de racionalizar as contratações e garantir o alinhamento ao planejamento estratégico, subsidiando a elaboração de suas leis orçamentárias. Conforme a autora, a ausência de alinhamento entre o que se é considerado estratégico e o que de fato se contrata gera desperdício e o não alcance dos objetivos esperados (CAMARÃO, 2021). Por fim, relativo ao terceiro mecanismo de governança, houve a inserção de um capítulo na nova lei tratando acerca do controle das contratações, abrangendo gestão de riscos, controle preventivo e as três linhas defesas (AMORIM *et al*, 2021).

Para as obras públicas, um grande avanço em termos de governança, mais especificamente sobre a gestão de risco, trata-se da obrigatoriedade de implantação do programa de integridade, inserindo a ideia de *compliance*, pelo licitante vencedor nas consideradas obras de grande vulto. Ainda, como medida de incentivo a implementação de um programa de integridade, a lei previu a sua existência como critério de desempate no procedimento licitatório. O Decreto nº 8.420/2015, que regulamenta a Lei Anticorrupção, define programa de integridade como “conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 41, BRASIL, 2015)”. A implantação de políticas de *compliance* nas contratações públicas configuram o compartilhamento da responsabilidade de identificar, mitigar e sanear as irregularidades que ensejam prejuízos entre as organizações públicas e os contratados, exigindo desses a incorporações de seus próprios mecanismos de controle (MAGLIARELLI; CICCHI, 2021).

Observa-se que a adoção e programas de integridade, por exemplo, nas obras do Canal do Sertão, com investimentos na ordem de R\$4,09 bilhões e grande importância social, poderia promover a execução mais célere da obra, sem tantas paralisações e economia diante dos prejuízos configurados pela presença das irregularidades na sua execução.

Embora reconhecida a sua relevância para efetividade das obras públicas e para coibir desvios, Gomes (2021), crítica o prazo de seis meses dado ao licitante vencedor para instituir o programa. Para o autor não soa razoável que as empresas executoras dos empreendimentos de tamanha materialidade não tenham a implantação do programa já de imediato, podendo o prazo ser considerado uma

“janela de oportunidade” para desvios legais, sobretudo se considerando que muitas das irregularidades em obras ocorrem no início, na fase de planejamento, como ilustrado no cenário de obras paralisadas. Embora alguns estudiosos argumentem que a exigência já no momento da licitação diminuiria o caráter competitivo, não parece ser realista, devido a implementação de programa de integridade estar cada vez mais em voga, até mesmo para nichos de mercados de menor materialidade. Outro ponto de ressalva do autor é que, ao estabelecer que na aplicação de sanções serão considerados a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade conforme as normas e orientações dos órgãos de controle, atribui-se à jurisprudência e à doutrina o papel de estimular a cultura de integridade, fazendo-se necessário o uso de métodos científicos para apuração da eficácia dos programas, desestimulando, de maneira didática pelas punições, os programas de integridade descompromissados e frágeis (GOMES, 2021).

Apesar das críticas apontadas, considera-se tais inovações um grande avanço, contribuindo para um cenário de contratações e execuções de obras públicas mais íntegro e que agreguem valor social, combatendo a corrupção e as diversas modalidades de irregularidades que afastam a persecução ao interesse público.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme constatado, as obras públicas, sejam relacionadas às infraestruturas de transporte, rodoviárias, urbanas e até mesmo de edificações, apresentam relevância socioeconômica, sendo muitas vezes necessárias para execução de políticas públicas e prestação de serviços públicos. Além disso, são grandes impulsionadoras da economia, sobretudo devido à grande quantia de recursos envolvidos, contribuindo com a geração de empregos, prestações de serviços e aumento de arrecadações de impostos.

No entanto, o que se observa é, tanto na contratação, quanto na execução desses empreendimentos, a presença de irregularidades, sejam relacionadas a fraudes, desvios legais, falhas de planejamento, excessos de termos aditivos, presença de sobrepreço e superfaturamento, que acabam promovendo a sua paralização, representando um mal uso de recursos públicos, escassos diante da infinidade de demandas da sociedade, e, conseqüentemente, a não consecução dos objetivos almejados com o empreendimento, afetando ainda mais as pessoas em situação de vulnerabilidade social.

Nesse sentido, muita atenção é dada pelos diversos atores políticos e da sociedade civil para se combater as corriqueiras irregularidades constatadas no campo das obras públicas, evitando sua paralização, que além de não entregar a sociedade as finalidades propostas, geram despesas para a manutenção e conservação das etapas já concluídas dos empreendimentos. Visando fiscalizar o processo de execução das obras públicas financiadas com recursos da União, desde 1996, o TCU consolidou, diante da demanda oriunda do Congresso Nacional, o programa permanente de auditoria em obras e serviços de engenharia, o Fiscobras.

No escopo desse programa, são realizadas auditorias nas obras, seguindo critérios de relevância e materialidade, de modo que se classificam de acordo com a gravidade das irregularidades sugeridas nos achados de auditoria. As irregularidades consideradas graves são aquelas que podem ensejar danos à sociedade, destacando entre elas, as com recomendação de paralisação (IGP), em que se sugere à CMO a interrupção do fluxo orçamentário por meio de bloqueio de recursos para se evitar a concretização do prejuízo.

No ciclo de auditorias realizadas entre 2019 e 2020, o Fiscobras configurou quatro grandes obras como IGP, o canal adutor do sertão alagoano; a adequação de trecho rodoviário na BR- 116/ BA; as obras de construção da BR-040/RJ; as obras de ampliação da capacidade da BR-290/RS. Além disso, a drenagem, e a pavimentação asfáltica e meio fio em Porto Velho/RO fora classificada preliminarmente como recomendada à paralisação, sendo ainda necessária a manifestação do pleno ou de decisão monocrática para se confirmar como IGP. Observa-se que todas as obras supracitadas apresentaram problemas na fase de planejamento e irregularidades relativas à adequação dos preços, seja por presença de sobrepreço e ou superfaturamento. Ademais, chama a atenção o longo período que algumas dessas foram planejadas e licitadas, no entanto, devido a constatação das irregularidades e o não saneamento dessas, encontram-se paralisadas. É o caso, por exemplo, das obras do trecho 5 do Canal do Sertão, licitada em 2010 e que apresenta grande relevância social, visando contornar o problema da seca enfrentado na região do sertão e agreste alagoano. Ou ainda, as obras de construção da BR-040/RJ, em que se previu sua finalização em 2000, mas teve a conclusão do projeto executivo apenas em 2013.

Por disposição constitucional, as contratações públicas, incluída as de uma obra pública, devem, de maneira geral, ser precedidas de licitação, sendo a Lei nº 8.666/93 - a LLC - o principal marco legal que rege o tema. No entanto, com o decorrer do tempo, observou-se que a LLC apresentava um caráter demasiadamente burocrático e engessado, descrevendo minuciosamente diversos procedimentos, retirando a margem de discricionariedade para tomadas de decisão do gestor e prejudicando a eficiência do processo de contratação pública. Além disso, a legislação se mostrou incapaz de atender as inovações sofridas, sobretudo na área da Tecnologia da Informação e Comunicação (TIC), e aos novos anseios da sociedade e necessidades da Administração Pública com o decorrer do tempo.

Nessa toada, para abordar situações específicas e também para se adaptar as novas tecnologias e demandas, foram incorporadas novas legislações relativas a licitações públicas no ordenamento jurídico. É o caso, por exemplo, da Lei nº 10.520/02, a Lei do Pregão, e da Lei nº 12.462/2011, Lei do RDC. Porém, o que se verificou é que, embora tenha proporcionado melhorias nas contratações públicas, especialmente relativo à eficiência, a inserção de diversas legislações tornou o tema ainda mais complexo, tendo muito ainda o que progredir em relação a maximização

da eficácia e eficiência dos recursos públicos e ao combate de fraudes. Nesse sentido, surge a Lei nº 14.133/21, a NLLC, publicada em 1º de abril de 2021, o novo marco jurídico de licitações e contratos que visa revogar a Lei nº 8.666/93, a Lei nº 10.520/02 e a Lei nº 12.462/2011.

Assim sendo, o presente trabalho se dedicou a analisar de que forma as alterações promovidas pela NLLC tendem a coibir as irregularidades encontradas nas obras públicas que levam a sua paralização. Observou-se que foi dada bastante relevância aos principais pontos de irregularidades constatados nas obras recomendadas à paralização, sobretudo ao planejamento e a precificação adequada dos empreendimentos.

O planejamento fora considerado como princípio da licitação, tendo um capítulo direcionado a fase preparatória do procedimento licitatório, especificando os atos preparatórios e necessários para concretização do certame. Trata-se de um grande avanço, pois, antes da NLLC, os ritos procedimentais ocorridos nessa fase advinham da doutrina e jurisprudência, concebendo maior segurança jurídica ao ser positivado. Todavia, o excesso de detalhamento dado a essa fase pode levar a um burocracismo desnecessário, especialmente se tratando de obras menos complexas.

Ainda no tocante ao planejamento, destaca-se o plano anual de contratações, em que cada ente federativo deverá elaborá-lo com o objetivo de racionalizar as contratações e garantir o alinhamento ao planejamento estratégico, subsidiando a elaboração de suas leis orçamentárias. Visa com isso, evitar os desperdícios de recursos com contratações desnecessárias e muitas vezes eleitoreiras, maximizando o atendimento ao interesse público.

Ademais, no campo das obras públicas, favorecendo o planejamento, bem como todas as demais etapas envolvidas em uma obra pública, tem-se o incentivo a adoção do uso de tecnologias e processos integrados como a metodologia BIM que permitem uma visão sistêmica do empreendimento, permitindo a correção de incompatibilidades entre as áreas envolvidas e previsão de cenários ainda na fase de projeto, o que, por conseguinte, reduz a quantidade de falhas na execução e o desperdício de recursos. Não obstante a importância do avanço com a ferramenta, sua implementação e incorporações em entidades públicas carentes de corpo técnico será um grande desafio.

Acerca da adequação dos preços envolvidos em uma obra pública a relevância dada na nova legislação, consubstanciada no objetivo do processo

licitatório de se evitar as contratações com sobrepreços ou com propostas inexequíveis e a execução de contratos superfaturados, é um reflexo da realidade, em que se notou a presença desses tipos de problemas em todas as obras com recomendações de paralização. Nota-se que a positivação acerca do conceito de sobrepreço e superfaturamento, incorporados de diversas jurisprudências traçadas pelo TCU, contribuem para atuação dos órgãos combatentes das irregularidades. Para mais, a definição clara e objetiva dos limites para se considerar as propostas inexequíveis tendem a facilitar o seu diagnóstico ainda na fase de julgamento. Conclui-se que tais preocupações com a precificação adequada favorecem a seleção da solução de fato mais vantajosa à Administração Pública.

Insta mencionar o notável comprometimento da NLLC com a instituição de uma política de governança, incentivando a implementação de processos e estruturas, adoção de gestão de riscos e favorecimento ao controle interno. Destaca-se a obrigatoriedade de programa de integridade as contratações das obras de grande vulto, de modo que as medida e formas de comprovação de sua implementação ficaram a cargo de regulamentos ainda a serem editados. Essa medida, compatível com a tendência mundial, tem o intuito de compartilhar com o contratado a responsabilidade de identificar, mitigar e sanear as irregularidades que ensejam prejuízos.

Nota-se ainda que houve a inserção de dispositivos, já consolidados em outras legislações, que acarretam em ganhos a eficiência em relação a Lei nº 8.666/93, como é o caso da inversão das fases de habilitação e julgamento, a fase recursal única e a preferência pela forma eletrônica na realização do procedimento. Ainda, a lei também promoveu a ampliação dos procedimentos auxiliares de licitação, abrangido o credenciamento, a pré-qualificação, o procedimento de manifestação de interesse, o sistema de registro de preço e o registro cadastral. Tem-se também a criação do Portal Nacional de Contratações Públicas que, além de colaborar com a transparência e competitividade do certame ao obrigar a divulgação centralizadas de atos exigidos pela nova lei, permitirá a utilização de sua plataforma para a realização das licitações eletrônicas.

A NLLC trouxe mecanismos para combater o engessamento presente na Lei nº 8.666/93 devido ao seu caráter extremamente legalista e procedimental. Cita-se, por exemplo, a negociação com o licitante vencedor e os demais licitantes no momento da fase de julgamento do procedimento licitatório, visando garantir a

contratação vantajosa à administração; a permissão do saneamento de irregularidades, observado o interesse público, na análise de documentos para a habilitação, sem a necessidade de eliminar o licitante ou anular todo o procedimento; e, por fim, a possibilidade de uso de meios alternativos, como conciliação, mediação e arbitragem, para resolução de controvérsias.

Em que se pese os pontos positivos supracitados, restam algumas críticas ao novo marco licitatório. Assim como o ocorrido na Lei nº 8.666/93, a Lei nº 14.133/21 tenta disciplinar todos os aspectos pertinentes ao tema, sendo composta de uma longa redação e minuciosos procedimentos, retirando seu caráter geral e a competência dos demais entes federativos para editar seus aspectos específicos. Além disso, observa-se que não foi levada em consideração a falta de estrutura adequada, sobretudo de capacitação dos servidores, observadas em algumas entidades públicas, como os pequenos municípios, de modo que tendem a dificultar a aplicação da lei em sua integridade, como por exemplo a adoção do BIM.

Diante do exposto, verifica-se que a Lei nº 14.133/21 tem potencial para modificar o cenário das obras públicas brasileiras, garantido sua efetividade, observando a eficiência e economicidade da contratação e execução desses empreendimentos. Porém, para isso muito há de depender dos regulamentos e legislações específicas a serem editadas para se garantir a eficácia da lei. Além disso, observa-se a necessidade de capacitação dos gestores, sobretudo os municipais, para a incorporação das inovações previstas no novo marco legal de licitações e contratos. Também é requerida tanto a atuação da alta administração como a dos órgãos de controle para a incorporação de governança pública no âmbito das contratações públicas, inclusive na promoção de uma cultura organizacional íntegra, transparecendo confiabilidade à sociedade.

REFERÊNCIAS

ALAGOAS. Secretaria de Estado do Planejamento, Gestão e Patrimônio. **Estudo sobre o canal do sertão/ Alagoas**. Maceió: SEPALG, 2017. 32p

ALTOUNIAN, Cláudio Sarian. **Obras públicas**: licitação, contratação, fiscalização e utilização – 5° ed. rev. atual. e ampl. – Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

AMORIM, Thiago; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (coord.); FERRAZ, Luciano; GUIMARÃES, Edgar; MARRARA, Thiago; Motta, Fabrício. **Licitações e Contratos Administrativo**: inovações da Lei nº 14.133/21– 1 ed – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

BARBOSA, Ramon Caldas. **Licitação Pública**: Noções Gerais do dever de licitar. Revista UNIFACS, nº 139 – Salvador, 2012. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1892/1439>. Acesso em: 28 set. 2021

BICALHO, Alécia Paolucci Nogueira; PEREIRA, Flávio Henrique Unes. **Comentários ao PL n. 559/2013**: modernização e atualização da Lei de Licitações e Contratos. Fórum de Contratação e Gestão Pública [recurso eletrônico], Belo Horizonte, v. 16, n. 181, jan. 2017. Disponível em: <<https://dspace.almg.gov.br/retrieve/112254/Al%c3%a9cia%20Paolucci%20Nogueira%20Bicalho.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2021.

BONATTO, Hamilton. **Notas sobre obras e serviços de engenharia na nascitura lei de licitações e contratos. 2021**. Disponível em: <https://www.olicitante.com.br/notas-servicos-engenharia-obras-nova-lei-licitacoes>. Acesso em: 02.abr. 2021

BRASIL. Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. **Resolução nº 361, de 10 de dezembro de 1991**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 1991. Disponível em <<http://normativos.confea.org.br/downloads/0361-91.pdf>>. Acesso em: 04 set. 2021.

BRASIL. Conselho Federal de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (Confea). **Resolução nº 361, de 10 de dezembro de 1991**. Brasília, DF, 1991. Disponível em <<https://normativos.confea.org.br/downloads/0361-91.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2021

BRASIL. Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes. **Nomenclatura das rodovias federais**. Brasília: DNIT, 2010. Disponível em: <<https://www.gov.br/dnit/pt-br/rodovias/rodovias-federais/nomeclatura-das-rodovias-federais>>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Brasília, DF, 1988. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 mar. 2021

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015**. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 20 nov. 2021

BRASIL. Presidência da República. **Decreto nº 9.203/2017, de 22 de novembro de 2017**. Dispõe sobre a política de governança da administração pública federal, autárquica e fundacional. Brasília, DF, 2017. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/decreto/d8420.htm>. Acesso em: 20 nov. 2021

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 – Lei de Licitações e Contratos**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 09 mar. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 – Lei do Pregão**. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. Brasília, DF, 2002. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10520.htm.. Acesso em: 02 out. 2021

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privada no âmbito da administração pública. Brasília, DF, 2004. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 02 out. 2021

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011 – Lei do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12462.htm. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.133, de 1 de abril de 2021 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 214/2019 - Plenário**. Relator: Weder de Oliveira. Relatório de Auditoria BR116/BA – Brasília: TCU, 2019a. Disponível em < https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#!/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A214%2520ANOACORDAO%253A2019%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 16 nov. 2021

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 1079/2019 - Plenário**. Relator: Vital do Rêgo. Auditoria operacional com o objetivo de elaborar um diagnóstico sobre as obras paralisadas no país financiadas com recursos da União – Brasília: TCU, 2019. Disponível em < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1119620181.PROC/%20DTRELEVANCIA%20desc,%20NUMACORDAOINT%20desc/0/%20?uuid=e62497d0-8152-11e9-acc9-c9d47db6992f>>. Acesso em: 29 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2833/2020 - Plenário**. Relator: Raimundo Carreiro. Processo administrativo com a consolidação da Fiscalização de Obras de 2020 (Fiscobras 2020) – Brasília: TCU, 2020a. Disponível em < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2833%252F2020/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão 2156/2021 - Plenário**. Relator: Aroldo Cedraz. Relatório de auditoria realizada com o objetivo de fiscalizar o contrato das obras do trecho 5 do Canal Adutor do Sertão Alagoano – Brasília: TCU, 2021b. Disponível em < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/canal%2520do%2520sert%252C3%252A3o/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520>>. Acesso em: 16 out. 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Fiscobras: 20 anos/ Tribunal de Contas da União**. – Brasília: TCU, Secretária-geral de Controle Externo, 2016.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Fiscobras 2020: fiscalização de obras públicas pelo TCU -24º ano / Tribunal de Contas da União**. – Brasília: TCU, Secretária-geral de Controle Externo, 2020b.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas / Tribunal de Contas da União**. – 3 ed – Brasília: TCU, Secretária-geral de Controle Externo, Secretaria de Fiscalização de Obras Aeroportuárias e de Edificação, 2013a.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório final nº 4/2013**. Comissão interna destinada a atualizar e modernizar a Lei nº 8.666/93 – Brasília: Senado Federal, Secretária-geral da Mesa - 3º Sessão Legislativa Ordinária da 54º Legislatura, 2013b.

CAMARÃO, Tatiana. **A Nova Lei de Licitações: Avanços ou Mais do Mesmo?** Blog Tatiana Camarão – Artigos. 2021. Disponível em < <https://www.tatianacamarao.com.br/a-nova-lei-de-licitacoes-avancos-ou-mais-do-mesmo/>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

CAMPITELI, Marcus Vinicius. **Medidas para evitar o superfaturamento decorrente dos “jogos de planilha” em obras públicas**. Distrito Federal, 2006. Dissertação de Mestrado – Universidade de Brasília. Faculdade de Tecnologia. Disponível em: < <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/portal?ts=1635800350806&gsc.q=jogo%20de%20planilhas>>. Acesso em: 01 nov. 2021

CEARÁ. **Manual de Obras Pública e Serviços de Engenharia**: Recomendações Básicas para Contratos e Convênios no âmbito do Estado do Ceará. 1ed – Ceará, 2016.

COSTA, Aristóteles Sampaio. **A adoção do BIM na nova Lei de Licitações**. Nova Lei de Licitações (Lei Nº 14.133/2021) [e-book]./ Organizado pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - IBRAOP. 1ª edição. Cuiabá-MT: Editora Carlini & Caniato Editorial, 2021. 92 p. Disponível em < <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2021/08/IBRAOP-Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7a%CC%83o-interativo.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2021.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo** – 14 ed – Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

DI PIRETO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. – 29 ed. Rev., atual. E ampla. – Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

DOS SANTOS, Marcello Leite. **Licitações**: as legislações pertinentes e o projeto de Lei n. 6814/7017. 2019. Disponível em: <http://www.tce.ms.gov.br/portal-services/files/arquivo/nome/13958/6fac64fb1baf5b6e872c968984b737be.pdf>. Acesso em: 06 abr. 2021

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de direito administrativo positivo** – Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 41/03. 6 ed.. – Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

FERREIRA, Ana Carla dos Santos Anunciação et al. **Obras públicas inacabadas**: as principais causas que resultam em desperdício de dinheiro público. 2017. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/handle/1/6351>. Acesso em: 09 mar. 2021.

FERREIRA, Glinton José Bezerra de Carvalho. **O controle externo das obras públicas**: um panorama sobre os principais aspectos relacionados ao tema. Revista Controle – Vol. IX – n.º 2. Ceará: Instituto Escola Superior de Contas e Gestão Pública Ministro Plácido Castelo – Tribunal de Contas do Estado do Ceará, 2011.

FRAGA, Davi Madalon. **Regime jurídico das concessões e PPPs**: o que muda com a Nova Lei de Licitações? – Coluna Licitações e Contratos – Portal da Infra. 2021. Disponível em: < <https://www.agenciainfra.com/blog/regime-juridico-das-concessoes-e-ppps-o-que-muda-com-a-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 09 nov. 2021.

GOMES, Rafael Martins. **Obras públicas e Programa de Integridade- uma bela fachada em um prédio antigo?** Nova Lei de Licitações (Lei Nº 14.133/2021) [e-book]./ Organizado pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - IBRAOP. 1ª edição. Cuiabá-MT: Editora Carlini & Caniato Editorial, 2021. 92 p. Disponível em < <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2021/08/IBRAOP-Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7a%CC%83o-interativo.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

GUIDI, José Eduardo. **O labirinto das obras públicas**. Distrito Federal: Câmara Brasileira da Indústria da Construção – CBIC, 2020. Disponível em: <https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2020/06/labirinto_CBIC.pdf>. Acesso em: 31 ago. 2021

GURSKI, Bruno Cesar; SOUZA-LIMA, José Edmilson de. **Grandes obras públicas no Brasil: situação e implicações na governança brasileira**. Revista de Direito da Cidade, [S.l.], v. 10, n. 1, p. 197-224, jan. 2018. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/ojs/index.php/rdc/article/view/29839>>. Acesso em: 06 abr. 2021. doi:<https://doi.org/10.12957/rdc.2018.29839>.

HAAB, Augusto. **Breve considerações históricas da tramitação da nova lei de licitações e contratos administrativos**. Migalhas, 2021. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/343217/consideracoes-historicas-sobre-a-lei-de-licitacoes>>. Acesso em: 29 out. 2021

IBRAOP. Orientação técnica: apuração do sobrepreço e superfaturamento em obras públicas. Ibraop, 2012. Disponível em <<https://www.ibraop.org.br/orientacoes-tecnicas/>> . Acesso em: 22 nov. 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 2. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 14, 1 Mb; PDF – 2. edição e-book baseada na 17 ed. impressa.

LIMA, Luiz Henrique. **Mecanismos de Governança na Nova Lei de Licitações**. Instituto Rui Barbosa. 2021. Disponível em <<https://irbcontas.org.br/artigo/mecanismos-de-governanca-na-nova-lei-de-licitacoes/>>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MAGLIARELLI, Filipe; CICCHI, Rafael. **A nova lei de licitações e os programas de integridade**. Consultor Jurídico – Conjur Opinião. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-ago-13/opiniaio-lei-licitacoes-programas-integridade>>. Acesso em: 21 nov. 2021.

MATOS, Vitor Vieira de Souza. **Compras públicas: modernização e flexibilização do procedimento licitatório à luz do Projeto de Lei nº 6.814/2017**. 2017. Monografia Fundação João Pinheiro. Disponível em: <http://monografias.fjp.mg.gov.br/handle/123456789/2293>. Acesso em: 07 abr. 2021

NIEBUHR et al. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 2. ed. e-book, Curitiba/; Editora Zênite, 2021. 1.283p.

NÓBREGA, Marcos; NETTO Pedro Dias de Oliveira. **Preços, alterações dos contratos e pagamentos**. Nova Lei de Licitações (Lei Nº 14.133/2021) [e-book]./ Organizado pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - IBRAOP. 1ª edição. Cuiabá-MT: Editora Carlini & Caniato Editorial, 2021. 92 p. Disponível em<<https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2021/08/IBRAOP-Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7a%CC%83o-interativo.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2021.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. **A lei das Estatais contribui para simplificar e elevar a segurança jurídica de licitações e contratos?** Revista TCU, n. 141, p. 88 -109. Brasília: TCU, 2018. Disponível em <<https://revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCU/article/view/1490>>. Acesso em: 29 set. 2021

PINTO, Vera Regina Ramos. **Um breve histórico sobre inovações em compras e licitações públicas no Brasil**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v. 6, n. 8,

p. 63378-63397, ago., 2020. Disponível em <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/212767>>. Acesso em: 02 out. 2021

PERNAMBUCO. Ministério Público. **Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.1333/2021)**: cartilha perguntas e resposta. Coordenação, Lucila varejão Dias Martins e Eliane Gaia Alencar; Redação e revisão técnica, Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Defesa do patrimônio Público, Fundações e terceiro Setor e Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminal – Recife: Procuradoria-Geral de Justiça, 2021. 125 p.

RAMOS, Ana Paula Costa. **Eficiência nas compras públicas**: um estudo de caso dos pregões eletrônicos da secretaria de estado de justiça e segurança de Minas Gerais. 2020. 161f. Monografia (graduação em Administração Pública) – Escola de Governo Professor Paulo Neves de Carvalho, Fundação João Pinheiro, Belo Horizonte, 2018.

RIBEIRO, Fabiana Batista; TELLO, Rafael. **Guia CBIC de boas práticas em sustentabilidade na indústria da Construção** – Brasília: Câmara Brasileira da Indústria da Construção; Nova Lima: Fundação Dom Cabral, 2012. 160 p. Disponível em <https://www.caubr.gov.br/wp-content/uploads/2013/08/Guia_de_Boas_Praticas_em_Sustentabilidade_CBIC_FDC.pdf> Acesso em: 18 nov. 2021.

SÁ, Adriel; BORGES, Cyonil. **Direito administrativo facilitado**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2015

SIGNOR, Regis; MARCHIORI, Fernanda F.; RAUPP, Alexandre B.; MAGRO, Rafael R; LOPES, Alan O. **Contribuição da Lei nº 14.1333/2021 para a redução de obras públicas inacabadas**. Nova Lei de Licitações (Lei Nº 14.133/2021) [e-book]./ Organizado pelo Instituto Brasileiro de Auditoria de Obras Públicas - IBRAOP. 1ª edição. Cuiabá-MT: Editora Carlini & Caniato Editorial, 2021. 92 p. Disponível em< <https://www.ibraop.org.br/wp-content/uploads/2021/08/IBRAOP-Nova-Lei-de-Licitac%CC%A7a%CC%83o-interativo.pdf>>. Acesso em: 31 out. 2021

TOURINHO, Rita. **A Evolução do Processo Licitatório no Ordenamento Jurídico Brasileiro e Expectativas na Tramitação do Projeto de Lei Nº 599/2013**. 2017. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 65. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1250715/Rita_Tourinho. Acesso em: 03 mar. 2021.

TROJAN, Julia. **Contratação de obras e serviços de engenharia pela Administração Pública**: as mudanças previstas pelo projeto de Lei nº4.253/2020. 2021. Disponível em: <https://juliadtrojan.iusbrasil.com.br/artigos/1149691578/contratacao-de-obras-e-servicos-de-engenharia-pela-administracao-publica-as-mudancas-previstas-pelo-projeto-de-lei-n-4253-2020>. Acesso em: 03 mar. 2021.