

PRINCIPAIS MUDANÇAS COM A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

No dia 1º do presente mês, foi sancionada a Lei nº 14.133/2021, Lei de Licitações e Contratos Administrativos, popularmente chamada de *Nova Lei de Licitações*.

Esta “Nova Lei de Licitações” substituiu a antiga Lei de Licitações (Lei nº 8.666/93) e demais dispositivos relacionados a licitação, como a Lei nº 10.520/2002 (Lei do Pregão) e os artigos 1º a 47-A da Lei nº 12.462/2011 (que regulamentavam o Regime Diferenciado de Contratações Públicas — RDC).

Apesar da nova Lei de Licitações já esteja em vigor, foi concedido um prazo de dois anos de transição até que a antiga lei (8.666/93) seja revogada de vez, ou seja, até março de 2023 os órgãos públicos poderão optar por utilizar uma ou outra legislação em seus processos licitatórios.

As principais novidades da nova lei são:

- A exclusão das modalidades de licitação Tomada de Preços, Convite e Regime de Contratação Diferenciada;
- A inclusão da modalidade de licitação denominada Diálogo Competitivo;
- Alteração dos valores de licitação dispensável;
- Novos critérios de julgamento das propostas;
- Inversão das fases do procedimento licitatório: agora haverá primeiro o julgamento das propostas e, após essa fase, ocorrerá a habilitação do licitante;
- Criação do Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), visando unificar o cadastro dos licitantes e dar publicidades (trazendo transparência) aos instrumentos dos procedimentos licitatórios, tais como editais, contratos, notas fiscais eletrônicas, painel para consulta de preços, acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP); e
- Novo regime de execução contratual: fornecimento e prestação de serviço associado.

Outro aspecto positivo aos licitantes é que o contratado terá o direito de extinção do contrato quando o atraso for superior a 2 (dois) meses, sendo que atualmente são 90 (noventa) dias.

A nova Lei de Licitações trouxe também inovações que trarão mais lisura e transparência aos processos de contratação com o poder público, onde os licitantes deverão implantar regras de *Compliance* (programa de integridade) como condição para contratações.

As principais inovações relacionadas a *compliance* são as seguintes:

Obrigatoriedade de um programa de *compliance* como condição para contratação

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as 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.

§4º: nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

Apesar da legislação mencionar grande vulto, algumas licitações já têm exigido a necessidade de se ter um programa de integridade como condição para poder contratar com o poder público.

Portanto, empresas de médio e pequeno porte podem se preocupar em investir na implementação de um programa de *compliance*.

Critério de desempate

Art. 60: Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

O dispositivo prevê que em caso de empate entre duas ou mais propostas, o quarto critério a ser aplicado para desempatar será o desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade.

Na aplicação de penalidade será observada a implantação de *compliance*

Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa;

III - impedimento de licitar e contratar;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

Na aplicação das sanções será considerada a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade.

Portanto, a empresa que tiver estruturado um *compliance* terá um fator positivo a ser considerado na imposição de sanções.

Reabilitação do licitante ou contratado:

Admite a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade (artigo 163), exigidos, cumulativamente: 1) reparação integral do dano causado à Administração Pública; 2) pagamento da multa; 3) transcurso do prazo mínimo de um ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de três anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade; 4) cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo; e 5) análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos no artigo 163.

Já para as sanções pelas infrações de apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato; ou praticar ato lesivo à administração pública, será exigido como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável (art. 163, parágrafo único)

OUTROS RISCOS:

Art. 156. (...)

§ 5º A sanção prevista no inciso IV do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do caput do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos

A nova Lei de Licitações majorou o prazo de proibição de contratar com entes públicos. A nova sanção poderá impedir o responsável de licitar ou contratar pelo prazo mínimo de três anos e máximo de seis anos.

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão

estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

A Nova Lei de Licitações traz a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica para alcançar o patrimônio dos administradores e sócios, pessoa jurídica sucessora e até empresas coligadas que atuem no mesmo ramo.

Outra mudança foi a inserção dos crimes em licitações e contratos administrativos no Código Penal (arts. 337-E a 337-P) com suas penalidades aumentadas (art. 178 da nova Lei de Licitações), conforme quadro abaixo:

DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Contratação direta ilegal

Art. 337-E. Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Frustração do caráter competitivo de licitação

Art. 337-F. Frustrar ou fraudar, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação, o caráter competitivo do processo licitatório:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Patrocínio de contratação indevida

Art. 337-G. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração Pública, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo

Art. 337-H. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Perturbação de processo licitatório

Art. 337-I. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de processo licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Violação de sigilo em licitação

Art. 337-J. Devassar o sigilo de proposta apresentada em processo licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 3 (três) anos, e multa.

Afastamento de licitante

Art. 337-K. Afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 5 (cinco) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar em razão de vantagem oferecida.

Fraude em licitação ou contrato

Art. 337-L. Fraudar, em prejuízo da Administração Pública, licitação ou contrato dela decorrente, mediante:

I - entrega de mercadoria ou prestação de serviços com qualidade ou em quantidade diversas das previstas no edital ou nos instrumentos contratuais;

II - fornecimento, como verdadeira ou perfeita, de mercadoria falsificada, deteriorada, inservível para consumo ou com prazo de validade vencido;

III - entrega de uma mercadoria por outra;

IV - alteração da substância, qualidade ou quantidade da mercadoria ou do serviço fornecido;

V - qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa.

Contratação inidônea

Art. 337-M. Admitir à licitação empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - reclusão, de 1 (um) ano a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - reclusão, de 3 (três) anos a 6 (seis) anos, e multa.

§ 2º Incide na mesma pena do caput deste artigo aquele que, declarado inidôneo, venha a participar de licitação e, na mesma pena do § 1º deste artigo, aquele que, declarado inidôneo, venha a contratar com a Administração Pública.

Impedimento indevido

Art. 337-N. Obstar, impedir ou dificultar injustamente a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, a suspensão ou o cancelamento de registro do inscrito:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Omissão grave de dado ou de informação por projetista

Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º Consideram-se condição de contorno as informações e os levantamentos suficientes e necessários para a definição da solução de projeto e dos respectivos preços pelo licitante, incluídos sondagens, topografia, estudos de demanda, condições ambientais e demais elementos ambientais impactantes, considerados requisitos mínimos ou obrigatórios em normas técnicas que orientam a elaboração de projetos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de obter benefício, direto ou indireto, próprio ou de outrem, aplica-se em dobro a pena prevista no caput deste artigo.

Art. 337-P. A pena de multa cominada aos crimes previstos neste Capítulo seguirá a metodologia de cálculo prevista neste Código e não poderá ser inferior a 2% (dois por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta.”

Com a introdução da “nova Lei de Licitações” ficou mais evidente a importância da implementação de um programa de integridade nas empresas.