

David Vieira: Aplicação da nova Lei de Licitações e Contratos

1) Considerações iniciais

Foi publicada no Diário Oficial de 1º/4/2021, em edição extra-F, a Lei nº 14.133, tendo por ementa: Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A opção do legislador por servir-se de texto simples e conciso à ementa, que calha identificar e sintetizar o conteúdo legislado, revela, de certo modo, consagração da regência da matéria na experiência legislante nacional, considerado cenário de vida social e na prática jurídica.



Deve ser a ementa, ensina a técnica legislativa, dotada de

concisão e clareza a permitir fácil e rápida identificação da lei e da matéria legislada — vide artigo 6º do Decreto nº 9.191/2017. Sob esse viés, tem-se no novo estatuto licitatório o abandono do clássico início de texto em que utilizado sujeito oculto e verbo conjugado na terceira pessoa do singular (dispõe, estabelece, regulamenta — este último, inclusive, compôs a ementa da Lei 8.666/93: "*Regulamenta o artigo 37, inc. XXI, da Constituição Federal*"). Andou bem o legislador ao prescindir, por despidendo, do excerto. Por ser pressuposta, é a Constituição fundante — e isso independe, inequivocamente, de explicitação — da validade das demais normas do sistema.

A longa descrição da ementa a constar no PL 4.253/2020 (substitutivo-CD) foi enjeitada. Nela, prescrevia-se, inclusive, "*normas gerais de licitação e contratação*", em substituição a "*normas para licitações e contratos*" constante na Lei 8.666/93, já em esforço de melhor ajuste aos limites da competência privativa da União, prevista no artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal, considerada a competência à edição de normas específicas de que dispõem os demais entes políticos — importa destacar que a previsão do estabelecimento de "*normas gerais*" já consta no artigo 1º da nova lei.

A recentíssima Lei de Licitações e Contratos veio para substituir a anterior (Lei 8.666/1993), a do Pregão (Lei 10.520/2002), bem assim as disposições relativas ao regime diferenciado de contratações (RDC) — artigos 1º a 47-A da Lei 12.462/2011. Essas normas, contudo, permanecem ainda vigentes, podendo ser aplicadas, a critério do administrador, pelo prazo de dois anos — a parte relativa aos crimes constante da Lei 8.666/93 foi revogada e incorporada ao Código Penal.



Entre as novidades trazidas pelo novel diploma destacam-se o diálogo competitivo como nova modalidade licitatória (deixando de sê-la a tomada de preços e o convite), o estabelecimento como regra da antiga inversão de fases (primeiro apresenta-se as propostas para ao depois passar-se à habilitação) e a previsão de capítulo próprio relativo aos meios alternativos de resolução de controvérsias, com realce para a conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

2) Âmbito de aplicação da nova lei

O legislador preferiu ajustar o texto do *caput* do artigo 1º para reproduzir, quase na literalidade, o inciso XXVII do artigo 22 da Constituição Federal. Assim, as espécies de contratos alcançadas pela norma foram migradas do artigo 1º da lei anterior para o artigo 2º da nova lei.

Conforme asseverado, a lei estabelece normas gerais de licitação e contratação à Administração Pública, tendo em vista a competência privativa da União, e apenas dela, de legislar sobre as diretrizes básicas e princípios gerais alusivos ao tema, remanescendo a competência legislativa do estados, municípios e Distrito Federal para editar normas específicas.

Na competência privativa para legislar — artigo 22 da Carta da República — há a possibilidade de delegação por parte da União, valendo-se de lei complementar, para que estados também editem normas antes privativas do ente federal, mas apenas sobre questões pontuais, conforme prevê o parágrafo único do artigo 22 da Carta Constitucional.

Não se deve confundir a possibilidade de legislar sobre normas específicas atinentes a licitações e contratos, as quais integram o âmbito de competência de estados e municípios, com legislar sobre questões específicas de normas gerais, cuja competência legislativa pode ser delegada pela União aos estados. Neste último caso ter-se-ia abertura de exceção à uniformidade e homogeneidade das diretrizes normativas sobre a matéria em todo o país, podendo ocasionar dificuldades de caráter prático.

A nova lei se aplica a toda a Administração Pública nacional de quaisquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, quando no exercício da função administrativa.

O escopo da lei alcança tanto a Administração direta, ou seja, os órgãos que integram os entes políticos nacionais, como a Administração indireta, representada por entidades com personalidade jurídica própria e que gozam de certa autonomia em relação ao ente político instituidor, sendo o caso das autarquias e fundações.

Também se submetem à lei os fundos especiais, que são unidades orçamentárias criadas por lei do próprio ente político instituidor e vinculadas a um órgão da Administração Pública encarregado de geri-los.

À exceção da referência às normas de Direito Penal, a lei não alcança as licitações e contratos realizados por empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista), nem as suas subsidiárias, as quais são regidas por legislação própria — Lei 13.303, de 30/6/2016.



2.1) Repartições sediadas no exterior

A disciplina das contratações promovidas por repartições sediadas no exterior, aqui entendidas no sentido extensivo como órgãos e entidades da Administração Pública, como as embaixadas, consulados e bancos oficiais, que na Lei 8.666/93 situa-se nos derradeiros dispositivos, está agora presente em um parágrafo do primeiro artigo. A novidade é que o ato regulamentar específico precisa ser editado por ministro de Estado sob o qual se vincula o órgão. Tal regulamento irá estabelecer regras acerca da matéria, às quais devem guardar conformidade com os princípios estabelecidos na lei, porém sem necessidade de observância de todas as normas como deve ser feito pelos órgãos sediados no Brasil. A submissão aos princípios decorre do fato de terem natureza pública essas contratações realizadas no exterior. As peculiaridades do local da contratação também serão levadas em consideração, quando da edição do regulamento, tendo em vista que a obrigatoriedade de acatamento integral do texto da lei brasileira em contrato celebrado no exterior, onde impera a legislação de outro país, poderia conduzir a uma série de dificuldades de caráter prático.

2.2) Recursos provenientes de organismos estrangeiros

Há regramento especial em se tratando de licitações e contratos cujos recursos sejam provenientes de empréstimo ou doação de organismos estrangeiros, dos quais são exemplos o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento (Bird/Banco Mundial). As regras diferenciadas, que já constavam na Lei 8.666/1993, são fruto de precedentes administrativos e judiciais relativos à época na qual ainda vigia o Decreto-Lei 2.300/1986, a exemplo da decisão nº 245/1992 do Plenário do Tribunal de Contas da União, publicada em 2/6/1992.

A particularidade justifica-se: a não observância às regras dos organismos internacionais poderia constituir-se óbice à obtenção de financiamentos, ante impossibilidade de cumprimento das condições por eles estabelecidas. Em boa hora, portanto, o preceito legal, no que voltado aos interesses dos órgãos e entidades nacionais à captação de recursos externos.

A lei também alude à admissão de condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo presidente da República, substituindo a previsão "*acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional*", a constar da Lei 8.666/93. O novo texto é mais técnico, tanto no que diz quanto à incorporação dos direitos e obrigações expressos no ato internacional, que só ocorre com a ratificação do chefe do Executivo federal, quanto pelo fato de que protocolos, convenções ou tratados internacionais não deixam de ser espécies de acordos internacionais. A nova lei peca, porém, ao considerar como mera faculdade ("*podem ser admitidas*") a adoção de tais acordos, já que as regras internacionais acordadas se incorporam ao ordenamento jurídico brasileiro com hierarquia, no mínimo, de lei ordinária, tornando-se cogentes.

Ainda quanto à observância das peculiaridades constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos internacionais, a nova lei traz nova condicionante, não prevista na Lei 8.666/93, e que constitui-se deferência à atuação da Advocacia Pública: além da exigência de que as regras devam ser indicadas no contrato de empréstimo ou doação, é necessário parecer jurídico prévio favorável da Advocacia-Geral da União ou da Procuradoria-Geral do estado, Distrito Federal ou município, conforme o ente político contratante.



Além disso, diferentemente da Lei 8.666/93, que alude à observância apenas ao princípio do julgamento objetivo, a nova lei, acertadamente, estende a obrigatoriedade de acatamento de todos os princípios constitucionais em vigor.

É evidente que as regras dos organismos financeiros não podem conflitar com a Carta Constitucional. Foi assim que o Plenário do Tribunal de Contas da União, tendo como relator o ministro Ubiratan Aguiar, ao julgar a AC-2690-5-/08-P, em 26/11/2008, determinou a exclusão de cláusula de confidencialidade que previa sigilo do procedimento desde a abertura das propostas até a adjudicação do objeto ao vencedor, por entender contrariados os princípios da publicidade, do contraditório e da ampla defesa, constantes dos artigos 5º, LV, e 37, *caput*, da Constituição Federal.

Ainda sobre as condicionantes, o Projeto de Lei nº 4.253/2020 previa a necessidade de despacho motivado pela autoridade superior da administração do financiamento — como o secretário de Estado de Planejamento, por exemplo. Na redação da Lei 8.666/93 a autoridade superior apenas ratificava o despacho do órgão executor do contrato, que nada obstante a alusão à "órgão", muitas vezes, na prática, constituía-se entidade executora, como por exemplo os departamentos de trânsito ou de estradas de rodagem. Tal condicionante foi vetada pelo presidente da República, sob a justificativa de que a medida contraria o interesse público, dado que a exigência do despacho motivado deve ser da autoridade superior do órgão executor do programa ou projeto e não do órgão que representa o mutuário apenas para fins do contrato financeiro externo.

A nova lei prevê a obrigatoriedade de constar, juntamente com a documentação encaminhada ao Senado para autorização do empréstimo, as condições relativas à licitação e à contratação.

2.3) Gestão das reservas internacionais

Ato normativo expedido pelo Banco Central, guardada observância aos princípios constitucionais da Administração Pública, cuidará da disciplina da contratação, inclusive para serviços conexos ou acessórios, da gestão das reservas internacionais do país (cujo montante, em 31/12/2020, estava na casa de mais de trezentos e cinquenta e cinco bilhões de dólares americanos).

O Banco Central vem, desde 2012, terceirizando, em parte, a atividade, por meio do Programa de Gerenciamento Externo das Reservas Internacionais, considerado o objetivo de diversificar os investimentos e absorver tecnologias voltadas à alocação de ativos e conhecimento de mercado internacional.

3) Considerações finais

A Lei 14.133, com publicação e vigência em 1º/4/2021, veio para consolidar e substituir a matéria relativa a licitação e contratação constante nas Leis 8.666/1993 (antigo diploma), 10.520/2002 (Pregão) e 12.462/2011 (Regime Diferenciado de Contratações — RDC), as quais permanecerão ainda em vigor pelo período de dois anos.



O novo comando normativo aplica-se a todos os poderes — quando no exercício da função administrativa —, de cada ente federativo (União, estados, Distrito Federal e municípios), no que incluídas a Administração direta, autárquica e fundacional, bem assim os fundos especiais, mas não as empresas estatais e suas subsidiárias (exceto quanto às normas de Direito Penal), considerada a existência de regramento próprio (Lei 13.303/2016). Normas de organismos internacionais voltadas à seleção e à contratação são admitidas, desde que observadas condicionantes. As contratações realizadas por repartições sediadas no exterior e aquelas que tenham por objeto a gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do Brasil, serão disciplinadas por ato emanado de Ministério ou do Banco Central, respectivamente.

Muito aguardada pela comunidade jurídica, a neonata Lei de Licitações e Contratos Administrativos, reconheça-se, estatui âmbito de aplicação tecnicamente mais preciso que o diploma anterior. Sem embargo, considerado o texto em sua totalidade — de que se pretende cuidar com mais vagar em outro momento —, a sensação que fica — adianta-se — é a de que o legislador deixou escapar oportunidade de ousar no concernente à adoção de modelo de gestão de compras governamentais orientado pela eficiência e desemperramento do excesso de burocracia ainda preponderante.

Date Created

12/04/2021