

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

Primeiras impressões sobre alguns dispositivos da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021

Sergio de Castro Junior

1. APRESENTAÇÃO

Apesar da folclórica data de sua publicação, não é mentira: finalmente ingressou no ordenamento jurídico a nova Lei de Licitações.

Após muitos estudos, propostas e projetos, o novo estatuto licitatório brasileiro chega "causando", o que não poderia ser diferente, seja pela magnitude das alterações que introduz, seja pelo tormentoso contexto socioeconômico vivenciado no momento de seu debut.

Gostem dele ou não, o novel diploma é digno de reconhecimento ao menos pelo êxito de materializar antigo anseio legislativo, já que há muito se falava em rever amplamente as normas licitatórias nacionais, sem, contudo, alcançar-se tal desiderato, exceto por mudanças pontuais inseridas ao longo dos anos no texto da Lei nº 8.666/1993, além de normas esparsas disciplinando temas específicos.

Bem por isso, há exatos 7 (sete) anos, abriu-se-me oportunidade de promover breve análise do Projeto de Lei do Senado nº 559/2013¹, um dentre muitos deflagrados com o intuito de aprimorar a disciplina licitatória do país, mas que se destacava em virtude de sua relevância e promessa de aprovação, tal como dito naquela ocasião:

¹ "A Nova Lei Geral de Licitações - Breve Análise do Projeto de Lei do Senado nº 559/2013", in "Revista Síntese – Licitações, Contratos e Convênios", v. 4, n. 21, p. 39–60, jun./jul., 2014. Também disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/6524-artigo-nova-lei-geral-de-licitacoes-por-sergio-de-castro-jr>

Talvez não se revele procedimento dos mais produtores examinar projetos de lei, seja porque o resultado final pode se afastar da concepção inicial, seja porque, eventualmente, sequer ocorra a conversão do texto em norma; sucede, entretanto, que fortíssimos têm sido os rumores de que, desta vez, a reforma do atual estatuto licitatório efetivamente virá e, ao que tudo indica, por força do Projeto de Lei do Senado nº 559/2013, apresentado em dezembro último pela Comissão Especial Temporária de Modernização da Lei nº 8.666/1993 e ainda em trâmite perante aquela casa legislativa.

Aquelas impressões iniciais se confirmaram, inclusive no tocante à percepção de que o então projeto não só modificaria a Lei de Licitações, mas a revogaria, assim como revogaria a Lei nº 10.520, de 17 de junho de 2002 – “Lei do Pregão”, e a Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011 – “Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC)”, o que justificava uma análise prévia, tamanha a repercussão que tais medidas trariam caso viessem a se confirmar.

Pois bem, referido projeto vingou, e, tal como em oportunidade pretérita, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto - que certamente demandará aprofundados estudos por parte dos juristas -, faz-se a presente análise preliminar do novo texto, procurando pinçar alguns temas que, numa primeira leitura, mostraram-se relevantes, propondo-se a servir tão somente de contato inicial com o recente estatuto.

Permanece aqui o mesmo intuito de outrora, qual seja, propiciar noção superficial e neófito do que agora é lei, praticamente restringindo o exame aos dispositivos antes selecionados e análises encetadas quando da abordagem do projeto inicial, com vistas a provocar a reflexão e estimular o juízo crítico do leitor acerca de algumas das inovações trazidas, alçando-lhe a avaliação final do quão bem-sucedido foi o hodierno diploma na busca pelo aprimoramento das tão objurgadas prescrições da quase² extinta Lei nº 8.666/1993.

² Segundo o novo estatuto licitatório:

“Art. 193. Revogam-se:

I - os [arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), na data de publicação desta Lei;

II - a [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), a [Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002](#), e os [arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011](#), após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.” (Grifei).

2. CONHECENDO ALGUNS DISPOSITIVOS DA LEI

Em oportunidade anterior, por ocasião do exame do então Projeto de Lei, foram eleitos alguns artigos para análise. Com o fito de não perder de vista aquele enfoque, serão aqui examinados, preponderantemente, os mesmos dispositivos e temas outrora abordados, ainda que agora, no texto definitivo da lei, alguns se apresentem com numeração diversa.

Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais de licitação e contratação para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e abrange:

I - os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União, dos Estados e do Distrito Federal e os órgãos do Poder Legislativo dos Municípios, quando no desempenho de função administrativa;

II - os fundos especiais e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

§ 1º Não são abrangidas por esta Lei as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as suas subsidiárias, regidas pela [Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016](#), ressalvado o disposto no art. 178 desta Lei.

Tal como o texto que lhe deu origem, a nova Lei de Licitações principia com seu artigo inaugural elencando os órgãos e entidades que se subordinam ao seu regime.

Quando da análise do Projeto de Lei, críticas foram tecidas à surpreendente ausência de referência aos Poderes Legislativo e Judiciário, lacuna impensável, mas que, felizmente, restou corrigida no texto final, havendo, agora, alusão explícita a esses dois Poderes no inciso I do artigo em testilha.

Deixou-se de mencionar, todavia, as agências executivas e reguladoras, os consórcios públicos, bem assim o Tribunal de Contas e o Ministério Público, que, por seu turno, constavam expressamente na redação original do projeto. Não se vislumbra qual

teria sido a motivação para tal supressão, especialmente no que se refere aos dois últimos, não restando claro se o legislador pretendeu considerá-los no *caput* ou no inciso I³.

Ao menos no tocante à Corte de Contas, a Lei nº 8.666/1993 apresenta redação que não deixa dúvida, eis que, em seu art. 117, expressamente prescreve: “As obras, serviços, compras e alienações realizados pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Tribunal de Contas regem-se pelas normas desta Lei, no que couber, nas três esferas administrativas”. No recente estatuto, todavia, inexistente disposição análoga.

É discutível, portanto, se a nova redação logrou êxito em aprimorar o texto anterior. Além dos aspectos acima referenciados, verificam-se, ainda, algumas outras opções duvidosas, como a utilização ora de “Administrações Públicas”, no plural (*caput*), ora de “Administração Pública”, no singular (inciso II), ensejando imprecisão conceitual acerca dessa expressão, embora o art. 6º mantenha as mesmas definições para “Administração Pública” e “Administração” contidas em dispositivo de igual número na Lei nº 8.666/1993.

De outro lado, vale registrar a expressa exclusão das empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias do regime da nova Lei de Licitações, devendo tais entidades, quando exploradoras de atividade econômica, observar as prescrições dos artigos 28 e seguintes da Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016.

Anota-se, ademais, que não prevaleceu no texto final previsão contida no Projeto de Lei acerca das entidades regidas pela Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (Organizações Sociais), e pela Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999 (Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público), que recebam recursos públicos por disposição de contratos, termo de parceria, convênio ou instrumentos congêneres.

³ O conceito de “Administração Direta” pode ser considerado aberto, sendo, para uns, o conjunto de órgãos de função administrativa de todos os Poderes (à luz do art. 37, *caput*, da Constituição Federal), enquanto, para outros, somente do Poder Executivo (v.g., art. 4º, I, do Decreto-Lei nº 200/1967). Partindo da opção do legislador, que apartou Legislativo e Judiciário no inciso I, de se presumir que adotou a segunda corrente. Desse modo, Tribunal de Contas e Ministério Público não estariam abrangidos pelo *caput*. Noutro norte, por se tratarem de órgãos de direta extração constitucional, não se inserindo na estrutura de nenhum dos Poderes, também não podem ser considerados albergados no inciso I, restando, portanto, indesejável omissão em relação a essas duas instituições.

Embora suprimida, não se vislumbra prejuízo na ausência de mencionada alusão, eis que, conforme já anotado em oportunidade pretérita, tais organizações poderão editar regulamento próprio para contratações (art. 17 da Lei nº 9.637/1998 e art. 14 da Lei nº 9.790/1999), observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e eficiência.

Art. 4º Aplicam-se às licitações e contratos disciplinados por esta Lei as disposições constantes dos [arts. 42 a 49 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006](#).

[...]

§ 3º Nas contratações com prazo de vigência superior a 1 (um) ano, será considerado o valor anual do contrato na aplicação dos limites previstos nos §§ 1º e 2º deste artigo.

Ainda que se trate de dispositivo inicialmente não abordado quando da análise do Projeto de Lei, cumpre mencionar que o texto definitivo houve por bem referenciar expressamente a aplicação do novo diploma às aquisições públicas previstas na Lei nº 123, de 14 de dezembro de 2006 – “Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte”, valendo observar, ainda, que a previsão contida no § 3º do artigo em referência já dá mostras da opção do legislador por autorizar celebração de ajustes com vigência superior a 1 (um) ano, tema até então controverso, que ensejava debates à luz do art. 57 da Lei nº 8.666/1993, e que será mais adiante objeto de destaque, quando do exame do art. 145.

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

[...]

XII - obra: 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;

[...]

XXI - serviço de engenharia: toda atividade ou conjunto de atividades destinadas a obter determinada utilidade, intelectual ou material, de interesse para a Administração e que, não enquadradas no conceito de obra a que se refere o inciso XII do caput deste artigo, são estabelecidas, por força de lei, como

privativas das profissões de arquiteto e engenheiro ou de técnicos especializados, que compreendem:

a) **serviço comum de engenharia:** todo serviço de engenharia que tem por objeto ações, objetivamente padronizáveis em termos de desempenho e qualidade, de manutenção, de adequação e de adaptação de bens móveis e imóveis, com preservação das características originais dos bens;

b) **serviço especial de engenharia:** aquele que, por sua alta heterogeneidade ou complexidade, não pode se enquadrar na definição constante da alínea "a" deste inciso;

XXII - obras, serviços e fornecimentos de grande vulto: aqueles cujo valor estimado supera R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais);

[...]

XXV - projeto básico: conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado para definir e dimensionar a obra ou o serviço, ou o complexo de obras ou de serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegure 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, devendo conter os seguintes elementos:

[...]

XXX - empreitada integral: contratação de empreendimento em sua integralidade, compreendida a totalidade das etapas de obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade do contratado até sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, com características adequadas às finalidades para as quais foi contratado e atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização com segurança estrutural e operacional;

[...]

XXXVIII - 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:

a) menor preço;

b) melhor técnica ou conteúdo artístico;

c) técnica e preço;

d) maior retorno econômico;

e) maior desconto;

[...]

XLI - 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;

[...]

XLV - sistema de registro de preços: conjunto de procedimentos para realização, mediante contratação direta ou licitação nas modalidades pregão ou concorrência, de registro formal de preços relativos a prestação de serviços, a obras e a aquisição e locação de bens para contratações futuras;

XLVI - ata de registro de preços: documento vinculativo e obrigacional, com característica de compromisso para futura contratação, no qual são registrados o objeto, os preços, os fornecedores, os órgãos participantes e as condições a serem praticadas, conforme as disposições contidas no edital da licitação, no aviso ou instrumento de contratação direta e nas propostas apresentadas;

XLVII - órgão ou entidade gerenciadora: órgão ou entidade da Administração Pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos para registro de preços e pelo gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente;

XLVIII - órgão ou entidade participante: órgão ou entidade da Administração Pública que participa dos procedimentos iniciais da contratação para registro de preços e integra a ata de registro de preços;

XLIX - órgão ou entidade não participante: órgão ou entidade da Administração Pública que não participa dos procedimentos iniciais da licitação para registro de preços e não integra a ata de registro de preços;

O presente dispositivo traz diversas definições, tal como já fazia o também art. 6º da Lei nº 8.666/1993, embora o antigo texto o fizesse em vinte incisos, ao passo que agora são sessenta, para delírio dos examinadores de provas de concursos públicos.

Desde o início, portanto, percebe-se tratar-se de norma profundamente analítica e prolixa, que, embora editada sob o argumento de desburocratizar o diploma anterior (que conta com 126 artigos), regulamenta a matéria em 194 dispositivos, muitos dos quais bastante extensos, como é o caso do ora em comento.

Assim, para que a leitura não se torne por demais exaustiva, foram selecionados somente alguns incisos do presente artigo, fazendo-se breves considerações acerca das inovações por eles introduzidas.

Nesse sentido, cabe destaque para o inciso XII, que traz definição de “obra” muito mais densa que a da Lei nº 8.666/1993 (*“toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta”*), valendo ressaltar que, para os fins do novo diploma, só é considerada obra a atividade estabelecida, por força de lei, como privativa das profissões de arquiteto e engenheiro.

Já o inciso XXI prevê que “serviço de engenharia” é toda atividade estabelecida, também por força de lei, como privativa de arquiteto e engenheiro não enquadrada no conceito de obra, subdividindo-se o inciso em duas alíneas, que distinguem serviços de engenharia “comum” e “especial”.

Embora não mais traga definição de “obra e serviços de engenharia comuns”, tal como fazia o texto original do Projeto de Lei, o novo estatuto licitatório, em algumas passagens, continua utilizando a expressão (conforme se vê nos artigos 18, § 3º, e 55, II, “a”). Ou seja, embora não mais defina tal espécie, o novo diploma a admite, inovando, ainda que indiretamente, no tocante ao tema. É dizer, ao falar em “obra comum de engenharia”, o texto acaba por ampliar o conceito de “comum”, sobretudo aquele prescrito na Lei do Pregão, aplicável somente a bens e serviços, e que, portanto, não se estendia, ao menos expressamente, a obras (restrição, aliás, por muitos defendida, ante a compreensão de que o fato de se tratar de obra já emprestaria ao objeto contornos que lhe impediriam ser considerado “comum” na acepção jurídica do termo).

O inciso XXII, por seu turno, conceitua “obras, serviços e fornecimentos de grande vulto”, corrigindo, portanto, falha destacada quando da análise do Projeto de Lei, já que a redação original, ao falar em *“obras e serviços de engenharia de grande vulto”*, deixava de contemplar os serviços comuns e as compras, que, eventualmente, também podem superar o valor de referência, que, agora, passa a ser de R\$ 200 milhões.

Outro item que foi objeto de crítica quando da análise do texto inicial era a definição de “projeto completo”, que substituíra o conhecido “projeto básico”. Conforme dito naquela oportunidade, embora a medida fosse anunciada pela Comissão de Modernização como importante mudança, sua definição nada mais era que a reprodução do texto já existente na Lei nº 8.666/1993, mas destrinchado em três alíneas, sendo que a única diferença era que, em sua alínea “a”, falava-se em obra ou serviço “de engenharia”, restrição ausente na Lei nº 8.666/1993, o que poderia ensejar dúvida quanto à necessidade de tal projeto para contratação de serviços outros que não de engenharia. De qualquer modo, tal inovação restou extirpada, prevalecendo no inciso XXV o conhecido conceito de “projeto básico”, fundamentalmente, nos mesmos moldes previstos na antiga Lei de Licitações.

Disposição igualmente censurada por ocasião da análise do Projeto de Lei foi a definição dada à “empreitada integral”, eis que deixava dúvidas ao exigir “[...] *detalhamento em planilhas pelo contratante se houver rescisão do contrato [...]*”. O novo texto, todavia, abandonou por completo aquela redação, passando a adotar conceito quase idêntico ao há muito previsto no artigo 6º, VIII, “e”, da Lei nº 8.666/1993.

O inciso XXXVIII, por seu turno, ao definir concorrência, distanciou-se não só do texto original do Projeto de Lei (que sequer previa para tal modalidade o critério “menor preço”), como do tradicional conceito presente na Lei nº 8.666/1993, passando tal modalidade a ser destinada à contratação de “*bens e serviços especiais e de obras e serviços comuns e especiais de engenharia*”, cujos critérios de julgamento poderão ser “*menor preço*”, “*melhor técnica ou conteúdo artístico*”, “*técnica e preço*”, “*maior retorno econômico*” e “*maior desconto*”.

Desde já, vale registrar importante modificação introduzida pela nova norma, no sentido de que os valores estimados não mais são determinantes para a definição da modalidade licitatória, sendo a natureza do objeto o aspecto condutor de tal escolha, conforme se extrai dos artigos 28 e seguintes. Desse modo, a concorrência (assim como as demais modalidades) não mais será determinada em virtude de um limite em moeda corrente pré-estabelecido, tal como ocorre no art. 23 da Lei nº 8.666/1993.

O inciso XLI, ao definir pregão, reconsidera inovação pretendida pelo Projeto de Lei (*“modalidade de licitação para aquisição de bens, serviços e obras comuns”*), mantendo seu conceito tradicional, restrito a bens e serviços comuns, acrescentando-lhe, todavia, ao lado do *“menor preço”*, o critério de julgamento *“maior desconto”*, tornando legalmente prevista prática que, embora por alguns criticada, já vinha sendo largamente adotada.

Os incisos XLV a XLIX trazem profundas alterações na definição e sistemática do registro de preços, rompendo definitivamente com o já ultrapassado conceito da Lei nº 8.666/1993, e avançando ainda mais em relação àquele trazido pela Lei do Pregão, eis que deixa de ser reservado somente para compras e serviços comuns, passando a ser admitido para prestação de serviços, obras e aquisição ou locação de bens. Causa espécie a possibilidade de ser levado a efeito não só por meio de licitação, nas modalidades pregão ou concorrência, mas também *“mediante contratação direta”*.

Além disso, o novo texto traz definições de *“órgão ou entidade gerenciadora”*, *“órgão ou entidade participante”* e *“órgão ou entidade não participante”*, passando a admitir não só a adesão prévia à ata de registro de preços de outrem, mas também modalidade amplamente repudiada por grande parte da doutrina especializada e jurisprudência dos Tribunais de Contas, vulgarmente conhecida como “carona”, eis que autoriza sobredito mecanismo mesmo para órgãos ou entidades que não participaram da fase preparatória do processo licitatório, conforme disposto no art. 86.

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

[...]

§ 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.

Tal como dito quando da análise preliminar do Projeto de Lei, “ao prever que, no caso da modalidade pregão, a licitação será “conduzida” pelo pregoeiro, o artigo sob análise perde valiosa oportunidade de vedar, categoricamente, prática rotineiramente adotada pelas Administrações, eis que, da forma como se encontra redigido, permite interpretação no sentido de que não só os atos afetos à sessão de recebimento das propostas, mas também a condução da fase preparatória, inclusive a elaboração do edital, seriam atribuições do pregoeiro, o que vai de encontro a entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acerca do assunto, os quais objetam a subscrição do instrumento convocatório pelo pregoeiro”.

Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.

Parágrafo único. A publicidade será diferida:

I - quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;

II - quanto ao orçamento da Administração, nos termos do [art. 24 desta Lei](#).

O dispositivo cuida de tema polêmico, qual seja, sigilo do orçamento.

Ao contrário do que muitos podem imaginar, não se trata de inovação, eis que tal opção já fora prevista na Lei nº 12.462, de 04 de agosto de 2011 (RDC), que, em seu art. 6º, estabelece que o orçamento previamente estimado será tornado público somente após o encerramento da licitação, dispondo, ainda, que, quando ausente no instrumento convocatório, terá caráter sigiloso, sendo disponibilizado estritamente aos órgãos de controle externo e interno.

Referida sistemática tem sido alvo de duras críticas, sob o argumento de que estaria a retirar dos licitantes, como também de qualquer cidadão, a possibilidade de exercer o controle e a fiscalização da Administração Pública, em possível afronta à garantia prevista no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, que confere a todos o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular ou geral, acarretando, ainda, redução da prerrogativa conferida pelo art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993.

Conforme já defendido em outras oportunidades⁴, sustenta-se entendimento diverso.

A previsão de orçamento sigiloso tende a evitar que as propostas comerciais dos licitantes sejam influenciadas por estimativas previamente divulgadas com base em levantamentos efetuados pela própria Administração, os quais, conforme demonstra a prática, não raro apresentam-se sobremaneira distantes dos valores praticados no mercado.

Nem mesmo a argumentação de que a veiculação do orçamento estimativo é indispensável ao cálculo das garantias de participação, de contratação, de exigência de capital social ou patrimônio líquido sustenta-se por si só. É que, havendo percentuais máximos definidos na lei para essas exigências, basta que a Administração eleja importâncias que não superem os custos estimados previamente por ela conhecidos.

De outro lado, de se presumir que a ausência de prévia disponibilização do orçamento levantado pela Administração evita que as empresas superestimem suas ofertas, tal como ocorre quando constatam que o ente promotor do certame está disposto a pagar valores superiores àqueles efetivamente necessários para a realização do objeto.

É dizer, mostra-se prejudicial à competição revelar àqueles que disputarão o contrato - e que, ao menos em tese, são os maiores conhecedores do mercado - o valor limite que a Administração está disposta a desembolsar, afinal, é regra corriqueira nas transações comerciais primeiro saber por qual valor o vendedor comercializa determinado bem ou serviço para, só então, oferecer-lhe contraoferta.

O único empecilho à adoção de tal sistemática seria a existência de eventual proibição legal ou constitucional, o que também não se verifica, já que a restrição à prévia divulgação do orçamento estimado pela Administração não parece afrontar princípios ou

⁴ <http://www4.tce.sp.gov.br/regime-diferenciado-de-contratacoes-publicas-rdc>

normas regedoras da matéria, desde que tornado público imediatamente após o encerramento do certame, o que permite que tal publicidade seja promovida antes mesmo da assinatura do contrato, conforme, aliás, consta expressamente do art. 6º da Lei do RDC, prescrição que, infelizmente, não foi reproduzida no diploma em exame.

De qualquer modo, não se vislumbra supressão da garantia prevista no art. 5º, XXXIII, da Carta Maior, já que mencionado dispositivo estabelece que as informações serão prestadas no “prazo da lei”, assim entendido aquele em conformidade com as disposições da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011 (“Lei de Acesso à Informação”), e que, seguindo a diretriz acima, teria como *dies a quo* a data de encerramento da licitação, momento a partir do qual a informação poderá ser prestada a qualquer interessado.

Nesse sentido, tem-se preservada, também, a prerrogativa conferida pelo art. 113, § 1º, da Lei 8.666/1993 (cujo teor encontra-se reproduzido no art. 170, § 4º, da Lei nº 14.133/2021), que assegura a qualquer cidadão representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos de controle interno contra eventuais irregularidades na aplicação da lei.

Em verdade, o que se pretende com o temporário sigilo do orçamento é suprimir dos licitantes tão somente o prévio conhecimento dos valores que a Administração pretende desembolsar; isso, todavia, não significa que ela estará desobrigada de realizar orçamento próprio, ou que os cidadãos e licitantes não mais terão acesso a esse dado, mas que referido acesso dar-se-á somente depois de encerrada a disputa, com vistas a preservar a ampla competitividade e a obtenção da proposta mais vantajosa, evitando, assim, práticas como sobrepreço e formação de conluíus.

De se registrar, ainda, que remanesce incólume o prévio acesso dos órgãos de controle aos orçamentos, eis que o sigilo, quando adotado, não lhes atinge, conforme previsão contida no art. 24, I, bem assim, a teor do art. 169, § 2º, ao prescrever que *“Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos”*, o que, aliás, não poderia ser diferente, diante das competências constitucionalmente conferidas às Cortes de Contas.

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

I - preparatória;

II - de divulgação do edital de licitação;

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

IV - de julgamento;

V - de habilitação;

VI - recursal;

VII - de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do caput deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do caput deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

§ 3º Desde que previsto no edital, na fase a que se refere o inciso IV do caput deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.

§ 4º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

Conforme se verifica, as fases da licitação agora se apresentam expressamente delineadas em sete momentos distintos, iniciando pela preparatória e findando com a homologação, destacando-se a inversão de fases no que diz respeito a julgamento e habilitação, ao menos como regra geral, já que a habilitação ainda poderá anteceder as fases de apresentação de proposta e de julgamento, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes (art. 17, § 1º).

Deixou referido dispositivo, todavia, de aludir à adjudicação, num aparente desprezo pela oportunidade de solver eterna controvérsia doutrinária acerca do seu

momento: se antes ou depois da homologação, celeuma decorrente das sequências contraditórias previstas nos artigos 38, VII, e 43, VI, ambos da Lei nº 8.666/1993.

Entretanto, conquanto não mencione a adjudicação ao tratar das fases do certame, tampouco a defina no alentado art. 6º, o novo estatuto à ela se reporta, como, por exemplo, no art. 82, § 3º, ao se referir à *“adjudicação por item”* no sistema de registro de preços, bem assim no novo tipo penal que inaugura, denominado *“Frustração do caráter competitivo de licitação”*, presente no art. 337-F agora introduzido no Código Penal: *“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”*.

Mas o leitor encontrará alívio ao verificar que, em seu art. 71, IV, ainda que timidamente, o novo estatuto confere à autoridade superior a possibilidade de *“adjudicar o objeto e homologar a licitação”*, exatamente nessa ordem, dando a entender que essa foi a sequência eleita pelo legislador.

De outro lado, conforme dito quando do exame do Projeto de Lei, não parece ser de grandes resultados práticos a previsão contida no § 2º do artigo em comento, ao prescrever que as licitações deverão ser realizadas *“preferencialmente”* sob a forma eletrônica; a expressão em destaque não torna obrigatório referido formato, revelando, portanto, certa inocuidade do dispositivo, havendo nele mesmo expressa autorização para a forma presencial, *“desde que motivada”*, hipótese em que deverá a sessão pública ser gravada em áudio e vídeo, o que pode representar indesejado ônus para a Administração.

Já o § 3º ilude o leitor, ao transparecer pôr fim a outra antiga dissensão doutrinária, acerca de qual seria o momento para a análise de amostras. Decorrente, em especial, das prescrições contidas no art. 4º, incisos VII, X, XI e XV, da Lei do Pregão, referida divergência, numa primeira leitura, parece cair por terra, já que o novo estatuto dispõe: *“Desde que previsto no edital, na fase a que se refere o inciso IV do caput deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras”*, o que levaria a

crer que referida análise deve ser efetuada exclusivamente na fase de julgamento, prevista no mencionado inciso IV do artigo em estudo.

Ocorre, entretanto, que, em outras passagens, o novo diploma volta a falar em amostras, mas, para desespero dos que militam no segmento das licitações públicas, prevendo-as em fases outras que não o julgamento.

É o caso, por exemplo, do art. 41, II, que autoriza a Administração a *“exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços [...]”*; do art. 42, § 2º, que autoriza *“exigir, na fase de julgamento das propostas, amostras do licitante provisoriamente vencedor, para atender a diligência ou, após o julgamento, como condição para firmar contrato”*; e, ainda, do art. 42, § 3º, ao estabelecer que *“No interesse da Administração, as amostras a que se refere o § 2º deste artigo poderão ser examinadas por instituição com reputação ético-profissional na especialidade do objeto”*, sem definir, todavia, o momento específico para o exercício de tal prerrogativa.

Numa primeira leitura, portanto, ainda parece pairar dúvida não só quanto ao momento adequado para apresentação de amostras, mas também com relação ao de sua análise, afinal, podem não ser coincidentes. Talvez a intenção tenha sido justamente permitir que, caso a caso, seja eleita a fase mais oportuna e conveniente.

De se ponderar, ainda, que, considerando a adoção da inversão de fases como regra geral, ao permitir que sejam exigidas amostras na fase de julgamento o novo diploma acaba por estender referida exigência a todos os licitantes, e não somente ao detentor da melhor proposta, ônus que deverá ser sopesado à luz na natureza do objeto.

Noutro norte, não se vislumbra efetividade no teor do § 4º do dispositivo sob análise, ao prever que, nos procedimentos por meio eletrônico, a Administração poderá determinar que os licitantes pratiquem seus atos no formato eletrônico, afinal, qual outro formato caberia?

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.

[...]

§ 3º Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

Aqui a nova lei desobriga a publicação do instrumento convocatório no diário oficial e em jornal de grande circulação, estabelecendo tão somente divulgação em sítio eletrônico oficial. A exceção fica por conta dos Municípios com até 20 mil habitantes, que, enquanto não adotarem o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), deverão publicar em diário oficial as informações necessárias, admitida a publicação por extrato (vide art. 176).

Art. 28. São modalidades de licitação:

I - pregão;

II - concorrência;

III - concurso;

IV - leilão;

V - diálogo competitivo.

§ 1º Além das modalidades referidas no caput deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no [art. 78 desta Lei](#).

O novo estatuto licitatório extingue o “convite” e a “tomada de preços”, ao passo que, de outro lado, cria o “diálogo competitivo”.

Corrigindo aspecto alvo de crítica quando da análise do Projeto de Lei, o novo diploma traz a definição de cada uma dessas modalidades. Todavia, o faz em seu art. 6º, enquanto outras características a elas inerentes encontram-se dispostas em diferentes passagens, notadamente, nos artigos 29 a 32, revelando-se certa oscilação quanto à “disposição geográfica” do enfoque das modalidades, disperso em diferentes capítulos da norma, como se vê, por exemplo, no caso do pregão, cuja definição está no art. 6º, XLI (“Das Definições”), a previsão quanto ao responsável por sua condução no art. 8º, § 5º (“Dos Agentes Públicos”), enquanto suas hipóteses de cabimento no art. 29 (“Da Fase Preparatória”).

De qualquer modo, o destaque do dispositivo em foco fica mesmo para o inovador “diálogo competitivo”, assim conceituado no art. 6º, XLII: *“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”*.

A nova modalidade encontra suas hipóteses de cabimento e respectivos procedimentos previstos no art. 32, dispositivo que possui estrutura densa, contando com três incisos, dos quais o terceiro foi vetado e os dois primeiros subdividem-se em três alíneas cada, possuindo, ainda, dois parágrafos, sendo que o primeiro apresenta nada menos do que doze incisos, este último também vetado.

Por aí já se tem ideia de que a matéria reclamará maiores estudos, não sendo esse o objetivo nesta oportunidade, de modo que, de maneira bem simplificada, pode-se dizer que o diálogo competitivo se restringe a situações em que o órgão público visa contratar objeto que envolva inovação tecnológica, quando presente a impossibilidade de ter sua necessidade satisfeita sem customização das soluções disponíveis no mercado e, ainda, diante da impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela própria Administração.

Sua principal característica, ao que parece, é permitir a realização, como o próprio nome diz, de conversas, a serem travadas entre o órgão promotor do certame (portanto, “Administração”, e não “Administração Pública”, conforme constou no art. 6º, XLII) e interessados previamente selecionados, reuniões essas que serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo.

Não se pode negar, ao menos num primeiro olhar, que a nova modalidade soa como uma espécie de entrevista de emprego, em que o futuro empregador visa selecionar o melhor candidato.

A despeito dessa vulgar comparação, algumas questões não encontram resposta objetiva no texto da norma. Não se vislumbra facilmente que tipo de objeto tecnológico seria esse que a Administração pretende adquirir sem que possa definir precisamente suas especificações técnicas (seria algo do tipo “quero, mas não sei o quê?”). Noutro ponto, por mais que possa ser óbvio para os idealizadores da sistemática, não se verifica no texto passagem que esclareça se os diálogos serão travados individualmente entre Administração e cada licitante, ou se conjuntamente, em reuniões com participação de diferentes interessados e conversações também de licitantes entre si, aspecto que, num primeiro momento, parece determinante para que se possa tecer maiores considerações sobre o modelo, que, numa análise preliminar, faz meditar sobre como a Administração Pública conseguiu sobreviver até hoje sem esse tipo de processo seletivo à sua disposição.

É discutível até que ponto são positivos o contato prévio e a decorrente proximidade entre Administração e licitantes antes mesmo de celebrado o contrato, além de que eventual adoção de critérios de escolha potencialmente subjetivos não parece ser o melhor caminho para a tão alardeada modernização quando da deflagração do Projeto de Lei que deu origem ao diploma em exame.

Por essas e outras, a nova modalidade enche de dúvidas os operadores do Direito, não só no tocante à sua “procedimentalização”, mas sobretudo, quanto aos benefícios de sua adoção, revelando-se, numa primeira leitura, intrincada e, ao menos aparentemente, obscura.

Em um momento em que escândalos decorrentes de contratações públicas malsucedidas - quando não mal-intencionadas - pululam os noticiários, é de se questionar quão profícua poderá ser essa inovadora sistemática, que recai, preponderantemente, sobre objetos tecnológicos, complexos e diferenciados, e que, portanto, devem envolver altas cifras.

Acerca do art. 28 em exame, cumpre destacar, ainda, que, a par das cinco modalidades que institui, seu § 1º também autoriza a Administração a valer-se de

“procedimentos auxiliares”, assim entendidos os previstos no art. 78, quais sejam, *“credenciamento”*, *“pré-qualificação”*, *“procedimento de manifestação de interesse”*, *“sistema de registro de preços”* e *“registro cadastral”*, exaustivamente dispostos, definidos e categorizados nos arts. 79 a 87.

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

- I - menor preço;**
- II - maior desconto;**
- III - melhor técnica ou conteúdo artístico;**
- IV - técnica e preço;**
- V - maior lance, no caso de leilão;**
- VI - maior retorno econômico.**

O novo estatuto licitatório inova ao prever, ao lado dos já conhecidos *“menor preço”*, *“técnica e preço”*, *“melhor técnica (ou conteúdo artístico)”* e *“maior lance”*, dois novos critérios de julgamento: “maior desconto” e “maior retorno econômico”.

O primeiro terá como referência o preço global fixado no edital, sendo o desconto estendido aos eventuais termos aditivos (art. 34, § 2º), enquanto o segundo considerará a maior economia para a Administração, devendo a remuneração ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato (art. 39).

Não resta claro, todavia, porque esse segundo critério, como seria de se imaginar, não se aplica aos contratos de receita (cujas restrições encontram-se no art. 110), eis que a nova lei, no próprio art. 39, estranhamente restringe o maior retorno econômico exclusivamente à celebração de *“contrato de eficiência”*, cuja definição encontra-se no art. 6º, LIII.

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

[...]

§ 2º No julgamento por técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço apresentadas pelos licitantes, na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica.

Quando da análise do Projeto de Lei, críticas foram tecidas acerca das disposições sobre o critério em exame, eis que dispunha que o total de pontos relativos à proposta técnica seria de, no mínimo, 70% do total da pontuação, percentual naquela oportunidade considerado elevado, eis que aproximava sobremaneira a “técnica e preço” da “melhor técnica”.

O texto que prevaleceu parece ter levado em consideração citada ponderação, pois fixou os mesmos 70%, mas como proporção máxima de valoração para a proposta técnica, o que, embora por alguns possa ser considerado patamar ainda elevado, tende a afastar a “técnica e preço” do critério lastreado 100% na técnica (que, aliás, na prática, raramente é adotado), conferindo à Administração maior margem para estabelecer a proporção entre a pontuação da técnica e do preço, o que se mostra apropriado, já que é ao órgão promotor do certame que compete levar em consideração as peculiaridades do caso concreto, tal como natureza e magnitude do objeto, e, sopesando as diversas variáveis incidentes, optar pela solução que melhor atenda ao interesse público envolvido.

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:

[...]

IV - solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

Ao prever a possibilidade de o edital exigir “carta de solidariedade emitida pelo fabricante”, o dispositivo coloca-se em rota de colisão com reiterada jurisprudência dos Tribunais de Contas, consolidada, no caso da Corte de Contas Paulista, na Súmula nº 15, segundo a qual “*é vedada exigência de qualquer documento que configure compromisso de terceiro alheio à disputa*”, eis que tal prática guarda grande potencial restritivo à ampla participação.

Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes:

[...]

§ 2º A Administração é dispensada da elaboração de projeto básico nos casos de contratação integrada, hipótese em que deverá ser elaborado anteprojeto de acordo com metodologia definida em ato do órgão competente, observados os requisitos estabelecidos no [inciso XXIV do art. 6º desta Lei](#).

O § 2º do dispositivo em comento dispensa a Administração da elaboração de projeto básico, em complemento ao art. 6º, XXXII, que, ao definir “contratação integrada”, deixa claro que, além da execução, também a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo ficam a cargo do contratado.

Mais uma herança do RDC (art. 9º, § 1º, da Lei nº 12.462/2011) , tal solução é passível de crítica, pois, ao se afastar do disposto no art. 7º, § 2º, I, da Lei nº 8.666/1993, deixa de privilegiar um dos principais instrumentos de gestão pública, qual seja, o planejamento, de modo que o projeto não mais será elaborado de forma independente da construção, não mais cabendo à Administração, nessa hipótese, definir exatamente o que pretende contratar, deixando tal tarefa, de certo modo, a cargo dos licitantes.

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

I - jurídica;

II - técnica;

III - fiscal, social e trabalhista;

IV - econômico-financeira.

O novo diploma praticamente mantém as formas de habilitação já previstas na Lei nº 8.666/93, introduzindo, todavia, ao lado da habilitação fiscal e trabalhista, a social, cujos requisitos seguem arrolados no art. 68, abandonando, assim, a opção adotada no Projeto de Lei, que desdobrava a habilitação técnica em profissional e operacional (muito embora o art. 67 continue fazendo essa distinção: “A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a: [...]”).

Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

[...]

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

III - serão exigidos os documentos relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado;

[...]

§ 2º Quando a avaliação prévia do local de execução for imprescindível para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, o edital de licitação poderá prever, sob pena de inabilitação, a necessidade de o licitante atestar que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço, assegurado a ele o direito de realização de vistoria prévia.

§ 3º Para os fins previstos no § 2º deste artigo, o edital de licitação sempre deverá prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico do licitante acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da contratação.

§ 4º Para os fins previstos no § 2º deste artigo, se os licitantes optarem por realizar vistoria prévia, a Administração deverá disponibilizar data e horário diferentes para os eventuais interessados.

O inciso II do art. 63 deixa claro, uma vez mais, que a opção do legislador foi tornar regra geral a inversão de fases, com o julgamento antecedendo a habilitação, ressaltando, todavia, a possibilidade de o inverso também ocorrer.

Consta, contudo, no inciso seguinte, que, especificamente no tocante à regularidade fiscal, os documentos serão sempre exigidos somente em momento posterior ao julgamento, e apenas do licitante mais bem classificado.

Os §§ 2º a 4º, por seu turno, tratam de tema que já ensejou diversos debates na doutrina e jurisprudência dos Tribunais de Contas, qual seja, a vistoria prévia. Muito já se discutiu se tal exigência é uma prerrogativa da Administração para assegurar a boa execução do ajuste ou se é apenas um direito do licitante, que, portanto, poderia ou não dele se valer.

A leitura menos atenta do § 2º pode levar a crer que a opção do legislador teria sido conferir à Administração a possibilidade de exigir tal procedimento para participação no certame, ante a existência da expressão “*sob pena de inabilitação*”.

A parte final desse mesmo parágrafo, todavia, deixa claro que tal prerrogativa dá-se no tocante à necessidade de o licitante “*atestar que conhece o local*”. Essa ressalva, aliada ao teor do § 3º, que estabelece que o edital sempre deverá prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração assinada pelo responsável técnico do licitante, permite concluir que a vistoria prévia pode ser assegurada aos interessados em participar da disputa, mas não configura *conditio sine qua non* para habilitação, podendo ser suprida por declaração formal de conhecimento do local de execução do contrato, devendo, ainda, quando posta à disposição dos interessados, ser disponibilizada em datas e horários diversos.

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

[...]

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

§ 2º Observado o disposto no caput e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.

O artigo em comento rompeu com a anteriormente censurada opção que constava do Projeto de Lei, por meio da qual se exigia, para fins de habilitação profissional, comprovação de que a licitante realizou “em um único contrato” objeto com características equivalentes ao que a Administração pretende contratar, o que se mostrava solução temerária e potencialmente restritiva.

De sua parte, o novo diploma admite a exigência de atestados com quantidades mínimas, elegendo como referência o índice de até 50% (cinquenta por cento).

O texto remete, num primeiro momento, ao teor da Súmula 23 do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo⁵, que considera razoáveis, para fins de qualificação operacional, quantitativos mínimos justamente em torno de 50% a 60% da execução pretendida.

O teor da norma, todavia, não é exatamente nesse sentido. Apesar de não deixar claro se está a se referir à qualificação técnica operacional ou profissional, admite exigência de atestados com quantidades de até 50% das parcelas de maior relevância, que são as abordadas no referenciado § 1º. Desse modo, é provável que o novo diploma torne as licitações menos restritivas no tocante ao aspecto em comento, já que os atestados a serem exigidos não poderão reclamar quantitativos mínimos superiores a 50% das parcelas de maior relevância (e não de toda a execução pretendida).

Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

[...]

III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

Restaram praticamente reproduzidos os termos da Lei nº 8.666/1993 no que toca às habilitações fiscal e trabalhista, tendo sido, portanto, desprezada a elogiável solução proposta no Projeto de Lei, ao prever que a Administração poderia indicar no edital a relação dos tributos dos quais se deve fazer prova de quitação como condição para participar no certame, o que permitia a conclusão de que a comprovação de regularidade fiscal não incidiria indiscriminadamente sobre todo e qualquer tributo, devendo ater-se àqueles relacionados ao objeto. O novo diploma, todavia, silenciou sobre o assunto.

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações

⁵ **SÚMULA Nº 24** - Em procedimento licitatório, é possível a exigência de comprovação da qualificação operacional, nos termos do inciso II, do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/93, a ser realizada mediante apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, admitindo-se a imposição de quantitativos mínimos de prova de execução de serviços similares, desde que em quantidades razoáveis, assim consideradas 50% a 60% da execução pretendida, ou outro percentual que venha devida e tecnicamente justificado.

decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

[...]

O dispositivo que trata da habilitação econômico-financeira abandonou por completo a ideia inicial veiculada no Projeto de Lei, por meio da qual se autorizava apresentação de mera declaração assinada por contador, atestando que o licitante atendia aos índices econômicos exigidos no edital.

A simplificação da habilitação econômico-financeira ainda ia além, pois não mais previa as exigências de balanços patrimoniais e demonstrações contábeis, certidões negativas de falência ou concordata, garantia para participar na licitação e capital ou patrimônio líquido mínimo.

Andou bem o legislador ao não flexibilizar tão radicalmente as exigências de qualificação econômico-financeira, solução que se mostrava temerária, na medida em que poderia acarretar ajustes com empresas inaptas a honrar seus compromissos.

De outro lado, deixou-se de exigir, no presente artigo, garantia para participar no certame, requisito presente no equivalente art. 31, III, da Lei nº 8.666/1993. Não obstante, tal exigência encontra-se prevista no art. 58, a título de “*requisito de pré-habilitação*”, mantido o antigo limite de até 1% do valor estimado para a contratação.

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

[...]

IV - para contratação que tenha por objeto:

[...]

e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;

O artigo 75 prevê as hipóteses de dispensa de licitação, e, em seus dois primeiros incisos, majora consideravelmente os valores-limite para contratação direta: os R\$ 15 mil (para obras e serviços de engenharia) e R\$ 8 mil (para compras e outros serviços) inicialmente previstos na Lei nº 8.666/1993, atualizados nos termos do Decreto nº 9.412, de 18 de junho de 2018, para R\$ 33 mil e R\$ 17,6 mil, foram elevados para, respectivamente, R\$ 100 mil e R\$ 50 mil, crescendo-se, ainda, no primeiro caso, não se sabe bem ao certo porque (lobby dos mecânicos, talvez?), os *“serviços de manutenção de veículos automotores”*.

Dentre outras inovações, o dispositivo em referência institui nova hipótese de dispensa de licitação, voltada para contratação de *“hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes”*, previsão essa que, conforme dito quando do exame do Projeto de Lei, poderá ensejar dúvidas quanto a quais gêneros perecíveis será aplicável (todos?), bem como acerca do que vem a ser *“período necessário”* para a realização do novo certame (1 mês? 2 meses? 1 trimestre? 1 semestre? 1 ano?...).

Art. 84. O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

Parágrafo único. O contrato decorrente da ata de registro de preços terá sua vigência estabelecida em conformidade com as disposições nela contidas.

A previsão sob enfoque estende o período de prorrogação das atas de registro de preço, ao permitir vigência de 1 (um) ano prorrogável por igual período, dilatando o prazo previsto no artigo 15, § 3º, III, da Lei nº 8.666/1993, que admite validade do registro não superior a um ano.

Curiosa é a modificação implementada em relação ao texto do Projeto de Lei, que, apesar de conter redação quase idêntica, falava em "*contratos decorrentes da ata*", no plural, ao passo que a redação que prevaleceu, ao se referir a "*contrato decorrente da ata*", no singular, dá ensejo à estranha impressão de que de uma ata de registo de preços poderia decorrer somente um único ajuste.

De outro lado, o parágrafo único dirime certa celeuma doutrinária e jurisprudencial até então existente, no tocante à vigência dos ajustes decorrentes de atas de registo de preços: seriam eles adstritos à vigência da ata, ou seguiriam as prescrições da lei no que toca à duração dos contratos?

O texto do novo diploma deixa essa limitação a cargo da Administração, ao prever que ata disporá sobre tal aspecto.

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

[...]

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Disposição já destacada quando da análise do Projeto de Lei, pode-se dizer que a ressalva contida no § 2º passa a autorizar contrato verbal com a Administração, no caso de pequenas compras ou serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10 mil, o que a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 60, parágrafo único, só admite quando feitas tais despesas em regime de adiantamento, aspecto sobre o qual o novo regramento silenciou.

Art. 106. A Administração poderá celebrar contratos com prazo de até 5 (cinco) anos nas hipóteses de serviços e fornecimentos contínuos, observadas as seguintes diretrizes:

A possibilidade de celebrar ajustes com prazo superior a 1 (um) ano já figurava no Projeto de Lei, valendo registrar aqui o que foi dito quando da análise daquele texto, no sentido de que, diferentemente da Lei nº 8.666/1993 (que estabelece que a duração dos contratos fica adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, autorizando, tão somente, prorrogação, limitada a sessenta meses, no caso daqueles a serem executados de forma contínua), o dispositivo sob análise autoriza que a duração de contratos de serviços e fornecimentos contínuos seja inicialmente dimensionada pelo prazo de 5 (cinco) anos, o que, para alguns, estaria a conflitar com a regra de Direito Financeiro insculpida no art. 167, II, da Constituição Federal⁶.

Art. 109. A Administração poderá estabelecer a vigência por prazo indeterminado nos contratos em que seja usuária de serviço público oferecido em regime de monopólio, desde que comprovada, a cada exercício financeiro, a existência de créditos orçamentários vinculados à contratação.

Inova o artigo 109 ao permitir que a Administração, no caso de ajustes em que seja usuária de serviço público em regime de monopólio, estabeleça vigência contratual por prazo indeterminado, alterando notória e sedimentada regra da Lei nº 8.666/1993, que, em seu artigo 57, § 3º, veda contrato com prazo de vigência indeterminado.

Art. 135. Os preços dos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra serão repactuados para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mediante demonstração analítica da variação dos custos contratuais, com data vinculada:

- I - à da apresentação da proposta, para custos decorrentes do mercado;**
- II - ao acordo, à convenção coletiva ou ao dissídio coletivo ao qual a proposta esteja vinculada, para os custos de mão de obra.**

⁶ Art. 167. São vedados:

[...]

II - a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos orçamentários ou adicionais.

O texto do art. 135 passa a prever, dentre as hipóteses ensejadoras de reequilíbrio econômico-financeiro, os custos decorrentes de convenção coletiva de trabalho, causa reiteradamente rechaçada pela jurisprudência dos Tribunais de Contas para tal fim.

Art. 145. Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços.

§ 1º A antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

O § 1º do dispositivo sob enfoque admite *"antecipação de pagamento"*, prática que, numa análise preliminar, parece colidir com outra regra fundamental de Direito Financeiro, prevista no art. 62 da Lei nº 4.320/1964, que só autoriza o pagamento da despesa quando ordenado após sua regular liquidação.

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.

[...]

§ 2º A sanção prevista no inciso I do caput deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no [inciso I do caput do art. 155 desta Lei](#), quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.

§ 3º A sanção prevista no inciso II do caput deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no [art. 155 desta Lei](#).

§ 4º A sanção prevista no inciso III do caput deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos [incisos II, III, IV, V, VI e VII do caput do art. 155 desta Lei](#), quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito

da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

§ 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.

O dispositivo em destaque assemelha-se ao art. 87 da Lei nº 8.666/1993, porém, com nuance bastante interessante, que, logo de início, merece destaque. Diferente da redação adotada na antiga norma, que estabelece, no caso de inexecução contratual, possibilidade de a Administração aplicar sanções ao contratado, o novo diploma dispõe que tais penalidades serão aplicadas ao responsável.

Essa mudança se deve, muito provavelmente, ao fato de que, na conformidade do art. 155, além do contratado, também o licitante poderá ser responsabilizado administrativamente, ampliando-se, com isso, o universo dos que se sujeitam às sanções sob enfoque, seja por práticas posteriores à assinatura do ajuste ou ainda na fase da licitação, numa elogiável iniciativa que confere maior rigor ao procedimento, voltada a extirpar dos certames públicos meros aventureiros.

As prescrições contidas nos §§ 2º a 5º também representam louvável aprimoramento em relação à disciplina prevista na Lei nº 8.666/1993, eis que buscam indicar qual a sanção cabível para cada uma das infrações previstas nos doze incisos do art. 155.

A ausência de tal correlação configura falha grave no texto da Lei nº 8.666/1993, porque, embora estabeleça sanções, não observa preceito basilar do Direito Penal, segundo o qual não há crime sem lei anterior que o defina; *mutatis mutandis*, a norma só poderia fixar pena, ainda que administrativa, caso previsse especificamente a conduta que lhe é ensejadora, desacerto que o novo estatuto cuidou de reparar.

Tal medida não se restringe ao aspecto teórico, mas traz relevantes consequências de ordem prática, pois tende a evitar que uma mesmíssima conduta possa ensejar penas absolutamente distintas, posto que aplicadas no âmbito de diferentes Administrações.

Essa falta de delimitação possibilitava, por exemplo, que um atraso na entrega do bem licitado ensejasse, numa dada Administração, advertência, enquanto noutra, impedimento, e, numa terceira, quiçá, declaração de inidoneidade. Tal desproporção na dosimetria da pena revelava ser a norma por demais aberta, acabando por relegar aos regulamentos infralegais delimitação que cabia ao legislador fixar, ocorrência que, com o novo diploma tende a, se não desaparecer, ao menos diminuir.

Outra aparente boa intenção que merece destaque foi a tentativa de solucionar antiga controvérsia doutrinária, acerca do alcance das penas de impedimento e declaração de inidoneidade: a primeira, segundo o § 4º, *"impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo que tiver aplicado a sanção"*, ao passo que a segunda, a teor do § 5º, *"impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos"*.

Resta clara a finalidade de, no caso do impedimento, restringir os efeitos da sanção ao universo do ente federativo do órgão sancionador. Desse modo, por exemplo, a pena de impedimento aplicada pela Secretaria de Estado da Saúde impossibilita que a empresa sancionada participe de licitação ou seja contratada por qualquer outra Secretaria de Estado, bem assim autarquias e fundações daquele específico ente federativo.

Entretanto, o novo texto restringe a sanção aos órgãos da Administração Pública direta e indireta, o que, à luz da opção feita pelo próprio legislador no art. 1º, *caput* e inciso I, conduz à conclusão de que seus efeitos não se estendem a órgãos não pertencentes ao Poder Executivo, ainda que do mesmo ente federativo. Desse modo, no exemplo acima, o impedimento aplicado pela Secretaria de Estado da Saúde não impediria que a empresa apenas participasse de licitação ou fosse contratada por órgãos dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou pelo Tribunal de Contas e Ministério Público, ainda que do mesmo Estado.

Tal restrição causa ainda mais estranheza no que concerne à declaração de inidoneidade. Não obstante a cristalina intenção de estender seus efeitos a todos os órgãos de todos os entes federativos, conferindo-lhe, portanto, abrangência geral e nacional, o § 5º também utiliza a expressão “no âmbito da Administração Pública direta e indireta”, o que, pelas mesmas razões acima expostas, significa que, também neste caso, a redação adotada não estende os efeitos da pena para órgãos que não compõem a Administração Pública direta e indireta, o que torna o dispositivo bastante inconsistente, afinal, não se pode ser inidôneo perante um órgão ou Poder e não sê-lo perante outros. Se essa era a intenção não se sabe, mas esse é o teor do que acabou constando no texto da norma, que, aliás, criou de maneira surpreendente essa desconfortável reserva, já que a mesma não existe na Lei nº 8.666/1993, tampouco constava do Projeto de Lei. Tudo leva a crer que, ante a inconcebível restrição de efeitos verificada, caberá aos intérpretes dar o sentido adequado à presente disposição.

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.

Iniciativa tendente a moralizar os procedimentos licitatórios, o artigo sob enfoque passa a estender todos os efeitos das sanções às pessoas físicas que administram a pessoa jurídica apenas, bem assim às pessoas jurídicas sucessoras ou que tenham sócios comuns com a empresa punida.

Disso decorre que a nova lei houve por bem prestigiar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, já que estende aos dirigentes a responsabilização atribuída a suas empresas, de modo que não mais poderão se valer de outra empresa que possuam, ou até mesmo criar uma nova, para contratar com o poder público, vez que também restarão alcançadas pela sanção.

Art. 161. Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos deverão, no prazo máximo 15 (quinze) dias úteis, contado da data de aplicação da sanção, informar e manter atualizados os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal.

Estabelece que todos os órgãos integrantes da Administração Pública devem informar as sanções aplicadas ao “Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas” (CEIS) e ao “Cadastro Nacional de Empresas Punidas” (CNEP), ambos instituídos no âmbito do Executivo federal, o que certamente permitirá que empresas apenadas sejam mais facilmente detectadas pelas Administrações contratantes, ainda que a ocorrência de punição não seja declarada pela licitante.

Art. 169. As contratações públicas deverão submeter-se a práticas contínuas e permanentes de gestão de riscos e de controle preventivo, inclusive mediante adoção de recursos de tecnologia da informação, e, além de estar subordinadas ao controle social, sujeitar-se-ão às seguintes linhas de defesa:

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.

[...]

§ 3º Os integrantes das linhas de defesa a que se referem os incisos I, II e III do caput deste artigo observarão o seguinte:

I - quando constatarem simples impropriedade formal, adotarão medidas para o seu saneamento e para a mitigação de riscos de sua nova ocorrência, preferencialmente com o aperfeiçoamento dos controles preventivos e com a capacitação dos agentes públicos responsáveis;

II - quando constatarem irregularidade que configure dano à Administração, sem prejuízo das medidas previstas no inciso I deste § 3º, adotarão as providências necessárias para a apuração das infrações administrativas, observadas a segregação de funções e a necessidade de individualização das condutas, bem

como remeterão ao Ministério Público competente cópias dos documentos cabíveis para a apuração dos ilícitos de sua competência.

Diferentemente do que previa o Projeto de Lei, que em seu art. 150 repetia o exato teor do atual art. 113 da Lei nº 8.666/93, o presente artigo dá novo enfoque à sistemática de controle e, de certa forma, desprestigia a figura dos Tribunais de Contas⁷. Ao suprimir a notória previsão de que *“O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente”*, o novo diploma transparece sensação de mitigação da proeminência desse importante órgão de fiscalização.

Obviamente, a nova disposição legal não diminui ou cerceia as competências constitucionais dos Tribunais de Contas, mas essa impressão, de atenuação na relevância de suas atividades controladoras, é acentuada pela estrutura eleita pelo legislador, ao sujeitar as contratações públicas à uma espécie de tríade de linhas de defesa, onde a primeira é integrada por servidores públicos e autoridades que compõem a estrutura de governança do órgão; a segunda pela unidade de assessoramento jurídico e de controle interno do órgão; e a terceira pelo órgão central de controle interno da Administração ao lado do (em último lugar) “tribunal de contas”, podendo, aos olhos dos incautos, ficar a impressão de que seria necessário exaurir as duas primeiras linhas para que pudessem atuar as Cortes de Contas.

Já o § 3º traz disposições que, ao colocar na mesma estatura as três linhas de defesa acima citadas, dentre elas o Tribunal de Contas, impõe-lhes idênticas obrigações quando do exercício da atividade controladora, como, por exemplo, adotar medidas de capacitação dos agentes públicos responsáveis, bem assim providenciar a remessa de cópias dos documentos cabíveis ao Ministério Público, para apuração de ilícitos de sua competência.

⁷ Curiosamente, aliás, o desprestígio começa pela no mínimo bizarra opção do legislador de, em todas as passagens do novo texto, referir-se ao Tribunal de Contas utilizando iniciais minúsculas (“tribunal de contas”), conforme se vê nos artigos 141, §1º; 169, III; 170, § 4º; 171, § 1º; 173, *caput*. Tal escolha não soaria tão estranha se não divergisse da forma adotada para todos os demais órgãos mencionados, como “Ministério Público”, “Defensoria Pública”, “Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas”, “Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração”, “Ministério da Saúde”, “Ministério da Economia”, “Forças Armadas”, etc., sempre com maiúsculas. Vale registrar que a opção verificada destoa do formato sempre acolhido nos demais diplomas normativos, como se vê na própria Lei nº 8.666/1993, na Lei nº 4.320/1964, na Lei Complementar nº 101/2000 e, especialmente, na Constituição Federal.

É sabido que as Cortes de Contas há muito promovem intensa atividade pedagógica perante seus jurisdicionados, sobretudo daqueles que integram as duas primeiras linhas; da mesma forma, a comunicação de ocorrências aos órgãos do Ministério Público decorre do dever de ofício, tanto dos membros do Tribunal de Contas como dos membros do Ministério Público que perante ele oficiam, revelando-se, no mínimo, retórica a disposição.

Em verdade, afigura-se temerária essa equalização entre órgão de controle externo, interno e autoridades que possuem poder de decisão no tocante ao certame, tomando-os como igualmente competentes e responsáveis pela atividade de fiscalização, já que não parece muito provável que quem possa eventualmente ser responsabilizado por falha ou ilegalidade atuará em desfavor de si próprio.

Art. 170. Os órgãos de controle adotarão, na fiscalização dos atos previstos nesta Lei, critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco e considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis e os resultados obtidos com a contratação, observado o disposto no [§ 3º do art. 169 desta Lei](#).

§ 1º As razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis deverão ser encaminhadas aos órgãos de controle até a conclusão da fase de instrução do processo e não poderão ser desentranhadas dos autos.

§ 2º A omissão na prestação das informações não impedirá as deliberações dos órgãos de controle nem retardará a aplicação de qualquer de seus prazos de tramitação e de deliberação.

§ 3º Os órgãos de controle desconsiderarão os documentos impertinentes, meramente protelatórios ou de nenhum interesse para o esclarecimento dos fatos.

O artigo 170 é mais uma passagem que deixa a impressão de refreamento no exercício da fiscalização, ao estabelecer, genericamente (portanto, comando voltado indistintamente ao controle interno e ao Tribunal de Contas), que os órgãos fiscalizadores deverão adotar "*critérios de oportunidade, materialidade, relevância e risco*", bem como "*considerarão as razões apresentadas pelos órgãos e entidades responsáveis*".

Além de, de certo modo, desfigurar a principal atividade do controle interno, que é prestar auxílio e comunicar irregularidades ao controle externo (art. 74,

§ 1º, da Constituição Federal), a nova norma incide em possível invasão de competência no que concerne à forma de os Tribunais de Contas se auto organizarem, inclusive no que toca a seus procedimentos próprios de fiscalização, prerrogativa decorrente do art. 96 da Constituição Federal, a eles aplicável por expressa previsão contida no art. 73 da mesma Carta.

O dispositivo sob análise exige, também, que sejam consideradas as razões de defesa, o que, obviamente, é prática há muito adotada, especialmente em virtude dos princípios constitucionais regedores das relações processuais, sejam elas judiciais ou administrativas (art. 5º, LV, da Constituição Federal), em observância, sobretudo, aos indisponíveis contraditório e ampla defesa, direitos resguardados nas Leis Orgânicas e Regimentos Internos das Cortes de Contas.

Verifica-se, ainda, obscuro comando para que os órgãos de controle levem em consideração os *“resultados obtidos com a contratação”*. Seria a institucionalização da tese de que *“os fins justificam os meios”*?

Os §§ 1º a 3º, dando continuidade à supramencionada invasão de competências no que concerne às atividades das Cortes de Contas, causam a sensação de que quem os redigiu desconhece profundamente a estrutura e atuação desses órgãos de controle externo. Referidos dispositivos determinam práticas e medidas adstritas exclusivamente à processualística interna dos Tribunais, que, conforme antes dito, encontram-se dispostas em suas respectivas Leis Orgânicas e Regimentos Internos.

O § 1º, por exemplo, chega ao ponto de determinar, incondicionalmente, que as razões de defesa “não poderão ser desentranhadas dos autos”, desafiando competências dos Ministros e Conselheiros no que tange à condução da instrução processual, retirando-lhes a possibilidade de avaliar, no caso concreto e à luz das normas processuais incidentes, se determinada intervenção deve ou não ser mantida nos autos, o que por vezes se mostra absolutamente inconveniente, como, por exemplo, quando intempestiva, reiteradamente protelatória, ou até mesmo, equivocadamente intentada pelo interessado, dentre outras hipóteses que possam recomendar sua extração.

**Art. 171. Na fiscalização de controle será observado o seguinte:
[...]**

§ 1º Ao suspender cautelarmente o processo licitatório, o tribunal de contas deverá pronunciar-se definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à suspensão no prazo de 25 (vinte e cinco) dias úteis, contado da data do recebimento das informações a que se refere o § 2º deste artigo, prorrogável por igual período uma única vez, e definirá objetivamente:

I - as causas da ordem de suspensão;

II - o modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência.

§ 2º Ao ser intimado da ordem de suspensão do processo licitatório, o órgão ou entidade deverá, no prazo de 10 (dez) dias úteis, admitida a prorrogação:

I - informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão;

II - prestar todas as informações cabíveis;

III - proceder à apuração de responsabilidade, se for o caso.

§ 3º A decisão que examinar o mérito da medida cautelar a que se refere o § 1º deste artigo deverá definir as medidas necessárias e adequadas, em face das alternativas possíveis, para o saneamento do processo licitatório, ou determinar a sua anulação.

[...]

De forma bastante tímida, o § 1º, parecendo até mesmo contrariado, mantém a possibilidade de suspensão cautelar do processo licitatório pelo “tribunal de contas”, restando suprimida a antiga redação, que havia sido mantida no Projeto de Lei e ainda se faz presente na Lei nº 8.666/1993 (art. 113, § 2º), no sentido de que *“Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas”*.

O novo diploma não só eliminou o texto acima transcrito, como impôs novas regras para o exercício da suspensão cautelar de licitações: as Cortes de Contas, doravante, terão prazo de até 25 dias úteis para se pronunciar definitivamente sobre o mérito da irregularidade que tenha dado causa à paralisação do certame, período esse prorrogável por uma única vez.

Não se sabe se há histórico nesse sentido, mas tudo leva a crer que a restrição agora imposta deve ter sido motivada por delongas exacerbadas na apreciação da matéria, o que, certamente, prejudica a Administração e o próprio interesse público envolvido; de qualquer modo, a inovação não deverá trazer grandes implicações no âmbito dos Tribunais que já tratam a matéria com a devida celeridade, afinal, há de se convir que 25 dias úteis, prorrogáveis por igual período, parece ser prazo bastante razoável para o fim a que se destina.

Mas as novas obrigações não param por aí: além do prazo limite para manifestação conclusiva, as Cortes de Contas, ao suspender uma licitação, deverão definir “as causas da ordem de suspensão” e o “modo como será garantido o atendimento do interesse público obstado pela suspensão da licitação, no caso de objetos essenciais ou de contratação por emergência”.

A primeira exigência é mais do que plausível, afinal, não se espera que uma suspensão cautelar venha desacompanhada da evidenciação das causas que a motivam, tanto é assim que, até onde se sabe, trata-se de medida que já vinha sendo invariavelmente adotada.

É no tocante à segunda imposição, todavia, que parece haver maior repercussão.

Determinar que o Tribunal de Contas, ao suspender cautelarmente um certame, indique, “*objetivamente*”, o modo como será garantido o atendimento do interesse público eventualmente obstado pela suspensão da licitação é algo que transcende as atribuições constitucionais do referido órgão de controle.

Tal exigência distancia-se, inclusive, dos pressupostos básicos e suficientes para concessão da media liminar – *fumus boni iuris* e *periculum in mora* – afigurando-se com teor potencialmente inibidor dessa relevante ação preventiva que tantos prejuízos tem evitado ao longo de décadas.

Com isso, o texto sob análise acaba por instituir verdadeira inversão de atribuições, eis que impõe ao órgão de fiscalização – e não ao administrador público – a incumbência de identificar as providências administrativas necessárias ao atendimento de interesse público porventura embaraçado.

Dessa regra decorre, portanto, que não mais bastará ao Tribunal de Contas, mediante cotejo das representações que lhe chegam e respectivas justificativas apresentadas pelos órgãos públicos licitantes, analisadas à luz da legislação incidente e da jurisprudência especializada, identificar ilegalidades e, com vistas a preservar o erário de futura malversação, determinar as correções que se façam necessárias nos instrumentos convocatórios; deverá, daqui por diante, indicar ao próprio gestor que deu causa à ilegalidade a solução administrativa a ser implementada.

Já o § 2º, ao mencionar que, ao ser intimado da suspensão do certame, o órgão deverá *“no prazo de 10 dias úteis, admitida a prorrogação”* informar as medidas adotadas para cumprimento da decisão, interfere visceralmente na regulamentação processual afeta às Cortes de Contas, que já possuem regras próprias previstas em suas respectivas Leis Orgânicas e Regimentos Internos estabelecendo prazos e procedimentos específicos.

Não se pode olvidar, ademais, o juízo de oportunidade e conveniência do Julgador de Contas, que, no caso a caso, a depender da natureza do objeto, estrutura do órgão contratante, premência da contratação etc., pode fixar prazos menos ou mais exíguos para a apresentação de justificativas, justamente para que haja adequado enfrentamento da matéria e preservação do interesse público envolvido.

De outro lado, não bastasse o ônus agora imposto na fase de suspensão cautelar, o § 3º do dispositivo em exame complementa o pacote de encargos ao dispor que também a decisão de mérito a ser proferida pelo Tribunal de Contas deverá definir as medidas necessárias para o saneamento do edital. Trata-se, contudo, de praxe comumente adotada, até porque, no tocante ao tema, é praticamente inviável apontar o que está errado sem indicar o que seria correto.

Por todas essas razões, revela-se no mínimo preocupante a nova sistemática delineada no artigo em exame, sobretudo ante a incumbência prevista no inciso II do § 1º, dada a possível sobrecarga que acarretará ao controle externo, já que não mais lhe bastará fiscalizar, cabendo-lhe, também, indicar objetivamente o modo como o gestor público deverá agir para garantir atendimento do interesse público local.

Para além do desestímulo à atividade fiscalizatória prévia, o modelo desenhado dá azo à utilização do Tribunal de Contas como mecanismo de gestão pública indireta, como se órgão de assessoramento fosse, eis que bastará ser instado, mediante representação contra edital de licitação propositalmente eivado de irregularidade, para que se lhe imponha a obrigação de suspender o certame, indicar as soluções administrativas necessárias à preservação do interesse público durante o período de suspensão, bem como não só identificar as falhas e mandá-las corrigir, mas também definir as medidas adequadas a serem promovidas pela Administração para o saneamento do processo licitatório.

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

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

Antevendo as dúvidas e dificuldades que decorreriam das novas regras, o legislador previu um prazo de 2 (dois) anos (art. 193, II) para que operadores do Direito, administradores públicos, licitantes e demais usuários da norma possam se adaptar.

Não se trata, todavia, de *vacatio legis* (período entre a data da publicação de uma lei e o início de sua vigência), eis que o art. 194 dispôs que o novo diploma entra em vigor já na data de sua publicação, qual seja, 1º de abril de 2021.

De seu lado, o art. 193, II, estabelece a revogação total dos antigos diplomas somente após decorridos 2 (dois) anos a contar de referida data, interregno no qual coexistirão no ordenamento pátrio diferentes - e, por vezes, antagônicos - normativos regulamentando licitações e contratações públicas, algo, se não inédito, ao menos bizarro.

Significa dizer, ainda que seja possível, desde já, deflagrar certames e celebrar ajustes lastreados nas disposições da Lei nº 14.133/2021, os órgãos públicos poderão optar por continuar utilizando as Leis nº 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011 durante o próximo biênio, escolha que, ao que parece, ficará ao livre-arbítrio de cada Administração, vedada, tão somente, a aplicação combinada dos diferentes regimes.

3. CONCLUSÃO

Analisar um diploma recente, da magnitude de um estatuto concebido para ser a lei geral de licitações do país, não se revela tarefa simples.

Considerando que os grandes juristas certamente apresentarão trabalhos completos e judiciosos sobre o tema, o objetivo principal neste momento não é exaurir o assunto, tampouco expor considerações irretratáveis, mas tão somente externar um primeiro olhar sobre alguns dispositivos, muito mais lastreado na experiência prática do que nos conceitos acadêmicos, com vistas a propiciar àqueles que de alguma maneira lidam com licitações e contratações públicas uma abordagem que nem sempre se revela disponível, qual seja, a empírica, ainda que para meras reflexões iniciais acerca da nova disciplina.

Embora o exame ora apresentado possa parecer extenso, vale lembrar que recaiu, de forma superficial, sobre tão somente 31 dispositivos do novel diploma, que, no total, conta com 194 artigos, o que permite inferir que muitos estudos serão demandados.

A nova lei é densa e analítica, tornando praticamente inviável sua completa compreensão a partir de uma leitura única, daí porque é possível afirmar com razoável segurança que um dos principais argumentos para a deflagração do processo legislativo que lhe deu origem perdeu-se pelo caminho, já que “simplificação”, salvo raras exceções, não é característica que possa ser atribuída ao texto do recente estatuto e, conseqüentemente, ao regime que inaugura.

Também não detém o mérito de consolidar as normas de licitações e contratos administrativos num único diploma, eis que o novo estatuto revoga - e só após 2 (dois) anos - tão somente as Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011, ao passo que diversos regulamentos que versam sobre licitações e contratos administrativos permanecerão em vigor, como é o caso da Lei nº 8.987/1995 (“Lei das Concessões e Permissões”), Lei nº 11.079/2004 (“Lei das Parcerias Público-Privadas”), Lei nº 12.232/2010 (“Lei das Licitações para Serviços de Publicidade”) e Lei nº 12.598/2012 (“Lei das Compras e Contratações de Produtos e Sistemas de Defesa”), dentre outras.

De qualquer forma, fato é que o novo texto, na qualidade de norma geral, efetivamente disciplinará os futuros certames e contratações públicas, de modo que se espera que as considerações aqui lançadas - de índole eminentemente pessoal, é bom que se diga - revelem-se acertadas tão somente nos aspectos positivos destacados, e que seja efetivamente alcançado o tão almejado aperfeiçoamento desses relevantes instrumentos de atingimento do interesse público.

Sergio de Castro Junior é Assessor Técnico-Procurador e Chefe de Gabinete do Ministério Público de Contas do Estado de São Paulo.