

# LICITAÇÕES – A NOVA LEI - 15

*Ivan Barbosa Rigolin*

*(ago/21)*

## **Art. 162**

*Art. 162. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado a multa de mora, na forma prevista em edital ou em contrato.*

*Parágrafo único. A aplicação de multa de mora não impedirá que a Administração a converta em compensatória e promova a extinção unilateral do contrato com a aplicação cumulada de outras sanções previstas nesta Lei.*

Artigo cujo *caput* contém matéria já tratada nesta lei, em momento que informa que as multas podem ser aplicadas em face de quaisquer comportamentos infracionais pelo contratado, e parágrafo único desastroso, próprio de jejuno em direito e que degrada a legislação brasileira.

Se o edital, ou em melhor técnica o contrato, previr(em) multa ao contratado por atraso na execução a partir da ordem de execução, então se ele atrasar sofrerá a penalidade; se não previr(em), então inexistente multa e este artigo se torna absolutamente inservível.

Seria curial, em nome da honestidade de propósitos do ente público, que o contrato previsse alguma multa por atrasos pela entidade contratante, mas dificilmente o autor do edital se afetará com semelhante preocupação.

O parágrafo único é tético. Pretende dar ao ente contratante o direito de converter a multa, que é punitiva, em compensatória ou indenizatória, não se sabe do quê, e ainda de extinguir o contrato e aplicar cumulativamente as demais penas do art. 155.

Então, só até este ponto se o contratado atrasou um dia o ente pode lhe aplicar multa, extinguir o contrato e ainda aplicar mais alguma penalidade. Se Administração atrasar um mês o pagamento, nada lhe está cominado.

Qual é o nível cultural do autor desta abominação inominável, que inobstante isso foi aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República ?

Desde quando a autoridade administrativa converte a bel-prazer, a natureza de uma pena em outra natureza ? O que era punição pode então converter-se, a juízo da autoridade administrativa contratante, em indenização ? Se puder, será indenização de qual prejuízo?

E o contrato merecerá ser extinto, apenas por aquilo ? O ente contratante brinca desse modo com seu próprio interesse em obter o objeto contratado, do qual precisa muita vez urgentemente ?

Diante de um tão macabro panorama que a lei permite ocorrer recomenda-se *com máxima ênfase* ao ente licitador que jamais cogite atribuir efeito compensatório a multa por atraso do contratado, a qual, por sua vez, deve ser fixada *cum grano salis*, e antes de ser aplicada precisará a autoridade examinar com detença a justificativa do contratado, e lhe assegurar completo contraditório e ampla defesa.

Apenas com essas primárias cautelas se previne o desastre técnico, operacional e financeiro que este parágrafo único favorece. Não se advoga neste momento em favor de contratados desleixados e desinteressados de sua própria renomada – muitos dos quais efetivamente merecem penalidade -, mas jamais se pode consentir que o nível técnico da lei baixe a um nível tão subterrâneo.

**Art. 163**

*Art. 163. É admitida a reabilitação do licitante ou contratado perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, exigidos, cumulativamente:*

*I - reparação integral do dano causado à Administração Pública;*

*II - pagamento da multa;*

*III - transcurso do prazo mínimo de 1 (um) ano da aplicação da penalidade, no caso de impedimento de licitar e contratar, ou de 3 (três) anos da aplicação da penalidade, no caso de declaração de inidoneidade;*

*IV - cumprimento das condições de reabilitação definidas no ato punitivo;*

*V - análise jurídica prévia, com posicionamento conclusivo quanto ao cumprimento dos requisitos definidos neste artigo.*

*Parágrafo único. A sanção pelas infrações previstas nos incisos VIII e XII do **caput** do art. 155 desta Lei exigirá, como condição de reabilitação do licitante ou contratado, a implantação ou aperfeiçoamento de programa de integridade pelo responsável.*

Artigo também de *péssima qualidade*, outra vez mistura licitante com contratado, e generaliza previsões que cabem a um mas não cabem a outro: reabilitação de contratado e de licitante.

Começando pelo começo conforme aconselhava Conselheiro Acácio, o *caput* informa que será reabilitado, tanto um quanto outro, quando cumulativamente atenderem os *cinco requisitos* (!) que seguem. Deve ser mais fácil obter a cidadania norte-americana que essa reabilitação.

Os requisitos são (I) reparar o dano ao ente; (II) pagar multa; (III) decurso de prazos mínimos, de um até três anos, conforme a penalidade aplicada; (IV) cumprimento das condições anunciadas de reabilitação, e (V) análise jurídica favorável.

Licitação passa a ser um imenso risco para qualquer pessoa. O dispositivo dificilmente poderia ser pior, nem mais injusto.

Perguntas: um licitante causa dano ao erário ? Um contratado sim, mas um licitante ? Como isso pode ocorrer ?

Se um licitante não pode causar dano ao erário, como se justifica aplicar-se-lhe multa por isso ?

Um licitante merece pena de suspensão ou de declaração de inidoneidade ? Resposta: *sim*, se por exemplo apresentou documentação falsa no certame. Mas nesse caso, tratando-se de crime, não se há de falar em multa pela Administração, podendo-a existir tão só em processo criminal.

Um licitante para cumprir condições de reabilitação, sem nunca ter sido contratado, pode depender do resultado de uma ação criminal, porque não é no plano administrativo que se resolvem problemas como tais.

E por fim uma análise jurídica isenta para os casos de licitantes apenados haveria, em nosso entender, de denunciar o absurdo da lei na imensa maioria das situações – o que justificadamente não se espera de funcionário do ente.

Se ao invés de ser ainda um simples licitante o cidadão é contratado, então todas essas penalidades passam a fazer sentido, mas o que não se concebe é lançar o licitante no mesmo balaio do contratado, e muito menos fazer seguir o roteiro deste artigo com relação ao licitante – que se tudo isto for levado a cabo precisará contratar seguro para com alguma tranquilidade participar de um certame licitatório.

Este assustador artigo funciona como um poderosíssimo *repelente de licitantes*, um desestimulador de primeira grandeza a quem pretende contratar com o poder público.

O parágrafo único, por fim, para nós não faz nenhum sentido ao exigir cumprimento de programa de integridade pelo reabilitando. Lembra a seleção de *arianos puros* da Alemanha hitlerista,

algo como um filtro étnico por sobre o universo licitatório. Não tem comentário possível.

O de esperar é que o ente público simplesmente *não exerça* o poder que artigos como este lhe dão, em nome da decência humana.

#### **Art. 164**

### **CAPÍTULO II DAS IMPUGNAÇÕES, DOS PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO E DOS RECURSOS**

*Art. 164. Qualquer pessoa é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei ou para solicitar esclarecimento sobre os seus termos, devendo protocolar o pedido até 3 (três) dias úteis antes da data de abertura do certame.*

*Parágrafo único. A resposta à impugnação ou ao pedido de esclarecimento será divulgada em sítio eletrônico oficial no prazo de até 3 (três) dias úteis, limitado ao último dia útil anterior à data da abertura do certame.*

Artigo sucessor do § 1º do art. 41 da L 8666, é mis eficaz que aquele pois que assegura ao impugnante do edital, ou a quem pede esclarecimentos, a sua resposta, direito esse que inexistente na L 8666.

Qualquer cidadão, potencial licitante ou não, pode impugnar edital que contrarie esta lei – e apenas esta lei, pois que, se a impugnação for por contrariedade a outra lei, ainda que de tema correlato, então esta lei não assegura resposta ao impugnante.

O prazo é de até três dias úteis anteriores à abertura do certame, seja qual for e pelo modo que for. Perdendo esse prazo, o autor do pedido perde direito a resposta. A resposta deve ser publicada no site do ente em até três dias úteis, limitado ao último dia anterior à abertura. Ou seja: se o pedido entrou no terceiro dia útil anterior

à abertura, a resposta deve ser publicada no último dia útil anterior à abertura, reduzindo-se desse modo o prazo do ente para publicá-la.

O mesmo se diga de pedido de informações quanto a prazo, porém nesse caso é largo o espectro das informações solicitáveis, e mesmo se o pedido for indeferido por absolutamente impertinente ao certame – por exemplo pedir-se numa licitação informação sobre outra licitação -, a negativa fundamentada de resposta deve ser publicada.

O ganho do direito à resposta foi efetivo e importante para o cidadão, licitante ou não.

### **Art. 165**

*Art. 165. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:*

*I - recurso, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação ou de lavratura da ata, em face de:*

*a) ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessado ou de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento;*

*b) julgamento das propostas;*

*c) ato de habilitação ou inabilitação de licitante;*

*d) anulação ou revogação da licitação;*

*e) extinção do contrato, quando determinada por ato unilateral e escrito da Administração;*

*II - pedido de reconsideração, no prazo de 3 (três) dias úteis, contado da data de intimação, relativamente a ato do qual não caiba recurso hierárquico.*

*§ 1º Quanto ao recurso apresentado em virtude do disposto nas alíneas “b” e “c” do inciso I do **caput** deste artigo, serão observadas as seguintes disposições:*

*I - a intenção de recorrer deverá ser manifestada imediatamente, sob pena de preclusão, e o prazo para apresentação das razões recursais previsto no inciso I do **caput** deste artigo será iniciado na data de*

*intimação ou de lavratura da ata de habilitação ou inabilitação ou, na hipótese de adoção da inversão de fases prevista no § 1º do art. 17 desta Lei, da ata de julgamento;*

*II - a apreciação dar-se-á em fase única.*

*§ 2º O recurso de que trata o inciso I do caput deste artigo será dirigido à autoridade que tiver editado o ato ou proferido a decisão recorrida, que, se não reconsiderar o ato ou a decisão no prazo de 3 (três) dias úteis, encaminhará o recurso com a sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis, contado do recebimento dos autos.*

*§ 3º O acolhimento do recurso implicará invalidação apenas de ato insuscetível de aproveitamento.*

*§ 4º O prazo para apresentação de contrarrazões será o mesmo do recurso e terá início na data de intimação pessoal ou de divulgação da interposição do recurso.*

*§ 5º Será assegurado ao licitante vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses.*

Artigo que sucede o art. 109 da L 8666, contém os recursos cabíveis em licitações, em matéria contratual e em cadastramento, e o pedido de reconsideração, e dispõe sobre sua tramitação.

Cabe recurso hierárquico (inc. I, als. *a a e*), em até três dias úteis da intimação do ato ou da lavratura da ata, dos atos de (al. a) deferimento ou indeferimento de pedido de pré-qualificação, ou de cadastramento; (b) julgamento das propostas; (c) habilitação ou inabilitação do licitante; (d) anulação ou revogação do certame, e (e) extinção unilateral do contrato pelo ente contratante.

Os quatro primeiros são de titularidade exclusiva do licitante, e o quinto é de alçada do contratado que teve seu contrato extinto. Ninguém mais é parte legítima para recorrer.

Quanto aos recursos do julgamento das propostas e da habilitação ou inabilitação (cf. § 1º) o interessado precisará manifestar

sua intenção de recorrer tão logo seja oficializado o ato de que pretende recorrer, mas isto ainda não é o recurso e apenas uma pré-condição, que se não for exercitada excluirá o interessado do direito a recorrer.

O recurso, após a intenção ter sido manifestada tempestivamente – imediatamente, diz a lei - deverá ser apresentado naquele prazo de três dias úteis (da lavratura da ata ou da intimação do ato, em caso de o licitante estar presente à sessão), e esse é que será julgado pela autoridade.

Existe portanto o recurso do julgamento das propostas, a seguir toda essa disciplina, e o recurso da habilitação ou inabilitação, que também deverá segui-la. São dois portanto os momentos de recurso, e a cada fase (propostas e habilitação) caberá um, observada a ordem em que essas fases acontecem no respectivo certame. Se o legislador, inspirado no pregão, tentou abreviar este roteiro, não o conseguiu.

Se inexistir habilitação obviamente caberá recurso apenas do julgamento das propostas, e todos os julgamentos se darão *em fase única*, reza a lei, o que significa uma só vez, sem ‘duplo grau de jurisdição’.

O inc. II consigna o direito do licitante de pedir reconsideração, sempre que o ato com o qual não se conforma dentro da licitação não ensejar a propositura de recurso. Exemplo: o processo foi encaminhado para setor incompetente, o que atrasa o certame e prejudica a todos os participantes. Somente resta aos interessados pedir reconsideração.

Os §§ 2º a 5º disciplinam o processamento do recurso. O § 2º, ligeiramente diferente do direito anterior, informa que o recurso será endereçado à autoridade autora do ato de que se recorre, que ou reconsidera sua decisão em até três dias úteis ou encaminha o processo,

com sua manifestação, à autoridade superior, a qual deverá decidir em até dez dias úteis do recebimento dos autos.

Pelo § 3º o errado não prejudica o certo, de modo que se aproveitam todos os atos do processo que não estejam viciados de irregularidade, e assim deverá fazer observar a autoridade e não anular o que não é objeto de inconformismo.

Uma vez apresentado o recurso (§ 4º), os demais interessados poderão contrarrazoá-lo em até três dias úteis, contados da intimação pessoal ou da divulgação oficial da interposição do recurso.

O § 5º assegura aos participantes *vista dos elementos indispensáveis à defesa de seus interesses*, assim reza a lei, porém é interessante franquear-lhes vista de todo o processo, sem nenhuma sonegação - porque quem tem medo de transparência não é honesto de propósito - ou se estará atribuindo à autoridade o juízo do que é e do que não é indispensável aos interessados em contra-arrazoar recursos, o que não é regular nem recomendável sob nenhum aspecto.

### **Art. 166**

*Art. 166. Da aplicação das sanções previstas nos incisos I, II e III do **caput** do art. 156 desta Lei caberá recurso no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.*

*Parágrafo único. O recurso de que trata o **caput** deste artigo será dirigido à autoridade que tiver proferido a decisão recorrida, que, se não a reconsiderar no prazo de 5 (cinco) dias úteis, encaminhará o recurso com sua motivação à autoridade superior, a qual deverá proferir sua decisão no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado do recebimento dos autos.*

Artigo que também cuida de recursos das sanções, desta vez as de multa, advertência e suspensão do direito de licitar e contratar com o mesmo nível de governo do ente penalizador. Dessas, cabe recurso, em até quinze dias úteis da intimação – a partir do primeiro

dia útil subsequente -, prazo esse que foi significativamente ampliado com relação ao do direito anterior.

O recurso será endereçado ao agente apenador, que poderá reconsiderar sua decisão em até cinco dias úteis do recebimento do recurso ou, em não o fazendo, deverá manifestar-se e encaminhar o expediente à autoridade superior, que terá vinte dias úteis do recebimento do processo para decidir. Os prazos são tremendamente longos como se denota.

Os recursos não precisam ser subscritos por advogado, ainda que se recomende entregá-los a causídicos ou outros profissionais *do ramo*, na suposição de que *cada símio melhor atuará se dentro da circunscrição da ramagem respectiva*, na forma do princípio da especialização de funções.

### **Art. 167**

*Art. 167. Da aplicação da sanção prevista no inciso IV do caput do art. 156 desta Lei caberá apenas pedido de reconsideração, que deverá ser apresentado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação, e decidido no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis, contado do seu recebimento.*

Resumido ao *caput*, este artigo, ao molde do direito anterior, informa que da pena de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com o poder público brasileiro cabe não recurso estrito mas *pedido de reconsideração* – e isso se deve a que o aplicador dessa sanção é a autoridade máxima do ente aplicador -, através do qual o agente apenador, com base na nova argumentação, pode reconsiderar sua própria decisão e modificá-la.

É o chamado juízo de retratação, neste caso exercido no plano administrativo, e é algo que existe também no Poder Judiciário porque nunca é desarrazoado pleitear que alguém reconsidere

sua própria decisão, bastando que os novos argumentos que se apresentem convençam aquela autoridade.

E, tal qual no processo administrativo disciplinar, A mera alegação de injustiça na pena não serve como argumentação.

### **Art. 168**

*Art. 168. O recurso e o pedido de reconsideração terão efeito suspensivo do ato ou da decisão recorrida até que sobrevenha decisão final da autoridade competente.*

*Parágrafo único. Na elaboração de suas decisões, a autoridade competente será auxiliada pelo órgão de assessoramento jurídico, que deverá dirimir dúvidas e subsidiá-la com as informações necessárias.*

Curto artigo que empresta efeito suspensivo aos recursos e ao pedido de reconsideração, suspendendo os trabalhos que se seguiriam até decisão final sobre o pleito.

É medida acertada e necessária, porque seria simplesmente desastroso prosseguir os trabalhos após o recurso ser apresentado e nesse passo se praticar ou celebrar algum ato que, se o recurso for provido, precisará ser desfeito. O efeito suspensivo é quase sempre uma sábia medida, que evita grandes transtornos em muitos casos.

Ainda que não conste da regra legal, na maioria das vezes é prudente atribuí-lo, mesmo sem obrigação legal, a muitas manifestações de inconformismo pela parte; quem já foi *atropelado* por consequências de atos apressurado, ou quem atropelou, sabe do que aqui se fala.

O parágrafo único pretende ensinar às assessorias jurídicas dos entes públicos que elas devem assessorar as autoridades na prática dos atos referidos no artigo, pelo quê os assessores devem estar comovidamente agradecidos ao legislador.

**Art. 169****CAPÍTULO III  
DO CONTROLE DAS CONTRATAÇÕES**

*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.*

*§ 1º Na forma de regulamento, a implementação das práticas a que se refere o **caput** deste artigo será de responsabilidade da alta administração do órgão ou entidade e levará em consideração os custos e os benefícios decorrentes de sua implementação, optando-se pelas medidas que promovam relações íntegras e confiáveis, com segurança jurídica para todos os envolvidos, e que produzam o resultado mais vantajoso para a Administração, com eficiência, eficácia e efetividade nas contratações públicas.*

*§ 2º Para a realização de suas atividades, os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e às informações necessárias à realização dos trabalhos, inclusive aos documentos classificados pelo órgão ou entidade nos termos da Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, e o órgão de controle com o qual foi compartilhada eventual informação sigilosa tornar-se-á corresponsável pela manutenção do seu sigilo.*

*§ 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.*

Longo, esotérico e enjoativo artigo, de nada serve na prática da Administração para absolutamente coisa nenhuma. Invencionice pura e indisfarçada, lembra programação de batalhas numa guerra, armando-se as rês primeiras linhas de defesa, como a infantaria, a cavalaria, a linha de canhões e as trincheiras... não se imagina de onde o legislador extraiu inspiração para algo assim, mais adequado talvez para futebol que para licitação.

Por outro lado, informar que, em 2.021, os entes públicos poderão *adotar recursos de tecnologia de informação* é para dar gargalhadas, tal qual se ainda existisse alguma coisa neste mundo que não utilize tecnologia de informação, ou que não dependa exclusivamente dela.

A descrição das linhas de defesa é patética, sem nenhum propósito lógico nem de nenhuma outra natureza. *Duvida-se que ente público tome a sério esta previsão.*

O § 2º reinventa a roda ao prever que os órgãos de controle deverão ter acesso irrestrito aos documentos e arquivos a fiscalizar – como se já não o tivessem desde que o primeiro ente de controle foi criado. Então alguma autoridade sonega ao controle interno dados e informações ? Desde quando ?

O artigo inteiro é uma lástima, e materializa uma excelente oportunidade desperdiçada pela lei para honrosamente omitir-se.

**Art. 170**

*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.*

*§ 4º Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar aos órgãos de controle interno ou ao tribunal de contas competente contra irregularidades na aplicação desta Lei.*

Outro artigo embaraçoso ao aplicador – e como é difícil comentá-lo ! – pretende ensinar os órgãos de controle a trabalhar, como alguém tentaria ensinar a *ave-maria* a um padre.

Apenas se pergunta, e gravemente: como faziam os órgãos de controle antes do advento desta lei ? Como conseguiam trabalhar ? E como o conseguirão, até abril de 2.023, nos entes que adotem a L 8666 até então ?

O *caput* é de uma infantilidade atroz, a indicar critérios de trabalho aos fiscais e aos controladores, como se eles já não os detivessem, e há décadas em nosso direito administrativo e nas práticas diuturnas de fiscalização. Puro discurso e pretensiosidade, vale tanto

quanto a pedra na sopa. Teria esta lei acaso inventado as funções de controlador e de fiscal, para com tanto afinco definir-lhes as atribuições ?

Os parágrafos igualmente não merecem detença. Em que universo de ilusão viverá o legislador, que talvez imagine ter realizado um importante trabalho disciplinador com este simples repetir do que se sabe há várias décadas, e que jamais foi objeto de controvérsia ?

É mais um momento para esquecer nesta lei.

### **Art. 171**

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

*I - viabilização de oportunidade de manifestação aos gestores sobre possíveis propostas de encaminhamento que terão impacto significativo nas rotinas de trabalho dos órgãos e entidades fiscalizados, a fim de que eles disponibilizem subsídios para avaliação prévia da relação entre custo e benefício dessas possíveis proposições;*

*II - adoção de procedimentos objetivos e imparciais e elaboração de relatórios tecnicamente fundamentados, baseados exclusivamente nas evidências obtidas e organizados de acordo com as normas de auditoria do respectivo órgão de controle, de modo a evitar que interesses pessoais e interpretações tendenciosas interfiram na apresentação e no tratamento dos fatos levantados;*

*III - definição de objetivos, nos regimes de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, atendidos os requisitos técnicos, legais, orçamentários e financeiros, de acordo com as finalidades da contratação, devendo, ainda, ser perquirida a conformidade do preço global com os parâmetros de mercado para o objeto contratado, considerada inclusive a dimensão geográfica.*

*§ 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.*

*§ 4º O descumprimento do disposto no § 2º deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade e a obrigação de reparação do prejuízo causado ao erário.*

Outro tormentoso artigo no qual o legislador, quanto mais escreve, menos merece atenção.

Envereda por labirintos quase indecifráveis, ditados por criatividade por completo alheia á realidade prática de fiscalização e de controle, sendo de imaginar que os controladores e os fiscais, que sempre souberam o que fazer a cada dia de seu trabalho, após lerem este dispositivo mergulhem em sérias e fundadas dúvidas profissionais, se não existenciais. Estiveram errados todo o tempo ?..

Não se sabe se o artigo se dirige aos controladores internos ou aos fiscais dos tribunais de contas. Será admissível uma lei

nacional de licitações ditar comportamentos, atribuições, regras de conduta profissional e parâmetros funcionais aos membros dos tribunais de contas ?

Esta lei por acaso se sobrepõe às leis orgânicas dos tribunais de contas ? Prevalece sobre as leis de organização e de disciplinamento interno e funcional de cada tribunal de contas brasileiro ? Será à lei de licitações que os agentes dos tribunais de contas devem obediência quanto à descrição de suas atribuições, e não às leis e às regras locais específicas sobre esse tema ?

Deixamos de descer aos pormenores dos parágrafos por esses motivos. Não se pode numa obra técnica e teórica de comentários à lei supedanear semelhante alheamento da realidade administrativa e do direito aplicável aos órgãos públicos, e indiferentemente os comentar tal qual se tratasse de algo juridicamente respeitável. Não é esse o papel do comentarista de textos jurídicos.

**Art. 172. (VETADO).**

**Art. 173**

*Art. 173. Os tribunais de contas deverão, por meio de suas escolas de contas, promover eventos de capacitação para os servidores efetivos e empregados públicos designados para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei, incluídos cursos presenciais e a distância, redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.*

Outro artigo constrangedor. Dita aos tribunais de contas que *a)* deverão manter escolas de contas; *b)* que tais escolas deverão manter cursos de capacitação de servidores vinculados a licitação e a contratos; *c)* que tais cursos serão presenciais e à distância, e ainda *d)* que devem manter redes de aprendizagem, seminários e congressos sobre contratações públicas.

Nada diz a lei sobre a hipótese de os tribunais de contas não realizarem nem efetivarem nada disso. Que lhes acontecerá na hipótese ? É óbvio que *absolutamente nada*, porque o direito não é assim.

Não é nem será a lei federal de licitações, nem lei nacional ou genérica alguma, que legitimamente poderá instituir obrigações internas, pontuais e objetivas, para entidades pertencentes a Poderes do Estado, dotadas todas de autonomia administrativa e de capacidade de autodisciplinamento organizacional mediante tão somente leis e regras locais e específicas.

Apenas para exemplificar, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo já realiza tudo aquilo e muito mais há décadas, e não apenas para aperfeiçoamento de seus servidores mas para proveito de tantos agentes públicos, do nível e da esfera que for, quantos acorram aos eventos, sempre de grande procura e gratuitos.

Onde a lei imagina estar inovando – e de modo inconstitucional como visto -, eis uma questão palpitante.

#### **Art. 174**

### *TÍTULO V DISPOSIÇÕES GERAIS CAPÍTULO I*

#### *DO PORTAL NACIONAL DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (PNCP)*

*Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à:*

*I - divulgação centralizada e obrigatória dos atos exigidos por esta Lei;*

*II - realização facultativa das contratações pelos órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos.*

*§ 1º O PNCP será gerido pelo Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas,*

*a ser presidido por representante indicado pelo Presidente da República e composto de:*

*I - 3 (três) representantes da União indicados pelo Presidente da República;*

*II - 2 (dois) representantes dos Estados e do Distrito Federal indicados pelo Conselho Nacional de Secretários de Estado da Administração;*

*III - 2 (dois) representantes dos Municípios indicados pela Confederação Nacional de Municípios.*

*§ 2º O PNCP conterà, entre outras, as seguintes informações acerca das contratações:*

*I - planos de contratação anuais;*

*II - catálogos eletrônicos de padronização;*

*III - editais de credenciamento e de pré-qualificação, avisos de contratação direta e editais de licitação e respectivos anexos;*

*IV - atas de registro de preços;*

*V - contratos e termos aditivos;*

*VI - notas fiscais eletrônicas, quando for o caso.*

*§ 3º O PNCP deverá, entre outras funcionalidades, oferecer:*

*I - sistema de registro cadastral unificado;*

*II - painel para consulta de preços, banco de preços em saúde e acesso à base nacional de notas fiscais eletrônicas;*

*III - sistema de planejamento e gerenciamento de contratações, incluído o cadastro de atesto de cumprimento de obrigações previsto no § 4º do art. 88 desta Lei;*

*IV - sistema eletrônico para a realização de sessões públicas;*

*V - acesso ao Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e ao Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep);*

*VI - sistema de gestão compartilhada com a sociedade de informações referentes à execução do contrato, que possibilite:*

*a) envio, registro, armazenamento e divulgação de mensagens de texto ou imagens pelo interessado previamente identificado;*

*b) acesso ao sistema informatizado de acompanhamento de obras a que se refere o inciso III do caput do art. 19 desta Lei;*

*c) comunicação entre a população e representantes da Administração e do contratado designados para prestar as informações e esclarecimentos pertinentes, na forma de regulamento;*

*d) divulgação, na forma de regulamento, de relatório final com informações sobre a consecução dos objetivos que tenham justificado a contratação e eventuais condutas a serem adotadas para o aprimoramento das atividades da Administração.*

*§ 4º O PNCP adotará o formato de dados abertos e observará as exigências previstas na Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.*

*§ 5º (VETADO).*

Vastíssimo, torturante e inconstitucional artigo, preocupa o fato de não ter sido vetado pelo Presidente da República, porque significa a criação de um universo imensurável de obrigações a cargo do Executivo.

Tendo sido promulgado, isto significa que o Presidente num primeiro momento concordou com essa nova e extraordinária carga de trabalho que lhe ofereceu de presente o Congresso Nacional, autor da idéia e do projeto de lei que se converteu nesta L 14133.

Duvidamos inteiramente de que todas as atribuições do novo Portal venham a ser cumpridas. É fácil ao Congresso inventar infundáveis obrigações ao Executivo, como quem *compra briga para o irmão*. Muito difícil é ver o mesmo Congresso criando um cipal tão imenso de deveres para si mesmo.

Daí nossa estranheza em ter sido promulgado este dispositivo. Se deve ser criado um órgão para o Executivo, a lei há de ser de iniciativa do próprio Executivo por força

a) do princípio constitucional da harmonia e da independência entre os Poderes do Estado - conforme Constituição, art. 2º: um Poder não tem a iniciativa de leis que instituem obrigações internas para outro, mas principalmente porque

b) a Constituição Federal, art. 61, § 1º, inc. II, als. *b* e *e*, determina que compete privativamente ao Presidente da República iniciar as leis de “organização administrativa e judiciária (...) serviços públicos” (al, *b*) e das leis de “criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública”.

*Como o projeto da L 1433 não foi do Presidente da República mas de membro do Congresso Nacional, então este art. 174, ao criar órgão do Executivo, simplesmente violou a Constituição Federal, art. 2º e, mais objetivamente, o art. 61, § 1º, inc. II, als. b e e.*

Observe-se que o artigo não ‘autoriza o Executivo a criar’ o órgão, mas diretamente reza: “Fica criado o PNCP”, ou seja, *impõe um novo órgão à estrutura de outro Poder*, sem pedir licença nem perguntar nada a ninguém.

O art. 174 é portanto *inteiramente inconstitucional* por vício de iniciativa, e nem cortina ninja de fumaça pode ocultar ou dissimular o claríssimo defeito deste artigo.

Porém, como *a sanção não supre nem redime vício de iniciativa*, a qualquer momento pode ser proposta ADIn pelo Executivo contra o dispositivo, que ele próprio sancionou e promulgou. Isto já está pacificado em direito constitucional legislado.

Nesse sentido transcrevemos excerto do artigo *A sanção do Executivo tem o condão de suprir vício de iniciativa a projeto de lei ?*, de Ariane Fucci Wadi, publicado no site *Jusbrasil* da internet, no qual a autora reporta o entendimento hoje consolidado do Supremo Tribunal sobre o tema:

Nesses casos, ocorrendo usurpação da competência, haverá vício formal de constitucionalidade, em razão da competência. Em se tratando de vício de competência privativa do Poder Judiciário, por exemplo, a lei estará sendo editada sem que o legitimado tenha sobre ela se manifestado em algum momento, já que nem mesmo poderão vetá-la ou sancioná-la, como aconteceria no caso de vícios de competência dos projetos de lei de iniciativa presidencial. Desta forma, a sanção presidencial não convalidaria um ato normativo que, sequer, passou à análise do legitimado constitucional.

O mesmo entendimento é adotado pelo Supremo Tribunal Federal em relação às leis de iniciativa reservada do chefe do Poder Executivo, eis que a sanção é ato de natureza política, diversa do ato de iniciativa de lei, não podendo convalidar vício constitucional absoluto, de ordem pública, insanável.

Portanto, vícios de iniciativa de lei nunca são supridos pela sanção presidencial ao projeto de lei que, sancionado, padecerá de vício formal, a ser declarado por meio de ação judicial própria, como a ADI, ADPF e o controle difuso.

O artigo é claramente inconstitucional ao, sendo do Legislativo, criar órgão e encargos administrativos internos para o Executivo, e por essa razão os comentários são breves na medida em uma obra de comentários técnicos sobre uma lei não se deve dispor a *bater palmas para maluco dançar*, consoante assevera a sabedoria das gentes.

O *caput* e seus incisos dão as principais atribuições do órgão que a lei impôs ao Executivo.

O § 1º informa que quem cuida do filho do Congresso é o Executivo, sem dizer a que Ministério estaria vinculado e como se pudesse estar solto em uma estrutura extremamente rígida e disciplinada.

Dá a seguir sua composição, que inclui indicados pelo Presidente da República, pelo Conselho Nacional de Secretários estaduais de administração, e de Municípios, apontados pela Confederação Nacional de Municípios. O legislador federal imagina que pode tudo, inclusive assujeitar administrativamente autoridades e entes estaduais e municipais.

O § 2º enumera conteúdos obrigatórios do portal, e o § 3º informa o que deverá oferecer. Se isso fosse vigorar – como duvidamos – esse portal por certo deteria mais atribuições, e seria responsável por maior volume de trabalho, que alguns Ministérios.

O artigo inteiro é uma insânia, fruto de um torpor institucional que de há tempos toma conta do Congresso Nacional, e que precisa ser contido com todo vigor pelo Judiciário, por provocação do interessado que neste caso é o Executivo federal.

Num país institucionalizado não se admite outro encaminhamento do problema, nem, respeitosamente, outra solução.

### **Art. 175**

*Art. 175. Sem prejuízo do disposto no art. 174 desta Lei, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações.*

*§ 1º Desde que mantida a integração com o PNCP, as contratações poderão ser realizadas por meio de sistema eletrônico fornecido por pessoa jurídica de direito privado, na forma de regulamento.*

*§ 2º (VETADO).*

*§ 2º Até 31 de dezembro de 2023, os Municípios deverão realizar divulgação complementar de suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local. (Promulgação partes vetadas)*

Artigo concebido na esteira do despatério que é o artigo anterior, ao menos o *caput* apenas faculta a Estados e Municípios instituírem seus sites para divulgação dos contratos. No mais se revela absolutamente anacrônico, na medida em que muitos Estados e incontáveis Municípios já instituíram e mantêm seus sites com esse fim, algo que jamais precisou ser autorizado por lei federal nenhuma.

E o § 1º ‘autoriza’ a terceirização do site, o que sempre foi permitido na medida em que essa não é uma função privativa de estado e que portanto sempre lhe foi permitido terceirizar.

O § 3º, também obra de amator, ‘manda’ que os Municípios até o fim de 2023 publiquem os extratos de seus contratos em jornal diário. Pergunta-se: quais contratos ? Os futuros, ou os já celebrados, e nesse caso a partir de quando ? E só os Municípios ? Que têm eles de melhor, ou de pior, que os Estados, que a lei não atinge ?

O artigo, no rastro dos anteriores, é degradante à consciência jurídica nacional. Foi escrito para ser descumprido, e apenas polui a legislação do país. No país das leis que *pegam* ao lado das que *não pegam*, nada se espera deste dispositivo.

### **Art. 176**

*Art. 176. Os Municípios com até 20.000 (vinte mil) habitantes terão o prazo de 6 (seis) anos, contado da data de publicação desta Lei, para cumprimento:*

*I - dos requisitos estabelecidos no art. 7º e no **caput** do art. 8º desta Lei;*

*II - da obrigatoriedade de realização da licitação sob a forma eletrônica a que se refere o § 2º do art. 17 desta Lei;*

*III - das regras relativas à divulgação em sítio eletrônico oficial.*

*Parágrafo único. Enquanto não adotarem o PNCP, os Municípios a que se refere o **caput** deste artigo deverão:*

*I - publicar, em diário oficial, as informações que esta Lei exige que sejam divulgadas em sítio eletrônico oficial, admitida a publicação de extrato;*

*II - disponibilizar a versão física dos documentos em suas repartições, vedada a cobrança de qualquer valor, salvo o referente ao fornecimento de edital ou de cópia de documento, que não será superior ao custo de sua reprodução gráfica.*

Este art. 176 generosamente aumenta para seis anos, contados da promulgação:

- inc. I - o prazo para que Municípios de até vinte mil habitantes cumpram os requisitos fixados no art. 7º e no *caput* do art. 8º, que se referem, ambos, à designação de servidores para desempenhar as funções exigidas por esta lei, e suas condições;

- inc. II – ser obrigatória a forma eletrônica das licitações, na forma do § 2º do art. 17. Duvida-se que em 2.027 ainda exista licitação que não eletrônica;

- inc. III – cumprimento das regras de divulgação eletrônica das licitações. Mesmo comentário.

O parágrafo único cria obrigações aos Municípios de até vinte mil habitantes enquanto, dentro dos seis anos, não adotarem o PNCP – que se o direito prevalecer neste país jamais será implantado por força desta lei de iniciativa parlamentar.

Sãos as seguintes:

a) publicar as informações, exigidas por esta lei em sítio eletrônico, em diário oficial – se isto ainda existir nos próximos anos. Nada impede que as publiquem já, desde hoje, em sítio eletrônico; e

b) disponibilizar a versão física dos expedientes nas repartições – e vejamos por quanto tempo elas ainda existirão, *eletronização* essa que a este projecto escriba enseja séria preocupação quanto à segurança e à incolumidade dos dados. A informática é funcionalmente maravilhosa, e a mais extraordinária auxiliar do trabalho humano – quando dá certo.

**Art. 177**

**CAPÍTULO II  
DAS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS**

*Art. 177. O **caput** do art. 1.048 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescido do seguinte inciso IV:*

*“Art.1.048. (...)*

*IV - em que se discuta a aplicação do disposto nas normas gerais de licitação e contratação a que se refere o inciso XXVII do caput do art. 22 da Constituição Federal.*

Primeiro artigo sobre as alterações que diversas leis sofreram por força desta L 14133, incidiu já diretamente sobre o Código de Processo Civil, acrescentando o enc. IV ao seu art. 1.048, cujo *caput* reza:

Terão prioridade de tramitação, em qualquer juízo ou tribunal, os procedimentos judiciais:

O dispositivo portanto incluiu entre as matérias de tramitação prioritária qualquer discussão judicial sobre as normas gerais de licitação e contrato, referidas no inc. XXVII do art. 22 da Constituição, que hoje são ou as da L 8666 (até abril de 2.023), ou as desta L 14133,

conforme seja uma ou outra a lei escolhida para reger cada respectivo certame e contratação.

A lei de licitações *puxa a brasa para a sua sardinha* como se observa, e não sem razão porque, se a decisão judicial sobre licitação tardar, o interesse das partes desaparecerá total e fatalmente, dada a dinâmica própria desse assunto, no qual fatos os mais relevantes se sucedem com velocidade.

### **Art. 178**

*Art. 178. O Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte Capítulo II-B:*

**“CAPÍTULO II-B  
DOS CRIMES EM LICITAÇÕES E  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

***Contratação direta ilegal***

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

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

***Frustração do caráter competitivo de licitação***

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

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

***Patrocínio de contratação indevida***

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

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

***Modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo***

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

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

***Perturbação de processo licitatório***

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

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

***Violação de sigilo em licitação***

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

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

***Afastamento de licitante***

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

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

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

***Fraude em licitação ou contrato***

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

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

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

*III - entrega de uma mercadoria por outra;*

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

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

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

#### **Contratação inidônea**

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

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

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

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

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

#### **Impedimento indevido**

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

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

#### **Omissão grave de dado ou de informação por projetista**

*Art. 337-O. Omitir, modificar ou entregar à Administração Pública levantamento cadastral ou condição de contorno em relevante dissonância com a realidade, em frustração ao caráter competitivo da licitação ou em detrimento da seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em contratação para a*

*elaboração de projeto básico, projeto executivo ou anteprojeto, em diálogo competitivo ou em procedimento de manifestação de interesse:*

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

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

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

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

Este artigo da L 14133 modificou 12 doze) artigos do Código Penal, para acrescentar-lhe todo um Capítulo II - B, no qual descreve os tipos penais relativos a licitações e contratos.

*Fez muitíssimo bem esta lei em retirar do seu corpo próprio os crimes de licitação e de contratos, porque lei de licitações não é nem nunca foi foro tecnicamente adequado para elencar crimes e penas, matéria própria e por excelência das leis penais – e não das de direito administrativo como a lei de licitações -, a começar pelo Código Penal.*

Agora o CP se vê acrescido, *em serviço formalmente limpo e elogiável*, de doze artigos a compor um Capítulo, o que desobriga os autores das ações penais a pular de galho em galho à cata do fundamento daquelas ações, concentrado este, agora, no diploma máximo que rege o direito penal.

Outro ponto corolariamente elogiável foi a *concisão dos tipos penais*, sucinta, sumária e objetiva, ao estilo do Código Penal e bem diferente daquela selva amadorística de tipos penais da L 8666, que lembram discursos moralistas.

O legislador desta vez teve o nítido cuidado de incumbir penalistas de redigirem estes artigos - que têm toda a técnica do Código Penal e das leis penais -, e de não deixar por conta de administrativistas o trabalho, que lhes é estranho. Valeu a regra da especialização de funções, em muito boa hora ativada.

Se o novo formato dos crimes, tipicamente penal, e se também o fato de esses crimes terem sido retirados da lei de licitações e passado pela o Código Penal, se isso são pontos amplamente favoráveis à qualidade da lei, entretanto quanto à descrição dos tipos penais esta lei, prendendo-se às fórmulas da L 8666, foi muito menos feliz.

Observa-se que as penas previstas são bastante duras, e se no núcleo ou título do tipo, que vem em epígrafe e negrito na lei, os tipos penais são objetivos, entretanto na descrição e na aplicação dos enquadramentos concretos de alguém naqueles tipos quase sempre foi mantida a incômoda subjetividade da lei de origem, o que em direito penal pode ser deletério à justiça e aos direitos das partes.

É que as descrições dos tipos, como se disse, se basearam na L 8666, uma péssima fonte de referência ou de inspiração nesse assunto. Com isso, ainda que o panorama haja melhorado, não se superaram em definitivo as deficiências de clareza e de objetividade que constavam dos arts. 89 a 98 da L 8666, um conjunto de maus artigos de direito penal, o qual fora escrito, repita-se, por amadores dessa província jurídica.

Se os direitos civil e processual civil exigem cuidado, ponderação e reflexão para os enquadramentos e os julgamentos,

o direito penal os exige *três vezes mais*, em face de que as penas privativas de liberdade constituem uma cominação pesadíssima, talvez a mais indesejável num rápido juízo. Os valores em jogo são absolutamente essenciais – a *liberdade pessoal* representando maximamente todos eles.

Despiciendo reiterar que os enquadramentos penais não sempre de ser, em matéria de licitações ou em qualquer outra existente, os mais técnicos e criteriosos que forem possíveis ao acusador, ou de outro modo podem *arrasar vidas inteiras*, pelas injustiças mais revoltantes.

A *tipicidade estrita* é possivelmente o mais essencial requisito ao correto enquadramento de alguém no tipo criminal e nas sanções respectivas. Tipicidade é uma roupa apertada, sem folga nem desajuste nenhum admissível, que se não for obtida à perfeição inviabilizará qualquer tentativa de incriminação de alguém.

A Constituição se refere a essa regra da tipicidade penal no art. 5º, inc. XXXIX: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena em prévia cominação legal*. Esta é toda a base do direito penal.

Em direito penal, por fim, não existem métodos ou sistemas de interpretação da tipicidade, mas apenas *aplicação literal* do que está escrito na lei: ou a conduta do agente se enquadra como uma luva no figurino legal ou simplesmente não existiu crime.

Nessa matéria não existe analogia, teleologia, finalismo, historicidade, paralelismo, simetria, nem *asnicas* como invocação ao ‘espírito da lei’, ou à ‘intenção do legislador’, invenções de *picaretas* do direito que merecem o cesto de lixo da profissão

O direito penal é mais que os outros informado pelo calor das emoções humanas, porém o enquadramento penal, em específico, precisa ser gelado como um inverno ártico, e preciso como uma microcirurgia.

\*\*\*\*\*

Os novos tipos que foram acrescentados ao Código Penal são:

- *contratação direta ilegal* – CP, art. 337 – F. O crime é contratar diretamente fora das hipóteses legais. A descrição poderia ser mais objetiva e clara. Sem a efetiva contratação não se vislumbra crime algum, e o gigantismo da pena apenas confirma esta leitura;

- *frustração do caráter competitivo de licitação* – art. 337 – G. Advogar administrativamente, ou dirigir o encaminhamento do procedimento para obter vantagem ilícita, eis o crime. A pena é também bastante severa, o que torna um pouco irrealístico o dispositivo, como o artigo anterior. O legislador com isso deve imaginar poder espantar os maus caracteres dos certames, no que se engana redondamente;

- *patrocínio de contratação indevida* - art;337, H. Tipo bem resumido, porém irrealístico. É impossível saber se uma licitação, ocasionalmente anos após realizada, será julgada ilegal, de modo que o crime será cometido se por acaso a licitação a que se refere for dada por ilegal. Nada objetivo, nada bem concebido e que lembra aposta ou adivinhação;

- *modificação ou pagamento irregular em contrato administrativo* – Art. 337 – H. Confunde-se com o tido do artigo anterior, o que evidencia a abundância moralista e punitiva da lei, neste ponto simplesmente copiando a técnica da L 8666. Sutis diferenças recomendam a adoção de redobrado cuidado com relação ao enquadramento com base neste artigo do Código Penal;

- *perturbação de processo licitatório* - , art. 337 – I. Ruim a descrição, como no artigo anterior do CP. Não se sabe a que *perturbação* se refere o dispositivo – seria um excesso de recursos ou de

contraditas às decisões da comissão ? Seria falar alto, contar piadas de teor pornográfico, jogar cascas de laranja na comissão, ou tocar música em alto volume na sessão ? Muito ruim, exatamente como na L 8666. Parece obra de criança metendo-se a falar sobre direito penal. Trata-se de um dispositivo que *perturba o direito*.

Fraudar é mais objetivo, significando praticar atos sabidamente ilegais. irregulares, o que facilita qualquer processamento;

- *violação de sigilo em licitação – art. 337 – J.*

Diz-se que o único segredo admissível em licitação é o conteúdo das propostas até sua abertura oficial. Em prestígio a essa tese este artigo se restringe a prever o crime de alguém devassar segredo de outrem no certame, o que é algo mais ou menos infantil na medida em que não se imagina uma situação como tal, já que os licitantes não são crianças travessas e incontroláveis.

Melhor se adapta, ou se endereça, esta coercitiva previsão à própria Administração licitadora, que, sendo delas a custodiadora, muito mais condição material tem de devassar proposta que algum licitante;

- *afastamento de licitante – art. 337 – K.* É crime *afastar ou tentar afastar licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo*. Bastante clara a descrição, uma vez demonstrada essa atuação o seu autor se sujeita a pena de prisão além de à pena prevista para a violência, algo bastante pesado.

Até aqui foi referido o criminoso ativo, porém pelo parágrafo único na mesma pena incide o agente passivo que se abstém de participar em razão da vantagem oferecida, não se falando nesse caso de pena pela violência que não existiu.

O fato, de resto muito difícil de provar, é comum, referindo-se àqueles falsos licitantes, que apenas procuram vender

facilidades – pedir propinas - aos licitantes verdadeiros e competitivos, pelas dificuldades que lhes aventaram. Esse criminoso passivo é uma espécie humana pior que a primeira descrita no artigo, e merece um destino triste;

- *fraude em licitação ou contrato – art. 337 – L.* O crime aqui é fraude à licitação ou ao contrato, se provocou prejuízo à Administração – porque se não provocou não existe tipicidade e com isso inexistente crime. Sim, porque nenhum crime pode ser ‘meio tipificado’, ou aproximadamente tipificado. Tal não existe em direito penal.

Os comportamentos criminosos neste caso são especificados nos incs. I a V, e são

(I) entrega de objeto a menor, ou de qualidade pior, que o contratado. Um tanto exagerado imaginar que tal seja crime, na medida em que o ente público contratante sob pena de prevaricação *está obrigado a recusar essa entrega*, por desconformidade com o contratado. Se a recusa, e se faz o contratado corrigir a entrega, então onde o crime ?;

(II) fornecimento de mercadoria falsa ou deteriorada, ou com validade vencida. Mesmo comentário: para quê serve o fiscal ou o gestor de contrato senão para fiscalizar essas entregas, e *ou* as recusar *ou* atestar sua conformidade ?

O dispositivo parece tão patético e quanto o anterior, e quem merece punição, antes que o contratado, é o fiscal ou o recebedor que aceita a entrega desconforme. Se bem cumprir seu dever de fiscalizar, então jamais existirá crime à vista;

(III) entrega de uma mercadoria por outra. O legislador não se cansa de repetir a mesma incongruência, e os mesmos comentários deem também ser repetidos. Para quê existe recebedor, ou fiscal, ou gestor de contratos, que não fiscalize uma tentativa semelhante ?

Será porventura preferível receber mercadoria errada, denunciar o fato ao Ministério Público e ao Tribunal de Contas, ver um inquérito e uma ação penal correrem contra o contratado, rescindir o contrato com este e convidar o segundo colocado para, querendo, contratar e entregar, ou simplesmente recusar o recebimento e mandar corrigir o objeto ?

A lei parece tentar encobrir a falha, a omissão e a prevaricação do recebedor que não examina o que recebe, transferindo a culpabilidade ao entregador. Ora, isto é absurdo !;

(IV) alterar característica do objeto. A mesma rematada *idiotice* merece os mesmos comentários, e

(V) (utilizar) qualquer meio fraudulento que torne injustamente mais onerosa para a Administração Pública a proposta ou a execução do contrato. Podia todo o artigo se resumir a este inciso, que poderia ser o único e com tanto que evitaria a rebarbativa falta de inteligência que os quatro incisos anteriores demonstraram.

Qualquer fraude à entrega, se não foi detectada na própria entrega e recusada, merece o enquadramento criminal. Só não se compreende, a esta altura, para quê servem ou existem o fiscal, o gestor ou o recebedor do objeto contratual, se não exatamente para prevenir fraudes como tais, por vezes bastante grosseiras, porém todas detectáveis por exame acurado ou, se preciso, por perícia;

- *contratação inidônea* – art. 337 M. Artigo prolixo, que pune a admissão à licitação de contratando inidôneo, e pune também a contratação de pessoa inidônea. Ou seja, se o ente público admite um inidôneo ao certame pode sofrer um enquadramento; se com ele contrata – o que é natural se for o vencedor do certame - pode sofrer outro.

Trata-se de um evidente exagero, até porque o licitante pode forçar sua admissão através de documento falso mas

formalmente ótimo, e o ente não tem como saber da fraude, nem tem motivo por que, farejando algo no ar *além de aviões de carreira* <sup>(1)</sup>, desde logo trilhar a sua origem. E, se o admitiu sem ter tido como inadmiti-lo, natural que o contrate se vencer o certame.

Duas penas, então, sendo ambas desmerecidas ? Péssimo. Excessivamente rigoroso e pouco criterioso. Essa irracional caça às bruxas não raro atemoriza mais que o próprio criminoso, que na maioria das vezes se desmascara a com facilidade. Mas a sanha punitiva de certos agentes que tenham esta lei nas mãos... essa, sim, é o verdadeiro perigo à justiça e à sanidade das instituições, pois que se é revoltante a impunidade de criminosos, pior é a condenação de inocentes.

Incide nas mesmas penas - § 2º - o inidôneo que conseguir participar do certame, e se sujeita a mais uma pena aquele que conseguir ser contratado, uma duplicidade penal sem o menor sentido lógico e que contraria a regra de que ninguém pode ser punido duas vezes pelo mesmo crime.

Ser membro de comissão de licitação constitui, como s já dissemos em artigo publicado, um ofício de alto risco. Até que ponto se pode exigir do agente licitador que saiba quais são os cidadãos inidôneos que tentam participar dos certames ?

Se os métodos de falsificação, de fraude, de embuste de todo gênero, são hoje tão extraordinários que ameaçam NASA, Pentágono, Kremlin, tribunais eleitorais e organismos dessa magnitude, como exigir do responsável pela licitação que se assegure da não-inidoneidade de seus simpáticos e sorridentes licitantes ?

É bem certo que fraudes nesse caso, uma vez demonstradas, eximem de culpabilidade o agente público, porém por vezes

---

<sup>1</sup> Conforme o Barão de Itararé.

é muito árduo e penoso provar que *focinho de porco não é tomada*, um marcado sacrifício e um grande risco ao agente público.

O que – já exaustivamente – se recomenda às autoridades com poder de indiciar e de punir é moderação, reflexão e isenção absolutas, ou tão integrais quão possíveis já que a perfeição é um atributo divino.

Apenas assim o remédio não se deverá revelar mais grave que a doença. E absolutamente sem apologia ao crime nem à infração, não custa ter presente e reiterar que é sempre mais grave punir um inocente que inocentar um culpado. Quem tem sanha de punir não deveria ocupar função pública;

- *impedimento indevido* - art. 337 – N. Artigo destinado inteiramente à Administração pública e seus agentes licitadores e cadastradores, nada diz ao licitante. Quem, agente público, impedir ou dificultar injustamente o cadastramento de interessado, ou quem o descadastrar ou modificar seu cadastramento, está sujeito ao enquadramento criminal deste artigo.

Custa imaginar que um agente público venha a ser tão mortalmente estúpido a ponto de intentar algo como tal, mas o ser humano tem inesgotável criatividade – e algo do gênero já deve haver ocorrido... - e somente por isso o artigo se justifica;

- *omissão grave de dado ou de informação por projetista* – art. 337 - O. Se seria quase inadmissível a estupidez do agente capaz de incidir no crime do artigo anterior, aqui a questão atinge um patamar de cuidado psiquiátrico, uma psicopatia ou psicose das mais graves.

É tão subjetivo, artificial e rebuscado o tipo aqui descrito que não deve ser necessário perder tempo – literalmente isso –

indo a fundo na sua análise. Uma poça d'água contém mais substância que este infelicíssimo momento da lei,

Se o licitante apresenta documentação irrealística, então que seja desclassificado, mas jamais acusado de cometer crime. O esotérico para alguns, a outros parece normal. O artigo, com seus parágrafos, é mais um momento desastroso desta lei;

*art. 337 – P.* Informa que a multa aos crimes desta Capítulo seguirá a metodologia do Código Penal e não será inferior a dois por cento do contrato celebrado, licitado ou não. Aplicável apenas a contratados, este artigo não é claro ao referir a metodologia do Código Penal, o que ninguém pode saber exatamente o que significa, nem como na prática se aplica.

Dispositivos como este *desestimulam fortemente*, a autoridades honestas de propósito, a incluir multas nos seus contratos, porque o assunto *multa*, como se denota, é bastante mal disciplinado na lei de origem.

### **Art. 179**

*Art. 179. Os incisos II e III do caput do art. 2º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:*

*“Art. 2º (..)*

*II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;*

*III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa*

*jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;*

Artigo que modifica a lei federal de concessões de serviço público, a Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995, por alterar as suas definições de concessão de serviço público e de concessão de serviço público precedida de execução de obra pública.

Apenas acresceu aos dois incisos citados a previsão de que aquelas concessões podem dar-se, além de por licitação, também *por diálogo competitivo*, este último na forma desta lei.

É que, tendo esta lei criado o diálogo competitivo, cumpria atualizar a importante lei das concessões federais para contemplar o novo instituto, que deve desempenhar papel relevante em muitas concessões que o Executivo doravante pretenda outorgar.

### **Art. 180**

*Art. 180. O caput do art. 10 da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, passa a vigorar com a seguinte redação:*

*“Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:*

Artigo que repete a inserção do diálogo competitivo, tal qual fez o artigo anterior quanto a concessões de serviço, desta vez para as PPPs – parcerias público-privadas -, para tanto modificando o art. 10 da lei respectiva, a Lei federal n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2.004.

O legislador acredita efetivamente no diálogo competitivo como forma de simplificar a escolha da melhor proposta para

o ente licitador, como de resto aguardam os beneficiários desses certames, e finalmente a população usuária do objeto.

**Art. 181**

**CAPÍTULO III**  
**DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS E FINAIS**

*Art. 181. Os entes federativos instituirão centrais de compras, com o objetivo de realizar compras em grande escala, para atender a diversos órgãos e entidades sob sua competência e atingir as finalidades desta Lei.*

*Parágrafo único. No caso dos Municípios com até 10.000 (dez mil) habitantes, serão preferencialmente constituídos consórcios públicos para a realização das atividades previstas no **caput** deste artigo, nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.*

Chega-se às disposições transitórias e finais da lei.

E não se chega bem, como sói acontecer com as disposições transitórias na legislação brasileira em geral: um pesadelo, um show de horrores. Aqui não foi diferente, porque o assunto acabou mas o legislador não parou de escrever.

A lei neste momento manda que Estados, Distrito Federal e Municípios instituem centrais de compras.

Ora, que competência tem uma lei federal para dar essa ordem a entes que detêm autonomia política e administrativa assegurada pela Constituição, e que se organizam apenas segundo sua vontade, obedecendo apenas a Constituição ?

Desde quando lei federal, sobre o que for, decide sobre a organização interna dos entes federados ? É absolutamente inconstitucional, e juridicamente desprezível, esta ordem

E quanto ao parágrafo único, como utiliza o advérbio preferencialmente, e em se sabendo que lei não é catecismo nem manual de aconselhamento, pode ser simplesmente ignorado sem qualquer

cogitação. Para aconselhar ou para recomendar nenhum país precisa de lei nenhuma.

### **Art. 182**

*Art. 182. O Poder Executivo federal atualizará, a cada dia 1º de janeiro, pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E) ou por índice que venha a substituí-lo, os valores fixados por esta Lei, os quais serão divulgados no PNCP.*

O que estava ruim no artigo anterior agora está pior.

Nesta lei, de origem parlamentar, o legislador adotou comportamento oposto ao que teve na L 8666, cujo art. 115, por exemplo, informava que ‘Os órgãos da Administração *poderão expedir normas* relativas aos procedimentos operacionais (...)’, ou o art. 120, a rezar que ‘Os valores fixados por esta Lei *poderão ser anualmente atualizados* pelo Poder Executivo Federal (...)’, com destaques nossos.

Nesta lei o panorama mudou, e o legislador passou a se julgar o chefe do Presidente da República, ao *mandar* que atualize a cada ano o índice econômico que menciona, e o publique no portal nacional de compras que inconstitucionalmente impôs ao Executivo como uma obrigação.

Deveria ter sido vetado este artigo, como diversos outros já declinados, pelo Executivo, porque é virtualmente intolerável a *tiranía hierárquica* que o Legislativo tenta exercer sobre o Executivo, tal qual fora seu dirigente, superior ou chefe de ordens.

Não é o Congresso que determina a política econômica e as regras procedimentais nesse assunto para outro Poder, nem nunca será enquanto a tripartição de poderes do Estado estiver plasmada e consagrada na Constituição.

Uma coisa seria a lei de origem parlamentar *autorizar* o Executivo a isto ou àquilo, mas outra, insuportável, é que lhe determine o que fazer em matéria de administração.

Conviria ter sido vetado este artigo, mas não se vislumbra, mesmo sem o veto, obrigação legítima nenhuma para o Executivo.

### **Art. 183**

*Art. 183. Os prazos previstos nesta Lei serão contados com exclusão do dia do começo e inclusão do dia do vencimento e observarão as seguintes disposições:*

*I - os prazos expressos em dias corridos serão computados de modo contínuo;*

*II - os prazos expressos em meses ou anos serão computados de data a data;*

*III - nos prazos expressos em dias úteis, serão computados somente os dias em que ocorrer expediente administrativo no órgão ou entidade competente.*

*§ 1º Salvo disposição em contrário, considera-se dia do começo do prazo:*

*I - o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação na internet;*

*II - a data de juntada aos autos do aviso de recebimento, quando a notificação for pelos correios.*

*§ 2º Considera-se prorrogado o prazo até o primeiro dia útil seguinte se o vencimento cair em dia em que não houver expediente, se o expediente for encerrado antes da hora normal ou se houver indisponibilidade da comunicação eletrônica.*

*§ 3º Na hipótese do inciso II do caput deste artigo, se no mês do vencimento não houver o dia equivalente àquele do início do prazo, considera-se como termo o último dia do mês.*

Artigo que ensina a ave-maria ao padre, inventa a roda, descobre o fogo e, possivelmente, confirma que a Terra não é plana.

Nada do que diz constitui novidade para ninguém, exceto sobre a publicação na internet, que não existia até tempo recente, como meio de publicidade dos atos oficiais. Essa publicação passou a ser o marco inaugural da contagem dos prazos.

Trata-se da tradicional e secular regra da contagem de prazos, que é a do direito civil – que da contagem exclui o dia da publicação e inclui o último dia – e não aquela do direito penal, que em face dos valores envolvidos inclui o dia da publicação e exclui o último.

Dia útil é o em que existe expediente *administrativo* no respectivo ente, e não simplesmente expediente finalístico ininterrupto como ocorre em hospitais, delegacias de polícia e diversos outros organismos cuja atividade-fim não pode cessar nunca.

#### **Art. 184**

*Art. 184. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber e na ausência de norma específica, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração Pública, na forma estabelecida em regulamento do Poder Executivo federal.*

Artigo irrealístico, quixotesco e quase absolutamente inaplicável, no pouquíssimo que eventualmente tem de aplicável é por inteiro subjetivo e instabilizador.

Em primeiro lugar não há como aplicar a lei de licitações a atos que não contêm licitação porque incabível, como convênios, acordos e ajustes fora de competição. Não faz sentido.

Em segundo lugar porque a locução ‘no que couber’, tão cômoda para o legislador, é uma vez mais absolutamente impraticável para o aplicador em face da sua subjetividade infinita, que não permite aplicação segura, confiável e com garantia de correção.

Neste caso, esta lei *não cabe nunca* aos negócios referidos no artigo, de modo que se soma uma inconsistência a outra, resultando em absolutamente *nada* do ponto de vista jurídico, técnico, operacional ou organizacional.

O legislador brasileiro não perde a mania de mandar o cidadão aplicar ‘no que couber’ alguma regra a situações que, no mais das vezes, nada têm com a mesma regra, e lava as mãos a seguir, talvez imaginando que galhardamente cumpriu sua missão... tudo a confirmar que de ilusão também se vive.

### **Art. 185**

*Art. 185. Aplicam-se às licitações e aos contratos regidos pela Lei nº 13.303, de 30 de junho de 2016, as disposições do Capítulo II-B do Título XI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).*

Outro artigo acaciano, reza o óbvio ululante de que se aplica o Código Penal às licitações.

Acaso seria diferente ? Um licitante rouba o computador em que o licitador está coligindo as propostas na licitação, e por acaso deveria ficar livre ou imune à incidência do Código Penal ?

Se comete um crime comum, por acaso durante uma licitação, então apenas por estar numa licitação isso o protegeria da aplicação do Código Penal ?

Incomentável.

### **Art. 186**

*Art. 186. Aplicam-se as disposições desta Lei subsidiariamente à Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, à Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e à Lei nº 12.232, de 29 de abril de 2010.*

Neste caso a regra faz sentido, porque a lei das concessões de serviços é omissa e lacunosa em variados aspectos operacionais que podem ensejar a aplicação subsidiária desta lei para dar solução a casos concretos

A aplicação subsidiária de leis é porém um vasto campo de incertezas e de subjetividades, no qual poucas certezas se tem sobre qualquer coisa.

Isso exige do aplicador, além de anunciar que está aplicando subsidiariamente esta ou aquela lei, bom-senso, ponderação e justificativa, de modo a fazer a condução do trabalho ser ou parecer a mais *natural* que se possa exigir, e a menos discrepante da fonte original de direito.

Trata-se em verdade de um delicado trabalho de *sistematização*, que se revela imprescindível em grande número de situações frequentes em licitações e na execução de contratos. Sempre precisará existir, já enunciada ou à espera de provocação, a *justificativa* da atitude, como todos os atos oficiais têm de ser, ao menos, justificáveis.

### **Art. 187**

*Art. 187. Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão aplicar os regulamentos editados pela União para execução desta Lei.*

Artigo muito melhor que a ‘ditadura’ dos precedentes, que não autorizam como aqui mas *mandam* que os entes federados façam isto e aquilo, e instituem atividades ou mesmo órgãos no Executivo.

É bem certo que uma lei coerente não autoriza o que não foi pedido, mas seja como for fica muito melhor ao legislador apenas recordar aos entes federados que poderão adotar regulamentos federais – o que de resto aqueles entes já sabiam e sempre souberam, e

praticam com absoluta frequência – do que lhes determinar medidas e providências a adotar.

O que continua incomodando, isto, sim, é a menção aos regulamentos do Executivo a serem editados por força desta lei, algo, como se disse, inconstitucional e abusivo à tripartição constitucional dos poderes do Estado.

**Art. 188**

*Art. 188. (VETADO).*

**Art. 179**

*Art. 189. Aplica-se esta Lei às hipóteses previstas na legislação que façam referência expressa à Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, à Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e aos arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011.*

Outra obviedade tão necessária quanto uma gripe suína, mesmo que inexistissem todas as menções legais às leis englobadas e unificadas por esta L 14133 já se as aplicariam a esta lei automática e necessariamente.

Vale esta regra, porém, apenas a partir de quando esta lei for a única regedora das licitações, a partir de abril de 2023, e não antes disso e enquanto a L 8666 ainda puder ser aplicada, e ainda reger os certames e os contratos.

**Art. 190**

*Art. 190. O contrato cujo instrumento tenha sido assinado antes da entrada em vigor desta Lei continuará a ser regido de acordo com as regras previstas na legislação revogada.*

Pelo menos desde o início do século passado no Brasil a lei nova não prejudica o direito adquirido, a coisa julgada e o *ato jurídico perfeito*.

É o que reza hoje a Constituição, art. 5º, inc. XXXVI, mas é também o que já preconizava a Lei de Introdução ao Código Civil, em 2.010 rebatizada de Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no seu art. 6º.

Sendo supostamente o contrato um ato jurídico perfeito (como o foi o edital), então não precisa a lei de licitações informar que continuará regido pela lei que o fundamentou na origem, porque isso já era assim e assim continua.

Se uma licitação tem publicado o edital no último dia de vigência da L 8666 e se rege por ela, então pode o contrato resultante durar quinze anos, ou o tempo que for, que continuará sendo regido pela lei de origem, sem nenhuma interferência desta L 14133.

### **Art. 191**

*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.*

Artigo que curiosamente foi lido e se tornou conhecido no Brasil antes dos antecedentes dispositivos desta lei – tal a sua bombástica importância para o destino das licitações e dos contratos, e a

curiosidade que o assunto despertou -, consigna a pouquíssimo comum alternatividade de fundamento de procedimentos administrativos, tais quais a licitação e o conseqüente contrato.

Que uma lei contenha a *vacatio* e enquanto isso a anterior continue em vigor é comum e da essência do direito; mas que se possa escolher, por dois anos inteiros, *ou uma ou outra lei*, sem combinação ou mistura possível após a escolha, isso é raríssimo.

Os comentários ao dispositivo, que bem logo se ouviram, foram os mais disparatados, muitos aplicadores detestando a mudança, muitos ansiosos pela aplicação das novidades. Como em tudo, só o tempo e a experiência dirão do *acerto médio* da nova lei, e quanto representou de evolução com relação à L 8666.

Diz-se *acerto médio* porque como foi visto a lei tem altos e baixos, e sempre se faz necessário ponderar as suas vantagens e as suas desvantagens ao longo do tempo e da continuada aplicação.

Existem na nova lei, como se examinou, pontos admiráveis, ao lado e de permeio a tópicos detestáveis – algo natural a todo diploma ‘codificante’ como são as leis do que já é de praxe denominar *normas gerais de licitação*. O remédio, diria o poeta popular, é esperar.

### **Art. 192**

*Art. 192. O contrato relativo a imóvel do patrimônio da União ou de suas autarquias e fundações continuará regido pela legislação pertinente, aplicada esta Lei subsidiariamente.*

Artigo destinado à União e também útil como o despertar da primavera ou o gorjeio do uirapuru.

Não seria a lei de normas gerais de licitações que mudaria o feixe normativo de contratos imobiliários da União, e o

casuístico artigo se revela despiciendo por completo. Ninguém imaginaria nada diferente.

**Art. 193**

*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.*

Artigo que se dedica a indicar vigência e revogação de dispositivos da L 8666, no inc. I revogou desde a promulgação desta lei, e expressamente, o *minicódigo penal* representado pelos arts. 89 a 98 daquele diploma de 1.993 – no que como já se iterou fez muitíssimo bem. Desloca-se essa matéria criminal da lei de licitações para o Código Penal, fora do qual jamais deveria ter estado.

No inc. II fixou a vigência conjunta das duas leis por dois anos contados da promulgação desta, o que acontece em 31 de março de 2.023, ocasião em que somente esta lei regerá as licitações e os contratos cujo ato inicial se inicie a partir dessa data.

Imagina o legislador, não sem razão, que os entes públicos precisam de tempo para absorver as novas regras, por vezes muito impactantes, desta lei, daí o prazo concedido para regência alternativa.

**Art. 194**

*Art. 194. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.*

*Brasília, 1º de abril de 2021; 200º da Independência e 133º da República.*

**JAIR MESSIAS BOLSONARO**

Artigo final, demarca o início da vigência, ou do vigor, da L 14133, sendo que a eficácia, que também foi dada, é alternativa com a da L 8666 até abril de 2.023.

Portanto, já está emprestada eficiência a esta lei, porém facultativa: ou se aplica esta lei ou a L 8666, até o advento daquela data.