

LEI Nº 14.133/21: NOVA ERA SE INICIA

Ivan Barbosa Rigolin
(jan/24)

I – Deu-se enfim o que estava anunciado: revogou-se a Lei nº 8.666/93 em 30 de dezembro de 2023, para que entrasse em vigor exclusivo a sua sucessora Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021.

A inédita vigência *alternativa* das duas leis terminou por fim, e desde a virada do ano somente vigora a última – doa a quem doer.

Uma nova era nessa importantíssima província do direito administrativo, que é a licitação e os contratos administrativos, teve início, após 30 anos da lei que, dentre outras maldições intrínsecas que os aplicadores desde sempre lhe atribuíram, levava já no número a insígnia da *besta do apocalipse*, o número 666, no caso antecedido de 8 para aliviar a carga atávica.

Oxalá as prédicas igualmente apocalípticas a respeito do novo ordenamento – para as quais aliás contribuímos de modo significativo - de que o país possa concluir que em matéria de licitação *era feliz e não sabia*, não se concretizem. Uma coisa é antever o que de resto parece claro, e outra, bem diferente, é desejar que aquilo aconteça; a uma porque não se pode querer o pior, e a duas porque a nação não precisa de mais problemas.

Algo é certo: as autoridades do setor, os autores de editais, os fornecedores, os autores de ações públicas e os

seus julgadores, tanto quanto os estudiosos dessa *cabeludíssima* matéria, todos terão de se desdobrar em zelo, cuidados, ponderação, reflexão, equanimidade, senso crítico, espírito público, racionalidade e todas as demais virtudes a seu alcance para tentar bem aplicar as novas regras, e delas obter o melhor resultado negocial e institucional que com boa-vontade se possa esperar.

E quanto a isso a *honestidade de propósito* vem antes de tudo, sabendo-se que inexiste direito público que esmague ou afronte direito individual (¹).

Mas todo esse ideário não quer significar renunciar a uma sensível *criatividade* conceitual e operacional, porque para viabilizar instituições aparentemente herméticas ou pouco flexíveis toda criatividade é exigida, para que o interesse do ente público, sem ferir o do fornecedor, seja atendido, na medida em que o único bom negócio é o que bem atenda as duas partes.

Se sonhar é possível, então mãos à obra. É prematuro antever resultados seguros da aplicação da nova lei, porém com aquela sobredita boa-vontade e com alguma ousadia se permite esperança. O ótimo como se sabe é inimigo do bom, e o perfeccionista está fadado a pouco produzir. Se se obtiverem resultados razoáveis, então a lei terá dado certo.

¹ É sempre curial lembrar que a ideia de que o interesse coletivo predomina sobre o individual só cabe e só faz sentido se o coletivo observar religiosamente todos os direitos e as garantias individuais do cidadão. Estes, enfeixados no art. 5º da Constituição, são intocáveis e inatingíveis até mesmo por emendas constitucionais, enquanto que a noção ou o ambiente da Administração pública é uma *baderna* dentro da Constituição, sem estabilidade quase nenhuma e que hoje é uma coisa, amanhã outra e depois de amanhã uma terceira que nem mais sequer recorda a primeira. Vejam-se as sucessivas emendas constitucionais que transformaram a Constituição num frenético periódico que somente a *internet* consegue manter atualizado. Mas *ninguém mexe, nem brinca, com os direitos e as garantias individuais do cidadão*. O direito e a garantia individuais estão preservados sempre de todo furacão e de qualquer tormenta. E nesse contexto, se sobrar tempo e espaço, aí então entra a Administração pública, arranjando-se como possa dentro do disciplinamento constitucional.

II – Tendo já sido escrito um volume considerável sobre a nova lei, abordam-se neste algumas novidades, inaugurais das milhares que com absoluta certeza advirão no panorama das licitações, ao longo dos próximos anos.

Sim, porque se já a Lei nº 8.665/93 deu pano para manga, imagine-se o que virá na esteira desta nova lei. Alguém diria que se trata de nitroglicerina pura – a conferir.

Apenas dois assuntos serão abordados: 1) a Lei nº 14.628, de 20 de julho de 2023, e 2) o Parecer AGU nº 1/2023/CNLCA/CGU/AGU, datado de 27 de abril de 2023.

III – Foi promulgada a Lei nº 14.628, de 20 de junho de 2023, publicada em 21 de julho de 2023.

O seu assunto foi instituir o *Programa de Aquisição de Alimentos (PAA)* e o *Programa Cozinha Solidária*, e quanto a isso dispõe abundantemente.

Ao final, misturando completamente assuntos os mais disparatados possíveis, aparece o art. 25, que se lembrou da nova lei de licitações, assim:

Art. 25. O art. 75 da Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 75. (...)

XVI - para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos

estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII deste **caput**, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

XVII - para contratação de entidades privadas sem fins lucrativos para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, a fim de beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou pela falta regular de água; e

XVIII - para contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação do Programa Cozinha Solidária, que tem como finalidade fornecer alimentação gratuita preferencialmente à população em situação de vulnerabilidade e risco social, incluída a população em situação de rua, com vistas à promoção de políticas de

segurança alimentar e nutricional e de assistência social e à efetivação de direitos sociais, dignidade humana, resgate social e melhoria da qualidade de vida.

IV – Começou a saga. O governo odeia com todas as suas forças a licitação – e com efeito só não extirpa de vez esse instituto da legislação porque não suportaria a pressão que sofreria da sociedade -, e tal qual na anterior Lei nº 8.666/93 está iniciada a marcha do aumento das hipóteses de licitação dispensável⁽²⁾.

O nível técnico da alteração é baixíssimo. Acompanha o nível geral da lei.

Foi modificado art. 75 da Lei nº 14.133/21: alterou-se o seu inc. XVI, e lhe foram acrescentados os incs. XVII e XVIII.

A modificação do inc. XVI é mesmo difícil de acreditar que tenha ocorrido. Foi substituído o excerto *do caput deste artigo* por *deste caput*. Trocou-se dez por uma dezena. Mas os diversos artigos que mencionam o inc. tal ou qual *do caput deste artigo* permaneceram sem modificação. É arrepiante de ruim.

O inc. XVII introduziu a dispensabilidade de licitação para a contratação (I) de entidades privadas (II) sem fins lucrativos para (III) implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água (IV) a fim de beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou pela falta regular de água.

² A Lei nº 8.666/93 continha no art. 24, da dispensabilidade de licitação, quando foi publicada, 14 (catroze) incisos. Terminou sua existência, ao final de 2023, com 35 (trinta e cinco) incisos. Nem os coelhos são mais prolíficos, e a repetição dessa história já se iniciou na Lei nº 14.133/21.

Em primeiro lugar cisternas não se implementam, mas se constroem, se fabricam, como equipamentos de construção civil que são. Ninguém implementa telhado ou piscina, mas pura e simplesmente *constrói* essas utilidades. A douração da pílula é evidente para uma ideia tão pobre.

Em segundo lugar fica-se a imaginar a que preço as cisternas serão ‘implementadas’ sem licitação e a título de beneficiamento social de camadas pobres. A licitação daria transparência aos negócios, enquanto que a dispensa joga um mar de opacidade sobre o mesmo negócio, jamais se podendo avaliar a justeza do preço segundo o mercado. A ideia é péssima.

Quase por fim, a lei neste momento se justifica: *a fim de beneficiar ...* Ora, desde quando a lei contém justificativas no seu próprio texto? O corpo da lei não é momento de justificativa, a qual pode vir expressa na exposição de motivos, mas jamais no articulado. A técnica é sofrível.

Por fim, todo o inciso é de um casuísmo de insignificância absoluta: cisternas? Por que não regadores? Caixas d’água? Cargas de caminhões-pipa? Que têm de especial ou diferenciado as cisternas, no combate à seca? Se a lei for perder-se em rastejantes casuísmos dessa microscópica relevância, então se espere o pior das futuras alterações.

V – O novo inc. XVIII traz outra choradeira ou ladainha federal, a respeito de um programa social implementado pelo governo denominado cozinha solidária, e tal qual o inciso

anterior se debulha em explicações, justificativas e discursos sociais absolutamente fora de propósito no corpo de uma lei.

O autor destas modificações à nova lei de licitações parece ter querido demonstrar que nada é tão ruim que não possa piorar ainda mais.

A Lei nº 14.133/21 é provavelmente a pior que já tenhamos lido no ordenamento brasileiro, porém ao que tudo indica ainda não atingiu o fundo do poço, e segue descendo.

VI – Passa-se ao segundo assunto, o Parecer AGU nº 1/2023/CNLCA/CGU/AGU, com data de 27 de abril de 2023. Desta vez é uma alvissareira novidade, como ‘comentário oficial’ à lei.

Sem entrar na exposição e na fundamentação do longo e bem arrazoado parecer, transcreve-se apenas o seu ‘cabeço’ e a sua conclusão, a saber:

PARECER nº 00001/2023/CNLCA/CGU/AGU (...)

ASSUNTO: Inexigibilidade de licitação para contratação de serviços técnicos profissionais especializados

Ementa: Lei 14.133, de 2021. art. 74, III. Inexigibilidade de licitação.

Requisitos. Desnecessidade de comprovação de singularidade do serviço contratado.

(... – *corpo do parecer*)

CONCLUSÃO

54. Ante o exposto, em resposta ao

questionamento formulado, propomos o presente parecer, com as respectivas conclusões:

a) Para a contratação por inexigibilidade de licitação dos serviços técnicos especializados listados no art. 74, III, da Lei nº 14.133, de 2021, deve a Administração comprovar (i) tratar-se de serviço de natureza predominantemente intelectual, (ii) realizado por profissionais ou empresas de notória especialização; e que (iii) a realização da licitação será inadequada para obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

b) A comprovação da notória especialização do profissional ou da empresa não decorre de um juízo subjetivo do administrador público, mas do reconhecimento do profissional ou da empresa, dentro do campo em que atua, como apto a prestar, com excelência, o serviço pretendido.

c) A notoriedade, de acordo com a Lei nº 14.133, de 2021, pode ser comprovada de diversas maneiras, como, por exemplo, desempenho anterior de serviço idêntico ou similar ao almejado pela Administração, publicações em periódicos de elevada qualificação acadêmica, reconhecimento do alto nível da equipe técnica que presta o serviço.

d) Além da notória especialização, deve a Administração demonstrar que os preços são adequados à realidade do mercado segundo os critérios de pesquisa de preços determinados pela legislação.

e) Ao administrador público cabe o dever de motivar sua decisão na comprovação da confiança que tem no

prestador de serviço por ela escolhido.

f) Em relação ao ponto principal, acerca da não previsão da comprovação da natureza singular do serviço a ser prestado pela empresa ou profissional de notória especialização, pelas razões elencadas neste parecer, *manifestamo-nos pela desnecessidade de sua comprovação para a contratação por inexigibilidade de licitação, desde que o administrador adote as cautelas elencadas nas letras "a" a "e" deste item 54 do parecer, de forma que a motivação de seus atos conste expressamente nos autos do procedimento administrativo.* (Destaque nosso)

55. Este é o parecer. À consideração superior.
Brasília, 27 de abril de 2023.

LUCIANO MEDEIROS DE ANDRADE
BICALHO ADVOGADO DA UNIÃO Relator

VALMIRIO ALEXANDRE GADELHA
JÚNIOR ADVOGADO DA UNIÃO Relator

(seguem dez assinaturas)

VII – O dispositivo do parecer que neste momento interessa ter presente é a al. *f*, que, dentro da conclusão da peça, foca a questão da *singularidade do serviço* objeto da contratação, declarando-a inexigível – porque a Lei nº 14.133/21, e de modo diferente das leis anteriores, simplesmente *não a previu*.

Não mais é requisito para a contratação direta do serviço que ele seja demonstradamente singular, porque, repita-se,

a nova lei de licitações deixou de incluir como necessária a demonstração daquela *natureza singular* – seja lá o maldito diabo que isso significa ou um dia significou.

Nossa furiosa indignação com o passado, nessa farisaica, hipócrita, pantanosa e lúgubre matéria da ‘natureza singular do objeto’ tem explicação.

VIII - Até onde a vista alcança, iniciou-se a menção a ‘natureza singular’ do objeto no Decreto-lei federal nº 2.300, de 21 de novembro de 1.986. Rezava esse diploma, revogado pela Lei nº 8.666/93 - que por sua vez está hoje revogada pela Lei nº 14.133/21 -, que um dos requisitos para a contratação com inexigibilidade de licitação de certos serviços técnicos profissionais especializados era a demonstração da sua *natureza singular* (L 8666, art. 25, inc. II).

Ora, que festival de deslavada hipocrisia ! Que falta de cultura, de valores sociais, de bom-senso e de ponderação ! Que é ou vem a ser *natureza singular* de um objeto de contrato, dentro da necessária objetividade que uma lei que envolve o destino de milhões de pessoas precisa ter ? Tem forma, cor, tamanho ou alguma característica que possa ser objetivamente avaliada ?

Pensamos que não, e se o mundo tem oito bilhões de habitantes provavelmente haverá oito bilhões de entendimentos acerca do que seja a natureza singular de alguma coisa.

É um conceito absolutamente vago, e, em direito, desastrosamente subjetivo e impreciso. Se colocado numa lei que envolve a vida e a reputação de fornecedores, agentes públicos,

profissionais liberais e outras eventuais categorias revela-se perigosíssimo, e de fato foi ruinoso para um sem-número de profissionais vítimas de ações públicas que antes lembraram metralhadoras giratórias.

O exército das suas vítimas lembra os contingentes de ex-combatentes que retornam ao país de origem, despedaçados, desassistidos, molambos humanos.

IX - Ora, se o serviço era considerado técnico especializado, então como ou por que raios precisaria ter demonstrada a sua natureza singular ? Já não era singular ? A característica de serviço *técnico especializado* por acaso já não preenchia esse requisito ?

Algum serviço técnico profissional especializado, por tudo que é sagrado em direito e em primitiva lógica, pode acaso deixar de ter natureza singular ? Pode porventura existir (I) serviço técnico especializado que ao mesmo tempo seja (II) comum, vulgar ou corriqueiro ?

A clareza solar, ou o serviço é técnico profissional especializado ou é comum e corriqueiro ! São categorias reciprocamente excludentes, incompatíveis e *inconvivíveis* entre si, uma repelindo a outra sem acomodação possível !

Ninguém se apercebia da *monstruosa estupidez* daquela ideia, que vicejou soberana no direito administrativo brasileiro durante 37 (trinta e sete) anos, e que ensejou a desgraça de milhares de profissionais processados imerecidamente - e na mesma toada crucificados no meio profissional, social e familiar

-, e que apenas, num *excelente* momento desta Lei nº 14.133/21 desapareceu do ordenamento em 2.024 ?

X - Então, prosseguindo no raciocínio, o profissional porventura cursa uma penosa faculdade de quatro, cinco ou seis anos – se não *levar bomba* em algum ano e permanecer um pouco mais na faculdade, sem dizer dos prováveis anos de *cursinho* que teve de gramar para ingressar no ensino superior.

Depois disso, em certas carreiras se submete a um duro exame no órgão fiscalizador do exercício profissional (exemplo por excelência: OAB – Ordem dos Advogados do Brasil), para que, quando enfim puder exercer a profissão, venha a ter o seu trabalho classificado de *corriqueiro*, *comum* ou *indiferenciado* ?

Alguém neste mundo então se submete ao tormento intelectual e financeiro que é formar-se e se habilitar superiormente para uma profissão ... para poder realizar *serviços corriqueiros* ? Foi para isso que estudou ? Serviço corriqueiro de médico ? Serviço comum de engenheiro ? Serviço indistinto de advogado ? Pode existir alguma *contradictio in terminis* como essas ?

Faz algum sentido essa patológica e amadorística ideia, que é tão fora de propósito e primária quanto a recentemente extirpada *improbidade culposa* que a lei consignava ?

A que se pode atribuir semelhante primitivismo do legislador brasileiro ? Este humílico escriba nunca fez ideia.

E a nossa renitente campanha contra esta Lei nº 14.133/21 - pelo seu conjunto final - precisa recuar um passo e

reconhecer a magnífica instância que o diploma atingiu quando, no art. 74. inc. III com suas alíneas, deixou de prever a ‘singularidade’ – seja lá isso a praga que for, e que na cabeça de cada pessoa é uma coisa diferente – como requisito à contratação de serviços técnicos profissionais especializados.

Reconhece enfim a lei que a singularidade reside *na pessoa do prestador*, e não propriamente no serviço em si.

Ilustrando com arte, dez artistas podem pintar a mesma cena, porém o resultado será melhor aqui do que ali, e seguramente a qualidade do conjunto dos dez trabalhos terá dez níveis. O que faz a diferença não é a cena pintada *mas o trabalho de cada pintor*, que, isso sim, é singular na medida em que cada pessoa é um universo inteiro, peculiar e inconfundível na sua configuração.

No direito ocorre rigorosamente o mesmo, e ao invés de dar tratos à bola para entender o que seria a natureza singular de um trabalho - que já vem classificado como *serviço técnico profissional especializado* ! - deveria o legislador, e o aplicador da lei, dedicar-se a verificar a habilitação da pessoa a ser contratada para o serviço, para atestar que de fato o serviço é especializado.

Uma vez isso atestado, cessa o drama existencial, metafilosófico e esotérico de tentar enquadrar *natureza singular do objeto* em alguma categoria juridicamente objetiva. Se é especializado, então ninguém duvide de que *ipso facto* é singular !

Alvíssaras ! Nem tudo está perdido.