

LICITAÇÕES – A NOVA LEI – 2

Ivan Barbosa Rigolin

(abr/21)

Art. 2º

Art. 2º Esta Lei aplica-se a:

*I - alienação e concessão de direito
real de uso de bens;*

*II - compra, inclusive por
encomenda;*

III - locação;

*IV - concessão e permissão de uso de
bens públicos;*

*V - prestação de serviços, inclusive
os técnico-profissionais especializados;*

*VI - obras e serviços de arquitetura e
engenharia;*

*VII - contratações de tecnologia da
informação e de comunicação.*

Este artigo informa a que objetos se aplica a L 14133. Como na L 8666, é ruim, porque excessivamente genérico, e dentro das contratações diretas por inexigibilidade e por dispensa de licitação acontecem exceções a estas regras, que não parecem estar admitidas aqui.

Trata-se da regra geral e ampla, que vigora eficazmente quando não for excepcionada pela própria lei, verificada cada circunstância ocasional. *Não é fatal nem peremptória esta lista, é o que se quer dizer.*

Assim, em não sendo excepcionado cada caso real, ou seja se não existir regra excepcionadora incidindo sobre a ocasional pretensão do poder público, como regra inicial, aplica-se esta lei nas

- *alienações e nas concessões de direito real de uso* (inc. I). Abrange-se qualquer alienação, de bens móveis ou imóveis, significando a transferência da titularidade do bem ou do direito (em geral classificado como bem móvel), e sejam materiais ou imateriais.

Também caso o poder público queira outorgar *concessão de direito real de uso*, modalidade de transferência da propriedade pública que é vinculada à manutenção da finalidade do negócio pelo concessionário. e que é regida pelo art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro 1.967, como regra inicial – que pode comportar exceções - precisará licitá-la por esta lei;

- *compras, inclusive por encomenda* (inc. II). Que as compras são licitadas é regra antiga, que também comporta exceções, como por exemplo aquelas que não atingem o valor mínimo licitável, previsto na lei. O lance curioso é a previsão de que mesmo compras encomendadas se licitam. Alguém supunha que não seriam licitáveis ?

Se por exemplo o ente público licita móveis que devem ser fabricados especialmente, ou próteses individuais, pode sempre a isso denominar encomendas. Se por outro lado licita bens para serem entregues em certos prazos e em certas condições, também pode a isso denominar encomendas, independentemente do regime contratual de pagamento. Não se atina, com tanto, com a razão desta inédita especificação, algo como a *pedra na sopa* do dito popular;

- *locações* (inc. III), que são o mesmo que aluguel. Toda locação que não estiver dentro de regra excepcionadora deverá ser licitada, e essas regras excludentes existem com abundância, como a de por exemplo apenas um bem servir para ser locado, caso típico de inexigibilidade.

Entendemos que também o *arrendamento*, e o arrendamento mercantil ou *leasing*, se acaso permitidos e necessários para a

Administração, enquadram-se nesta regra de licitabilidade, salvo naquelas ditas exceções;

- *concessões e permissões de uso de bens públicos* (inc. IV). Previsão juridicamente estúpida, obra de jejunos do direito que desconhecem que esse assunto é de órbita local, dependente e resolúvel segundo a lei orgânica de cada Município, e pela Constituição e legislação estadual para cada Estado. Se se licita permissão e concessão de uso de bem público é cada Município e cada Estado que deliberam, nos termos da sua legislação, e não lei federal sobre assunto nenhum.

Merece ação de inconstitucionalidade com pedido de liminar suspensiva, tal qual ocorreu com o art. 17 da L 8666, declarado em parte inconstitucional pelo STF na ADI nº 927-3- RS, relator Min. Carlos Velloso, em 3 de novembro de 1.993, numa cautelar que, a propósito, até hoje vigora.

Dispositivo profundamente deseducativo e deplorável;

- *prestações de serviços, inclusive os técnico-profissionais especializados* (inc. V). A coisa parece desandar de vez. São tantas as exceções à licitabilidade de serviços técnicos profissionais especializados que este inciso é outro dispositivo que mais atrapalha o direito que o constrói.

Então, se não se estiver diante de alguma das inúmeras exceções. licitam-se os serviços que a Administração pretende contratar.

Quanto a serviços comuns as exceções à licitabilidade são menores mas também existem, e teria sido muito mais inteligente e proveitoso que o legislador mantivesse a técnica concisa e resumida da lei anterior, art. 2º, que a abrisse desajeitada e ineptamente como fez aqui, aparentemente para demonstrar ao mundo *que tem poder... e é lamentável* precisar trabalhar num tal cenário involucional, no qual o legislador tenta consertar a natureza;

- *obras e serviços de arquitetura e engenharia* (inc. VI). Temos a mesma ladainha, já enfadonha: sempre que não se estiver dentro de alguma exceção, então se licitam obras e serviços de engenharia e de arquitetura, como é de regra geral dos contratos públicos. São tantas as exceções entretanto que esta previsão pouco vale para nortear quem quer que seja neste assunto, e, curiosamente, deixa mais dúvidas em pé que as esclarece... e aí de quem se restringir a este art. 2º...;

- *contratações de tecnologia da informação e de comunicação* (inc. VII). Pode-se repetir o comentário anterior. São tantas e tantas as hipóteses de licitações inexigíveis e dispensáveis neste caso, no mundo real e não no imaginário do legislador, que outra vez ficou pior esta previsão expressa que uma genérica junção de objetos no *caput* do artigo, como no art. 2º da L 8666, para clarear o direito.

Em caso de informática e de TI se acentua particularmente este problema, porque o mundo de hoje é quase uma realidade virtual, no qual poucas coisas não se conseguem resolver diante de uma tela e dentro de um programa de computador. Desse modo, confiar neste dispositivo generalizante é tudo o que se desaconselha ao aplicador da lei, eis que, segundo parece, existem mais exceções à regra do *caput* do que efetivas hipóteses em que vigora desimpedidamente.

Art. 3º

Art. 3º Não se subordinam ao regime

desta Lei:

I - contratos que tenham por objeto operação de crédito, interno ou externo, e gestão de dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantia relacionadas a esses contratos;

II - contratações sujeitas a normas previstas em legislação própria.

Prosseguindo na sua técnica ineditamente ruim, a lei neste ponto parece querer resumir em que objetos não se aplica a L 14133, como se fossem apenas estes e não a miríade interminável de exceções à licitação que a realidade do dia-a-dia a todos impõe.

Por este artigo não se aplica esta lei a operações de crédito interno ou externo (dentro do país ou fora) e contratos de gestão da dívida pública, algo meio futurista que parece anunciar que o poder público talvez não saiba suficientemente como gestionar sua dívida, daí precisar contratar terceiros para auxiliá-lo nesse mister.

Os eventuais consectários de tais contratações, como a contratação de agente financeiro e de garantias de execução, seguem o principal como é de regra em direito, e também escapam à aplicação da lei (inc. I).

E pelo inc. II não se aplica a L 14133 quando a contratação for regida por legislação específica e própria, algo que parece óbvio mas cuja previsão não faz mal, para desde logo prevenir confusões ou baralhamentos.

Em caso de contratações no estrangeiro esta previsão, aí, sim, é redundante, porque jamais uma lei nacional rege negócios estrangeiros – a não ser na improbabilíssima hipótese em que o respectivo contrato assim o determine.

Art. 4º

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

§ 1º As disposições a que se refere o caput deste artigo não são aplicadas:

I - no caso de licitação para aquisição de bens ou contratação de serviços em geral, ao item cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima

admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte;

II - no caso de contratação de obras e serviços de engenharia, às licitações cujo valor estimado for superior à receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte.

§ 2º A obtenção de benefícios a que se refere o caput deste artigo fica limitada às microempresas e às empresas de pequeno porte que, no ano-calendário de realização da licitação, ainda não tenham celebrado contratos com a Administração Pública cujos valores somados extrapolem a receita bruta máxima admitida para fins de enquadramento como empresa de pequeno porte, devendo o órgão ou entidade exigir do licitante declaração de observância desse limite na licitação.

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

Este artigo diz respeito às micro e pequenas empresas, cujo estatuto é a aqui referida Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. O *caput* manda aplicar a L 14133 às licitações e aos contratos por ela regidos os arts. 42 a 49 daquele estatuto. Por esses dispositivos se concedem privilégios às MPE nas licitações promovidas pelo poder público.

O § 1º abre exceções à regra do *caput*, e exclui da incidência desta L 14133 – retirando delas o privilégio, portanto - estas duas seguintes hipóteses:

a) *aquisição de bens ou contratação de serviços ,quanto ao item cuja estimativa de valor superar a receita bruta máxima admitida para o enquadramento do proponente como empresa de pequeno porte,*
e

b) contratação de obras e serviços de engenharia, nas licitações cujo valor total estimado for superior à receita bruta máxima admitida para enquadramento do proponente como empresa de pequeno porte.

Está correta a lei, dentro do seu detalhismo que não tem fim. Se a micro e a pequena empresa obtiveram privilégios exatamente por auferirem receita limitada a valores que a LC 123/06 fixou, então não faz sentido que mantenham aqueles privilégios em ocasionais contratações por valores superiores aos que permitiram o enquadramento como empresa de pequeno porte.

Privilegia-se – e já muito contestavelmente segundo entendemos – a empresa que se limita a auferir renda circunscrita a limites legais diferenciadores; se a empresa os ultrapassa em licitações que redundarão em contratações, será injusto manter as regalias, de modo que a lei neste ponto acertou.

O § 2º, mantendo regra já existente na lei das MPEs, também acerta ao limitar os benefícios dos arts. 42 a 49 do estatuto às empresas que no ano-calendário em que se der a licitação ainda não tenham celebrado contratos públicos cujos valores, somados, ultrapassem a receita bruta máxima admitida para o seu enquadramento como empresas de pequeno porte.

Deve ser então exigida daqueles licitantes declaração de adequação a esse limite, o que evidentemente se dará sob as penas da lei por declaração falsa à Administração pública – e ao licitante é um péssimo negócio falsear suas informações.

O derradeiro § 3º complementa os anteriores, estabelecendo que nos contratos superiores a um ano será de um ano o prazo a ser considerado para os fins de apuração do valor e dos limites previstos nos §§ 1º e 2º.

Além de coerente e lógico, é de tradição no direito brasileiro esse prazo anual, que atrai naturalmente o raciocínio em matéria de duração contratual. E não se trata no caso de ano-calendário, que se inicia em 1º de janeiro e termina em 31 de dezembro, mas um ano corrido, iniciado na data que for.

Art. 5º

CAPÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS

Art. 5º Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável, assim como as disposições do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro).

Este artigo verte para o plano da lei os cinco princípios de administração figurantes do art. 37 constitucional, acrescido de outros 17 (dezesete), totalizando o possível *record* mundial de 22 (vinte e dois). Devem ter sido colecionados durante meses a fio, num trabalho de pacientíssima compilação. Dos *oito* do art. 3º da L 8666 passaram a *vinte e dois* nesta L 14133 !

O texto parece desafiar outros legisladores, ou doutrinadores, a encontrar outros princípios, como se tal colecionismo auxiliasse em alguma coisa o direito e o trabalho das licitações. Redonda ilusão, quando faltam figuras como o princípio da *vergonha na cara*, ou o da racionalidade do agente.

Isso não quer significar, entretanto, que sejam desprezíveis os princípios, aqui desfilando como vistoso rebanho, pois que são frequentes ações civis públicas contra envolvidos em licitações - sejam agentes públicos, sejam licitantes ou fornecedores -, em geral movidas pelo Ministério Público, por violação a princípios de administração. Com esta nova *chusma* de

princípios, muito mais alegações passam a ter os autores de tais ações. E quando muita vez as ações já são sabida e reconhecidamente nefastas pelo evidente exagero da pretensão punitiva, neste momento poderão tornar-se bastante mais deletérias aos réus.

Com efeito, parece que os princípios inserem ideias na consciência dos fiscais, com as quais jamais haviam sonhado. Teme-se profundamente esse possível efeito desta lista do art. 5º.

Pulando-se desde já os arquiconhecidos princípios que já figuram na L 8666, cinco dos quais já existiam na Constituição desde 1.988, temos que

- *planejamento* significa simples organização dos trabalhos envolvendo as contratações pretendidas, os editais de licitação, as minutas de contratos e todos os trabalhos necessários para o certame;

- *transparência*, regra muito em moda e que precisa ser efetiva em prol das diversas fiscalizações que incidem sobre os contratos governamentais, é a garantia de acesso do cidadão aos negócios públicos, através de ao menos inserção nos *sites* oficiais das informações negociais mais importantes;

- *eficácia* é eficiência, capacidade de produzir efeito, aptidão para o fim proposto, suficiência de resultados;

- *segregação de funções* é a necessária separação das funções dos setores e dos agentes envolvidos nas licitações, sem baralhamentos ou interferências recíprocas, de modo a permitir que cada qual bem desempenhe seu papel;

- *motivação* é o fim público a que se destina a licitação, a utilidade pública da sua realização, sem desvios de interesse e sem redestinações dos objetos e dos procedimentos;

- *vinculação ao edital e julgamento objetivo* são duas importantíssimas regras que já existem na L 8666, fundamento de impugnações

aos editais, ações judiciais e conflitos de toda ordem e sem conta entre e interessados.

Não pode o julgamento (I) se desviar do que estabeleceu o edital como regra específica para cada licitação, e o julgamento, dentro do possível, precisará ser frio e objetivo, sabendo-se entretanto que realmente objetivo (II) será apenas um julgamento de menor preço, sem possibilidade de sofrer influências pessoais dos agentes;

- *segurança jurídica*. Excelente ! Vejamos se o agente das licitações observa este mandamento, sendo porém que deveria, antes, dirigir-se aos Ministros da mais alta corte de justiça do país, e também aos Governadores dos Estados, sem dizer de abundantes Prefeitos Municipais. Não é propriamente nas licitações e nos contratos públicos que falta segurança jurídica ao cidadão brasileiro;

- *razoabilidade*. É bom que conste escrito na lei este princípio, porque poderá com mais efetividade ser alegado em recursos, em impugnações ao edital, em julgamentos e em todo o procedimento licitatório, sem dizer das fiscalizações.

Quanto a essas, é em matéria de defesas que será mais intensamente verberado por quem se sinta injustiçado com algum apontamento ou alguma condenação, que entenda simplesmente pouco razoável dentro do comportamento médio dos agentes administrativos;

- *competitividade*. Redundância perfeitamente dispensável, porque não se imagina uma competição, como a licitação, que precise ser advertida de que deverá observar o princípio da competitividade... licitação é competitividade, de modo que a previsão, aqui, é infantil;

- *proporcionalidade*. Isto é a própria razoabilidade dita com outra palavra, ou mesmo a motivação, ou a finalidade. *Vana verbis*, diriam os romanos;

- *celeridade*. Dentro do que for dado ao agente da licitação trabalhar rapidamente observando os prazos da lei em favor do licitante, essa é a meta expressa por este princípio. Apenas que *não se acredita em nada*

que respeite ao tema dentro da lei, quando se sabe que a Constituição garante ao cidadão *duração razoável do processo* (CF, art. 5º, inc. LXXVIII), e quando se conhecem ações que correm há um século, e quando inúmeras ações penais a todo tempo prescrevem no curso do processo por demora no julgamento final.

Outra parolagem flácida para dormir bovinos, da pior categoria;

- *economicidade*. Demagogia infantil, quando a licitação em nosso país é a perseguição do melhor preço. Economicidade é a regra primeira da Administração pública, fora da qual os contratos podem ser e frequentemente são anulados em ações civis públicas ou em ações populares. Alguém precisa ensinar a alguém, ainda mais se se tratar da Administração pública, que é preciso ser econômico nesta vida ?;

- *desenvolvimento nacional sustentável*. O legislador, que escreveu isto, deve saber o que significa, e onde entraria no contexto de uma licitação. Para nós é mais um exercício de demagogia bem-soante, na medida em que a licitação tem regras financeiras e econômicas muito rígidas e fiscalizadas de perto, que não cedem a rótulos de moda ou ondas passageiras como este vago conceito. Se o legislador escreveu, este autor supõe que isto existe, mesmo;

Conclui o artigo informando que a antiga Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, se aplica às licitações regidas por esta lei. Ora, se todas as instituições jurídicas brasileiras devem imaculado respeito e observância a esta basilar e estrutural lei que dá os pilares do direito brasileiro, será que por acaso a lei de licitações escaparia à sua incidência ?

A infantilidade do legislador é de desanimar profissionais do direito. Parece faltar-lhe o que fazer – quando se sabe que não falta. A quem exige economicidade do agente da licitação trata-se de uma decepção que seja tão prolixo e antieconômico na lei.

