

INTERESSE PÚBLICO

Análise crítica das licitações na Lei 14.133/21

29 de abril de 2021, 8h01

Por Adilson Abreu Dallari

A nova lei de licitações e contratações públicas, Lei 14.133 de 01/04/21 tem muitos méritos, sendo o primeiro deles o de reunificar a legislação federal sobre a matéria, que estava dividida entre a vetusta Lei 8.666/93, a Lei 10.520/02, que dispõe sobre o pregão, e a Lei 12.462/11, que criou o Regime Diferenciado de Contratações – RDC. Além disso, deu tratamento adequado a vários assuntos carentes de uma disciplina legal clara e objetiva. Merece destaque o tratamento dado à fase preparatória (Art. 18 a 27), que condiciona a abertura e desenvolvimento do certame e até do futuro contrato. Seu texto tem sido bastante louvado pela doutrina, mas tem recebido algumas poucas críticas. O objetivo do presente estudo é destacar alguns pontos negativos, que devem merecer maior atenção de todos que lidam com essa matéria. Neste texto, as críticas são limitadas apenas à disciplina das licitações.



O principal problema da nova lei é o vício de inconstitucionalidade, na medida em que não contém apenas normas gerais, descendo a incríveis detalhamentos e particularidades. Cabe aqui transcrever a objeção que fizemos à Lei 8.666/93, pois o problema é o mesmo: “Entendemos que normas gerais na Lei 8.666/93, aplicáveis igualmente à Administração Federal, aos Estados e aos Municípios, são apenas os princípios elencados nos arts. 1º. a 5º., e mais algumas outras disposições amplas e genéricas que comportam aplicação uniforme em todo o território nacional, assim como também, ao mesmo tempo, uma complementação, um detalhamento, uma integração pela legislação específica de cada pessoa jurídica de capacidade política. Entre essas normas gerais estão aquelas que definem as espécies de licitação, por se enquadrarem nos critérios acima referidos e, também, especialmente, porque o inciso XXVII do art. 22 da Constituição Federal, em sua redação original, ao atribuir competência à União para expedir normas gerais, referia-se, expressamente, a “todas as modalidades” de licitação, para a Administração Pública direta

e indireta.” (ADILSON ABREU DALLARI, “Aspectos Jurídicos da Licitação”, 7ª. edição, Saraiva, 2006, São Paulo, p. 29/30).

A Lei 14.133/21, tal como está redigida, não é uma lei nacional (aplicável igualmente aos três níveis de governo), mas, sim, é uma lei federal, talhada para disciplinar licitações e contratações, de grande vulto e complexidade, no âmbito da administração pública federal, que dispõe de pessoal qualificado para isso. Estados e Distrito Federal terão dificuldades em sua aplicação, mas salta escancaradamente aos olhos a sua impossível aplicação na maioria dos mais de cinco mil e quinhentos Municípios brasileiros. Sua redação é bastante prolixa, marcada pela ambição insana de resolver todos os problemas que já surgiram em matéria de licitações. A dificuldade de leitura e compreensão é agravada pela formidável profusão de remissões. Nesta primeira crítica de ordem geral cabe ainda mencionar a previsão de inúmeros regulamentos, que vão gerar problemas de aplicabilidade. Com efeito, o Art. 187 faculta aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a aplicação de regulamentos editados pela União (o que já é questionável) mas fica a pergunta: poderão essas unidades editar regulamentos próprios a dispositivos da lei federal?

Inaugurando o exame de dispositivos específicos, onde serão examinados apenas alguns artigos, aleatoriamente, veja-se o Art. 5º, que elenca uma pleora de princípios, repetindo (desnecessariamente) alguns que já constam do Art. 37 da CF, acrescentando outros não sedimentados na legislação e na jurisprudência, de conteúdo ou significado impreciso (por exemplo: da segregação de funções), que vão gerar muitas controvérsias. No final afirma, desnecessariamente, que os dispositivos da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB são aplicáveis às licitações.

O Art. 6º tem um rol de 60 (sessenta) incisos (e mais suas subdivisões) com definições dos termos utilizados nos mandamentos da lei. Algumas são realmente necessárias, por se referirem a peculiaridades da lei (matriz de risco, agente de contratação etc.), mas uma boa quantidade é completamente inútil, tais como os conceitos consagrados e correntes, como os de órgão, entidade, autoridade, administração pública, contratante, contratado, compra, obra, serviço etc. O problema está em alguma possível situação que não se enquadre perfeitamente na literalidade da definição, podendo gerar controvérsias.

Os Arts. 7º a 10 dispõem sobre agentes públicos, que não é, exatamente, matéria de licitação, mas, sim, de organização administrativa, descendo a detalhes, tais como o agente de contratação, a comissão de contratação e a gestão por competências, que, certamente, serão de difícil aplicação em alguns Estados e na maioria dos Municípios. De resto, podem configurar inconstitucionalidade, na medida em que, ao estabelecer impedimentos e

obrigações para agentes públicos, afetam a autonomia administrativa das unidades da federação.

O Art. 20 estabelece uma dicotomia entre bens de qualidade comum (não superior ao mínimo necessário) e artigos de luxo, ignorando uma multiplicidade de situações intermediárias. Felizmente, mais adiante (Art. 41), ao cuidar do julgamento das propostas, permite que se leve em consideração características como qualidade, durabilidade, rendimento etc.

O Art. 24 consagra algo que sempre tivemos como absurdo, qual seja o orçamento sigiloso. Sigiloso para quem? Não para todos os agentes que trabalharam na elaboração desse orçamento, nem para os órgãos de controle interno e externo. Sempre haverá uma multiplicidade de pessoas conhecedoras desse orçamento, decorrendo disso a possibilidade de venda de informação sigilosa. Não há como impedir isso.

O Art. 51 contém uma inversão, ao estabelecer como regra a licitação para a locação de imóveis. Imóveis não são coisas fungíveis, mas, ao contrário, se caracterizam pela individualidade ou especificidade. A lei admite, como exceção, a inexigibilidade de licitação, no Art. 74, V, mas, conforme dispõe o § 5º, III, desse mesmo artigo, será necessário demonstrar a singularidade do imóvel e a vantagem advinda para a administração. Vislumbra-se. Claramente, a presunção de que todo agente público é corrupto.

O Art. 61 contém uma incoerência, ao determinar que, definido o resultado do julgamento, a administração poderá negociar condições mais vantajosas com o vencedor. É pressuposto da aceitação da proposta, que ela seja firme e exequível e que não seja exorbitante. Diante disso a negociação se configura como pura chantagem. Mas fica a pergunta: e se o vencedor não quiser negociar?

O Art. 62 é um dos que mostram o desbordamento das finalidades específicas da licitação, dado que o inciso III exige regularidade fiscal, social e trabalhista, o que compreende a reserva de cargos para pessoas com deficiência, as normas sobre trabalho de menores, a igualdade de remuneração, convenções coletivas de trabalho, termos de ajustamento de conduta e até mesmo questões ambientais. Trata-se de algo totalmente alheio à seleção da melhor proposta e que pode dar margem a um infinito número de questionamentos, especialmente por parte de licitantes vencidos.

Enfim, com maior tempo e cuidado seria possível levantar outros questionamentos, mas os pontos abordados já são suficientes para mostrar que a Lei 14.133, de 01/04/21 ganharia muito em objetividade e operacionalidade se fosse mais enxuta e objetiva, dispondo apenas

sobre o essencial. Toda norma jurídica precisa ser interpretada, para que do enunciado se extraia o mandamento. Quanto mais normas, mais interpretações possíveis. Como se diz na Itália: *fata la legge, trovato l'inganno*.

Adilson Abreu Dallari

Professor Titular de Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da PUC/SP; membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Direito Público – SBDP; membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos - CONJUR, da FIESP; membro do Núcleo de Altos Temas – NAT, do SECOVI; membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO; membro do Conselho Consultivo da Associação Brasileira de Direito Administrativo e Econômico – ABRADADE; membro do Conselho Superior de Orientação do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário – IBEDAFT; membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP); Consultor Jurídico.

Adilson Abreu Dallari é professor titular de Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da PUC/SP; membro do Conselho Científico da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP); membro do Conselho Superior de Assuntos Jurídicos e Legislativos da FIESP; membro do Núcleo de Altos Temas (NAT) do SECOVI; membro do Conselho Superior de Direito da FECOMÉRCIO; membro do Conselho Consultivo da Associação Brasileira de Direito Administrativo e Econômico (ABRADADE); membro do Conselho Superior de Orientação do Instituto Brasileiro de Estudos de Direito Administrativo, Financeiro e Tributário (IBEDAFT); membro do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP); consultor jurídico.

Revista **Consultor Jurídico**, 29 de abril de 2021, 8h01