

O PROJETO DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E A ESPADA DE DÂMOCLES: sanção *versus* veto e uma tentativa de contribuição ao PL nº 4.253/2020

Anderson Pedra

@andersonspedra

Advogado e Consultor (Anderson Pedra Advogados). Procurador do Estado do Espírito Santo. Pós-doutor em Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito do Estado (PUC-SP). Professor em pós-graduação de Direito Constitucional e Administrativo em diversas instituições. Professor de Direito Constitucional e Administrativo da FDV/ES.

Rafael Sérgio de Oliveira

@rafaelsergiodeoliveira

Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas. Mestre em Direito. Pós-Graduado em Direito da Contratação Pública pela Universidade de Lisboa. Participante do Programa Erasmus+ na Università degli Studi di Roma. Fundador do Portal L&C. Palestrante e Professor em diversos cursos de pós-graduação no Brasil.

Victor Amorim

@rprof.victor.amorim

Doutorando em Constituição, Direito e Estado pela UnB. Mestre em Direito Constitucional pelo IDP. Coordenador do Curso de Pós-graduação em Licitações e Contratos Administrativos do IGD. Professor de pós-graduação do ILB, IDP, IGD e CERS. Por mais de 13 anos, atuou como Pregoeiro no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás (2007-2010) e no Senado Federal (2013-2020). Foi Assessor Técnico da Comissão Especial de Modernização da Lei de Licitações, constituída pelo Ato do Presidente do Senado Federal nº 19/2013, responsável pela elaboração do PLS nº 559/2013 (2013-2016). Membro da Comissão Permanente de Minutas-Padrão de Editais de Licitação do Senado Federal (2015-2020). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Advogado e Consultor Jurídico.

Sumário:

1 Considerações iniciais; 2 Premissas utilizadas; 2.1 Natureza dos vetos; 2.2 Amplitude dos vetos; 2.3 Respeito às opções políticas; 2.4 Um possível efeito “ricochete” dos vetos; 2.5 Concepção de interesse público; 2.6 Inconstitucionalidade imediata; 2.7 PL como norma geral; 3 Decisões e justificativas; 4 Últimas palavras para uma velha lei e para um ano novo.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A presente análise objetiva contribuir nesse importante momento do processo legislativo em que se observa a iminência de uma inovação legislativa sobre licitação e contratação pública.

O Plenário do Senado Federal aprovou no dia 10 de dezembro de 2020 o projeto da chamada “nova lei de licitação e contrato administrativo”, registrado naquela Casa como Projeto de Lei nº 4.253/2020.

Cumprе salientar que, restando algumas etapas para a efetiva conclusão do processo legislativo, ainda não temos a “nova” lei. O novo diploma das contratações públicas somente virá com a sanção presidencial e, para tanto, é preciso que o texto consolidado do projeto de lei aprovado pelas Casas do Poder Legislativo federal seja materializado e cristalizado nos chamados “autógrafos”.

Para tanto, é preciso que a Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal finalize o minucioso e importante trabalho de consolidação do que foi aprovado pelo Plenário da Casa em 10.12.2020, o que pode demandar ajustes redacionais para garantir a corretude semântica e a aderência legística do projeto. O texto consolidado comporá os “autógrafos” que serão assinados pelo Presidente do Senado Federal e remetidos à Presidência da República para sanção e veto (total ou parcial), na forma do art. 66 da CRFB.

O prazo de 15 dias úteis de que trata o §1º do art. 66 da CRFB para a sanção/veto presidencial tem termo inicial com o protocolo dos “autógrafos” na Subchefia Adjunta de Assuntos Legislativos (SAAL), unidade integrante da Secretaria-Geral da Presidência da República.

Esperam-se alguns vetos parciais até mesmo pela magnitude e pela extensão do seu texto.

Indubitavelmente, para um “novo” diploma geral das contratações públicas no Brasil, eram esperados maiores avanços, com efetiva modernização das licitações e contratos, em especial com a redução dos custos transacionais e uma modelagem das disputas mais dinâmica e aderente à realidade do mercado¹. Contudo, não se pode desconsiderar o quão complexo é o processo legislativo e os canais de diálogo institucional travados entre os atores constitucionais, em especial os parlamentares e as lideranças partidárias².

Registra-se que o processo legislativo do novo diploma de contratações durou mais de sete anos e contou com a significativa participação da sociedade

¹ Para uma crítica estrutural do projeto da nova lei de licitações, em especial, do substitutivo aprovado pela Câmara dos Deputados em setembro de 2019, vide: AMORIM, Victor. *O PL Nº 1.292/1995: até quando ficaremos presos ao “pecado original” do maximalismo legal?*. Observatório da Nova Lei de Licitações. Disponível em: <<http://www.novaleilicitacao.com.br/2020/04/15/o-pl-no-1-292-1995-ate-quando-ficaremos-presos-ao-pecado-original-do-maximalismo-legal/>>.

² Para tanto, vide: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *A Dinâmica decisória no processo legislativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

civil organizada, de instituição de classe e de especialistas e expertos na temática.

Eis então que as Casas Legislativas, após diversos debates e deliberações, chegaram a um consenso, mesmo que relativo, sobre o texto³ que constituirá a “nova” lei de licitações e contratos administrativos.

O texto aprovado traz importantes avanços, podendo destacar, dentre outros: estruturação da fase de planejamento, credenciamento, pré-qualificação, diálogo competitivo, procedimento de manifestação de interesse, maior transparência, inversão de fases, contratação preferencialmente eletrônica, contratação integrada e semi-integrada, possibilidade de saneamento, criação do Portal Nacional de Contratação Públicas, ampliação das categoria de garantia contratual, alocação de riscos para efeito de manutenção do equilíbrio contratual e alargamento da vigência contratual⁴.

Inúmeras críticas também podem ser feitas ao texto aprovado, mas preferimos, por agora, tentar contribuir nesse momento processual com aquilo que é juridicamente possível, ou seja, dentro das limitações do art. 66 e parágrafos da Constituição Brasileira de 1988 (CRFB).

Nossa perspectiva aqui é desafiadora e, para tanto, nos valem da figura de Dâmocles⁵, colocando-nos como tal, com a responsabilidade de sancionar ou vetar, total ou parcialmente, o projeto de lei que será encaminhado à Presidência da República.

A utilização da figura de Dâmocles objetiva aproximar nossa análise com todos os riscos⁶, notadamente os *políticos*, que comportam a decisão do Presidente da República, bem como a análise do “interesse público” quando se está diante de uma legislação nacional que possui inúmeras boas práticas, mas que, contudo, podem não ser atingidas nos recantos deste país.

O presente artigo/análise tem como único objetivo tentar contribuir na discussão em torno do devido processo legislativo do PL nº 4.253/2020 no

³ Registra-se que, na data de conclusão deste artigo (28.12.2020), o texto final do autógrafo ainda não foi consolidado pelo Senado Federal. Acesso em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/145636>.

⁴ Sobre os principais pontos do projeto da “nova” *Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, vide: OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. *Os 10 tópicos mais relevantes do Projeto da Nova Lei de Licitação e Contrato*. Disponível em: <http://www.licitacaoecontrato.com.br/lecComenta/10-topicos-mais-relevantes-projeto-nova-lei-licitacao-contrato-14122020.html>.

⁵ Dâmocles era um cortesão bajulador na corte de Dionísio, monarca de Siracusa e protagonista de uma história (ou lenda) que teria ocorrido originalmente nessa cidade. Sentindo inveja de Dionísio, Dâmocles dizia que um dia queria se sentir como ele: um homem afortunado, com poder e autoridade. Dionísio resolveu atender os desejos de Dâmocles e lhe ofereceu seu lugar por um dia para que ele também pudesse sentir o gosto de toda essa sorte. Dâmocles então foi servido em ouro e prata, atendido extraordinariamente e servido do melhor banquete. Contudo, no meio de todo o luxo Dâmocles percebeu que havia uma grande espada afiada pendurada sobre a sua cabeça e presa apenas por um fio de crina de cavalo. Ao ver a espada afiada suspensa diretamente sobre sua cabeça Dâmocles perdeu o encanto e o interesse pelo posto que ocupara momentaneamente, levantando-se rapidamente e dizendo que não mais desejava ocupar aquele lugar. A alusão à espada de Dâmocles serve para representar as responsabilidades e as incertezas daquele que tem parcela significativa de competência (poder) e os riscos que sempre pairam sobre sua cabeça a partir de qualquer decisão que tenha que tomar.

⁶ Com a espada pendurada sobre o seu pescoço presa apenas por um fio de crina de cavalo.

“estado da arte” que se encontra, sendo que a análise foi elaborada a partir de algumas premissas que passamos a apresentar de forma suscinta.

2 PREMISSAS UTILIZADAS

2.1 Natureza dos vetos

Nos termos do art. 66, § 1º, da CRFB, após analisar o autógrafo encaminhado pela Casa Legislativa responsável pela aprovação terminativa, o Presidente da República poderá vetar o projeto de lei por entender inconstitucional (veto *jurídico*) ou por entender contrário ao interesse público (veto *político*).

Há que se presumir que as questões políticas e jurídicas acerca da nova lei de licitações – que perpassam uma análise subjetiva – foram enfrentadas pelo Poder Legislativo, a partir da ótica inerente à representação democrática de setores da sociedade e, também, por um viés, federativo.

2.2 Amplitude dos vetos

De acordo com o §2º do art. 66 da CRFB, o veto, seja ele *jurídico* ou *político*, apenas abrangerá o texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea, não sendo possível que o veto recaia sobre *palavra* ou *expressão* contida em um desses dispositivos.

Assim, alguns dispositivos, apesar de apresentarem concepções e ideias interessantes, trouxeram também palavra ou expressão que podem sacrificar o interesse público ou estão ofendendo à CRFB, razão pela qual sugerimos o veto.

Em outras palavras: o processo legislativo está ao cabo e não é possível nesse momento grandes contribuições legísticas (formal ou material) para os atores processuais, salvo, reiniciar um novo processo legislativo para alterar o que, tudo indica, será promulgado.

2.3 Respeito às opções políticas

Nesse momento processual, não cabe mais revistar as escolhas políticas adotadas pelos congressistas e rediscutir a estrutura normativa e a opção político-normativa trazida pelo PL, notadamente quando essas escolhas foram feitas após amplo debate e discussão (inclusive com maciça participação da sociedade civil organizada) e com uma maioria marcante de cada Casa Legislativa.

A deliberação no processo legislativo nacional envolve a participação de três órgãos que possuem representatividade democrática: Câmara dos Deputados, Senado Federal e Presidência da República. Cada um deles deve atuar respeitando a legitimidade democrática do outro num exercício de autolimitação⁷, numa dinâmica que deve ser harmônica e que exige muita sensibilidade.

2.4 Um possível efeito “ricochete” dos vetos

Considerando o ambiente político instalado no Brasil, bem como algumas “derrubadas” de vetos recentes pelo Congresso Nacional, não se pode desconsiderar que um veto total ou vetos parciais a muitos dispositivos podem conduzir os congressistas a um comportamento pela rejeição dos vetos nos termos do §4º do art. 66 da CRFB, ou seja, a “emenda sair pior que o soneto”.

2.5. Concepção de interesse público

A mercê das inúmeras concepções de “interesse público”, para efeito de posicionamento das sugestões, tentamos agregar uma noção que considere os aspectos:

- a) segurança do ambiente decisório para os agentes públicos envolvidos nos processos de contratação (ordenador de despesa, agente de contratação, pregoeiro, fiscal do contrato, assessor jurídico, etc.);
- b) retirar da legislação primária (lei ordinária) aquilo que estiver demasiadamente detalhado, deixando somente o necessário, ficando a cargo da legislação infralegal (Decretos, IN’s, Portarias etc.) o esmiuçamento da matéria não afeta, por excelência, à normação primária, seja para uma normatização mais próxima da realidade de cada Administração, seja para permitir melhor adaptação as mudanças impostas pela realidade (normatização indireta, mercado e/ou tecnologia)⁸.

Não é demais destacar que a análise aqui empreendida quanto ao “interesse público” perpassa nossa vivência profissional e acadêmica, considerando, inclusive, administrações médias e pequenas desse imenso Brasil

⁷ PEDRA, Anderson Sant’Ana. *A jurisdição constitucional e a criação do direito na atualidade: condições e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 360-369.

⁸ Sobre o tema, vide: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Do fetichismo legal à busca pela “boa burocracia” nas contratações públicas*. In: BRASIL (Ministério da Economia). *Diálogos em Logística Pública*, n. 1, mar. 2020. Disponível em: <<https://www.gov.br/compras/pt-br/centrais-de-conteudo/imagens/dilogos-lp-1.pdf>>.

e os possíveis transtornos prático-normativos vivenciados pelos operadores do direito diante do novo texto legal.

2.6. Inconstitucionalidade real

A análise da inconstitucionalidade mesmo momento processual deve se ater àquele enunciado normativo que não seja possível extrair uma única norma sequer de acordo com a ordem constitucional posta.

Havendo a possibilidade de se extrair de um enunciado normativo de um dispositivo aprovado pelo Congresso Nacional, não é uma boa técnica vetá-lo com o fundamento de uma hipotética aplicação inconstitucional.

O juízo quanto à (in)constitucionalidade nessa fase do processo legislativo deve ser “real” e não “hipotético”, antecipando uma possível interpretação e concreção inconstitucional pelo operador do direito.⁹

2.7. PL como norma geral

A concepção e o limite de “norma geral” é algo que a doutrina e o STF vêm se debatendo ao longo dos anos, sem uma solução definitiva, concreta e clara do seu legítimo espectro constitucional.¹⁰

À margem dessa (in)definição, enunciados normativos são produzidos em diversos temas em âmbito nacional e sempre trazendo muitas dúvidas quando à sua (in)aplicabilidade aos demais entes da federação.

Não diferente, o PL aprovado contém alguns desses enunciados normativos cujas dúvidas terão que ser dirimidas ao longo da sua aplicação. Preferimos sugerir veto somente àqueles enunciados que, flagrantemente, são inconstitucionais e, também, aos enunciados normativos que tentam impor às administrações de realidades distintas “soluções” adequadas a outras realidades – “Mais Brasil, menos Brasília!”, respeitando-se assim a autonomia administrativa de cada órgão/entidade.

Consideramos, outrossim, as possíveis dificuldades práticas de aplicação de determinados enunciados normativos nas mais diversas administrações da Federação brasileira, de realidades tão díspares e de particularidades genuínas. Um *enunciado normativo* ou uma *norma jurídica* não consegue, de per si, alterar

⁹ PEDRA, Anderson Sant’Ana. *O controle da proporcionalidade dos atos legislativos: a hermenêutica constitucional como instrumento*. Belo Horizonte: Del Rey. 2006, p. 183-188.

¹⁰ PEDRA, Anderson Sant’Ana; ALVES, Alexandre Nogueira. *O senado federal, a competência legislativa concorrente e os interesses dos governos estaduais no processo legislativo: normas gerais versus normas específicas numa federação*. In: BATISTA, JR., Onofre Alves. *O federalismo na visão dos estados*. Belo Horizonte: Letramento. 2018.

uma realidade a médio ou a curto prazo. Ademais, advoga-se a pertinência de uma legislação minimalista em matéria de gestão pública, de modo a se permitir aberturas normativas para a implementação de “alternativas” de boas práticas administrativas nas diversas administrações públicas desse Brasil, evitando que uma imposição trazida numa legislação nacional sirva como obstáculo de experimentações de soluções jurídico-administrativa por outras administrações¹¹.

¹¹ Acerca da necessidade de observância da autonomia hermenêutica de Estados e Municípios em matéria de licitações e contratos, vide: AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. *Por um "giro hermenêutico" no direito administrativo de estados e municípios*. Consultor Jurídico, set. 2019, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-16/victor-amorim-visao-nacional-compras-publicas>>.

3. Decisões e justificativas

Os enunciados normativos que merecem ser vetados estão em destaque, assim como as recomendações:

ENUNCIADO NORMATIVO	NATUREZA DO VETO/RECOMENDAÇÃO	JUSTIFICATIVA
<p>Art. 6º [...] [...]</p> <p>XVIII – serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual: aqueles realizados em trabalhos relativos a:</p> <p>a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos;</p> <p>b) pareceres, perícias e avaliações em geral;</p> <p>c) assessorias e consultorias técnicas e auditorias financeiras e tributárias;</p> <p>d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços;</p> <p>e) patrocínio ou defesa de causas judiciais e administrativas;</p> <p>f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;</p> <p>g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;</p> <p>h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso;</p>	<p>Político.</p>	<p>A doutrina sempre criticou o elenco trazido para os serviços técnicos na Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que há uma constante alteração do mercado e o rol se apresenta como ineficiente ou limitador, ocasionando problemas, sobretudo no caso das contratações por inexigibilidade, como agora previstas no art. 73 do PL.</p> <p>Uma definição legal por meio de um elenco pode ser prejudicial para futuras contratações por inexigibilidade.</p>

<p>Art. 6º [...] [...]</p> <p>LVI – sobrepreço: preço orçado para licitação ou contratado em valor expressivamente superior aos preços referenciais de mercado, seja de apenas 1 (um) item, se a licitação ou a contratação for por preços unitários de serviço, seja do valor global do objeto, se a licitação ou a contratação for por tarefa, empreitada por preço global ou empreitada integral, semi-integrada ou integrada;</p>	<p>Político.</p>	<p>Sobrepreço é um conceito econômico e bastante variável.</p> <p>Oxalá fosse possível por meio de uma disposição legal impedir eventuais contratações com sobrepreço.</p> <p>Esse dispositivo, nem qualquer outro, conseguiria afastar eventuais problemas. O que se destaca no texto normativo é a expressão “superior aos preços referenciais de mercado”.</p> <p>Trata-se de uma expressão muito fluída afinal, a que “mercado” se refere a norma? Não se esqueça a variação de preços de diversos insumos que ocorreu durante a pandemia! Como agiria o agente público à luz desse dispositivo?</p> <p>Registra-se que o art. 23 do PL traz um detalhamento, mas que não consegue suprir as diversas variáveis presentes no mercado.</p>
<p>Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:</p> <p>[...]</p> <p>III – não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.</p>	<p>Político.</p>	<p>O dispositivo traz hipótese subjetiva (“contratados habituais”?) e de difícil aferição prática de impedimento de designação de servidor para atuar com contratações públicas.</p>

<p>Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento da licitação.</p> <p>[...]</p>	<p>Recomendação.</p>	<p>A exigência de “servidor efetivo” para ser o agente de contratação ensejará a impossibilidade de cumprimento do <i>caput</i> do art. 8º por diversas administrações, ocasionando a sua paralização.</p> <p>A princípio, recomendar-se-ia o veto político a esse dispositivo, contudo, tal decisão comprometeria estrutural e sistematicamente sua legística além de não contribuir para a profissionalização que exige essa importante função.</p> <p>Soma-se o fato de que tal norma somente será cogente após decorridos o prazo de dois anos após a publicação oficial da lei.</p> <p>Assim, recomenda-se que os interessados se manifestem, inclusive por meio do Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas ou por qualquer outro meio, e que seja iniciado pelo Executivo ou pelo Congresso Nacional o processo legislativo com vista a modular a vigência do <i>caput</i> do art. 8º para que os órgão/entidades possam adaptar seus quadros permanentes de modo a ter servidores efetivos aptos, criando ou adaptando faixas de transição/parametrização nos termos do que já prescreve o art. 175, <i>caput</i> do PL.</p>
<p>Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:</p> <p>[...]</p> <p>IV - a prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original, ou declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal;</p>	<p>Político.</p>	<p>Trata-se de uma exigência meramente burocrática e que vai de encontro com a desburocratização implementada atualmente pelo Governo Federal e o propósito de digitalização dos procedimentos de contratação pública.</p> <p>De acordo com os atuais entendimentos (doutrinários e jurisprudenciais), reputa-se como formalista e excessiva a inabilitação de licitantes que se limitaram a apresentar cópias simples.</p> <p>A dispensa de apresentação posterior da “documentação original” é também uma realidade na realização dos atuais pregões eletrônicos, o que implica em retroceder com a atual operacionalização dos documentos.</p> <p>Tem-se ainda que a questão ganha outro tratamento nos termos do art. 63, § 2º do PL que admite que a habilitação “poderá ser realizada por processo eletrônico de comunicação à distância” e, também, no art. 69, inc. I.</p>

		<p>Por fim, tendo em conta todo o sistema do PL, que prevê o princípio da virtualização dos atos do procedimento licitatório, o dispositivo ora atacado não agrega ao interesse público, sendo passível até de inviabilizar a virtualização desejada pela futura “nova” lei.</p>
<p>Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:</p> <p>I – autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;</p> <p>II – empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;</p> <p>[...]</p> <p>§ 2º A critério da Administração e exclusivamente a seu serviço, o autor dos projetos e a empresa a que se referem os incisos I e II do <i>caput</i> deste artigo poderão participar no apoio das atividades de planejamento</p>	<p>Político.</p>	<p>O PL traz uma mudança de paradigma se comparado com a Lei nº 8.666, qual seja: é possível contratar a execução da obra ou serviço com aquele que fez o projeto.</p> <p>Tal possibilidade está incrustada/implícita no o Diálogo Competitivo¹² (art. 32), na contratação integrada (art. 45, V, c/c art. 6º, inc. XXXII) e no Procedimento de Manifestação de Interesse – PMI (art. 80, § 2º, inc. I).</p> <p>Assim, não há sentido em manter a proibição de contratação da execução com o autor do projeto nos modelos clássicos de contratação (contratação do projeto seguida da contratação da execução), sob pena de se colocar em riscos os novos institutos.</p>

12 OLIVEIRA, Rafael Sérgio de. O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro. Disponível em: <http://licitacaoecontrato.com.br/exibeArtigo.html?assunto=oDialogoCompetitivoProjetoLeiLicitacaoEContratoBrasileiro>.

<p>da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade.</p>		
<p>Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente: [...] IV – aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação; [...]</p>	<p>Jurídico.</p>	<p>O comando normativo do dispositivo é direcionado ao licitante/particular que se encontrará impedido de participar de licitação ou contratação em razão de qualquer vínculo, inclusive, de parentesco com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato.</p> <p>Tal comando é ofensivo ao art. 37, <i>caput</i> da CRFB naquilo que se relaciona ao princípio da impessoalidade, já que faz uma <u>diferenciação desproporcional</u> na medida em que não apresenta um <i>discrímen</i> razoável.</p> <p>É digno que quem tenha parentesco não tenha qualquer tipo de benefício perante a Administração Pública, mas tal proteção deve ser feita direcionando o comando normativo para o agente público que deverá declarar-se suspeito ou impedido diante de uma situação em que sua relação com um licitante/contratado coloque em xeque a isenção inerente a sua atuação, e não impedindo o particular de licitar ou contratar.</p> <p>Seguir a linha do dispositivo deveria, p. ex., impedir que qualquer pessoa realizasse concurso caso tivesse algum parente em cargo de proeminência na Administração mas, o que se faz, é o parente ocupante do cargo se distancia do processo de seleção a fim de não contaminá-lo e não o impedimento do pessoa interessada em participar do concurso.</p>
<p>Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à mínima necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo. § 1º Os Poderes Executivo,</p>	<p>Político.</p>	<p>O texto determina a contratação de baixa qualidade, ao enunciar que não deverá ser “superior à mínima necessária” para cumprir as finalidades.</p> <p>Tal comando não se coaduna com uma contratação eficiente e a proposta mais vantajosa, já que não poderá ser superior à qualidade mínima necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam.</p> <p>A título de exemplo: para climatizar um ambiente poder-se-ia adquirir um aparelho split ou deveria ser um de “janela”? Um veículo poderia ter com direção hidráulica e câmbio automático?</p>

<p>Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.</p> <p>§ 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.</p>		<p>Soma-se ainda a utilização de um conceito jurídico indeterminado: o que vem a ser “artigo de luxo”? Para qual pessoa? Para qual necessidade?</p>
<p>Art. 20. [...]</p> <p>[...]</p> <p>§ 3º Os valores de referência dos três Poderes nas esferas federal, estadual, distrital e municipal não poderão ser superiores aos valores de referência do Poder Executivo federal.</p>	<p>Político.</p>	<p>A redação utilizada e imposta a todos os entes da federação poderá ensejar dificuldades práticas para as aquisições de administrações pequenas e/ou no interior, onde a logística para o transporte da carga (quantidade e distância) <u>refletem diretamente nos valores de referência</u>, sendo que o dispositivo exige utilizar como parâmetro as aquisições realizadas pela União que comumente são em grandes quantidades e entregues em grandes cidades e, assim, com valores de referências menores daqueles que serão contratados em quantidade bem inferior e que também poderão ser entregues em condições (distância e locais) bem diferentes.</p>
<p>Art. 23. [...]</p> <p>§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:</p> <p>I – composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no Banco de</p>	<p>Político.</p>	<p>Os dispositivos trazem regras sobre pesquisa de preço, sendo que duas prescrições não devem estar numa legislação nacional em razão da diversidade de mercados e dos variados modelos de aquisição e logística.</p> <p>O modelo contido nos dispositivos indicados é o previsto na revogada IN/SEGES nº 5/2014, enquanto atualmente vigora a IN/SEGES nº 73/2020, o que de <i>per se</i> demonstra a velocidade em que as normas nessa temática se tornam obsoletas.</p> <p>A redação utilizada e imposta a todos os entes da federação poderá ensejar dificuldades práticas para as aquisições de administrações pequenas e/ou no interior, onde a logística para o transporte da carga (quantidade e distância) refletem diretamente no preço, sendo que o PL exige utilizar como parâmetro as</p>

<p>Preços em Saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);</p> <p>II – contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;</p> <p>III – utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;</p> <p>IV – pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada a justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;</p> <p>V – pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.</p> <p>§ 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas</p>		<p>aquisições realizadas pela União que comumente são em grandes quantidades e entregues em grandes cidades.</p> <p>Ademais, é preciso se atentar que a pesquisa de preço tem repercussão jurídica na mediada em que é a base para a formação do preço estimado e do preço máximo aceitável. Entretanto, essa ação não tem como ser prescrita em norma jurídica, já que a prospecção no mercado do valor é ato muito mais técnico-econômico do que jurídico. Atualmente vigora a IN/SEGES nº 73/2020. Essa IN traz algumas regras sobre pesquisa de preço, mas deixa na discricionariedade do gestor a possibilidade de se orientar pela técnica, desde que de maneira justificada (§ 1º do art. 6º da IN/SEGES nº 73/2020). No caso do PL, sua redação é perigosa exatamente porque prescreve um método de pesquisa de preço em nível de lei e tal método pode ser inadequado para alguns casos, sem sequer abrir ao gestor a possibilidade de adotar outros métodos ou parâmetros. A prevalecer o texto, orçamentos serão mal montados pela necessidade de seguir a regra legal, porém não contarão com a necessária aderência à realidade do mercado.</p>
--	--	--

<p>Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:</p> <p>I – composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;</p> <p>II – utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;</p> <p>III – contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;</p> <p>IV – pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.</p> <p>§ 3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor</p>		
--	--	--

previamente estimado da contratação a que se refere o *caput* deste artigo poderá ser definido por meio da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração.

§ 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de execução contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º, reservando-se a utilização de metodologia expedita ou paramétrica

<p>e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto. § 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento dos licitantes ou contratados no orçamento que compuser suas respectivas propostas.</p>		
<p>Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: [...] III – considere que os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações entre propostas.</p>	<p>Político.</p>	<p>O diálogo competitivo é uma modalidade de licitação voltada para contratações nas quais a Administração não tem condições de definir por si só a solução para as suas necessidades. Desse modo, a dificuldade a ser suprida pelo diálogo competitivo não está relacionada com o julgamento da licitação. Conforme já asseverado por Rafael Sérgio de Oliveira: “o diálogo é um procedimento voltado para solucionar problemas ligados à definição do que contratar. Não se trata de procedimento adequado para enfrentar dificuldade com o julgamento da proposta”¹³.</p> <p>No mesmo sentido é a lição de Egon Bockmann Moreira e Flávio Amaral Garcia, autores cuja lição é a seguinte: “O inciso III (quando os modos de disputa aberto e fechado não permitem apreciação adequada das variações da proposta) afasta o diálogo competitivo da sua essência, ou seja, a construção consensual do objeto em parceria com os próprios licitantes. [...] Assim, ao agregar aspectos afetos ao julgamento das propostas no diálogo competitivo – como os modos de disputa aberto ou fechado – o PL, em certa medida, mescla pressupostos das modalidades europeias do diálogo competitivo e do procedimento por negociação, o que não parece salutar, haja vista que foram concebidos para distintas finalidades”¹⁴.</p>

13 OLIVEIRA, Rafael Sérgio Lima de. *O diálogo competitivo do projeto de lei de licitação e contrato brasileiro*. Disponível em: <http://licitacaoecontrato.com.br/exibeArtigo.html?assunto=oDialogoCompetitivoProjetoLeiLicitacaoEContratoBrasileiro>

14 GARCIA, Flávio Amaral; MOREIRA, Egon Bockmann. O projeto da nova lei de licitações brasileira e alguns de seus desafios. *In: Revista de Contratos Públicos*. Nº 21. Set./2019. Coimbra: Almedina, p. 28.

		Desse modo, o texto merece ser vetado, já que usar o diálogo competitivo para suprir deficiências relativas aos modos de disputa em nada contribuirá para a Administração.
<p>Art. 32. [...] § 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições: [...] XII – órgão de controle externo poderá acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, opinando, no prazo máximo de 40 (quarenta) dias úteis, sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação, antes da celebração do contrato.</p>	Jurídico.	<p>O dispositivo não é claro! O início do texto normativo traz uma possibilidade (“poderá”) do órgão de controle externo acompanhar e monitorar os diálogos competitivos, mas depois impõe uma manifestação em um prazo máximo de 40 dias úteis, também não deixando claro o que ocorrerá caso não ocorra a manifestação no prazo.</p> <p>A competência para “opinar” sobre a legalidade, a legitimidade e a economicidade da licitação” está constitucionalmente atribuída à Advocacia Pública (art. 131 e 132 da CRFB) que exerce “as atividades de consultoria e assessoramento jurídico”</p> <p><u>Não cabe ao órgão de controle externo “opinar”, mas sim “controlar”. Essa “opinião” pelo órgão de controle é vinculante?</u></p> <p>Como se nota, o dispositivo traz enunciado normativo cujas normas transbordam sobre competência fixadas constitucionalmente, intrometendo-se na atividade típica da Advocacia Pública mas, principalmente, invadindo a autonomia administrativa dos órgãos constitucionais de soberania dos demais entes federativos.</p> <p>Registra-se ainda que o PL não definiu quem seria esse “órgão de controle”: Tribunal de Contas ou Ministério Público? Além do mais, ocorrendo essa licitação com recursos federais e estaduais/municipais, quem deveria participar desse diálogo? E se cada um der uma opinião diferente?</p>
<p>Art. 41. A prova de qualidade de produto apresentado pelos proponentes como similar ao das marcas eventualmente indicadas no edital será admitida por qualquer um dos seguintes meios: [...] II - declaração de atendimento satisfatório emitida por outro órgão ou entidade de nível federativo</p>	Jurídico.	<p>Não existe gradação de presunção de veracidade de documento público a partir do “nível federativo”, aliás, não pode existir qualquer gradação ou nível entre os entes da federação, sob pena de ofensa ao pacto federativo (arts. 1º e 18 da CRFB), notadamente ao art. 19, inc. II).</p> <p>Na linha do dispositivo (art. 41, inc. II), uma declaração de atendimento satisfatório firmado pelo Governo Municipal de São Paulo serviria para comprovação numa licitação no Executivo de Belo Horizonte, mas não prestaria para uma licitação de um IFES!?</p>

<p>equivalente ou superior que tenha adquirido o produto;</p>		
<p>Art. 53. [...] [...] § 3º Sem prejuízo do disposto no <i>caput</i>, é obrigatória a publicação de extrato do edital no Diário Oficial da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, bem como em jornal diário de grande circulação.</p>	<p>Político.</p>	<p>O § 3º do art. 53 traz a imposição de divulgação do extrato do edital também em Diário Oficial do respectivo ente federado e, também, em “<u>jornal diário de grande circulação</u>”.</p> <p>O <i>caput</i> do dispositivo já exige a divulgação em “sítio eletrônico oficial” o que substitui materialmente o “diário oficial” trazido no § 3º.</p> <p>Quanto à publicação em “jornal de grande circulação” trata-se de divulgação desnecessária e antieconômica já que a divulgação em “sítio eletrônico oficial” já permite a “leitura” do edital por ferramentas de <i>software</i> que fazem a leitura dos extratos dos editais para efeito de informação ao mercado interessado.</p>
<p>Art. 58. Serão desclassificadas as propostas que: (...) III – apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;</p>	<p>Político.</p>	<p>O dispositivo dá ao “orçamento estimado” pela Administração o mesmo tratamento de “preço máximo” (art. 60, § 2º).</p> <p>Prevalecendo a redação, toda licitação terá a fixação de um “preço máximo” já que é obrigatório estimar e, de acordo com o texto aqui destacado, o “preço estimado” corresponderia ao “preço máximo”.</p> <p>Contudo, sabe-se que em diversos casos a fixação de “preço máximo” não é recomendável em razão da grande possibilidade de se convergir para uma licitação fracassada.</p> <p>Uma variação no mercado, que é muito comum, propiciará a contratação por um preço acima do estimado, mesmo sem demonstrar algo irregular.</p>
<p>Art. 63. [...] [...] § 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.</p>	<p>Jurídico.</p>	<p>O dispositivo ao limitar o exercício da autotutela (Súmula nº 473 do STF) ofende o princípio da legalidade estrita previsto no <i>caput</i> do art. 37 da CRFB permitindo que uma situação ilegal se instale na Administração Pública.</p> <p>Crê-se que a questão está bem resolvida pelos arts. 20 e 21 da LINDB, inseridos pela Lei nº 13.655/2008, que chamam a atenção para o consequencialismo decisório.</p> <p>O dispositivo a ser vetado também está em contradição com o art. 70, <i>caput</i>, inc. III e § 1º do PL.</p>

<p>Art. 73. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:</p> <p>III – contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:</p> <p>a) estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;</p> <p>b) pareceres, perícias e avaliações em geral;</p> <p>c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;</p> <p>d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;</p> <p>e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;</p> <p>f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;</p> <p>g) restauração de obras de arte e bens de valor histórico;</p> <p>h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem na definição deste inciso.</p>	<p>Político.</p>	<p>A doutrina sempre criticou o elenco trazido para os serviços técnicos na Lei nº 8.666/1993, tendo em vista que há uma constante alteração do mercado e o rol se apresenta como ineficiente ou limitador, ocasionando problemas.</p> <p>Uma definição legal por meio de um elenco pode ser prejudicial para futuras contratações por inexigibilidade.</p>
<p>Art. 73. [...] [...]</p>		<p>Indubitável que o profissional ou a empresa que tenham justificado a contratação direta deva ficar como “responsável técnico” do serviço contratado, contudo, vedar</p>

<p>§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do <i>caput</i> deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.</p>		<p>a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos pode ensejar a impossibilidade da realização do próprio serviço.</p> <p>Imaginemos a contratação de um arquiteto ou engenheiro para a elaboração de um projeto, ou de um advogado para atuar numa demanda complexa, ou de um perito; esse profissional não poderá contar com o auxílio de mais ninguém?</p> <p>Deve o contrato prever explicitamente qual a parcela de responsabilidade técnica do profissional que justificou a contratação direta, quais atos deve acompanhar e assinar, sob pena de responsabilização e rescisão contratual.</p>
<p>Art. 74. [...] [...] § 6º Para os fins do inciso VIII do <i>caput</i> deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa a situação emergencial.</p>	<p>Político.</p>	<p>O dispositivo ao exigir que os valores das contratações emergências observem os “valores praticados pelo mercado na forma do art. 23” impedirá contratações necessárias pois os “valores de mercado” poderão estar alterados, inclusive, pela situação calamitosa instalada.</p>
<p>Art. 80. [...] [...] § 4º O procedimento previsto no <i>caput</i> deste artigo poderá ser restrito a <i>startups</i>, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao</p>	<p>Político.</p>	<p>O dispositivo traz conceito demasiadamente fluido (“de natureza emergente e com grande potencial”) para “startups” e ainda com a possibilidade de restrição a essa espécie de microempreendedores.</p> <p>O incentivo a startups deve ser realizado mediante política públicas sérias e com parâmetros objetivos, sob pena de ofensa ao princípio da impessoalidade.</p>

<p>desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.</p>		
<p>Art. 81. [...] VII – o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;</p>	<p>Político.</p>	<p>O Sistema de Registro de Preços (SRP), desde sua concepção na Lei nº 8,666/93, objetivava dar agilidade ao processo de contratação, deixando à disposição da Administração vários fornecedores previamente vinculados por meio de uma “ata de registro de preços”.</p> <p>Ocorre que os decretos federais que regulamentaram o SRP trouxeram uma limitação desnecessária – que os fornecedores registrados devem ter o mesmo preço do licitante vencedor (cf. art. 11, inc. II do Decreto Federal nº 7.892/2013).</p> <p>Tal limitação ofende a própria essência do instituto (SRP), afinal, a ideia central do SRP é ter registrados vários fornecedores, e por qual razão impedir o registro de fornecedores com preços diferentes, obviamente que a Administração sempre deverá privilegiar os de menores preços.</p> <p>Registrar todos os fornecedores com o menor preço ocasionará um instituto estéril na prática, afinal, qualquer alteração no mercado influenciará principalmente o menor preço, fazendo com que ele se torne inexecutável rapidamente. Com o registro de mais de um preço a variação do mercado poderá comprometer o menor preço registrado mas, talvez, não todos!</p> <p>Devemos destacar ainda que o SRP encontra no Direito Comparado institutos semelhantes. O principal deles é o conhecido acordo quadro (<i>framework agreement</i>). É comum que os Estados admitam que no acordo quadro haja mais de um fornecedor registrado, cada um com o seu preço.</p>
<p>Art. 85. O órgão ou a entidade gerenciadora deverá, na fase preparatória do processo licitatório,</p>	<p>Político.</p>	<p>O conteúdo do art. 85 é inspirado na atual regulamentação federal da matéria (Decreto nº 7.892/2013) – denotando explicitamente seu caráter infralegal e</p>

<p>para fins de registro de preços, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para, nos termos de regulamento, possibilitar, pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de quantidades da contratação.</p> <p>§ 1º O procedimento previsto no caput é dispensável quando o órgão ou a entidade gerenciadora for o único contratante.</p> <p>§ 2º Se não participarem do procedimento previsto no caput, os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, observados os seguintes requisitos:</p> <p>I - apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público;</p> <p>II - demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado na forma do art. 22;</p> <p>III - prévia consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciador e do fornecedor.</p> <p>§ 3º A faculdade conferida pelo § 2º está limitada a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na</p>		<p>invasivo à esfera de autonomia de gestão operacional dos demais entes federativos.</p> <p>Como se sabe, o SRP é um instrumento auxiliar de contratação muito importante e de ampla utilização, não podendo o seu detalhamento e operacionalização ser imposto por uma legislação nacional.</p>
---	--	---

condição de não participantes, desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciador federal, estadual ou distrital.

§ 4º As aquisições ou as contratações adicionais a que se refere o § 2º não poderão exceder, por órgão ou entidade, a cinquenta por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes.

§ 5º O quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços a que se refere o § 2º não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

§ 6º A adesão à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciador do Poder Executivo federal por órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital e municipal poderá ser exigida para fins de transferências voluntárias, não ficando sujeita ao limite de que trata o § 5º se destinada à execução descentralizada de programa ou projeto federal e comprovada a compatibilidade dos

<p>preços registrados com os valores praticados no mercado na forma do art. 22.</p> <p>§ 7º Para aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, a adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da Saúde não estará sujeita ao limite de que trata o § 5º.</p> <p>§ 8º É vedada aos órgãos e entidades da Administração Pública federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital e municipal.</p>		
<p>Art. 93. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:</p> <p>[...]</p> <p>§ 2º A divulgação de que trata o <i>caput</i> deste artigo, quando referente à contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade, deverá identificar os custos do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas.</p>	<p>Político.</p>	<p>O detalhamento exigido no dispositivo poderá trazer alguns inconvenientes para a contratante e para o contratado.</p> <p>Quando se exige o detalhamento o valor do contrato individualizando seus custos faz-se crer que o mesmo deverá ter alguma utilidade, até mesmo para efeito de transparência.</p> <p>Nesse sentido, dispensável exigir o custo de hospedagem, já que nessa espécie de despesa estarão a quantidade de quartos, alimentação, bebidas, lavanderia etc., o que não faz sentido na relação contratual firmada, o que de certo modo pode, inclusive, se mostrar ofensivo à privacidade do contratado e de sua equipe.</p>

<p>Art. 140. No dever de pagamento pela Administração será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida pelas seguintes categorias de contratos:</p> <p>I – fornecimento de bens; II – locações; III – prestação de serviços; IV – realização de obras.</p> <p>[...]</p>	<p>Político.</p>	<p>Criando o PL subdivisões para pagamento em ordem cronológica, algumas distorções podem ocorrer nas administrações, como, p. ex., o ordenador dentro de uma mesma fonte ficar pagando “em dia” algumas categorias e sobrestar injustificadamente as outras.</p> <p>Ao mesmo tempo que o dispositivo traz um “dever” para a Administração, gera um “direito” para o particular e a criação de subcategorias poderá ensejar inúmeras ações judiciais em que os credores e o judiciário podem conceder interpretações distintas ao dispositivo com o rol de categorias, ocasionando dificuldades de gestão e financeiras na Administração.</p>
<p>Art. 155. [...]</p> <p>[...]</p> <p>§ 3º A sanção prevista no inciso II do <i>caput</i> deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 154 desta Lei.</p> <p>[...]</p>	<p>Político.</p>	<p>O dispositivo ao estipular limite mínimo e máximo e sua base de cálculo (“valor do contrato”) para a aplicação de multa pode produzir algumas distorções nos processos sancionatórios ou até mesmo no interesse do particular para a contratação.</p> <p>Considerando que a espécie sancionatória “multa” abrange tanto a “moratória” (art. 161, do PL) como a “compensatória” (“punitiva”), tem-se que uma multa de 0,5% do valor do contrato pode se apresentar desproporcional a depender do valor do contrato e da parcela em atraso.</p> <p>De outro giro, a limitação máxima de 30% pode ser insuficiente para compelir o particular ao cumprimento da obrigação. É muito comum contratos pequenos mas com grande interesse público serem descumpridos e os valores pequenos das multas não compensa o processo executório da quantia.</p>
<p>Art. 160. Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos deverão, no prazo máximo 15 (quinze) dias úteis, contado da data de aplicação da sanção, informar e manter atualizados os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins</p>	<p>Jurídico.</p>	<p>O dispositivo se mostra extremamente invasivo à autonomia normativa e de administração não apenas dos entes estaduais e municipais, mas também dos demais órgãos constitucionais de soberania.</p> <p>É ofensivo à Constituição de 1988 um diploma infraconstitucional atribuir ao Executivo Federal competência que não se observa na CRFB, sob pena de ofensa a um só tempo ao pacto federativo e à separação de poderes.</p>

<p>de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (CEIS) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (CNEP), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal.</p> <p>Parágrafo único. Para fins de aplicação das penas previstas nos incisos I, II, III e IV do caput do art. 155 desta Lei, o Poder Executivo regulamentará a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.</p>		
<p>Art. 171. Os órgãos de controle deverão orientar-se pelos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação desta Lei, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e a propiciar segurança jurídica aos interessados.</p> <p>Parágrafo único. A decisão que não acompanhar a orientação a que se refere o <i>caput</i> deste artigo deverá apresentar motivos relevantes devidamente justificados.</p>	<p>Jurídico.</p>	<p>O dispositivo legal é inconstitucional por adentrar nas competências constitucionais dos demais órgãos de controle (Tribunais de Contas Estaduais e Municipais e também Ministérios Públicos (Federal e Estaduais), estabelecendo uma hierarquia técnica onde a Constituição não autorizou.</p> <p>Sob argumento de uma “pseudo” segurança jurídica o dispositivo menospreza as competências dos demais órgãos de controle, tentando dar ao TCU um <i>locus</i> hermenêutico que a CRFB não lhe atribuiu.</p> <p>Além do mais, no sistema constitucional brasileiro o exercício da jurisdição (dizer o direito) em caráter definitivo é incumbência do Judiciário.</p> <p>Não pode uma lei ordinária, como é o caso do PL em análise, firmar que o TCU é o órgão constitucional para firmar o entendimento sobre a interpretação das leis que cuidam das licitações e dos contratos administrativos. Aliás, esse órgão é o STJ a quem a Constituição atribuiu a competência para manter a integridade da legislação federal (art. 105, inciso III, alínea a).</p>
<p>Art. 174. Sem prejuízo do disposto no art. 173 desta Lei, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação</p>	<p>Político.</p>	<p>O enunciado normativo se mostra desnecessário, excessivo e oneroso, uma vez que preconiza a publicação adicional em jornal comercial local, não obstante a necessidade elementar de publicação por meio oficial até a integral vigência da nova lei de licitações no âmbito do Município.</p>

<p>complementar e realização das respectivas contratações. [...]</p> <p>§ 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.</p>		<p>Tem-se também que o art. 53, § 3º impõe a publicação do extrato do edital em “jornal diário de grande circulação”.</p>
<p>Art. 180. 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.</p> <p>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 <i>caput</i> deste artigo, nos termos da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.</p>	<p>Jurídico.</p>	<p>O dispositivo ofende o pacto federativo ao impor aos demais entes da federação o <i>modus operandi</i> para realizar suas contratações, notadamente a formação de consórcios que exige vontade e convergência de outros entes federativos.</p> <p>A utilização, ou não, de “centrais de compras” e sua operacionalização, mediante formação de consórcio, ou não, não decisões político-administrativas que cada ente federativo deve adotar autonomamente, nos termos da CRFB.</p>
<p>Art. 183. 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.</p>	<p>Jurídico.</p>	<p>O dispositivo, na sua parte final, ao prescrever que o disciplinamento das normas emanadas do PL para além das situações trazidas no PL ficam a cargo do Poder Executivo Federal, ofende novamente a CRFB por tentar atribuir uma competência normativa ao Executivo Federal para além das balizas constitucionais, adentrando na independência de outros órgãos constitucionais de soberania, bem como nos entes da federação.</p> <p>O poder regulamentar do Executivo Federal deve ficar adstrito ao exercício de suas funções administrativas, seja direcionado aos seus agentes (poder hierárquico), seja direcionado àqueles que com a União se relacionam (poder regulamentar).</p>

4. Últimas palavras para uma velha lei e para um ano novo

Dentro em breve, teremos um novo ano e uma nova lei de licitação e contrato administrativo. O ano já sabemos a numeração – 2021, já a nova lei ainda não temos seu número oficial, aquele que substituirá o “misterioso” 8.666.

Mais importante do que o novo número e do texto final (consolidado) da lei, inclusive com seus vetos, é trabalhar - e muito - para que consigamos extrair dessa nova lei respostas para uma boa administração pública: mais eficiente, menos burocrática, com menos “medo” e excelentes contratações.

Parafraseando¹⁵ Charles Evan Hughes, *justice* da Suprema Corte dos EUA: estaremos sobre uma nova lei, mas ela será aquilo que seus intérpretes disserem que ela é! Nessa linha, devemos todos contribuir para a construção normativa do novo texto legal inclusive para influenciar o Judiciário e os demais órgãos de controle.¹⁶

O legislador, bem ou mal, fez o seu papel nessa busca da “lei perfeita”. O Executivo fará o seu em breve. E a nós, operadores do direito, doutrinadores, Judiciário e órgãos de controle, caberá todo o resto!

Sem esquecer dos avanços trazidos no PL, talvez até tenhamos perdido uma boa oportunidade para uma legislação melhor, mas foi o possível dentro do devido processo legislativo democrático. E sim, a democracia tem disso, por vezes uma ausência de tecnicismo, mas um pouco de sensibilidade e de alteridade!

Mas, se perdemos a oportunidade de uma legislação melhor, não podemos é perder a oportunidade para desenvolvermos e aproveitamos dos avanços que serão trazidos pela nova lei! Tenhamos cuidado para que com uma crítica generalizada à nova lei se “jogar a água suja da banheira com a criança dentro”, e não nos esqueçamos da lição do poeta: “Não sou otimista, nem pessimista. Os otimistas são ingênuos, e os pessimistas amargos. Sou um realista esperançoso.” (Ariano Suassuna)¹⁷.

Vamos limpar as nossas lentes para olharmos a nova lei sem as imperfeições e as sujeiras do passado! Não podemos analisar uma lei nova com uma lente velha. É momento de jogarmos novas luzes sobre novos conceitos e

¹⁵ “Nós estamos sob uma Constituição, mas Constituição é aquilo que os juízes dizem que ela é, e o Judiciário é a salvaguarda da nossa liberdade e da nossa propriedade sob essa mesma Constituição” (apud, BALEEIRO, Aliomar. O Supremo Tribunal Federal, êsse outro desconhecido. Rio de Janeiro: Forense, 1968. p. 45).

¹⁶ Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), um dos expoentes do “realismo jurídico” norte-americano, cunhou a famosa frase: “The law is what the courts say it is” (apud MADDEN, Robert G. Essential law for social workers. New York: Columbia University Press, 2003, p. 25). Em livre tradução: “O Direito é o que os tribunais dizem que é”.

¹⁷ O poeta e escritor Ariano Suassuna fez essa afirmação em entrevista a jornalistas por ocasião da Feira Internacional de Literatura das UPPS, em 2012, no Rio de Janeiro. Vide: <https://www.terra.com.br/diversao/arte-e-cultura/ariano-suassuna-na-flupp-sou-um-homem-da-esperanca,b518ad3345a1b310VgnCLD200000bbcceb0aRCRD.html#:~:text=%22Eu%20n%C3%A3o%20sou%20nem%20otimista,Sou%20um%20homem%20da%20esperan%C3%A7a.>

institutos para colhermos novos e melhores resultados, principalmente para uma população carente de políticas públicas.

Que venha 2021 com uma reconstrução doutrinária e jurisprudencial e, também, com muita paz, saúde e força para estudarmos e discutirmos tudo que nos será apresentado; e que, oxalá, possamos estar próximos e em segurança!