



Lei de Licitações: apenas um alerta

***Sérgio Ciquera Rossi**

Secretário-Diretor Geral do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo (TCESP)

Arriscado falar sobre a Lei nº 14.133, de 2021 – Lei de Licitações e Contratos Administrativos – sem que se faça estudo aprofundado de todas as suas disposições.

Em relação à Lei nº 8.666, de 1993, há dispositivos mantidos, alterados, suprimidos e outros introduzidos. Parece simples, mas confesso que tenho me dedicado a examinar essas nuances ante a necessidade de evitar apressamento indevido que possa conduzir a interpretações equivocadas.

Há tempo para essa análise mais detida, afinal, não terá sido sem causa a introdução nada usual da convivência de leis específicas para tratar de objeto idêntico.

Por exemplo, o artigo 193 tem dois incisos. Diz o caput desse artigo:

Artigo 193 - Revogam-se:

I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei;

II – A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 2002, e artigos 1º ao 47-A da Lei nº 12.462, de 2011, após decorrido 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei”.

Vê-se, portanto que por dois anos esses diplomas conviverão - não harmonicamente - de tal modo que ao Administrador é conferido o poder de realizar nesse período, certames regidos pela Lei nº 8.666, de 1993, ou pela Lei nº 14.133, de 2021, mas não poderá servir-se de disposições de ambas as Leis em um mesmo edital.

Pessoalmente, todavia, não recomendo essa conduta baseando-me no artigo 187 da nova Lei que diz “Estados, Distrito Federal e Municípios” poderão aplicar os Regulamentos editados pela União para a execução desta Lei. Fora só isso, não haveria dificuldades. Ocorre que entre artigos, parágrafos e incisos são 50 (cinquenta) os dispositivos a serem regulamentados, uns de caráter obrigatório e outros facultativos em suas correspondentes esferas de Governo.

Prefiro aguardar como isso se desenvolverá diante da possibilidade dos mais variados regulamentos, o que, desde logo, criará sensíveis dificuldades às ações de controle.

Daí porque haverão de preocupar-se com os dispositivos que já se encontram vigentes e dispensam regulamentação.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

ARTIGO



Avaliemos o que diz o inciso I desse mesmo Artigo 193. Diz que os artigos 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 1993, estão revogados na data da publicação desta Lei.

Os artigos 89 a 108 cuidavam dos crimes e das Penas e do correspondente Procedimento Judicial, cujo tratamento, desde já, está por conta do artigo 178, que introduziu no artigo 337 do Código Penal 12 (doze) tipicidades criminais, dispensando a regulação dos procedimentos, porque previsto no Código de Processo correspondente.

Fica, dessa forma, indubitado que qualquer dos atos praticados em descompasso com o regramento previsto configuram crimes na acepção ampla da expressão.

Mas não é só isso. Há mudanças substanciais.

O revogado artigo 89 e seu Parágrafo Único tinha redação mais limitada em comparação ao 377-E.

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.

Art. 377-E - Admitir, possibilitar ou dar causa à contratação direta fora das hipóteses previstas em lei: pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Antes a infração estava condicionada a efetiva prática do ato – dispensar ou inexigir – e estendida a pena àquele “que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público”. Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos de detenção e multa.

Percebe-se que o atual conceito é muito mais rigoroso e nem se interessa em prescrever a possibilidade de beneficiar-se da contratação. E o mais relevante, o aumento da pena e a mudança do tipo de detenção para reclusão.

Igual tratamento conferiu-se ao artigo 90 agora a configuração dispensa o requisito “de ajuste, combinação ou qualquer outro expediente” bastando na letra “F” o objetivo de frustrar ou fraudar com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem impondo condições que afetem o caráter competitivo do certame.

A pena que era de 2 (dois) a 4 (quatro) anos de detenção e multa dobra para 4 (quatro) a 8 (oito) anos de reclusão e multa.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

ARTIGO



A partir disso parece-me despicienda a identificação das demais tipicidades penais contidas no artigo 178 da Lei que as inclui ao Artigo 337 do Código Penal.

Essas abreviadas considerações procuram demonstrar o quão cuidadosa deverá ser a elaboração do edital e do conseqüente contrato. As disposições devem ser as previstas na Lei de forma clara e objetiva, evitando-se investidas, que sob o argumento de oferecer maior segurança e higidez ao certame, podem arrastar o agente público às indigitadas figuras penais.

Para evitar dificuldades e emprestar orientação segura na consecução de certames licitatórios a Lei nº 14.133, de 2021, promoveu significativas mudanças na condução desses certames. Primeiro pela extensa minúcia que conferiu ao artigo 6º incluindo sessenta incisos para esse fim. O inciso XIII, por exemplo, define o que são serviços comuns enquanto a letra “a” do inciso XXI o faz em relação aos serviços comuns de engenharia o que causava interpretações variadas em especial por conta da Lei nº 10.520, de 2002.

Como se verá esse artigo 6º afasta de forma bastante significativa dúvidas concernentes a algumas passagens na formalização do certame o que agora se tornou muito menos preocupante e em consequência assecuratório de sucesso no certame.

Já do artigo 7º a 10º, ao tratar dos Agentes Públicos, a Lei segrega funções, define responsabilidades, estabelece proibições e promove outras significativas alterações. O Artigo 8º diz que “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 do certame até a homologação”, desaparece a Comissão de Licitação e surge, digamos, um pregoeiro com competências ampliadas. Importante, porém, anotar que esse agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio, mas responderá individualmente pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação de equipe.

Nas licitações que tratam da contratação de bens ou serviços especiais, Comissão com, no mínimo 3 (três) integrantes poderá substituir o agente da contratação e a Comissão responderá solidariamente por todos atos, salvo o membro que divergir da decisão.

Proíbe a participação de cônjuges, parentes até o 3º grau e segrega funções de molde a evitar riscos, ocultação de erros e fraudes na contratação. Essas disposições aplicam-se, também, aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, confira-se artigo 7º, parágrafo e incisos.



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SÃO PAULO

ARTIGO



Importante observar na modalidade Pregão o agente que será designado Pregoeiro como o é hoje.

O artigo 11 relaciona os objetivos da licitação em que as novidades destinam-se a esclarecer procedimentos a serem observados, estabelecendo o roteiro dos atos a serem praticados em busca da plena observância às disposições legais.

Prescrição demasiadamente importante encontra-se na fase preparatória da licitação. O caput do artigo 18 reza que a fase preparatória depende daquilo que é fundamental, planejamento e plano anual e contratações indicando todos os requisitos para o perfeito desenrolar do processo competitivo. Os incisos desse artigo 18 configuram verdadeira cartilha na condução dos processos e afastam fracionamentos e dispensas indesejáveis e que podem dar causa a uma daquelas figuras de que trata o artigo 337 do Código Penal.

Fica de vez demonstrado, como manda a Lei de Responsabilidade Fiscal e agora a Lei de Licitações, a imperiosa obrigação de planejar.

Há também, nos artigos 169, 170, 171 e 173, missões relevantes destinadas aos órgãos de controle, incluídos, por óbvio, os Tribunais de Contas que atentos às suas competências constitucionalmente previstas deverão exercê-las com necessário equilíbrio e o rigor da Lei, quando necessário.

Como dito de início, arriscado um prematuro juízo sobre as regras da nova Lei, mas imprescindível que sejam discutidas em busca da adequada interpretação. Ao agente público a recomendação de que todo cuidado é pouco.

Esse trabalho não representa estudo ou parecer, mas tão somente opinião pessoal que não cria qualquer vinculação e que tem por único objetivo alertar os operadores da Lei.