

FUNDAMENTOS

1 – CONCEITO

A licitação é um processo administrativo que visa selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração na aquisição de bens, serviços e obras, servindo, inclusive, para os casos em que a Administração visa alienar algum de seus bens. Para tanto, a Administração estabelece algumas condições e requisitos para definir o objeto da contratação, as características exigíveis dos fornecedores e o modo como ocorrerá a disputa. Com isso, todos aqueles que desejam contratar com a Administração possuem condições de conhecer as condições da contratação e oferecer as suas propostas, tendo o direito subjetivo de participarem de uma competição isonômica e serem selecionados através de requisitos e critérios objetivos.

A licitação pode ser conceituada como um processo administrativo, pelo qual determinado órgão ou ente público visa alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, por meio de condições estipuladas previamente, onde, após a devida publicidade, os particulares interessados apresentam suas propostas, sendo selecionada a que apresenta a melhor vantagem para a Administração, de acordo com os critérios objetivos anteriormente definidos.

Assim, revelam-se dois aspectos principais no conceito de licitação, quais sejam: a) trata-se de um processo administrativo promovido pela Administração, que visa contratar a aquisição de bens ou serviços, realização de obras, ou alienações; b) tem por finalidade a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, através de uma competição isonômica entre os interessados em contratar, onde seus termos são previamente definidos de modo objetivo no edital.

A Administração, ao buscar atingir suas finalidades públicas, necessita realizar contratações com entes privados para obtenção de bens, serviços e obras, inclusive para realizar alienações, necessárias à devida prestação dos serviços públicos aos cidadãos.

No entanto, o legislador, representante máximo dos cidadãos, optou por não deixar a critério dos gestores a escolha das empresas e pessoas a serem contratadas, pois tal liberdade poderia dar margem a escolhas desvirtuadas do interesse público, pautadas por critérios individuais e subjetivos, muitas vezes passando ao largo do interesse público.

Através de uma lei que institui procedimentos licitatórios e regula a realização e execução dos contratos públicos, o Poder Legislativo visa estabelecer regras e parâmetros objetivos de contratação para a Administração Pública, propiciando que os particulares possam concorrer em igualdade de condições e que a Administração possa escolher a proposta mais vantajosa e econômica, além de buscar o desenvolvimento nacional sustentável e possibilitar a identificação de propostas com sobrepreço, inexequíveis ou com superfaturamento na execução do contrato.

A licitação, desse modo, é um processo administrativo que tende a realizar contratação de forma objetiva, sem a interferência de preferências pessoais dos gestores, visando realizar o melhor negócio para a Administração, através de uma competição isonômica, onde todos aqueles que quiserem contratar com a Administração possam ter oportunidades equivalentes, desde que possuam condições de fornecer o bem, serviço ou obra a ser contratada.

Com isso, a realização de licitação é inafastável para a Administração Pública, tratando-se de procedimento eminentemente democrático e republicano, uma vez que não se submete ao arbítrio ou à decisão unipessoal dos gestores públicos, estando baseado no princípio da isonomia dos licitantes e objetivando a melhor contratação para a Administração.

2 – BREVE HISTÓRICO E CONTEXTO LEGISLATIVO

A partir da Constituição Federal de 1988 a licitação foi estabelecida como um dos institutos jurídicos fundamentais da Administração Pública, visando a realização de contratações de forma objetiva pelos órgãos e entes

públicos, através de definição de princípios e normas definidas na própria Constituição Federal e em leis infraconstitucionais, propiciando contratações vantajosas para a Administração e isonômicas para os licitantes, afastando as preferências individuais e a subjetividade dos gestores públicos na contratação.

Apesar da nova perspectiva adaptada pela Constituição Federal, que foi motivo de aplausos e elogios por grande parte da sociedade, a finalidade foi cercear ao máximo a discricionariedade e a subjetividade dos gestores públicos, através de formalizações e burocracias, sob o argumento de que seria necessário coibir atos de corrupção.

Sem dúvida, a formalização e burocratização do sistema de compras público acarreta um conseqüente encarecimento das aquisições, tanto por exigir toda uma estrutura e organização da Administração para realizar tal tarefa, quanto pelos custos inerentes à atividade dos licitantes, que também devem se estruturar e especializar para participar das licitações. Além disso, toda essa burocratização não garante que não ocorram desvios, razão pela qual também foi estabelecido todo um aparato estatal visando reprimi-los, por meios administrativos, cíveis e, inclusive, penais.

Por outro lado, deixar as contratações públicas sob a liberdade de atuação dos inúmeros gestores públicos que estão espalhados pelo país traria um grande risco, uma vez que cada gestor poderia agir de acordo com a sua própria ótica e convicções, ou seja, de modo subjetivo, podendo levar a uma vantajosa e célere contratação ou a uma contratação eivada de desvios e sobrepreços, a depender de cada um dos casos.

A fim de não correr este risco, optou o constituinte e o legislador por estabelecer diversas regras e princípios, traçando diretrizes e caminhos que deveriam ser seguidos para a escolha e contratação dos particulares que atuariam como prestadores e fornecedores da Administração.

Não podemos esquecer de que as normas que tratam de licitações e contratações trouxeram grandes avanços para a matéria, tais como a necessidade de observação de princípios como o da isonomia, impessoalidade, legalidade e de moralidade. No entanto, passados mais de trinta anos da Constituição Federal, o objetivo de combater a corrupção nas licitações e contratações ainda não foi inteiramente alcançado, devendo ser perseguido constantemente pelo Estado, pelos operadores do direito e pela sociedade civil, inclusive pelos licitantes.

Para muitos operadores e doutrinadores, a licitação e as contratações no modo como estão dispostos na legislação se tornam um dogma, ou seja, um conjunto de preceitos a serem seguidos de modo certo e indiscutível. No entanto, deve-se ter em mente que tal procedimento visa, somente, possibilitar a aquisição de bens, serviços e obras pela Administração, tarefa corriqueira no âmbito privado, tanto por pessoas jurídicas quanto físicas.

Sob este prisma, os princípios e regras atinentes às licitações e contratações devem ser interpretadas tendo-se em conta que se trata de mero ato de aquisição de bens, serviços e obras, tão corriqueiros no âmbito privado, devendo-se sopesar a exigência de formalidades com os objetivos e finalidades que tais atos visam alcançar, devendo ser relativizadas quando esvaziadas de seus propósitos finais.

A Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21, foi publicada no dia 01.04.2021, estabelecendo um novo marco normativo das licitações e contratações públicas para todos os entes federados, através da instituição de princípios e regras que devem ser observados em âmbito nacional.

Este novo marco normativo está em vias de revogar, dentre outras, a Lei nº 8.666/93, antiga Lei de Licitações e Contratos Administrativos, principal ato normativo sobre a matéria, que vigora por quase trinta anos, objeto de diversas alterações legislativas no período, paciente de diversas críticas de gestores públicos, profissionais e particulares que atuavam no âmbito de licitações e contratações públicas, sendo solicitado e esperado por longo tempo que houvesse uma nova legislação sobre o tema, para atender os avanços da sociedade e as novas realidades impostas nas relações entre o setor público e o privado.

Assim, uma nova legislação foi inaugurada, através da Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21, que unifica o regime jurídico sobre licitações e contratos administrativos, protagonizando um novo paradigma normativo, inclusive com normas visando atender a era digital atual, superando a defasagem sistêmica da Lei nº 8.666/93 e das demais normas que regiam as licitações e contratos administrativos.

No decorrer dos anos, diversos diplomas legais foram inseridos no sistema normativo que trata das licitações e contratos públicos, alterando, modernizando e aperfeiçoando todo o sistema licitatório para os mais diversos tipos de contratações. Agora, através da Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21, o legislador optou por inaugurar um novo sistema normativo

atinente à matéria, redigindo uma nova lei que congrega os principais aspectos anteriormente existentes em leis e decretos esparsos, além de criar novos mecanismos e institutos jurídicos, unificando as normas referentes a licitações e contratações públicas em somente uma lei, facilitando o cotidiano de gestores públicos, de licitantes e de profissionais que atuam na área.

A Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21, consolida em um único diploma normativo todo o regime aplicável a licitações e contratos administrativos que antes estava esparso em diversos diplomas legais, quais sejam; a) Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos; b) Lei nº 10.520/02, Lei do Pregão; c) Lei nº 12.462/11, RDC - Regime Diferenciado de Contratações.

Como toda regra possui exceções, algumas legislações não foram alcançadas pela Nova Lei de Licitações, tais como a Lei nº 12.232/10, que disciplina a contratação de serviços de publicidade; a Lei nº 13.303/16, que trata especificamente do regime das empresas públicas e sociedades de economia mista, incluindo licitações e contratos; e as Leis nº 8.987/95 e nº 11.079/04, que regulamentam as licitações nas concessões comuns e especiais de serviços públicos.

Este novo diploma legal traz diversos aperfeiçoamentos no âmbito das licitações e contratações públicas, consolidando boas práticas, apresentando novos institutos e corrigindo algumas falhas do sistema, inclusive adotando meios de comunicação digital como regra, apesar de ainda seguir uma sistemática muito parecida com as antigas normas.

A concentração de normas que se referem a licitações e contratos em um único diploma normativo é acolhida de forma positiva pelos profissionais que atuam na área, uma vez que supera as dificuldades e desafios de atuar com diversos diplomas legais, cada qual aplicável a determinadas situações.

3 – FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

No Capítulo destinado à Administração Pública, a Constituição Federal determina que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações devem ser contratados mediante processo de

licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Desse modo, a determinação para a realização de licitações possui origem constitucional, constituindo obrigação dos gestores ao realizar contratações públicas, somente podendo ser afastada a sua realização nos casos especificados expressamente na legislação infraconstitucional.

A Constituição Federal também assegura aos licitantes o direito subjetivo a concorrer em igualdade de condições entre si, constituindo o princípio da isonomia, somente sendo permitidas exigências de qualificação técnica e econômica dos licitantes que se revelem absolutamente necessárias para demonstrar que possuem condições de cumprir com as obrigações a serem assumidas através da contratação.

Assim, somente poderão ser exigidas de todos aqueles que visem contratar com a Administração Pública qualificações técnicas e econômicas indispensáveis para a contratação, uma vez que os licitantes devem demonstrar que possuem condições de fornecer e cumprir o objeto contratual, a fim de resguardar a Administração de aventureiros ou de empresas sem aptidões para fornecer aquilo que se visa contratar.

Deve-se ter em conta que o processo licitatório visa realizar uma contratação para a Administração e, com isso, também devem ser resguardados os seus interesses, inclusive por tratar-se de interesses públicos, a fim de se assegurar que a contratação seja devidamente prestada pelo contratado e o interesse público seja atingido.

Não basta somente o respeito ao princípio da isonomia na contratação, mas também que os interesses da Administração sejam salvaguardados através da escolha da melhor proposta e da garantia de que o escolhido tem condições de prestar o objeto contratado. Deste modo, os interesses dos licitantes e da Administração são facetas da mesma moeda, que devem ser coadjuvantes e harmônicos na contratação.

A Constituição Federal também atribuiu à União Federal a competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas

as modalidades, para a Administração Direta e Indireta de qualquer dos poderes da União, Estados e Municípios, nos termos de seu art. 22, XXVII.

Os demais entes federativos, como estados e municípios, também poderão legislar sobre licitações e contratos, mas somente de forma complementar, ou seja, naqueles assuntos considerados específicos, conforme prevê o §2º do art. 24 da Constituição Federal.

Assim, as leis editadas pela União em sua competência de legislar sobre normas gerais têm aplicação uniforme para todos os entes federativos, devendo tais entes observá-las em todas as contratações. Apesar da observância obrigatória das normas gerais em matéria de licitações e contratos, os estados e municípios podem complementar tal legislação com a edição de leis tratando de casos específicos sobre o tema, sendo que tais leis específicas terão aplicação somente em seu próprio âmbito de atuação, ou seja, cada estado e município pode editar regras específicas para si mesmos.

Estas leis editadas pela União em sua competência de legislar sobre normas gerais são denominadas de leis nacionais, de aplicação uniforme para todos os entes federativos, decorrentes de competência atribuída explicitamente pela Constituição Federal.

Por outro lado, são denominadas de leis federais aquelas que são editadas pela União e somente possuem aplicação em âmbito federal, dentro das competências fixadas pela Constituição Federal à União, ou seja, não se aplicam aos demais entes federativos. O mesmo ocorre com as leis estaduais e municipais, que tratam de questões relacionadas às competências constitucionais de estados e municípios, se aplicando somente no âmbito dos entes que as editam.

Desse modo, com fundamento nesta competência constitucional de legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, a União editou a Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21, de aplicação a toda a Administração direta, autárquica e fundacional da própria União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, abrangendo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além dos fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública, nos termos de seu art. 1º.

Por sua vez, cada um dos Estados e Municípios também pode legislar sobre licitações e contratos administrativos no âmbito de sua competência constitucional concorrente, ou seja, para tratar de assuntos considerados es-

pecíficos em sua área de atuação, sempre com observância das normas gerais editadas pela União.

4 – SUJEITOS AO DEVER DE LICITAR

A Constituição Federal determina, nos termos de seu art. 37, XXI, que a Administração Pública deve contratar as obras, serviços, compras e alienações mediante processo de licitação. Desse modo, todos os entes federativos e órgãos públicos, da administração direta e indireta, de todos os Poderes, são obrigados a realizar licitações em suas atividades administrativas e cotidianas.

Tal dispositivo constitucional faz uma ressalva, de que a licitação pode ser afastada nos casos especificados em lei, o que é o caso das contratações diretas, conforme será estudado em tópico específico. Assim, a regra geral é pela compulsoriedade na realização de licitações, podendo haver contratações diretas, ou seja, sem a realização de licitações, nos casos especificados na legislação.

Através desta competência constitucional, a União editou diversas leis para disciplinar o modo como as licitações e contratos deveriam ser realizados em relação a cada um dos referidos entes e órgãos obrigados, inclusive os casos de contratação direta.

Nos termos de seu artigo 1º, a Nova Lei de Licitações estabelece a sua aplicação no âmbito da Administrações Públicas direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, quando no desempenho de função administrativa, e aos fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela Administração Pública.

A Administração direta é o conjunto de órgãos que constituem os entes federativos, quais sejam: União, estados, Distrito Federal e municípios, que exercem atividades administrativas de forma centralizada, ou seja, é o conjunto de órgãos ligados diretamente aos referidos entes federados. A Administração indireta é o conjunto de pessoas jurídicas desprovidas de autonomia política, que têm competência para o exercício de atividades administrativas de forma descentralizada, quais sejam, autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista.

Assim, a Nova Lei de Licitações é aplicável a toda a Administração direta e parte da Administração indireta, uma vez que se aplica somente a autarquias e fundações públicas, não sendo aplicável às empresas públicas e sociedades de economia mista.

Isso não significa que as empresas públicas e sociedades de economia mista estejam dispensadas de realizar licitações. Pelo contrário, além do dispositivo constitucional já citado, que prevê a licitação como procedimento necessário à contratação por toda a Administração Pública, a Constituição Federal prevê expressamente que tais entidades também estão sujeitas a realizar licitações, através de lei específica, que deve tratar do estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, nos termos de seu art. 173, §1º, III.

Tal estatuto foi editado através da Lei nº 13.303/16, que dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. Assim, apesar da Nova Lei de Licitações não se aplicar às empresas públicas e sociedades de economia mista, tais entidades possuem regramento próprio para licitações e contratos.

Os Fundos Especiais também são obrigados a licitar, sendo-lhes aplicável a Nova Lei de Licitações, conforme determinação expressa em seu art. 1º. Os Fundos Especiais são parcelas de recursos financeiros provenientes da Administração Pública reservados para aplicação em determinadas finalidades especificadas em lei, estando previstos no art. 71 da Lei nº 4.320/64, que institui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos estados, dos municípios e do Distrito Federal.

Também estão sujeitos a realizar licitação e aos ditames da Nova Lei de Licitações todos os demais entes controlados direta ou indiretamente pelo Poder Público, devendo a expressão “controle” ser interpretada de forma ampla, sendo excetuados, somente, àqueles entes que devem se sujeitar a legislações específicas, a exemplo das empresas públicas e sociedades de economia mista.

As OS – Organizações Sociais e as OSCIP – Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público não estão obrigadas a licitar para firmar contratações com terceiros, por ausência de qualquer previsão na Nova Lei de Licitações e em razão de jurisprudência do Tribunal de Contas da União,

Acórdão nº 5236/2015, e do Supremo Tribunal Federal, ADI 1923, por integrarem o terceiro setor, não fazendo parte do conceito constitucional de Administração Pública. No entanto, tendo em vista que recebem recursos financeiros públicos, seu regime jurídico interno deve ser formado minimamente por princípios da Administração, como o princípio da impessoalidade, de modo que seu regulamento deve prever regras objetivas e impessoais para contratação.

O mesmo regramento se aplica aos serviços sociais autônomos, que são entes paraestatais que têm por objetivo a promoção e cooperação com a Administração Pública no desempenho de suas atribuições, com personalidade jurídica de direito privado, mantidos por meio de dotações orçamentárias ou contribuições parafiscais, como o SENAI - Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial, SENAC - Serviço Nacional de Aprendizagem e Comércio, SESC - Serviço Social do Comércio, SESI - Serviço Social da Indústria, SEBRAE - Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas, SEST - Serviço Social do Transporte, SENAT - Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte, entre outros.

Os conselhos profissionais, que possuem personalidade jurídica de direito público e exercem poder disciplinar sobre os integrantes da respectiva categoria profissional, inclusive com autonomia administrativa e financeira, caracterizam-se como autarquias, sendo-lhes aplicável o regime jurídico idêntico ao das entidades autárquicas da Administração Pública, ou seja, são obrigados a licitar nos termos previstos na Nova Lei de Licitações.

A OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, apesar de, num primeiro momento, caracterizar-se como um conselho profissional, foi alçada à entidade *sui generis* pelo Supremo Tribunal Federal. Desse modo, a OAB se caracteriza como entidade sem semelhança com nenhuma outra, original, peculiar, singular, não fazendo parte da Administração Pública indireta e, com isso, não se submetendo ao regime jurídico pertencente às autarquias, razão pela qual não está obrigada a licitar.

Desse modo, salvo a Ordem dos Advogados do Brasil, que possui qualificação especial no ordenamento jurídico pátrio, todos os demais conselhos profissionais são obrigados a licitar, nos termos da Nova Lei de Licitações.

A Nova Lei de Licitações também não se aplica aos partidos políticos, conforme determina expressamente o art. 44, §3º, da Lei nº 9.096/95, que

dispõe sobre o regime aplicável a esses partidos, apesar de receberem recursos públicos, uma vez que não pertencem à Administração Pública.

As concessões e permissões de serviços públicos, previstos no art. 175 da Constituição Federal, também não se submetem à Nova Lei de Licitações, uma vez que possuem regramento próprio, previsto na Lei nº 8.987/95, onde constam todas as regras e a obrigatoriedade da Administração Pública em realizar licitações para as concessões de serviços e obras públicas, e para as permissões de serviços públicos. O mesmo ocorre com as Parcerias Público-Privadas, onde as normas gerais para a realização de suas licitações e contratações estão previstas na Lei nº 11.079/04, que deve ser observada compulsoriamente pela Administração Pública nesses casos.

A contratação pela Administração Pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda também possui regramento próprio, qual seja, a Lei nº 12.232/10, que institui normas de licitação e contratação para esses serviços.

Todos os normativos legais acima citados decorrem da competência constitucional atribuída à União para legislar a respeito de normas gerais de licitação e contratos para a Administração Pública, não sendo necessário que tais normas estejam incorporadas em somente um instrumento legal, podendo ser dispersas por vários normativos, como ocorre de fato.

5 – ÂMBITO DE APLICAÇÃO

A Nova Lei de Licitações prevê expressamente as espécies de contratações a que se destina, conforme previsto em seu art. 2º, quais sejam: a) alienação e concessão de direito real de uso; b) compra, inclusive por encomenda; c) locação; d) concessão e permissão de uso de bens públicos; e) prestação de serviços, inclusive os técnicos profissionais especializados; f) obras e serviços de arquitetura e engenharia; g) contratações de tecnologia da informação e de comunicação.

A Nova Lei de Licitações também estabelece as hipóteses que não se subordinam aos seus regramentos. Nos termos de seu art. 3º, os contratos de operações de crédito, interno ou externo, e os contratos relacionados à gestão da dívida pública, incluídas as contratações de agente financeiro e a concessão de garantias, não se submetem à Nova Lei de Licitações, uma vez

que possuem uma lógica própria de funcionamento e de procedimentos e são regulados por legislações específicas, a exemplo da Lei de Responsabilidade Fiscal, um dos objetos de estudo do Direito Financeiro.

Conforme exposto em tópico anterior, também estão excetuados da aplicação da Nova Lei de Licitações as contratações sujeitas a legislação própria. Apesar disso, a Nova Lei de Licitações possui caráter de norma geral, prevendo normas amplas para as licitações e contratos administrativos, podendo ser aplicada de modo subsidiário à Lei nº 8.987/95, que rege os contratos de concessão comum e permissão de serviço público; à Lei nº 11.079/04, que disciplina as parcerias público privadas; e à Lei nº 12.232/10, que trata da contratação de serviços de publicidade; conforme previsto expressamente em seu art. 186.

Além disso, o art. 189 da Nova Lei de Licitações prevê a sua aplicação sempre que outras legislações façam referência expressa à Lei nº 8.666/93, à Lei nº 10.520/02, e à Lei 12.462/11, que se encontram em fase de transição para a sua revogação.

Assim, mesmo que outras leis disciplinem alguns casos específicos para realização de licitações e contratos, acabam por não dispor de todos os aspectos envolvidos, sendo necessário aplicar subsidiariamente a Nova Lei de Licitações para completar o seu alcance e sentido.

6 – OBJETIVOS

A Lei nº 14.133/21 prevê expressamente em seu art. 11 os objetivos a serem buscados pelo processo licitatório, quais sejam: a) assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto; b) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição; c) evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos; d) incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Os objetivos descritos na Nova Lei de Licitações despontam como resultados a serem atingidos pelas licitações, consequências ideais que os processos licitatórios devem alcançar. Tais objetivos são os alvos que os resultados da licitação devem atingir. Assim, a contratação não é o único objetivo a

ser alcançado pela Administração através da licitação, mas todos os objetivos descritos em seu art. 11.

Os objetivos não configuram deveres de ação, como se revelam os princípios, mas parâmetros que revelam se as ações e decisões tomadas no decorrer do processo licitatório são lícitas quanto à sua finalidade e à sua adequação. Os objetivos desempenham papel instrumental para fins de viabilizar o juízo de razoabilidade e de proporcionalidade das medidas adotadas durante o trâmite licitatório, tendo em vista a necessidade de atingimento de finalidades previstas expressamente em lei.

A Nova Lei de Licitações também exige que a alta administração do órgão ou entidade responsável pelas contratações públicas implemente processos e estruturas para alcançar os objetivos do processo licitatório. Tais processos e estruturas devem avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e respectivos contratos, inclusive estabelecendo instrumentos de gestão de riscos e de controles internos.

Trata-se de medida de governança, para que a alta administração promova um ambiente íntegro e confiável, assegurando o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias, além de promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

6.1 Vantajosidade

O objetivo da vantajosidade visa assegurar que as medidas adotadas durante o processo licitatório tenham por finalidade a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. No entanto, a proposta mais vantajosa não é somente aquela que possui o objeto mais barato, mas aquela que gerará o melhor resultado para a Administração, inclusive quanto ao ciclo de vida do objeto licitado.

A vantajosidade indica a necessidade de se assegurar um contrato que apresente resultados mais vantajosos, e não somente o melhor preço. Assim, a licitação deve visar os resultados práticos da contratação para a Administração, e não somente o valor de seu objeto. Para tanto, a Administração deve considerar diversos fatores na contratação, como a divisão do objeto em itens ou lotes, considerando as dificuldades da gestão administrativa de diversos contratos; os modos em que podem ocorrer a contratação, como

aquisição ou locação; a forma de prestação do objeto, se parcelado ou concentrado; a definição das características do objeto, a fim de buscar os melhores produtos e tecnologias disponíveis no mercado; etc.

Por exemplo, de nada adianta que a Administração obtenha os melhores preços em uma licitação realizada por itens se terá que administrar diversos contratos, um para cada fornecedor de cada item, dispendendo recursos financeiros e humanos em tal gerência contratual, que podem superar, em muito, a suposta economia de preços advinda da divisão dos objetos em itens.

Cabe aqui fazer um esclarecimento quanto às formas que a Administração pode dividir os objetos a serem licitados. Tomemos como exemplo uma licitação que tem por objeto a aquisição de quatro itens de material escolar, 1000 canetas, 1000 lápis, 1000 borrachas e 1000 apontadores. São três as formas que este objeto pode ser licitado: a) de modo global, onde haverá uma disputa de preços em relação a somatória de todos os itens de materiais escolares, culminando com a contratação com somente um fornecedor; b) por itens, onde haverá uma disputa de preços para cada um desses itens de material escolar, com a possibilidade de contratação de diversos fornecedores, um para cada item; c) por lotes, onde são formados lotes que englobam alguns determinados itens, sendo realizada a disputa de preços e a contratação em relação a cada lote.

Cada uma dessas formas apresenta vantagens e desvantagens, uma vez que impactam diretamente na competição. Quanto maior a divisão do objeto licitado, maior será a possibilidade de melhores preços e maior serão as dificuldades na gerência, execução e fiscalização contratual. Por outro lado, quanto maior a concentração do objeto licitado, menor será a possibilidade de melhores preços e menor serão os custos e complexidade na gerência, execução e fiscalização contratual.

No entanto, tais regras não são absolutas, devendo ser avaliadas as vantagens e desvantagens frente ao caso concreto.

Assim, em muitos casos, a realização da licitação com objeto dividido em lotes pode apresentar melhores resultados para a Administração do que se o objeto for dividido em itens, se forem considerados outros custos decorrentes da contratação, como a gerência e acompanhamento de uma quantidade menor de contratos com fornecedores.

Ressalta-se que estas considerações a respeito da divisão do objeto em lotes ou itens não devem ser tomadas como regra geral, mas como um exemplo de que determinadas características da contratação devem ser consideradas frente ao caso concreto, tendo em vista que podem apresentar os mais variados resultados para a Administração e, com isso, impactar diretamente na vantajosidade da contratação.

A vantajosidade revela-se como um novo paradigma para a realização de licitações, que visa não somente o preço mais baixo, mas os melhores resultados da contratação para a Administração. Para atingir tal objetivo, todas as etapas da licitação devem visar atingir resultados vantajosos, desde a caracterização das necessidades da Administração e a definição de seu objeto até a verificação da adequação da proposta vencedora com as exigências previstas no Edital.

O objetivo da vantajosidade também exige que o ciclo de vida do objeto licitado deve ser considerado, confirmando o imperativo de se examinar o custo-benefício ao longo de toda a contratação. Assim, devem ser considerados não somente o objeto licitado em si, mas todo o seu ciclo de vida, como a sua expectativa de vida útil e proveito, o custo necessário para a sua manutenção, os esforços de recursos humanos necessários para o seu adequado aproveitamento, os valores residuais que podem ser obtidos após se tornar inservível para a Administração etc.

Todos estes fatores a respeito do ciclo de vida do objeto devem ser considerados na fase de planejamento da licitação, a fim de definir o objeto que apresente os melhores resultados para a contratação. Como exemplo, podemos citar a aquisição de um automóvel pela Administração, onde devem ser avaliados não somente o seu preço, mas os valores das revisões necessárias para o seu funcionamento, a sua vida útil, a estimativa do valor que pode ser alienado quando se tornar inservível para a Administração etc. Outro exemplo que pode ser considerado seria uma máquina para determinado serviço, onde determinado modelo ou tecnologia pode exigir mais ou menos pessoas para a sua operação, devendo esses fatores também ser considerados pela Administração, inclusive quando se tratar de questões atinentes a meios de tecnologia da informação e de comunicação.

6.2 Tratamento isonômico

O objetivo de assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição, se trata de aplicar o princípio da isonomia não somente como regra de conduta, a ser observada no decorrer do certame, mas também como finalidade a ser atingida no processo licitatório, visando tratar todos os particulares que possuem interesse em contratar com a Administração de modo igualitário e idêntico, ou seja, sem distinções.

O objetivo da isonomia visa dar tratamento idêntico àqueles que se acham em condição de igualdade e tratamento mais favorável àqueles que se acham em condições inferiores, a fim de que possuam condições igualitárias de concorrer com os demais licitantes.

6.3 Evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos

O objetivo de evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos é um complemento do objetivo da vantajosidade, uma vez que visa a precificação adequada da contratação, evitando quaisquer tipos de lesões de ordem financeira à Administração Pública. De nada adianta conduzir todos os atos praticados durante o processo licitatório com vistas a melhor contratação para a Administração se houver distorções nos preços praticados pelos licitantes ou contratados, razão pela qual a Nova Lei de Licitações previu expressamente tal objetivo.

Nos termos do art. 6º, LVI, da Nova Lei de Licitações, o sobrepreço caracteriza-se como um valor, apresentado no processo de contratação, expressivamente maior aos preços referenciais de mercado.

Por sua vez, o superfaturamento é definido pelo art. 6º, LVII, da Nova Lei de Licitações, como o dano provocado ao patrimônio da Administração, caracterizado, entre outras situações, por: a) medição de quantidades superiores às efetivamente executadas ou fornecidas; b) deficiência na execução de obras e de serviços de engenharia que resulte em diminuição da sua qualidade, vida útil ou segurança; c) alterações no orçamento de obras e de servi-

ços de engenharia que causem desequilíbrio econômico-financeiro do contrato em favor do contratado; d) outras alterações de cláusulas financeiras que gerem recebimentos contratuais antecipados, distorção do cronograma físico-financeiro, prorrogação injustificada do prazo contratual com custos adicionais para a Administração ou reajuste irregular de preços.

Desse modo, o superfaturamento não decorre de vícios contidos na proposta comercial apresentada na licitação, como ocorre com o sobrepreço, mas de comportamentos irregulares do contratado ao longo da execução contratual, elevando indevidamente os valores a serem pagos pela Administração, como a adulteração de qualidades ou de quantidades do objeto, alterações indevidas de prazos de execução, aplicação indevida de índices de reajustes etc., gerando um enriquecimento ilícito do contratado.

As hipóteses de superfaturamento apresentadas na Lei de Licitações não são exaustivas, mas meramente exemplificativas, pois todos os comportamentos da empresa contratada no decorrer da execução contratual que elevem artificial e irregularmente os valores a serem pagos pela Administração causam lesão financeira ao erário, como entregar menos do que foi efetivamente vendido e pago, inventar ou dar causa a prorrogações contratuais para receber parcelas adicionais de pagamento, executar o objeto contratual com materiais mais baratos ou de qualidade inferior ao contratado etc.

O sobrepreço e o superfaturamento decorrem de precificação elevada em relação àquilo que seria ou é entregue para a Administração Pública, prejudicando o resultado da contratação e desequilibrando indevidamente a relação contratual em favor do contratado, gerando enriquecimento ilícito do contratado e conseqüente lesão ao erário.

A terceira distorção relacionada à precificação é a apresentação pelos licitantes de preços manifestamente inexequíveis, ou seja, apresentação de propostas com valores irrisórios ou menores que o necessário para o devido cumprimento das obrigações contratuais nos parâmetros esperados ou definidos no edital.

A própria Lei de Licitações prevê mecanismos para fins de evitar e desclassificar propostas inexequíveis, como, por exemplo, o previsto em seu art. 59, §2º, que possibilita que a Administração realize diligências para a devida aferição dos valores ou exija dos licitantes a sua devida demonstração de exequibilidade, e o previsto no §4º do referido artigo, que estabelece pre-

sunção de inexequibilidade, nos casos de obras e serviços de engenharia em que as propostas são inferiores a 75% do valor orçado pela Administração.

São várias as causas que levam alguns licitantes a apresentarem propostas inexequíveis, devendo a Administração identificá-las e desclassificá-las, a fim de se resguardar possíveis problemas na execução contratual. Pode ocorrer da inexequibilidade da proposta decorrer de imperícia ou inexperiência do licitante em participar da licitação, muito comum entre microempresas, que muitas vezes possuem limitações de recursos humanos e técnicos, não contando com as ferramentas necessárias para lidar com a complexidade e as burocracias que envolvem as contratações administrativas.

Tendo em vista que pessoas jurídicas são formadas por seres humanos, as emoções envolvendo a competição decorrente das licitações também podem acarretar distorções nos preços ofertados pelos licitantes, que no desejo de vencer a licitação acabam por apresentar preços abaixo dos necessários, caracterizando inexequibilidade, muito comum em pregões, onde a dinâmica e rapidez na apresentação dos lances acaba por reduzir o tempo para reflexão e cálculos de custos. Para evitar tais situações, é importante que os licitantes elaborem cálculos e planilhas de custos, a fim de avaliar o preço mínimo que cubra todos os custos necessários para a execução contratual, inclusive a sua margem de retorno.

Também é possível que determinados licitantes pratiquem preços predatórios, para fins de enfraquecer ou eliminar a concorrência no decorrer do tempo, visando assumir uma posição monopolista no mercado e, após isso, praticar sobrepreços em futuras contratações, para que sejam restituídos os prejuízos praticados anteriormente.

Essas situações são somente exemplificativas, uma vez que a inexequibilidade das propostas pode decorrer de diversos outros fatores. De qualquer modo, os preços manifestamente inexequíveis devem ser combatidos pela Administração, tratando-se de um dos objetivos das licitações, com a respectiva desclassificação das propostas, de acordo com os termos prescritos pela Nova Lei de Licitações, propiciando uma precificação justa do contrato e, com isso, evitando infortúnios futuros na contratação.

6.4 Incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável

O incentivo à inovação e ao desenvolvimento nacional sustentável também caracteriza objetivo a ser seguido no processo licitatório. A Administração deve visar estimular a inovação para fomentar o avanço no setor empresarial e permitir a absorção de novas tecnologias para melhor prestar serviços à sociedade, além de atender o princípio do desenvolvimento nacional sustentável.

Contratar bens e serviços que incorporem inovação implica em diversos riscos para a Administração em experimentar soluções tecnológicas mais recentes e ainda não consagradas, podendo haver custos adicionais para compensar pesquisas e desenvolvimentos, fato inerente às últimas tecnologias disponíveis no mercado. Além disso, a opção pela inovação pode acabar por reduzir o número de licitantes, uma vez que não são todas as empresas atuantes no mercado que possuem tecnologias de inovação, havendo risco de ter somente uma empresa em determinado mercado que utilize tal tecnologia. Assim, ao observar o objetivo do incentivo à inovação, a Administração pode ter seus custos de contratação aumentados e a concorrência diminuída na licitação, podendo gerar questionamentos pela sociedade e por órgãos de controle, além de conflitos com outros objetivos visados na contratação.

Tais riscos, contudo, não devem servir de obstáculo para o alcance desse objetivo, devendo a Administração, a sociedade e os órgãos de controle ter ciência de que se trata de um novo paradigma a ser observado para as contratações públicas. Com isso, os gestores públicos devem ser incentivados a buscar a inovação tecnológica e, com isso, evitar o engessamento das práticas e tecnologias existentes na Administração Pública.

Nesse diapasão, a Nova Lei de Licitações permitiu expressamente, em seu art. 81, §4º, que o Procedimento de Manifestação de Interesse, que será demonstrado em tópico específico, poderá ser restrito a startups, 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 desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto. Para tanto, deve ser exigida, na seleção de-

finitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.

A inovação também aparece como motivo para diversas modalidades de dispensa de licitação, conforme dispõe o art. 75, IV e XVI da Nova Lei de Licitações. Na fase externa da licitação também é prevista a possibilidade de estabelecimento de margens de preferências para bens e serviços nacionais resultantes do desenvolvimento e inovação tecnológica no país, conforme art. 26, §2º. Não bastasse isso, é prevista nova modalidade licitatória, intitulada de diálogo competitivo, que visa viabilizar a concepção, desenvolvimento e contratação de objetos inovadores pela Administração.

Com isso, visou o legislador alçar a Administração Pública a novos patamares tecnológicos, a fim de atender suas demandas públicas de modo mais efetivo e de acordo com as novas tecnologias praticadas e existentes no mercado, que são atualizadas diuturnamente nos últimos tempos, devendo os gestores públicos objetivar tais inovações nas contratações realizadas cotidianamente.

7 – VIGÊNCIA, REVOGAÇÃO E ALTERAÇÕES

A Nova Lei de Licitações estabelece um novo marco para as regras a serem seguidas na realização de licitações e contratos administrativos, revogando expressamente determinados instrumentos legais, alterando outros, além de derrogar dispositivos legais anteriores que não se coadunam com os novos ditames por ela definidos.

Em 01 de abril de 2021 entrou em vigor a Nova Lei de Licitações, Lei nº 14.133/21, exatamente em sua data de publicação, tendo em vista disposição expressa neste sentido, conforme seu art. 194, não havendo qualquer período de *vacatio legis*, ou seja, não foi estabelecido um prazo para que entrasse em vigor.

Assim, a partir de 01 de abril de 2021 a Nova Lei de Licitações já está produzindo efeitos, inclusive revogando expressamente três diplomas legais que regulavam licitações e contratos administrativos, conforme seu art. 193, quais sejam: a) Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos; b) Lei nº 10.520/02, Lei do Pregão; c) e a maior parte da Lei nº 12.462/11, onde tratava do RDC - Regime Diferenciado de Contratações.

Desse modo, a Nova Lei de Licitações consolida em um único diploma normativo parte do regime aplicável a licitações e contratos administrativos que antes estava esparsa em três diplomas legais, facilitando a estudo e a operacionalização das normas relacionadas a licitações e contratos administrativos.

No entanto, a revogação de tais diplomas legais não ocorreu na data de publicação da Nova Lei de Licitações, uma vez que restou estabelecido um período de transição para que a Administração, profissionais e empresas que atuam diretamente com licitações e contratos pudessem se adaptar aos novos ditames legais, sem prejudicar a realização de contratações públicas nesse período.

Nos termos do referido art. 193, a Lei nº 8.666/93, Lei de Licitações e Contratos Administrativos; a Lei nº 10.520/02, Lei do Pregão; e a Lei nº 12.462/11, que estabelece o RDC - Regime Diferenciado de Contratações; serão efetivamente revogadas somente após dois anos da sua publicação, ou seja, somente em 01 de abril de 2023.

Até lá, as licitações e os contratos administrativos poderão ser realizados de acordo com a Nova Lei de Licitações ou de acordo com os referidos diplomas legais, sem quaisquer prejuízos para a Administração ou aos licitantes, bastando que a opção escolhida seja indicada expressamente no edital, no aviso ou no instrumento da contratação direta, sendo expressamente vedada a combinação do disposto na Nova Lei de Licitações com as demais leis a serem revogadas, nos termos de seu art. 191.

Assim, durante o prazo de dois anos, tanto a Nova Lei de Licitações quanto as leis acima indicadas poderão ser utilizadas para as licitações e contratações públicas, a fim de que os entes públicos, os gestores, as empresas, os operadores de licitações, e quaisquer outros profissionais, possam se adequar e se adaptar aos ditames da nova Lei, sem que haja prejuízo para as contratações públicas.

Ainda, foram expressamente revogados os art. 89 a 108 da Lei nº 8.666/93, que tratam dos crimes e das penas, e do processo e procedimento judicial referentes às licitações e contratos, a partir da data de publicação da Nova Lei de Licitações. Para preencher tal lacuna, a Nova Lei de Licitações promoveu alterações no Código Penal, inserindo diversos crimes e penas em sua parte especial, conforme expressamente previsto em seu art. 178 e 193, I.

Também foram promovidas mudanças pontuais no Código de Processo Civil; na Lei nº 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos; e na Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada; a partir da data de publicação da Nova Lei de Licitações, nos termos de seu art. 177, 179 e 180.

Em resumo, a Nova Lei de Licitações promoveu as seguintes alterações:

- a) Revogou, na data de sua publicação, os art. 89 a 108 da Lei nº 8.666/93, passando para o Código Penal o tratamento dos crimes relacionados a licitações e contratos;
- b) Estabeleceu a revogação, após o período de dois anos, da Lei nº 8.666/93, em sua integralidade;
- c) Estabeleceu a revogação, após o período de dois anos, da Lei nº 10.520/02, também em sua integralidade;
- d) Estabeleceu a revogação, após o período de dois anos, de parte da Lei nº 12.462/11, referente às normas que dispõe sobre o Regime Diferenciado de Contratação;
- e) Alterou pontualmente o Código de Processo Civil, o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, e as normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada.

Além disso, em todas as normas que façam referência à Lei nº 8.666/93, à Lei nº 10.520/02, e aos artigos que serão revogados da Lei nº 12.462/11, deverá ser aplicada a Nova Lei de Licitações, conforme prevê expressamente o seu art. 189.

Por determinação expressa do art. 186, a Nova Lei de Licitações também será aplicada subsidiariamente à Lei nº 8.987/95, que trata do regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos; à Lei nº 11.079/04, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada; e à Lei nº 12.232/10, que dispõe sobre as normas gerais para licitação e contratação pela administração pública de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda.

Para a devida execução da Nova Lei de Licitações, o Poder Executivo dos entes federativos pode editar decretos e regulamentos, tendo em vista a competência conferida pela Constituição Federal no art. 84, IV, por me-

norizando as disposições gerais e abstratas nela previstas, viabilizando a sua aplicação em casos específicos.

Para permitir a sua imediata execução e para facilitar a edição de tais decretos e regulamentos, a Nova Lei de Licitações prevê, expressamente, que os estados, o Distrito Federal e os municípios apliquem os regulamentos editados pela União, conforme previsto em seu art. 187. Desse modo, enquanto tais entes federativos não editam decretos e regulamentos próprios para detalharem as disposições da Nova Lei de Licitações, poderão se utilizar dos regulamentos federais, para que não ocorram impedimentos para a aplicação dos novos institutos legais, caso não optem por editar os seus próprios regulamentos.

8 – REGIME DE TRANSIÇÃO

As regras de transição que tratam do modo de realização das licitações e contratações no período em que a Nova Lei de Licitações está em vigor conjuntamente com a Lei nº 8.666/93, com a Lei nº 10.520/02, e com a maior parte da Lei nº 12.462/11, encontram-se disciplinadas em seus art. 190 a 193.

Conforme exposto no tópico anterior, durante dois anos após a publicação da Nova Lei de Licitações, realizada em 01 de abril de 2021, as referidas legislações ainda poderão ser utilizadas pela Administração Pública, desde que tal opção conste expressamente no edital da licitação, sendo vedada a aplicação combinada da Nova Lei de Licitações com as anteriores.

Assim, a Administração Pública possui três opções neste período de transição: a) continuar aplicando exclusivamente as legislações anteriores; b) aplicar exclusivamente a Nova Lei de Licitações; c) ou alternar a aplicação de tais regimes, aplicando a legislação anterior em algumas licitações e a Nova Lei de Licitações em outras, devendo sempre especificar no edital qual o diploma legal utilizado.

Desta forma, a Administração Pública terá tempo suficiente para se adaptar ao novo regramento, inclusive os particulares interessados em licitar e os profissionais atuantes na área, através da promoção dos estudos necessários para tal, adaptando e aprimorando seus procedimentos internos, treinando servidores e aplicando, gradativamente, caso entenda necessário,

os novos ditames a serem observados nas licitações e contratações, podendo adotar a nova legislação integralmente caso entenda que já se encontra preparada.

Os contratos que tenham sido firmados antes da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações continuarão a ser regidos pelas leis vigentes ao tempo de sua celebração, nos termos do art. 190 da Nova Lei de Licitações, privilegiando a observância do ato jurídico perfeito e, com isso, sem sofrer qualquer impacto das alterações promovidas pela nova legislação, de acordo com o art. 6º da LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Do mesmo modo, caso a Administração opte por adotar a legislação anterior durante o prazo de transição na realização de determinada licitação, os contratos administrativos decorrentes também serão regidos pela legislação utilizada, durante toda a sua vigência, conforme expressamente previsto no art. 191, parágrafo único, da Nova Lei de Licitações. Assim, o regime jurídico que regula o contrato administrativo é o mesmo do adotado para a realização da licitação respectiva, tendo em vista que a minuta do contrato integra o edital e o edital também integra o instrumento do contrato, devendo tanto a licitação quanto o contrato ser regidos pelo mesmo regime jurídico.

Mesmo no caso em que o contrato tenha sido celebrado após o período de transição, por quaisquer motivos, ainda assim a legislação anterior o regulará inteiramente, mesmo que já se encontre completamente revogada, tendo em vista o princípio do tempus regit actum e por expressa determinação legal. A aplicação de regime jurídico diverso do utilizado no momento da realização da licitação acabaria por gerar grande insegurança jurídica, uma vez que haveria conflitos entre o disposto no edital e no contrato e o disposto na nova legislação.

Da mesma forma, as prorrogações dos contratos firmados com fundamento na legislação anterior também devem seguir o mesmo regime jurídico, mesmo que tais prorrogações ocorram quando tais regimes já tenham sido totalmente revogados. Ressalta-se que tais prorrogações somente podem ocorrer durante o prazo de vigência do contrato, para que não haja interrupção de sua continuidade.

Existe uma situação que pode gerar debates na doutrina e na jurisprudência, que se refere ao momento em que se considera iniciada a licitação para fins de aplicação das regras de transição. É o caso das licitações que se

baseiam na legislação anterior e que, apesar de iniciadas dentro de período de dois anos de transição, tenham seu edital publicado após tal período.

A doutrina, com fundamento na legislação anterior, apresentava algumas divergências quanto ao momento em que se considerava iniciado o processo licitatório, alguns entendiam que se iniciava com a fase preparatória, ou seja, com a fase interna da licitação, enquanto outros entendiam que se iniciava com a publicação do edital.

Caso fosse aplicado o primeiro entendimento, as leis anteriores poderiam ser aplicadas às licitações que tivessem início até o último dia do período de transição, considerando como início a fase preparatória da licitação, ocasião em que o edital seria publicado após a revogação completa das leis anteriores, o que prolongaria a aplicação destas leis muito além do prazo de dois anos, inclusive sobre os respectivos contratos e eventuais prorrogações sucessivas.

Por outro lado, no caso do segundo entendimento, o edital teria que ser publicado dentro do período de transição, ou seja, até o último dia do prazo de dois anos, fazendo com que aquelas licitações que ainda estivessem na fase preparatória tivessem que ser totalmente refeitas, de acordo com as normas previstas na Nova Lei de Licitações, ocasionando retrabalhos para a Administração.

Entendemos que a melhor interpretação deve seguir o segundo entendimento, de que a licitação onde se opte por adotar o regime jurídico anterior deve ter seu edital publicado dentro do período de transição, uma vez que é com a publicação do edital que a licitação se torna pública e válida, sendo que os atos preparatórios não geram quaisquer efeitos ou expectativas de direitos de participação aos particulares.

Além disso, a redação do art. 191 da Nova Lei de Licitações determina que a opção por licitar ou contratar de acordo com as leis anteriores ou com a Nova Lei de Licitações deve constar expressamente no edital ou no aviso da contratação direta. Desse modo, é a opção que deve ser realizada no período de dois anos e esta opção se dá através do edital ou do aviso ou instrumento de contratação direta, não havendo qualquer referência em relação ao início da fase preparatória da licitação.

Interpretar de modo contrário seria prolongar a vigência das leis anteriores por período muito superior ao período de transição, tendo em vista

que a fase preparatória poderia iniciar no final de tal período e se prolongar ainda por muito tempo, de acordo com a complexidade da preparação da licitação e seus atos subsequentes, devendo ser considerados, ainda, os contratos decorrentes, que poderiam ser prorrogados sucessivamente, arrastando por anos a utilização de tais legislações e a necessidade de seu conhecimento e aplicação por todos os operadores e profissionais atuantes na área, ocasionando sérias dificuldades.

Ainda, decorrido o prazo de transição, é natural que os particulares licitantes, profissionais da área e juristas tenham a justa expectativa de aplicação, somente, da Nova Lei de Licitações, adaptando seus estudos, setores, profissionais, e procedimentos para os novos ditames legais, não sendo razoável que sejam surpreendidos com editais fundamentados na legislação anterior após o período de dois anos.

O prazo de transição de dois anos também se revela suficiente para adaptação tanto pela Administração quanto pelos operadores e profissionais da área, não sendo razoável estender este prazo artificialmente e indefinidamente para fins de considerar o início da fase preparatória como suficiente para a observância do período de transição.

Em caso similar, através do Acórdão nº 2279/2019 – Plenário, o Tribunal de Contas da União, ao analisar a aplicação da Lei nº13.303/16, que também previa o prazo de dois anos de transição, entendeu que deve ser considerada a data da publicação do edital, nos seguintes termos:

“18. Entendo não haver dúvida em relação ao momento a ser considerado como de início do procedimento, isso porque não se pode ampliar a interpretação de concessão dada pelo legislador para uma transição de normativos. Com isso, a melhor interpretação é a de que a transição vale para licitações que tiveram seu edital “publicado” entre a edição do regulamento interno referido no § 1º ou até o dia 30 de junho de 2018, o que ocorrer primeiro.

19. E os motivos para essa interpretação são simples. Em primeiro lugar, não seria razoável supor que o legislador fornecesse tempo indeterminado para a utilização da lei antiga, pois, caso prevalecesse a tese encampada pela equipe técnica do Metrô, qualquer objeto que tivesse seus estudos iniciados anteriormente à data de publicação da Lei 13.303, 1º/7/2016, poderia ser licitado por uma empresa estatal com base na Lei 8.666/93, mesmo que decorrido um prazo elevado.

Seria ampliar em demasia uma flexibilidade pensada pelo legislador para harmonizar a transição dos comandos de uma lei nova.

20. Em segundo, o prazo de dois anos definido para a mencionada transição foi suficiente para que todos os procedimentos de adaptação tivessem sido incorporados pelas estatais, seja em relação à definição de seus regulamentos internos, seja no tocante aos ajustes dos estudos desenvolvidos na fase interna. Não seria razoável a alegação de que houve surpresa para a equipe técnica por comandos exigidos em uma nova lei ou de que haveria custos de ajustes para um suposto “inérito” normativo, decorridos 24 meses de sua publicação.

21. Em terceiro, é na data de publicação do edital que as empresas concorrentes têm ciência do objeto a ser licitado e, automaticamente, começam a investir recursos na preparação de suas propostas. A preservação dos comandos contidos em lei anterior visou manter o equilíbrio econômico nos contratos firmados pela Administração com particulares no interregno transitório. Passado esse período, natural que as empresas submetidas à nova lei já tivessem adaptado todos os seus procedimentos.”

Desse modo, entendemos que os fundamentos expressos pelo Tribunal de Contas da União na citada decisão também se aplicam ao período de transição da Nova Lei de Licitações, somando-se à indiscutível redação de seu art. 191, que não deixa dúvidas de que é a opção da Administração pelo regime jurídico aplicável que deve ser realizada dentro do período de transição, sendo que esta opção deve ser realizada no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, que se tornam públicos e válidos com a sua publicação.

As hipóteses de contratação direta, que serão tratadas em tópico próprio, também seguem a mesma lógica jurídica, sendo que os seus contratos firmados antes da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações estão submetidos à legislação anterior até o seu termo final, enquanto os processos de contratação direta em curso e fundamentados na legislação anterior devem ter seus instrumentos de contratação publicados dentro do prazo de transição.

Em suma, durante o prazo de transição de dois anos, a Administração Pública poderá optar por licitar e contratar através das leis antigas, ou seja, através das Lei nº 8.666/93, da Lei nº 10.520/02, e da maior parte da Lei nº 12.462/11, ou através da Nova Lei de Licitações, devendo indicar tal opção

expressamente no edital, no aviso ou no instrumento de contratação direta, devendo ser considerada, para tanto, a data de publicação de tais atos administrativos, sendo expressamente vedada a aplicação combinada das leis antigas com a Nova Lei de Licitações na mesma licitação ou contrato, devendo o contrato decorrente e suas eventuais prorrogações ser regido pelo mesmo regime jurídico adotado para a realização da licitação ou da contratação direta.

9 – CRITÉRIOS TRANSNACIONAIS

A Nova Lei de Licitações prevê a sua aplicação de forma atenuada para além do território nacional e permite a aplicação de determinadas normas estrangeiras nas licitações e contratos realizados em nosso País. Com a evolução tecnológica, principalmente em relação à comunicação e transportes, cada vez mais rápidos e acessíveis, a sociedade mundial se torna mais integrada, exigindo que tanto particulares quanto a Administração Pública estejam preparados para transacionar neste mercado global.

A Nova Lei de Licitações prevê, em seu art. 1º, §2º, que as contratações realizadas pelas repartições públicas sediadas no exterior devam observar as peculiaridades locais e os princípios básicos estabelecidos nesta Lei, na forma de regulamentação editada por Ministro de Estado. As peculiaridades locais sempre deverão ser observadas, tendo em vista se tratar de território estrangeiro, sujeito à sua legislação e costumes, devendo tais normativos ser observados obrigatoriamente na contratação. No entanto, tratando-se de agente público brasileiro a serviço do país, devem ser observados, também, os princípios básicos correlatos a licitações e contratos.

Assim, o Ministro de Estado responsável pela repartição localizada no exterior deverá regulamentar as regras que serão aplicadas a tais licitações e contratações, a fim de possibilitar a harmonia entre as peculiaridades locais e os princípios básicos da Nova Lei de Licitações.

Por outro lado, nas contratações em território nacional que envolvem recursos provenientes de empréstimos ou doação de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro internacional de que o Brasil seja parte poderão ser admitidos preceitos alheios ao ordenamento jurídico nacional, conforme previsto no §3º do referido dispositivo legal.

São duas as hipóteses em que são admitidos preceitos estrangeiros nas licitações e contratos realizados em território nacional. A primeira possibilita a aceitação de condições decorrentes de acordos internacionais aprovados pelo Congresso Nacional e ratificados pelo Presidente da República. Tal norma está de acordo com a Constituição Federal, que atribui força normativa aos acordos internacionais após a sua devida apreciação pelo Poder Executivo e Legislativo.

A segunda hipótese se refere à aceitação de condições peculiares à seleção e à contratação constantes em normas e procedimentos das agências ou organismos internacionais, desde que tais condições: a) sejam exigidas para a obtenção do empréstimo ou doação; b) não conflitem com os princípios constitucionais brasileiros; c) sejam indicadas no respectivo contrato de empréstimo ou doação; d) tenham sido objeto de parecer previamente favorável do órgão jurídico da Administração Pública contratante.

Neste tipo de contrato de financiamento de organismos internacionais, geralmente são exigidas determinadas condições para a contratação de particulares, que visam privilegiar a realização de uma contratação isonômica e com a seleção da melhor proposta, a fim de evitar desvios de finalidade e de recursos no país onde serão aplicados tais recursos. Havendo compatibilidade de tais exigências com os princípios constitucionais pátrios e desde que sejam devidamente indicados nos contratos, inclusive com parecer jurídico favorável, podem ser devidamente adotados nas licitações e contratações realizadas em nosso País.

Tendo em vista que cabe ao Senado Federal autorizar as operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, nos termos do art. 52, V, da Constituição Federal, a Nova Lei de Licitações exige que a documentação a ser encaminhada para fins de autorização ao Senado deva fazer referência às referidas condições contratuais.

Tal medida traz transparência à contratação e possibilita que o Senado possua efetivo conhecimento das condições contratuais impostas pelas agências oficiais de cooperação estrangeira ou de organismos financeiros internacionais para fins de autorizar os empréstimos ou doações financeiras.

Quanto às contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais do País, inclusive as de serviços conexos ou acessórios a

essa atividade, estão completamente fora do âmbito de aplicação da Nova Lei de Licitações.

As reservas internacionais, também intituladas de reservas cambiais, são os ativos que os países possuem em moeda estrangeira. No caso do Brasil, seus ativos estrangeiros são constituídos majoritariamente por dólar. Essas reservas funcionam como uma espécie de seguro para garantir o cumprimento de seus compromissos no exterior, além de auxiliar na estabilidade diante de crises externas ou interrupção de fluxos de capital para o país.

Assim, a Nova Lei de Licitações não se aplica às contratações relativas à gestão, direta e indireta, das reservas internacionais, conforme expressamente previsto em seu art. 1º, §5º. Tais contratações devem ser disciplinadas em ato normativo próprio do Banco Central do Brasil, com observância dos princípios administrativos previstos no art. 37 da Constituição Federal.

10 – PRINCÍPIOS

10.1 Definições e considerações gerais

Os princípios não caracterizam somente meras abstrações sem implicações práticas. Pelo contrário, é predominante o entendimento na doutrina e na jurisprudência de que os princípios compõem o conceito de normas jurídicas, possuindo aplicação efetiva no direito.

As normas jurídicas são o conjunto de normas que compõe o ordenamento jurídico, sendo formadas por princípios e regras. Os princípios são normas jurídicas de natureza lógica anterior e superior às regras, servindo de fundamento para a sua criação, aplicação e interpretação do direito. As regras, por sua vez, são as normas jurídicas voltadas a dar concreção aos princípios, estabelecendo o dever ser, ou seja, regulam especificamente o comportamento e conduta social, indicando como devemos agir em determinadas situações, tendo sua interpretação e eficácia condicionada pelos princípios.

Tendo em vista possuírem certa generalidade e vagueza, os princípios também se distinguem das regras por terem maior flexibilidade e adaptabilidade, a fim de se amoldarem ao longo do tempo às mais variadas situações em que a realidade se apresenta. Enquanto as regras se excluem mutuamente