

Vetos opostos à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) foram apreciados pelo Congresso Nacional

Os vetos apresentados pelo Presidente da República à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021) dirigiram-se, notadamente, aos dispositivos que reduziam a discricionariedade administrativa, violavam o pacto federativo, a autonomia dos entes federativos e o princípio da tripartição de poderes. Os vetos apresentados não causariam problemas ou dificuldades para a aplicação da integralidade da Lei nº 14.133/2021, porém o Congresso Nacional rejeitou 5 dos 22 vetos apresentados.

Análise dos vetos opostos à Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021)

Maria Tereza Fonseca Dias

Entrou em vigor em 1º de abril de 2021, a nova lei geral de licitações e contratos administrativos. Quando da sanção presidencial, com base no § 1º, do art. 66, da CR/1988, foram apresentados 22 vetos à proposição de lei aprovada no Senado, que serão discutidos a seguir, com o objetivo de analisar eventuais impactos gerais na aplicação da lei. Em 1º/06/2021, o Congresso Nacional apreciou os vetos apresentados e 5 deles foram rejeitados.

Considerando a extensão do diploma normativo (194 artigos), o quantitativo de vetos havia sido relativamente baixo e abrangeu os seguintes temas.

1) Licitações e contratações com recursos provenientes de empréstimo ou doação (agência de cooperação estrangeira ou organismo financeiro de que o Brasil seja parte): art. 1º, § 3º, inciso II, alínea ‘d’

Art. 1º [...]

§ 3º Nas licitações e contratações que envolvam recursos provenientes de empréstimo ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou de organismo financeiro de que o Brasil seja parte, podem ser admitidas:
II - condições peculiares à seleção e à contratação constantes de normas e procedimentos das agências ou dos organismos, desde que:

d) sejam objeto de despacho motivado pela autoridade superior da administração do financiamento.
(VETADO)

A alínea “d” suprareferenciada foi excluída por sugestão do Ministério da Economia sob a justificativa de que a exigência do despacho motivado quanto às condições peculiares de seleção e contratação com recursos provenientes de

empréstimo ou doação deve ser da autoridade superior do órgão executor do programa ou projeto e não do órgão que representa o mutuário tão somente para fins do contrato financeiro externo.

Além da justificativa operacional deste veto, a exclusão desta exigência facilita e adequa as licitações e contratos com recursos externos, obtidos por cooperação do governo brasileiro, ao contexto geral da lei e às atribuições dos agentes de compras.

2) Defesa das autoridades competentes e servidores públicos pela advocacia pública: art. 10, § 1º, inciso I

Art. 10. Se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput deste artigo quando:

I - o responsável pela elaboração do parecer jurídico não pertencer aos quadros permanentes da Administração. (VETADO)

A principal justificativa para este voto foi o fato de que a própria lei, em seu art. 52, § 1º, estabelece que o órgão de assessoramento jurídico da Administração pode ser composto por parecerista não integrante dos quadros da administração de maneira permanente, tal como servidor detentor de cargo de provimento em comissão ou até mesmo de agente político, como Ministros, Secretários Estaduais ou Municipais, Chefes do Poder Executivo etc. Assim, independentemente de o parecerista não ser servidor público permanente deverá ter o mesmo direito à defesa pela advocacia pública. O voto, inclusive, aplica o princípio da isonomia entre os diferentes tipos de agentes públicos para fins de exercício do direito de defesa, pela advocacia pública, nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado em procedimentos relacionados às licitações e aos contratos administrativos.

3) Uniformização de valores de referência de bens de consumo nos três poderes: art. 20, § 3º

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à

necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo. [...]

§ 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. (VETADO)

O dispositivo tinha por intuito uniformizar os valores de referência de itens de consumo entre Executivo, Legislativo e Judiciário, porém foi vetado em virtude do princípio da separação dos poderes (art. 2º, da CR/88) e do pacto federativo (art. 18 CR/88).

O veto reforça o fato de que cada poder, em sua respectiva esfera federativa, tem autonomia financeira e orçamentária e possui necessidades distintas em razão de suas funções precípuas.

4) Momento da publicidade do orçamento sigiloso: art. 24, inciso II

Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso: [...]

II - o orçamento será tornado público apenas e imediatamente após a fase de julgamento de propostas. (VETADO)

A nova lei geral de licitações, em seu art. 24, prevê a possibilidade de que a administração imprima caráter sigiloso ao orçamento estimado da contratação, desde que por ato motivado. A regra vetada foi considerada demasiadamente rígida ao obrigar a publicização do orçamento imediatamente após a fase de julgamento das propostas. Contudo, o Chefe do Poder Executivo avaliou, quando da apresentação do voto, que o sigilo deveria ainda ser mantido na fase de negociação, que é posterior à fase de julgamento. Assim, entendeu-se que a divulgação do orçamento sigiloso antes da negociação poderia prejudicar o interesse público e inviabilizar a obtenção da proposta mais vantajosa. Com o voto, não ficou determinado quando o orçamento sigiloso será tornado público, podendo-se interpretar que ficará a critério da autoridade administrativa, conforme previsão expressa no edital, em que fase do processo será publicizado. Mesmo com o voto e a eventual ausência desta previsão do edital, por força do art. 37, caput, a publicidade é obrigatória até, pelo menos, o término da licitação.

5) Margem de preferência para produtos produzidos nos territórios de estados e municípios: art. 26, § 3º e 4º

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para: [...]

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal poderão estabelecer margem de preferência de até 10% (dez por cento) para bens manufaturados nacionais produzidos em seus territórios, e os Municípios poderão estabelecer margem de preferência de até 10% (dez por cento) para bens manufaturados nacionais produzidos nos Estados em que estejam situados. (VETADO)

§ 4º Os Municípios com até 50.000 (cinquenta mil) habitantes poderão estabelecer margem de preferência de até 10% (dez por cento) para empresas neles sediadas. (VETADO)

Pelo sistema de “margens de preferência” a lei estabelece vantagens a certos fornecedores nos processos de compra de bens ou serviços, tais como os fornecedores nacionais ou de fornecedores de bens ambientalmente adequados, conforme previsto no art. 26, incisos I e II, da Lei nº 14.133/2021. A margem de preferência, assim, é quanto o preço do fornecedor preferido pode exceder o de outros competidores e ainda assim ser selecionado.

A proposta legislativa enviada para sanção ou veto estabelecia a possibilidade de os estados e municípios criarem margem de preferência para produtos produzidos em seus territórios. Os parágrafos § 3º e 4º do art. 26 foram vetados sob o entendimento de que violavam o art. 19, inciso III, da CR/1988, que veda criar distinções entre brasileiros ou preferências entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Do ponto de vista de seu mérito, a medida poderia fomentar a produção de bens manufaturados e outras contratações em âmbito regional e local, neste último caso sobretudo nos municípios com menos de 50.000 habitantes. Porém, poderia igualmente limitar a concorrência. Esta foi, inclusive, outra justificativa para o veto, ressaltando a mensagem encaminhada pelo Presidente da República, de que o maior impacto seria nas contratações de infraestrutura, devido ao menor número de concorrentes nos Municípios.

6) Hipóteses de utilização do diálogo competitivo: art. 32, inciso III

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. (VETADO)

O diálogo competitivo é nova modalidade de licitação instituída pela Lei nº 14.133/2021 para contratação de obras, serviços e compras em que a

Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente selecionados mediante critérios objetivos, com o intuito de desenvolver uma ou mais alternativas capazes de atender às suas necessidades, devendo os licitantes apresentarem proposta final após o encerramento dos diálogos (art. 6º, inciso XLII, da Lei nº 14.133/2021).

A lei restringia a utilização da modalidade, a partir dos modos de disputa na licitação (aberto e fechado) e não considerando o objetivo da instauração do diálogo competitivo, que é o desenvolvimento de uma solução capaz de atender a demanda da Administração, na hipótese dessa necessidade não poder ser descrita previamente. Assim, a questão da instauração do diálogo competitivo não guarda relação com os modos de disputa na licitação e o voto apresentado preserva a coerência entre o conceito dado à modalidade e seu âmbito de aplicação.

7) Controle externo dos tribunais de contas para acompanhamento e monitoramento dos diálogos competitivos: art. 32, § 1º, inciso XII

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração: [...]

§ 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. (VETADO)

O inciso vetado implementava o controle externo concomitante para monitorar o procedimento licitatório desta nova modalidade de licitação, antes da assinatura do contrato. Contudo, entendeu-se que o dispositivo, ao atribuir aos Tribunais de Contas o controle da legalidade de atos administrativos dos três poderes da República, extrapolou as competências descritas no art. 71 da CR/88 e violou o princípio da separação dos poderes, inscrito no art. 2º da CR/88.

Além da justificativa jurídica apresentada, é preciso igualmente ressaltar que os controles prévio e concomitante das Cortes e Contas somente devem ocorrer em situações excepcionais, sob pena de violação do princípio da eficiência, por dificultar a realização e a conclusão dos processos de contratação pública.

8) Obrigatoriedade de adoção do critério de julgamento de técnica e preço para contratação de alguns tipos de serviços técnicos especializados de valor acima de R\$ 300.000,00: art. 37, § 2º

Art. 37 - O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por: [...]

§ 2º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, na licitação para contratação dos serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual previstos nas alíneas ‘a’, ‘d’ e ‘h’ do inciso XVIII do caput do art. 6º desta Lei cujo valor estimado da contratação seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), o julgamento será por:

I - melhor técnica; ou

II - técnica e preço, na proporção de 70% (setenta por cento) de valoração da proposta técnica. (VETADO REJEITADO)

De acordo com art. 6º, inciso XVIII, alíneas “a”, “d” e “h”, da Lei nº 14.133/2021 são serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual aqueles realizados em trabalhos relativos a:

- a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos e projetos executivos; [...]
- d) fiscalização, supervisão e gerenciamento de obras e serviços; [...]
- 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. [...]

De acordo com a proposta de lei encaminhada para sanção ou veto do Presidente da República, o art. 37, § 2º, incisos I e II obrigavam que a licitação para a contratação dos serviços acima enumerados fosse efetuada por meio do julgamento por “melhor técnica” e “técnica e preço”, cujo valor estimado da contratação fosse superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

A justificativa do veto foi que a norma, tal como aprovada, acabaria gerando restrição à discricionariedade administrativa, pois cabe ao gestor, analisando caso a caso, decidir o critério de julgamento a ser adotado, considerando o objeto da contratação. Nesse contexto, a adoção obrigatória destes critérios de julgamento poderia se mostrar inadequada para objetos de pouca complexidade. Ainda que na maioria dos casos dessas contratações seja possível – e até mesmo provável – a utilização dos critérios de julgamento descritos no texto vetado, a lei geral de licitações e contratos administrativos abrange todos os entes federativos, de todos os poderes, de forma que certamente irá aplicar-se à contratação de objetos de menor complexidade.

Mesmo diante das justificativas apresentadas, o Congresso Nacional derrubou o veto, de forma que foi mantida a obrigatoriedade de adoção do critério de julgamento por melhor técnica ou técnica e preço para contratação dos serviços

técnicos especializados em contratações cujo valor seja superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais). E, no caso do julgamento por técnica e preço, a valoração da proposta técnica guardará a proporção de 70% (setenta por cento). A regra, portanto, considerando a rejeição do voto, limita a discricionariedade administrativa para a contratação de serviços técnico especializados.

9) Limitação do uso da contratação integrada e semi-integrada para obras de até dez milhões de reais: art. 46, § 7º e § 8º

Art. 46. Na execução indireta de obras e serviços de engenharia, são admitidos os seguintes regimes: [...]

§ 7º Os regimes de contratação integrada e semi-integrada somente poderão ser aplicados nas licitações para a contratação de obras, serviços e fornecimentos cujos valores superem aquele previsto para os contratos de que trata a Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004. (VETADO)

§ 8º O limite de que trata o § 7º deste artigo não se aplicará à contratação integrada ou semi-integrada destinada a viabilizar projetos de ciência, tecnologia e inovação e de ensino técnico ou superior. (VETADO)

A Lei nº 14.133/2021, no esteio da experiência da Lei do RDC (art. 9º, § 1º, da Lei nº 12.462/2011) e da Lei das Estatais (art. 42, inciso V, da Lei nº 13.303/2016), previu a contratação integrada e a semi-integrada como espécies de regime de contratação para a execução indireta de obras e serviços de engenharia, segundo os quais o contratado assume mais tarefas do que apenas executar a obra, entre elas o próprio desenvolvimento de projeto básico e executivo dos serviços.

O art. 6º, incisos XXXII e XXXIII, da Lei nº 14.133/2021, definiu esses regimes da seguinte forma:

Contratação integrada (inciso XXXII): regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Contratação semi-integrada (inciso XXXIII): regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver o projeto executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

A diferença entre contratação integrada e semi-integrada é que na primeira o contratado desenvolve os projetos básico e executivo e na segunda apenas o projeto executivo, sendo o projeto básico de responsabilidade da Administração contratante.

De acordo com os parágrafos que foram vetados, esses regimes de contratação indireta de obras e serviços de engenharia somente poderiam ser utilizados para contratos acima de dez milhões de reais, valor previsto no art. 2º, § 4º, I, da Lei nº 11.079/2004: a lei das Parcerias Público-Privadas (§ 7º), exceto nas áreas da ciência, tecnologia e inovação e de ensino técnico ou superior (§ 8º).

A razão de veto apresentada pelo Chefe do Executivo é que eles restringiriam a utilização da contratação integrada e semi-integrada para obras, serviços e fornecimentos de valores e portes pequeno e médio, tais como obras de estabelecimentos penais e de unidades de atendimento socioeducativo, no âmbito da segurança pública, melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística, SUS e PAC. Além disso, a restrição poderia atuar prejudicando a eficiência na Administração, considerando provável o aumento de custos com a realização de posteriores aditivos contratuais. Isso porque, no âmbito destas contratações, por força do disposto no art. 133 da Lei nº 14.133/2021, é vedada, como regra geral, a alteração dos valores contratuais, permitidas apenas nos casos descritos nos incisos I a IV desse artigo.

Como a utilização dos regimes da contratação integrada e semi-integrada também se referem a utilização de tecnologias diferenciadas, a partir da expertise das contratadas, o veto foi ainda justificado pelo risco de que tais tecnologias deixem de ser utilizadas em obras de médio e menor porte.

Para o Chefe do Executivo, além disso, a permanência dos dispositivos vetados na lei, poderiam impactar negativamente diversas políticas públicas sociais que hoje utilizam esses regimes de contratação indireta como meio mais efetivo para a realização dos fins traçados no planejamento estatal.

10) Fixação de parâmetros para a elaboração dos pareceres jurídicos nos processos de contratação: art. 53, § 1º, inciso III

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação.

§ 1º Na elaboração do parecer jurídico, o órgão de assessoramento jurídico da Administração deverá: [...]

III - dar especial atenção à conclusão, que deverá ser apartada da fundamentação, ter uniformidade com os seus entendimentos prévios, ser apresentada em tópicos, com orientações específicas para cada

recomendação, a fim de permitir à autoridade consulente sua fácil compreensão e atendimento, e, se constatada ilegalidade, apresentar posicionamento conclusivo quanto à impossibilidade de continuidade da contratação nos termos analisados, com sugestão de medidas que possam ser adotadas para adequá-la à legislação aplicável. (VETADO)

O dispositivo vetado estabelecia, de forma detalhada, diversas regras e parâmetros para a elaboração dos pareceres jurídicos no âmbito do processo de licitação e contratação.

A justificativa dada para o veto a este inciso foi a violação ao pacto federativo (18 da CR/88) e à tripartição de poderes (art. 2º CR/88), pois entendeu-se que a norma dispõe sobre organização administrativa e procedimento interno na Administração dos demais poderes da República e entes federativos subnacionais.

No mérito, a regra é também indesejável, na medida em que pretendia parametrizar as formas e conteúdos dos pareceres jurídicos, desconsiderando a variedade de possibilidades e momentos em que eles são emitidos no processo de licitação e execução dos contratos.

11) Parecer jurídico que desaprova a continuidade da contratação e responsabilidade pessoal dos gestores: art. 53, § 2º

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação. [...]

§ 2º O parecer jurídico que desaprovar a continuidade da contratação, no todo ou em parte, poderá ser motivadamente rejeitado pela autoridade máxima do órgão ou entidade, hipótese em que esta passará a responder pessoal e exclusivamente pelas irregularidades que, em razão desse fato, lhe forem eventualmente imputadas. (VETADO)

O veto a este dispositivo foi apresentado sob a justificativa de que “a interpretação do dispositivo poderia levar a crer que o parecerista é co-responsável pelo ato de gestão, contrariando a posição tradicional da jurisprudência pátria e trazendo insegurança a atividade de assessoramento jurídico”.

Foi também justificado que a manutenção do dispositivo poderia desestimular o gestor a tomar medidas não chanceladas pela assessoria jurídica, mesmo que convicto da correção e melhor eficiência destas medidas.

Além disso, deve-se ressaltar que a matéria da responsabilização dos agentes públicos (pareceristas e gestores) em licitações e contratações é complexa, envolvendo a análise do conteúdo do parecer e os elementos volitivos (dolo ou culpa) relacionados a sua emissão e decisões proferidas ao longo do processo.

12) Responsabilização do advogado público por dolo ou fraude na emissão de parecer jurídico no processo de licitação e contratação: art. 53, § 6º

Art. 53. Ao final da fase preparatória, o processo licitatório seguirá para o órgão de assessoramento jurídico da Administração, que realizará controle prévio de legalidade mediante análise jurídica da contratação. [...]

§ 6º O membro da advocacia pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude na elaboração do parecer jurídico de que trata este artigo. (VETADO)

O parágrafo vetado tinha claro objetivo de responsabilizar o membro da advocacia pública pela emissão de parecer, ao agir com dolo ou fraude. A justificativa dada para o veto foi o fato de que o advogado, público ou privado, já conta com diversas outras disposições sobre a sua responsabilização profissional (Lei nº 8.906, de 1994; art. 184 do CPC; e a Lei nº 13.327/2016, para a Advocacia Geral da União). Segundo a mensagem do Presidente da República, além disso, o dispositivo vetado, ao não mencionar as demais esferas de responsabilidade dos agentes públicos mencionados (como administrativa, penal ou mesmo por improbidade), poderia causar incerteza jurídica na aplicação das sanções quando da emissão de pareceres.

Deve-se ainda acrescentar às razões de veto apresentadas que, as divergências interpretativas que esta norma poderia gerar no âmbito dos processos licitatórios. A imprecisão jurídica do conceito de “fraude”, para além do dolo ou culpa, por exemplo, poderia gerar responsabilização excessivamente abrangente aos membros da advocacia pública.

13) Obrigatoriedade de publicação do extrato do edital de licitação em Diários oficiais e jornal de grande circulação: art. 54, § 1º

Art. 54. A publicidade do edital de licitação será realizada mediante divulgação e manutenção do inteiro teor do ato convocatório e de seus anexos no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º Sem prejuízo do disposto no caput, 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. (VETO REJEITADO)

A principal justificativa do veto foi a seguinte: “*a determinação de publicação em jornal de grande circulação contraria o interesse público por ser uma medida desnecessária e antieconômica, tendo em vista que a divulgação em ‘sítio eletrônico oficial’ atende ao princípio constitucional da publicidade*”.

Pelas demais justificativas apresentadas, é clara a opção do Executivo Federal em reforçar o comando do *caput* desse dispositivo no sentido de centralizar a divulgação dos instrumentos de contratação no Portal Nacional de Contratações Públicas (“PNCP”), que estará sob a gestão de comitê interfederativo.

Ao mirar o “jornal diário de grande circulação” como instrumento dispensável na publicidade das compras públicas, o dispositivo também retirou – ao menos literalmente – a obrigatoriedade de publicação nos diários oficiais dos entes federativos. Contudo, esta publicação ainda se mostra importante e sem custos elevados, considerando o fato de que os entes federativos já estão obrigados a ter Diários Oficiais de publicação de seus atos administrativos. Assim, a medida pode vir a reduzir a divulgação desses editais, ao menos em nível local, dificultando o acesso público a essa informação.

Aposta-se que o PNCP, de consulta aberta e livre, além de atender o princípio da publicidade (art. 37, *caput*, CR/88) é a solução tecnológica adequada para a transparência nas compras públicas. Porém, discute-se a constitucionalidade dessa Portal, haja vista que, por se tratar de plataforma unificada, pode violar o pacto federativo e a autonomia dos entes subnacionais, mesmo sendo gerida por um Comitê Gestor da Rede Nacional de Contratações Públicas, que conta com a participação de representantes de todos os entes da federação (art. 174, §1º, da Lei nº 14.133/2021).

Mesmo diante das justificativas apresentadas, o Congresso Nacional derrubou o veto, de forma que mantém-se obrigatoriedade 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.

14) Obrigação da contratada divulgar os contratos e seus aditamentos em sítio eletrônico próprio: art. 94, § 4º

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia

do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura: [...] § 4º A contratada deverá divulgar em seu sítio eletrônico e manter à disposição do público, no prazo previsto nos incisos I e II do caput deste artigo [20 e 10 dias úteis], o inteiro teor dos contratos de que trata esta Lei e de seus aditamentos. (VETADO)

Segundo a Mensagem do Presidente da República, a justificativa dada para o veto do § 4º, deste artigo, seria o ônus financeiro adicional ao particular (aumento de custos dos contratos), pois a publicação no PNCP já seria suficiente para atender aos princípios da publicidade e transparência. Essa havia sido uma das inovações da lei: enquanto tradicionalmente a obrigação de publicizar as licitações e os contratos eram tarefa precípua do poder público, a lei também atribuiu ao contratado a responsabilidade de ampliar a divulgação dos instrumentos jurídicos da contratação pública. Contudo, a opção foi manter essa tarefa exclusivamente nas mãos do setor público.

15) Dispensa da obrigação das microempresas e das empresas de pequeno porte divulgarem os contratos e seus aditamentos em sítio eletrônico próprio: art. 94, § 5º

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura: [...] § 5º Não se aplica o disposto no § 4º deste artigo às microempresas e às empresas de pequeno porte, a que se refere a Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006. (VETADO)

Conforme indicado anteriormente, como foi retirada a obrigatoriedade de as empresas contratadas divulgarem os contratos e seus aditamentos em sítio eletrônico próprio, o § 5º também teria que ser vetado, pela sua conexão direta com o § 4º, do art. 94.

16) Obrigatoriedade de depósito de recursos públicos em conta vinculada nas contratações de obras: art. 115, § 2º e § 3º e art. 142, Parágrafo Único

Art. 115. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial.

§ 2º Nas contratações de obras, a expedição da ordem de serviço para execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida de depósito em conta

vinculada dos recursos financeiros necessários para custear as despesas correspondentes à etapa a ser executada. (VETADO)

§ 3º São absolutamente impenhoráveis os valores depositados na conta vinculada a que se refere o § 2º deste artigo. (VETADO)

Art. 142. Disposição expressa no edital ou no contrato poderá prever pagamento em conta vinculada ou pagamento pela efetiva comprovação do fato gerador. Parágrafo único. Nas contratações de obras, observar-se-á o disposto no § 2º do art. 115 desta Lei. (VETADO)

O veto foi apresentado sob justificativa de violação ao art. 56 da Lei nº 4.320/1964, que exige a observância do princípio de unidade de tesouraria e veda qualquer fragmentação para criação de caixas especiais, como seriam as contas vinculadas, para a realização de antecipação de pagamentos por parte da Administração, que depositaria o valor da etapa da obra de forma antecipada, antes do cumprimento da obrigação por parte do contratado.

No mérito, o veto foi justificado em virtude do fato de que a obrigatoriedade de depósito em conta vinculada iria represar recursos públicos e engessar o orçamento. Isso porque a medida inviabilizaria remanejamentos financeiros, reduzindo a discricionariedade em matéria de alocação de recursos e para atender demandas urgentes e inesperadas.

Havia grande anseio dos contratados na efetivação desta medida, para que não só houvesse recursos para o pagamento dos contratos firmados, como ainda não fossem iniciadas licitações sem os recursos efetivamente disponíveis, e não só previsões orçamentárias – com estimativas de receitas – que podem não se concretizar no momento de sua execução.

Contudo, acabou prevalecendo, nas razões de veto, o ponto de vista da gestão financeira e orçamentária, segundo a qual, a medida limitaria e restringiria a discricionariedade da Administração, sobretudo em momentos de redução de receitas.

17) Licenciamento ambiental prévio, de responsabilidade da administração, para obras e serviços de engenharia: art. 115, § 4º

Art. 115. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, e cada parte responderá pelas consequências de sua inexecução total ou parcial. [...]

§ 4º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, sempre que a responsabilidade pelo licenciamento ambiental for da Administração, a manifestação prévia ou licença prévia, quando cabíveis, deverão ser obtidas antes da divulgação do edital. (VETO REJEITADO)

A razão apresentada para o veto deste parágrafo foi o fato de que ele restringiria o uso do regime da contratação integrada, tendo em vista que o projeto é condição para obter a licença prévia numa fase em que ele ainda será elaborado pela futura contratada.

A contratação integrada, de acordo com o art. 6º, inciso XXXII, da Lei nº 14.133/2021, é o regime de contratação de obras e serviços de engenharia em que o contratado é responsável por elaborar e desenvolver os projetos básico e executivo, executar obras e serviços de engenharia, fornecer bens ou prestar serviços especiais e realizar montagem, teste, pré-operação e as demais operações necessárias e suficientes para a entrega final do objeto.

Além desta razão apresentada pelo Chefe do Poder Executivo, é preciso lembrar que o dispositivo também reduziria a discricionariedade administrativa, considerando que podem ser realizadas licitações para obras e serviços de engenharia concomitantemente à obtenção do licenciamento ambiental, pela administração pública, ampliando a eficiência e a celeridade das contratações. Deve-se reconhecer o esforço do legislador em construir um indicativo de que as licenças devem ser prévias, porém, de acordo com as razões de voto apresentadas, não se coadunaram com o restante do texto da lei.

Mesmo diante destas justificativas, o Congresso Nacional rejeitou o voto apresentado para que seja assegurada a obtenção das licenças prévias, pela Administração, antes da divulgação do Edital.

Assim, buscou o legislador evitar as incertezas que a ausência de licenciamento prévio causam à execução das obras e serviços de engenharia.

18) Extensão dos efeitos do acordo de leniência para as sanções previstas na lei orgânica do Tribunal de Contas competente: art. 159, Parágrafo Único

Art. 159. Os atos previstos como infrações administrativas nesta Lei ou em outras leis de licitações e contratos da Administração Pública que também sejam tipificados como atos lesivos na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, serão apurados e julgados conjuntamente, nos mesmos autos, observados o rito procedural e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Parágrafo único. Na hipótese do caput deste artigo, se for celebrado acordo de leniência nos termos da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, a Administração também poderá isentar a pessoa jurídica das sanções previstas no art. 156 desta Lei e, se houver manifestação favorável do tribunal de contas competente, das sanções previstas na lei orgânica do Tribunal de Contas competente. (VETADO)

A Lei Anticorrupção Empresarial (Lei nº 12.846/2013), em seu art. 16, prevê que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos de corrupção, previstos nesta Lei, desde que elas colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo. Com a celebração do acordo de leniência a pessoa jurídica pode tornar-se isenta de sanções e redução de multas aplicáveis (art. 16, § 2º).

A proposta legislativa apresentada previa a possibilidade de celebração de acordo de leniência no âmbito da contratação pública para afastar as sanções previstas no art. 156 da Lei nº 14.133/2021 (1) e, conforme previsto no Parágrafo Único, ampliava seus efeitos para as sanções previstas na lei orgânica do Tribunal de Contas competente, caso houvesse manifestação favorável deste.

Porém, o art. 159, Parágrafo Único, da Lei nº 14.133/2021 foi vetado sob a justificativa de violação ao princípio da separação dos poderes (art. 2º, CR/88), justamente pela previsão de participação do Tribunal de Contas, órgão auxiliar do Poder Legislativo, na aplicação de instrumento típico do exercício do Poder Sancionador da Administração Pública.

Seria, portanto, inadequada a extensão dos efeitos promovidos pelo acordo de leniência de que trata a Lei nº 12.846/2013 como função típica da Administração Pública, nas competências do órgão de controle externo, previstas no art. 71 da CR/88.

Houve também preocupação do Chefe do Executivo, expresso nas razões de voto, com a extensão do procedimento referente ao acordo de leniência, considerando a participação do Tribunal de Contas respectivo, ainda que restrito às suas sanções. É preciso rememorar que a Medida Provisória nº 703/2015 havia incluído a participação dos Tribunais de Contas nos acordos de leniência da Lei Anticorrupção Empresarial, porém a referida MP teve a vigência encerrada, sem apreciação do Congresso Nacional.

19) Vinculação dos enunciados das súmulas do TCU aos órgãos de controle: art. 172

Art. 172. 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. (VETADO)

Parágrafo único. A decisão que não acompanhar a orientação a que se refere o caput deste artigo deverá apresentar motivos relevantes devidamente justificados. (VETADO)

O objetivo da regra editada era estabelecer caráter vinculante aos enunciados das súmulas do Tribunal de Contas da União relativos à aplicação da Lei nº 14.133/2021 para todos os órgãos de controle da administração pública, de modo a garantir uniformidade de entendimentos e propiciar segurança jurídica aos interessados.

As razões do veto apresentada basearam-se na justificativa de que, estabelecer força vinculante às súmulas do Tribunal de Contas da União, violaria as seguintes previsões constitucionais: princípio da separação dos poderes (art. 2º, CR/88), princípio do pacto federativo (art. 1º, CR/88) e a autonomia dos Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 18, CR/88).

Além disto, o dispositivo, da forma que foi editado, poderia gerar ainda maiores dúvidas sobre que órgãos de controle, por exemplo, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, estariam, em sentido lato, submetidos à observância dos enunciados das súmulas do TCU em matéria de licitações e contratos administrativos.

20) Base Nacional de notas fiscais eletrônicas e sigilo de informações relacionadas à segurança pública ou nacional: art. 174, § 5º

Art. 174. É criado o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), sítio eletrônico oficial destinado à: [...]

§ 5º A base nacional de notas fiscais eletrônicas conterá as notas fiscais e os documentos auxiliares destinados a órgão ou entidade da Administração Pública, que serão de livre consulta pública, sem constituir violação de sigilo fiscal. (VETADO)

As razões do veto sugeridas pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública a este parágrafo foram apresentadas sob a justificativa de que ele permitiria consulta irrestrita à base nacional de notas fiscais eletrônicas, sem prever qualquer exceção relacionada à necessidade de sigilo, notadamente nos casos relacionados à segurança pública ou nacional. O chefe do Poder Executivo justificou, ainda, que a matéria já está regulamentada pelo Decreto nº

10.209/2020, que dispõe sobre a requisição de informações e documentos e o compartilhamento daqueles protegidos pelo sigilo fiscal.

A regra editada mostrava-se bastante interessante ao permitir o acesso, para toda a sociedade, das informações acerca da execução dos contratos administrativos, que são importantes para o controle social da administração pública e para o combate à corrupção. Contudo, sem traçar qualquer limitação quanto ao sigilo das informações, a permanência deste dispositivo poderia gerar seu acesso indevido, sem qualquer análise prévia das autoridades administrativas, como ocorre no âmbito da Lei de Acesso à Informação.

O veto também proporciona manter coerentes outros conteúdos da Lei nº 14.133/2021, notadamente o seu art. 91, § 1º, segundo o qual “será admitida a manutenção em sigilo de contratos e de termos aditivos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação que regula o acesso à informação”.

21) Divulgação complementar das contratações dos Municípios até 2023 em jornal diário de grande circulação local: art. 175, § 2º

Art. 175. Sem prejuízo do disposto no art. 174 desta Lei, os entes federativos poderão instituir sítio eletrônico oficial para divulgação complementar e realização das respectivas contratações. [...]

§ 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.
(VETO REJEITADO)

As razões do veto apresentadas dizem respeito ao fato de que a publicação das contratações em jornal de grande circulação teria sido medida desnecessária e antieconômica, tendo em vista que, com a divulgação em sítio eletrônico oficial próprio e no PNCP, conforme art. 54 da Lei, os Municípios estariam atendendo ao princípio constitucional da publicidade. O veto entendeu ser desnecessária a publicação do extrato do edital em jornais de grande circulação local.

Em que pese não ter sido mencionada nas razões de veto, há uma questão de fundo nas regras de publicidade via PNCP, que diz respeito, nesse contexto, à autonomia municipal, uma vez que a lei obriga o Município à utilização compulsória do referido portal, que passará a centralizar a publicidade dos atos relativos às contratações públicas. Discute-se, em consonância com o princípio constitucional do pacto federativo, se a norma geral de licitação e contratação, de competência legislativa privativa da União (art. 22, XXI) pode editar regras de caráter organizacional, para Estados e Municípios.

Assim como ocorreu com o art. 54, § 1º, da Lei nº 14.133/2021, o Congresso Nacional rejeitou o veto, permanecendo a regra de caráter transitório que determina aos Municípios, até 31 de dezembro de 2023, a obrigação de divulgação complementar de suas contratações mediante publicação de extrato de edital de licitação em jornal diário de grande circulação local.

22) Regulamentação da lei, pelos entes federativos, por meio de apenas um ato normativo: art. 188

Art. 188. Ao regulamentar o disposto nesta Lei, os entes federativos editarão, preferencialmente, apenas 1 (um) ato normativo. (VETADO)

O objetivo da regra era evitar que os entes federativos editassem mais de um ato normativo para regulamentar a Lei nº 14.133/2021. A justificativa para o veto foi a sua constitucionalidade, pela violação ao art. 59, Parágrafo Único, da CR/88, segundo o qual lei complementar disporá sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis.

Além desta constitucionalidade, a regra viola a autonomia dos entes federativos e, do ponto de vista do processo de regulamentação das normas, pode haver necessidade de edição de mais de uma regra – que é o que comumente acontece na prática. No caso da Lei nº 14.133/2021, considerando a necessidade de edição de diversos regulamentos para sua fiel execução, estes serão editados seguindo critério de oportunidade e conveniência das autoridades competentes.

Considerações finais

Feita a análise preliminar, ponto a ponto, dos vetos apostos à Lei nº 14.133/2021, dois conteúdos centrais de discussão destacaram-se: a) assessoria jurídica em licitações e contratos e o escopo do parecer jurídico e b) publicidade dos extratos dos editais de licitação e contratos. O legislador pretendeu estabelecer muitos parâmetros para a emissão dos pareceres e responsabilidades aos pareceristas. Quanto à publicidade, a aposta foi na centralização da publicação dos atos administrativos decorrentes desta lei no PNCP, em detrimento de jornais e diários oficiais – ponto em que se acredita haverá ainda grande discussão. Porém, com a rejeição dos vetos do art. 54, § 1º e 175, § 2º, permaneceu a obrigatoriedade da 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.

O foco dos vetos foi direcionado para os dispositivos que reduziam a discricionariedade administrativa naqueles aspectos que o legislador pretendeu

limitar ou restringir as escolhas dos gestores, sobretudo para adaptar o processo licitatório às especificidades dos objetos de contratação.

Houve também alguma preocupação em não invadir as esferas de competência dos entes federativos e dos poderes da república, em que pese ainda subsistir muitos aspectos ainda presentes da lei que irão desafiar essa discussão, considerando a competência legislativa da União, prevista constitucionalmente apenas para editar normas gerais de licitações e contratos administrativos.

A análise de todos os vetos não detectou problemas ou dificuldades expressivas para a aplicação da integralidade da Lei nº 14.133/2021 e o Congresso Nacional acatou os vetos, em sua maioria, conforme descrito.

Maria Tereza Fonseca Dias é sócia-executiva e coordenadora da equipe de Direito Administrativo e Regulatório do VLF Advogados e professora associada do Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito da UFMG

(1) Art. 156. Serão aplicadas ao responsável pelas infrações administrativas previstas nesta Lei as seguintes sanções: I - advertência; II - multa; III - impedimento de licitar e contratar; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar.