

LICITAÇÕES – A NOVA LEI - 14

Ivan Barbosa Rigolin
(ago/21)

Art. 137

CAPÍTULO VIII DAS HIPÓTESES DE EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Art. 137. Constituirão motivos para extinção do contrato, a qual deverá ser formalmente motivada nos autos do processo, assegurados o contraditório e a ampla defesa, as seguintes situações:

I - não cumprimento ou cumprimento irregular de normas editalícias ou de cláusulas contratuais, de especificações, de projetos ou de prazos;

II - desatendimento das determinações regulares emitidas pela autoridade designada para acompanhar e fiscalizar sua execução ou por autoridade superior;

III - alteração social ou modificação da finalidade ou da estrutura da empresa que restrinja sua capacidade de concluir o contrato;

IV - decretação de falência ou de insolvência civil, dissolução da sociedade ou falecimento do contratado;

V - caso fortuito ou força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução do contrato;

VI - atraso na obtenção da licença ambiental, ou impossibilidade de obtê-la, ou alteração substancial do anteprojeto que dela resultar, ainda que obtida no prazo previsto;

VII - atraso na liberação das áreas sujeitas a desapropriação, a desocupação ou a servidão administrativa, ou impossibilidade de liberação dessas áreas;

VIII - razões de interesse público, justificadas pela autoridade máxima do órgão ou da entidade contratante;

IX - não cumprimento das obrigações relativas à reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social ou para aprendiz.

*§ 1º Regulamento poderá especificar procedimentos e critérios para verificação da ocorrência dos motivos previstos no **caput** deste artigo.*

§ 2º O contratado terá direito à extinção do contrato nas seguintes hipóteses:

I - supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras que acarrete modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no art. 125 desta Lei;

II - suspensão de execução do contrato, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 3 (três) meses;

III - repetidas suspensões que totalizem 90 (noventa) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas;

IV - atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos;

V - não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental.

§ 3º As hipóteses de extinção a que se referem os incisos II, III e IV do § 2º deste artigo observarão as seguintes disposições:

I - não serão admitidas em caso de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que o contratado tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído;

*II - assegurarão ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até a normalização da situação, admitido o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na forma da alínea “d” do inciso II do **caput** do art. 124 desta Lei.*

§ 4º Os emitentes das garantias previstas no art. 96 desta Lei deverão ser notificados pelo contratante quanto ao início de processo administrativo para apuração de descumprimento de cláusulas contratuais.

Artigo penosamente longo, introduz na lei a figura da *extinção* dos contratos. Esse instituto substitui a antiga e tradicional disciplina da rescisão dos contratos, que figura nos arts. 77 a 80 da L 8666; este art. 137 em específico substitui o art. 78 daquela lei.

A primeira impressão é assustadora: extinção de contratos ? Quais os efeitos disso ? Reconhece-se a legalidade, a vigência e a eficácia do contrato até sua extinção ?

Depois: o contratado tem direito à extinção do contrato (art. 137, § 2º, incs. I a V); alguém até este momento da história jurídica imaginou que a lei um dia desse direito ao contratado de ter seu contrato *extinto*, como se tal para ele representasse uma conquista ?

O tempo colocará as coisas em seu lugar como sói acontecer, restando ao aplicador da lei neste momento apenas tentar aplicá-la como for juridicamente possível.

Extinguir é fazer desaparecer, eliminar, liquidar, extirpar, remover, esvaziar, anular, cancelar – cada acepção conforme cada caso, e conforme o uso comum das palavras.

Indaga-se como, em nosso direito, se pode fazer desaparecer um contrato se não for pela *rescisão* (ou distrato ou

desfazimento) com reconhecimento da existência legítima até então; ou então pela *anulação* administrativa que é a decretação administrativa de invalidade do contrato com o desfazimento (material ou jurídico) dos efeitos; ou então pela *anulação judicial* que é o mesmo caso porém através de ação judicial ? Sem resposta.

.....

Pergunta-se: como se extingue pura e simplesmente um contrato, que eventualmente durou quatro anos, ou três meses. ou doze anos, ou mais que isso ? Anulam-se os seus efeitos, como na anulação ? Ou de outro modo são reconhecidos os efeitos, como na rescisão ?

Examinando-se os e incs. I a IX do *caput* temos para nós que somente é possível entender a extinção *exatamente como rescisão, com os mesmos exatos efeitos*, porque:

- a) esta lei não criou nenhuma hipótese de ‘extinção’ que já não figure na L 8666 como de rescisão;
- b) todas as hipóteses dos incs. I a IX necessariamente têm os mesmos efeitos da rescisão – e não podem ser diferentes, bastando lê-las;
- c) a lei não instituiu um regime próprio de extinção de contratos, que se diferencie do regime da rescisão e que provoque efeitos diferentes dos da rescisão.

Mudou o nome, mas o instituto da rescisão restou exatamente o mesmo, incólume e preservado por inteiro.

A lei, até aqui, recorda um parque de diversões para o legislador, mas assim não pode ser para quem decifra o texto. O legislador parece desconhecer que *os problemas da dogmática não se*

resolvem pela taxinomia, vale dizer, não é alterando o rótulo das coisas que se altera a sua natureza. E não é mudando o nome que se resolvem os problemas.

Então, neste art. 137 onde se lê ‘extinção’ entenda-se ‘rescisão’.

A matéria dos incs. I a V é velha conhecida, e o grande mérito do artigo é o de ter cortado pela metade as enfadonhas e rebarbativas hipóteses de rescisão, das 18 anteriores (L 8666) para as 9 desta lei. Entusiásticos parabéns ao legislador por essa racionalização.

Será extinto o contrato – sob o enfoque e dentro do regime da *rescisão*, insistimos reiteradamente – em ocorrendo alguma das situações descritas nos incs. I a IX do *caput* (que não serão repetidas neste momento até o inc. VI por despicendo, bastando ao aplicador lê-las). É preciso no entanto discorrer sobre o texto a partir do inc. VI.

É motivo para extinção do contrato – se isso for querido pela Administração porque não precisa ser -, e com justificativa suficiente, o atraso na obtenção da licença ambiental de que a execução necessita nos termos do edital.

Somente não se compreende como pode existir uma contratação assim *condicional*, que só será perfeita se um evento futuro for obtido pelo contratado. Isso nos parece a fina flor da irresponsabilidade e da temeridade, porque nada assegura que aquele requisito será implementado pelo contratado, e que o contrato enfim se aperfeiçoará.

Então, contratar de maneira manquitolá e sem saber se o pacto poderá ser mantido é algo que não deveria passar pela cabeça de alguém disciplinado e que preze as instituições.

.....

Muito semelhante é o seguinte inc. VII, que faz a manutenção do contrato depender de desapropriação, desocupação ou instituição de servidão, todas a cargo do contratado. Se não saírem a tempo, poderá a Administração extinguir o contrato – o qual, repita-se, jamais nessas condições poderia ter sido firmado.

Tal parece a casa da sogra, a *casa de Irene* de Sérgio Endrigo ou o baile de Tim Maia, em que literalmente *vale tudo*. A lei ao permitir que contratos nessas condições sejam firmados revela-se de péssima qualidade, bem dizendo da mentalidade do brasileiro, que negocia sem saber o que vem pela frente, confiando no destino. Quando é público o interesse envolvido, e quando é pública a verba custeadora, então ainda mais difícil resta justificar essa atitude.

O que se pode é recomendar ao ente público que *não contrate* nessas condições em que não sabe que raio de coisa virá pela frente. São comuns contratos de abertura ou de duplicação de estradas que ficam anos a fio paralisados porque o concessionário não conseguiu destravar as desapropriações na justiça, como foi o caso da rodovia Raposo Tavares, no Estado de São Paulo. Se documentos ou procedimentos são necessários, obtenham-se-nos então antes de contratar, é a recomendação de primária natureza.

O inc. VIII em verdade é a bem-vinda simplificação do inc. XII do art. 78 da L 8666, que admite a extinção do contrato por razões de interesse público justificadas pela autoridade máxima do ente contratante.

Ainda que bem-vinda a simplificação, este inciso pode dar ensejo a perigosas arbitrariedades por autoridade de duvidosa honestidade de propósitos, nos casos em que a nova autoridade máxima é inimiga ou antipatizante do contratado, e cria – exatamente isso: inventa,

forja – razões de alegado interesse público para extinguir (leia-se rescindir) o contrato.

E nesse momento torna-se tremendamente árduo para o contratado, parte fraca na relação negocial, demonstrar que *focinho de porco não é tomada*. O risco existe, sim, devido à inafastável subjetividade da conceituação do que sejam razões supervenientes de interesse público, matéria essa que muita vez tem seu lado solar mas que tem também, com grande frequência, seu imenso lado sombrio, penumbroso.

O inc. IX admite extinção do contrato caso o contratado descumpra sua obrigação legal e contratual de manter a reserva da vagas para pessoas com deficiência, reabilitados ou aprendizes.

O contrato dirá quando essas vagas precisarão estar asseguradas, e como e quando sobre aquilo incidirá a fiscalização – ou de outro modo a obrigação do contratado será ilíquida e restará perdida no tempo.

O § 1º oferece a vantagem de apenas permitir que o ente elabore um regulamento para especificar procedimentos e critérios pra verificação da ocorrência dos motivos declinados nesta lei. Excelente, porque decerto ninguém terá tempo a perder com tão desprezível atividade, como se nada mais tivesse a fazer.

.....
O § 2º exercita a delirante ideia de que o contratado tem direito à extinção do contrato nas hipóteses que enuncia, e que são

- a) supressão de parte do contrato que exceda o limite legalmente suprimível;
- b) suspensão do contrato por mais que três meses;

c) suspensão de execução do contrato, em uma ou em mais de uma oportunidade, por ordem escrita da Administração, por prazo total superior a 3 (três) meses;

d) ‘atraso superior a 2 (dois) meses, contado da emissão da nota fiscal, dos pagamentos ou de parcelas de pagamentos devidos pela Administração por despesas de obras, serviços ou fornecimentos’, e

e) ‘não liberação pela Administração, nos prazos contratuais, de área, local ou objeto, para execução de obra, serviço ou fornecimento, e de fontes de materiais naturais especificadas no projeto, inclusive devido a atraso ou descumprimento das obrigações atribuídas pelo contrato à Administração relacionadas a desapropriação, a desocupação de áreas públicas ou a licenciamento ambiental’.

São palavras demais para algo tão facilmente compreensível por quem quer que seja. Se o contratado deixa de receber por mais de 60 dias o que merece pela execução, ou então se deixa de ter liberadas áreas ou fontes de materiais especificados no projeto, necessárias à execução, então passa a ter direito à extinção do contrato.

Dentro desse surrealista panorama, em que parece vantajoso ao contratado obter a extinção de seu próprio contrato, reúnem-se as hipóteses de extinção do contrato, que nada são senão rescisões batizadas de outro infeliz nome.

Os *horríveis* §§ 3º e 4º que rematam este artigo prescrevem que as hipóteses de extinção dos incas. II a IV do artigo não se admitem em caso de calamidade pública e ou grave perturbação da ordem pública, ou - fantástico ! - em caso de guerra, e de outro lado asseguram ao contratado optar pela suspensão das suas obrigações até o restabelecimento da normalidade institucional, admitida a revisão restabelecidora do equilíbrio econômico-financeiro originário.

Se nada disso houvera sido escrito ninguém jamais o imaginaria necessário. O mundo de ilusão em que navega permanentemente o legislador de licitações é enternecedor.

Fecha o artigo o § 4º, que manda notificar o emissor das garantias de que o seu garantido está sendo processado administrativamente pelo descumprimento do contrato. Lembra fofoca de irmão invejoso junto à mãe, algo que ninguém em sã consciência jamais imaginaria pudesse existir. É quase constrangedor.

Art. 138

.....
Art. 138. A extinção do contrato

poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, exceto no caso de descumprimento decorrente de sua própria conduta;

II - consensual, por acordo entre as partes, por conciliação, por mediação ou por comitê de resolução de disputas, desde que haja interesse da Administração;

III - determinada por decisão arbitral, em decorrência de cláusula compromissória ou compromisso arbitral, ou por decisão judicial.

§ 1º A extinção determinada por ato unilateral da Administração e a extinção consensual deverão ser precedidas de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzidas a termo no respectivo processo.

§ 2º Quando a extinção decorrer de culpa exclusiva da Administração, o contratado será ressarcido pelos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido e terá direito a:

I - devolução da garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data de extinção;

III - pagamento do custo da desmobilização.

Menos péssimo que o antecedente, entretanto este artigo ainda faz indagar se na esfera do direito privado alguma preocupação como esta passaria pela cabeça de quem quer que fosse: as partes discutindo e eventualmente acordando sobre quem seria o responsável pela *extinção* de um contrato...

Seja como for, o nível da lei de licitações passou a ser este, e com ele terá o aplicador de conviver. Então, a extinção do contrato pode ser unilateral pela Administração, ou bilateral por acordo das partes, ou arbitral. A lei (inc. III) ainda lembra que a decisão de extinção pode ser judicial. Os juízes devem estar enternecidos com a lembrança, que lhes assegura poder determinar a extinção de um contrato administrativo...

Será unilateral (inc. I) e por ato escrito da Administração, que está proibido de ser produzido caso exista culpa da própria Administração – é o que se deduz do pessimamente redigido inciso, que dá idéia de que o ato extintivo não será escrito se houver culpa da Administração – o que evidentemente não faz sentido.

Será bilateral (inc. II) por consenso das partes, espontâneo ou obtido em sede de conciliação para tanto constituída, ou ainda através de mediação ou comitê de resolução de disputas, caso por alguma dessas inutilidades absolutas se decida a Administração.

É um completo desfile de futilidades e de contrassensos, se e quando a extinção é consensual. Então alguém nomeia uma comissão de resolução de disputas para que as partes cheguem a um consensual acordo ? Resolução de disputas num acordo que pode ser sem disputa ? Onde o sentido de algo assim ?

Pelo inc. III a decisão pode ser arbitral, se essa solução estiver prevista no contrato, e apenas esta previsão deveria englobar a comissão e o comitê mencionados no inciso anterior. Quanto à

lei mencionar que a extinção pode também ser judicial, respeitosamente deixamos de comentar.

O § 1º, igualmente embaraçoso de tão mal redigido, informa que a extinção unilateral e a bilateral ‘deverão ser precedidas de autorização escrita e fundamentada da autoridade competente e reduzidas a termo no respectivo processo.’ Então são duas autoridades, uma que autoriza e outra que extingue o contrato ? Não basta uma, que tenha competência para contratar e para extinguir o contrato, declarando-o extinto ? Entendemos que basta uma.

O § 2º, que apenas copiou o § 2º do art. 79 da L 8666 e escapou da criatividade do autor desta lei, é coerente e lógico. Manda indenizar o contratado que teve seu contrato extinto e por culpa exclusiva da Administração – por qualquer motivo ou por qualquer comportamento que ela possa ter tido, e são os mais variados imagináveis -, ressarcindo-se-lhe ou se lhe pagando a) prejuízos por lucros cessantes e danos emergentes; b) pela garantia prestada, que deve ser devolvida, corrigida quando prestada em dinheiro ainda que a lei assim não preveja; c) pagando-se-lhe pelo executado até a data da extinção e que ainda não tenha sido pago, e d) pagando-se-lhe o custo da desmobilização, se houve mobilização.

Imaginem-se os cálculos necessários para que a indenização seja financeiramente justa, sobretudo quanto aos prejuízos do contratado por lucros cessantes e danos emergentes !..

Extinguir um contrato pode, portanto, ser mais custoso ao ente público contratante que um divórcio para o cônjuge acometido dessa infeliz idéia.

Art. 139

Art. 139. A extinção determinada por ato unilateral da Administração poderá acarretar, sem

prejuízo das sanções previstas nesta Lei, as seguintes consequências:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, das instalações, dos equipamentos, do material e do pessoal empregados na execução do contrato e necessários à sua continuidade;

III - execução da garantia contratual para:

a) ressarcimento da Administração Pública por prejuízos decorrentes da não execução;

b) pagamento de verbas trabalhistas, fundiárias e previdenciárias, quando cabível;

c) pagamento das multas devidas à Administração Pública;

d) exigência da assunção da execução e da conclusão do objeto do contrato pela seguradora, quando cabível;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração Pública e das multas aplicadas.

*§ 1º A aplicação das medidas previstas nos incisos I e II do **caput** deste artigo ficará a critério da Administração, que poderá dar continuidade à obra ou ao serviço por execução direta ou indireta.*

*§ 2º Na hipótese do inciso II do **caput** deste artigo, o ato deverá ser precedido de autorização expressa do ministro de Estado, do secretário estadual ou do secretário municipal competente, conforme o caso.*

Sucessor do art. 80 da L 8666, este artigo informa as possíveis, facultativas e jamais obrigatórias consequências daquele ato extintivo para o ente contratante.

Pode o ente assumir a execução do objeto e ocupar o local da execução, e utilizar equipamentos, pessoal e material do contratado (incas. I e II), atos esses que constituem o que é vulgarmente conhecido como um *abacaxi*, um *mico* ou uma *zebra* operacional das mais

indesejáveis. É algo como assumir a tuberculose de um amigo por solidariedade.

Com efeito, se o contrato foi licitado porque o ente público não se dispunha a executar o objeto, ou porque não teria como executá-lo diretamente, então como se admitir que após extinguir o contrato o mesmo ente queira assumir, por exemplo, a obra ? É difícil imaginar até mesmo porque essa idéia passou pela cabeça do legislador já mesmo na L 8666. É óbvio ululante que o ente contratará alguém, com licitação ou sem, para concluir o objeto.

O inc. II é razoável apenas em se tratando de serviços públicos essenciais, e exercitável pelo mais curto tempo imaginável até que o ente público encontre alguém, outro terceiro, para lhes dar sequência, mas é impraticável em qualquer outra hipótese ou situação.

Pelo inc. III a garantia pode ser executada para cobertura de prejuízos causados, pagamentos de toda natureza devidos pelo contratado, pagamento de multas aplicadas e pagamento à seguradora porventura obrigada a assumir o contrato em caso de extinção, se tal medida estiver contratualmente prevista com a anuência da seguradora.

Observe-se que a garantia precisará ser processualmente *executada*, em processo judicial de execução, e não poderá ser objeto de apossamento puro e simples pelo ente público, e isso torna tremendamente mais difícil o cumprimento da própria finalidade da garantia.

Pelo inc. IV e finalmente, se o contratado ainda tiver créditos a receber pela execução podem esses créditos ser retidos para cobertura dos prejuízos ensejados ao contratante pela extinção.

O § 1º é absolutamente inútil, porque as medidas dos incas. I e II do *caput* já eram facultativas só pelas regras ali consignadas.

E o § 2º é uma *grossa estupidez* copiada do § 3º do art. 80 da L 8666, dispositivos esses dirigidos apenas aos Executivos dos três níveis, esquecendo-se o legislador de que a lei de licitações se aplica aos três Poderes do Estado.

Não há como os demais Poderes, fora o Executivo, se restringirem a esta vexatória insciência da legislação brasileira, e para aplicar a regra terão de substituir as autoridades executivas mencionadas por autoridades suas, equivalentes na medida do possível.

Art. 140

CAPÍTULO IX DO RECEBIMENTO DO OBJETO DO CONTRATO

Art. 140. O objeto do contrato será recebido:

I - em se tratando de obras e serviços:

a) provisoriamente, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, mediante termo detalhado, quando verificado o cumprimento das exigências de caráter técnico;

b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais;

II - em se tratando de compras:

a) provisoriamente, de forma sumária, pelo responsável por seu acompanhamento e fiscalização, com verificação posterior da conformidade do material com as exigências contratuais;

b) definitivamente, por servidor ou comissão designada pela autoridade competente, mediante termo detalhado que comprove o atendimento das exigências contratuais.

§ 1º O objeto do contrato poderá ser rejeitado, no todo ou em parte, quando estiver em desacordo com o contrato.

§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não excluirá a responsabilidade civil pela solidez e pela segurança da obra ou serviço nem a responsabilidade ético-profissional pela perfeita execução do contrato, nos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

§ 3º Os prazos e os métodos para a realização dos recebimentos provisório e definitivo serão definidos em regulamento ou no contrato.

§ 4º Salvo disposição em contrário constante do edital ou de ato normativo, os ensaios, os testes e as demais provas para aferição da boa execução do objeto do contrato exigidos por normas técnicas oficiais correrão por conta do contratado.

§ 5º Em se tratando de projeto de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o projetista ou o consultor da responsabilidade objetiva por todos os danos causados por falha de projeto.

§ 6º Em se tratando de obra, o recebimento definitivo pela Administração não eximirá o contratado, pelo prazo mínimo de 5 (cinco) anos, admitida a previsão de prazo de garantia superior no edital e no contrato, da responsabilidade objetiva pela solidez e pela segurança dos materiais e dos serviços executados e pela funcionalidade da construção, da reforma, da recuperação ou da ampliação do bem imóvel, e, em caso de vício, defeito ou incorreção identificados, o contratado ficará responsável pela reparação, pela correção, pela reconstrução ou pela substituição necessárias.

Substituto do art. 73 da L 8666, contém, agora ainda ampliada, a matéria provavelmente mais desprezível e insignificante de toda a lei, a pretender ensinar ao contratante como receber uma obra, um serviço ou mesmo uma compra. Direito *para inglês ver*, não tem menor razão de existir, como nunca teve na L 8666.

Não se compreende nenhuma diferença entre os requisitos do recebimento provisório e do definitivo (inc. I e II), desde o referente a obras até o relativo a compras. Por que motivo o ente público precisa receber provisoriamente alguma coisa, quando terá o mesmo

trabalho e despenderá o mesmo tempo para o recebimento definitivo, isso é mistério insondável desde os grimórdios da L 8666, mantido nesta lei.

Recomenda-se enfaticamente ao contratante que já verifique a satisfação de todos os requisitos contratados para o objeto e, seja qual for esse objeto, receba-o definitivamente, ou o rejeite, ao início, mas que não duplique inutilmente seu trabalho. Recebimento de objeto contratual não é nem pode ser terapia ocupacional de servidores públicos.

No § 1º o legislador demonstra desconhecer o que é poder e o que é dever. Está errado quando informa que o objeto desconforme ao contrato ‘poderá’ ser rejeitado, porque o poder público *está obrigado a rejeitá-lo* e a exigir a entrega correta, que se descumprida obrigará a rescisão do contrato, que esta lei denomina extinção.

O § 2º é inútil, porque o Código Civil, art. 216, já obriga o construtor de obra relevante a garantir sua solidez por cinco anos, inclusive quanto ao terreno. Com este parágrafo ou em ele o direito segue rigorosamente o mesmo.

O § 3º, para quem tiver tempo de prever prazos para recebimento provisório, poderá fazê-lo em regulamento – hipótese risível onde se trabalha – ou no próprio contrato, algo muito mais realístico.

O § 4º, neste espetáculo teatral de inutilidades, reza o óbvio: o custo dos testes e ensaios necessários para atestar a qualidade do objeto em entrega ou são do contratado ou são do ente contratante, conforme o contrato estabeleça. No silêncio do contrato – algo de má técnica que mereceria impugnação dos licitantes ou do contratado diretamente – são do contratado. Podem ser, mas a regra precisa estar clara já no edital.

Pelo § 5º, pouco justo e pouco técnico, a responsabilidade por danos causados por falhas no projeto adquirido pela Administração é do autor do projeto.

Ora, então a Administração aprova e adquire qualquer projeto, sem o examinar a fundo, executa a obra ou o serviço com base nele, sofre danos e se exime de responsabilidade por isso ? A Administração compra qualquer coisa rotulada de projeto e então lava as mãos, sem assumir qualquer responsabilidade por mandar executá-lo ? Errado, e injusto.

Isso consignaria a *irresponsabilidade objetiva* da Administração, e duvidamos que prevaleça em juízo.

E fecha o deprimente e desastroso artigo o § 6º, tão útil quanto a lei afirmar que todo poder emana do povo, ou que todos são iguais perante a lei. O art. 216 do Código Civil já assegura esta regra há um século.

Art. 141

CAPÍTULO X DOS PAGAMENTOS

Art. 141. No dever de pagamento pela Administração, será observada a ordem cronológica para cada fonte diferenciada de recursos, subdividida nas seguintes categorias de contratos:

- I - fornecimento de bens;*
- II - locações;*
- III - prestação de serviços;*
- IV - realização de obras.*

*§ 1º A ordem cronológica referida no **caput** deste artigo poderá ser alterada, mediante prévia justificativa da autoridade competente e posterior comunicação ao órgão de controle interno da Administração e ao tribunal de contas competente, exclusivamente nas seguintes situações:*

- I - grave perturbação da ordem, situação de emergência ou calamidade pública;*
- II - pagamento a microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e*

sociedade cooperativa, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

III - pagamento de serviços necessários ao funcionamento dos sistemas estruturantes, desde que demonstrado o risco de descontinuidade do cumprimento do objeto do contrato;

IV - pagamento de direitos oriundos de contratos em caso de falência, recuperação judicial ou dissolução da empresa contratada;

V - pagamento de contrato cujo objeto seja imprescindível para assegurar a integridade do patrimônio público ou para manter o funcionamento das atividades finalísticas do órgão ou entidade, quando demonstrado o risco de descontinuidade da prestação de serviço público de relevância ou o cumprimento da missão institucional.

*§ 2º A inobservância imotivada da ordem cronológica referida no **caput** deste artigo ensejará a apuração de responsabilidade do agente responsável, cabendo aos órgãos de controle a sua fiscalização.*

§ 3º O órgão ou entidade deverá disponibilizar, mensalmente, em seção específica de acesso à informação em seu sítio na internet, a ordem cronológica de seus pagamentos, bem como as justificativas que fundamentarem a eventual alteração dessa ordem.

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. (VETADO).

Artigo que *enfeita* o seu antecedente art. 5º da L 8666, estabelece que para cada categoria de contrato, conforme o objeto, dentre as quatro que alinha, será observada a ordem cronológica dentro de cada fonte de recursos, sendo cada fonte a matriz ou a rubrica contábil e orçamentária da qual será debitada a verba para o pagamento.

Exemplo: se dentre os contratos de compra de bens alguns serão pagos pela fonte do *convênio X*, e outros pela fonte de *recursos orçamentários próprios*, então dentro de cada uma dessas fontes

os contratos serão pagos por ordem cronológica de vencimento. Deve existir uma ordem cronológica dentro de cada fonte, portanto.

A seguir o § 1º abre exceção à ordem, e admite que seja *justificadamente* quebrada a ordem nas hipóteses enunciadas nos inc. I a V, que são: (I) grave perturbação da ordem, emergência ou calamidade pública; (II) pagamentos a *microempresa, empresa de pequeno porte, agricultor familiar, produtor rural pessoa física, microempreendedor individual e sociedade cooperativa*, tudo isso desde que demonstrado risco da descontinuidade da prestação contratual; (III) pagamento de serviços necessários a sistemas estruturantes; (IV) pagamentos aos credores em razão de falência, recuperação judicial ou dissolução, sempre do contratado, e (V) pagamentos imprescindíveis à integridade do patrimônio público ou manutenção das atividades-fim do ente contratante, demonstrado o risco da descontinuidade.

O inc. II mantém o, para nós odioso, privilégio às micro e pequenas empresas, assim como a empreendedores individuais, e cooperativas e agricultores pessoas físicas, como se qualquer desses fosse melhor, mais digno ou mais imprescindível que grandes empresas, que geram milhares de empregos e uma infinidade de produtos, e giram a economia do país.

Não se justifica esse privilégio nem na lei das micro e pequenas empresas, nem em lugar ou momento algum da legislação. Péssimo momento da lei, que viola a regra da igualdade mas que não é obrigatório em absoluto porém apenas um direito que a lei dá à Administração. Esse direito privilegiatório, com honestidade de propósito e sem demagogia eleitoreira, na melhor técnica *não deve ser empregado*.

O inc. III pode ser utilizado por quem saiba o que são sistemas estruturantes, verdadeira *parolagem flácida para dormir* *bovino* ou modismo do dia.

O inc. V para ser legitimamente utilizado há de estar robustamente justificado, mais ainda que os demais incisos porque se presta a usos políticos e facciosos sem conta.

O correto § 2º manda responsabilizar o agente responsável pela quebra imotivada da ordem cronológica, o que assim enunciado somente pode se referir a responsabilização administrativa.

Os órgãos de controle, sobretudo interno, devem apontar o fato às autoridades superiores, que entendendo ser o caso determinarão abertura de sindicância ou de processo administrativo, na forma do estatuto respectivo dos funcionários do ente, ou das normas de organização interna se não existir estatuto.

O § 3º, muito adequadamente à transparência dos negócios públicos, manda que o ente pagador publique mensalmente na *internet* a ordem cronológica dos seus pagamentos efetuados, tanto quanto as justificativas dos pagamentos fora da ordem.

Não pode haver maior translucidez de conduta que através de ordens como esta, pelo que merece todo elogio o legislador neste passo.

Art. 143

Art. 143. No caso de controvérsia sobre a execução do objeto, quanto a dimensão, qualidade e quantidade, a parcela incontroversa deverá ser liberada no prazo previsto para pagamento.

Sintético e inovador artigo, veicula regra lógica para o poder público, que é a de não poder pagar o que ainda não sabe se está correto e conforme o contratado. E, por contraste, a de precisar pagar o que está conforme.

O que não se pode admitir, a pretexto de examinar a correção da parte entregue do objeto, é postergar irrazoavelmente o

pagamento ou a recusa definitiva, em se sabendo que *não* também é uma resposta, desde que por gentileza venha logo, porque o contratado há de ter todo interesse em corrigir o que, entregue, foi considerado desconforme o acordado.

Art. 144

Art. 144. Na contratação de obras, fornecimentos e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no edital de licitação e no contrato.

§ 1º O pagamento poderá ser ajustado em base percentual sobre o valor economizado em determinada despesa, quando o objeto do contrato visar à implantação de processo de racionalização, hipótese em que as despesas correrão à conta dos mesmos créditos orçamentários, na forma de regulamentação específica.

§ 2º A utilização de remuneração variável será motivada e respeitará o limite orçamentário fixado pela Administração para a contratação.

Artigo que traduz a tendência da Administração, inspirada na iniciativa privada, de condicionar e quantificar os pagamentos a eficiência do contratado, mensurável pelo maior ou menor atingimento de metas, padrões, prazos, resultados e *performances* as mais variadas que o edital e o contrato prevejam. Um dos critérios preponderantes para a lei foi o relativo a sustentabilidade ambiental, outra tendência aparente e felizmente irreversível da preocupação pública.

Também a economia propiciada pela atuação do contratado com relação aos padrões de custos usuais é importante parâmetro para liberação dos pagamentos, na forma que o edital e o contrato venham a estabelecer.

Essa preocupação é sempre por demais relevante, na medida em que, mesmo que, nem todos os problemas da

Administração se resolvendo com dinheiro, seja certo que ao menos noventa e nove vírgula noventa e nove por cento deles se resolvem.

É o que importa ter presente do § 1º, e não a sua parte final que, matéria contábil, nada tem a ver os propósitos da lei de licitações e contratos.

O § 2º é desprezível, pois que manda justificar o que constitui a excelente idéia dos dispositivos anteriores do artigo. Ninguém deve precisar justificar a opção pelo incontestável e indisputadamente melhor atendimento do interesse público; precisará, sim, justificar se não o fizer.

Art. 145

Art. 145. Não será permitido pagamento antecipado, parcial ou total, relativo a parcelas contratuais vinculadas ao fornecimento de bens, à execução de obras ou à prestação de serviços.

§ 1º A antecipação de pagamento somente será permitida se propiciar sensível economia de recursos ou se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço, hipótese que deverá ser previamente justificada no processo licitatório e expressamente prevista no edital de licitação ou instrumento formal de contratação direta.

§ 2º A Administração poderá exigir a prestação de garantia adicional como condição para o pagamento antecipado.

§ 3º Caso o objeto não seja executado no prazo contratual, o valor antecipado deverá ser devolvido.

Artigo que, além de repetir, mutilada, a regra da lei de orçamentos e de contabilidade públicos, que conta mais de meio século, de que não pode ser paga despesa pública ainda não liquidada, ostenta o mesmo rigor exibido naquela humorística passagem segundo a qual o freguês que exigiu cerveja X, faixa verde, garrafa escura, feita em Ribeirão Preto, absolutamente gelada, ao saber que o bar somente tinha

cerveja Y, sem faixa, garrafa clara, feita em Cabrobó e sem gelo, deu a ordem: - *venha!*

O correto *caput* resolutamente proíbe pagamento antecipado de despesa pública, ou seja daquele objeto que ainda não foi entregue e corretamente segundo o pedido. A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1.964, reza:

Art. 62. O pagamento da despesa só será efetuado quando ordenado após sua regular liquidação.

Ocorre que o § 1º simplesmente arrebenta com todo o rigor do *caput*, ao admitir a antecipação pelos motivos que enuncia, quais sejam a) *propiciar sensível economia de recursos*, ou b) *se representar condição indispensável para a obtenção do bem ou para a prestação do serviço*.

Os motivos não são desprezíveis nem levianos, porém simplesmente esfrangalham a austera e imprescindível regra da proibição do pagamento antecipado, que a esta altura resta capenga e claudicante como um ferido de guerra.

O § 2º tenta colocar panos quentes, um tanto ridículos, sobre a questão, ao admitir que o ente adquiridor exija garantia do vendedor como condição para lhe pagar antecipado. Compreensível a cautela, porém se o vendedor precisa do pagamento antecipado terá condição de pagar a garantia? Ou mais: terá lógica essa idéia?

O § 3º, escrito pelo engenhoso fidalgo Dom Quixote de la Mancha, manda que o vendedor inadimplente quanto ao prazo devolva o valor que recebeu adiantado. E não há motivo para crer que ele não o faça, como o fizeram os vendedores de respiradores para combater a pandemia de *covid* em compras pagas antecipadamente em

2.020 pelo Estado do Rio de Janeiro, as quais culminaram com a cassação do mandato de seu governador.

A lei deveria exigir adicionalmente que o vendedor jurasse, por todas as divindades do Olimpo, que devolveria o dinheiro.

Art. 146

Art. 146. No ato de liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão aos órgãos da administração tributária as características da despesa e os valores pagos, conforme o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Artigo enigmático e indecifrável, que ninguém no país jamais compreendeu na L 8666, de cujo § 3º do art. 55 aqui foi copiado, é virtualmente inacreditável que possa ter sido repetido nesta lei.

Não se sabe a quem se dirige nem a quem é destinada a sua criptográfica ordem, que nunca fez sentido durante sequer um minuto na história jurídica do país.

É humilhante à consciência do legislador brasileiro.

Art. 147

CAPÍTULO XI DA NULIDADE DOS CONTRATOS

Art. 147. Constatada irregularidade no procedimento licitatório ou na execução contratual, caso não seja possível o saneamento, a decisão sobre a suspensão da execução ou sobre a declaração de nulidade do contrato somente será adotada na hipótese em que se revelar medida de interesse público, com avaliação, entre outros, dos seguintes aspectos:

I - impactos econômicos e financeiros decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

II - riscos sociais, ambientais e à segurança da população local decorrentes do atraso na fruição dos benefícios do objeto do contrato;

III - motivação social e ambiental do contrato;

IV - custo da deterioração ou da perda das parcelas executadas;

V - despesa necessária à preservação das instalações e dos serviços já executados;

VI - despesa inerente à desmobilização e ao posterior retorno às atividades;

VII - medidas efetivamente adotadas pelo titular do órgão ou entidade para o saneamento dos indícios de irregularidades apontados;

VIII - custo total e estágio de execução física e financeira dos contratos, dos convênios, das obras ou das parcelas envolvidas;

IX - fechamento de postos de trabalho diretos e indiretos em razão da paralisação;

X - custo para realização de nova licitação ou celebração de novo contrato;

XI - custo de oportunidade do capital durante o período de paralisação.

Parágrafo único. Caso a paralisação ou anulação não se revele medida de interesse público, o poder público deverá optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade por meio de indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e da aplicação de penalidades cabíveis.

Longo artigo, o autor parece pouco entender de direito, da íngua portuguesa e por fim de licitações.

Cuida de uma ‘anulabilidade condicional’ da licitação ou do contrato, algo inédito na legislação licitatória, e os comentários são os seguintes:

a) está um pouco atrasado na lei o tema da anulação da licitação, eis que o assunto, a esta altura e há muitos artigos, é contrato, e questões de licitação deveriam ter sido esgotadas em momento anterior do texto;

b) o fulcro da questão é o de que se a anulação da licitação ou do contrato tiver empecilhos nos efeitos que já foram produzidos e que não mais podem ser cancelados, então pode o contrato ser mantido, avaliando-se os fatores estabelecidos nos incas. I a XI e então se concluindo pela inviabilidade da anulação.

Compreendem-se os motivos do legislador, porque não costuma ser nada simples anular um contrato e os efeitos já produzidos - material, jurídica e financeiramente. Porém a ideia de anular um contrato apenas se isso for viável é de embasbacar: se interessar, anula-se o que é nulo. e se não interessar não se o anula, como se atos nulos pudessem produzir efeitos válidos, e como se nulidades fossem negociáveis como a compra de um saco de batatas;

c) O que na verdade a lei, em palavras oblíquas, confessa é a *absoluta impotência da Administração ante o dever de anular ou desfazer contratos juridicamente nulos mas que já produziram inúmeros e definitivos efeitos.*

Exemplo: um contrato de construção de um prédio foi nulo porque o contratado – muito tempo depois se ficou sabendo - usou documento falso, porém o prédio de vinte andares já está pronto e em uso ⁽¹⁾. Anula-se o prédio ? Claro que isso é ridículo, e mais claro ainda é que o ente contratante está em palpos de aranha, completamente impotente em direito diante da situação. de fato.

Então, com base em algum(ns) inciso(s) deste artigo para essa hipótese – como os incas. IV, VIII ou X -, e com base no parágrafo único, o ente contratante mantém o prédio construído e cogita obter *indenização por perdas e danos*, como reza a lei. Segue a pergunta: se o prédio está excelente e o preço foi bastante conveniente, então que

¹ Aconteceu quase exatamente isso com a USP, no anexo da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco – a velha e sempre nova Academia – quando era diretor o prof. Dalmo Dallari, que precisou anular o contrato da obra que seguia, e novamente licitá-la.

perdas e que danos seriam perseguidos, se o negócio afinal foi excelente ? Não há resposta.⁽²⁾

Uma denúncia ao Ministério Público por crime contra a Administração – apresentação de documento falso em licitação – é lógica e razoável, mas nunca uma ação de perdas e danos se esses simplesmente não aconteceram. Eis uma situação em que este assustado escriba, fora autoridade, não gostaria de se encontrar...

Segue o parágrafo único mandando apurar responsabilidades. Como, se o documento falso estava formalmente perfeito, passado por cartório e nada nele fazia supor falsidade ?

Após seis ou oito anos, que é ou quem foi o responsável por receber o documento que tinha todos os requisitos formais de perfeição ? A comissão de licitação, ou o agente licitador, não é autoridade policial nem detetive, nem tem a mínima obrigação ou atribuição funcional de *farejar* falsificações formalmente perfeitas...

Resultado, o artigo com frequência *não dará em nada*, e o parágrafo único também não.

d) Por fim, quando se afirmou que o legislador pouco entende de língua portuguesa se está referindo ao momento do parágrafo único que manda o ente ‘optar pela continuidade do contrato e pela solução da irregularidade (...)’.

Ora, se “optar” por alguma coisa e uma ordem legal, então onde está a opção ? Opção é escolha, mas “opção” forçada é uma ordem.

Temos, portanto – e ainda que se reconheçam as dificuldades que envolvem episódios de problemática anulação de atos -

² Existe possibilidade de o contratado que não deu causa à nulidade, esse, sim, ingressar com perdas e danos contra o ente público que o contratou, mas este é o assunto do art. 149, adiante comentado.

um direito muito fraco, possivelmente escrito para inglês ver, e uma redação que o acompanha.

Art. 148

Art. 148. A declaração de nulidade do contrato administrativo requererá análise prévia do interesse público envolvido, na forma do art. 147 desta Lei, e operará retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que o contrato deveria produzir ordinariamente e desconstituindo os já produzidos.

§ 1º Caso não seja possível o retorno à situação fática anterior, a nulidade será resolvida pela indenização por perdas e danos, sem prejuízo da apuração de responsabilidade e aplicação das penalidades cabíveis.

§ 2º Ao declarar a nulidade do contrato, a autoridade, com vistas à continuidade da atividade administrativa, poderá decidir que ela só tenha eficácia em momento futuro, suficiente para efetuar nova contratação, por prazo de até 6 (seis) meses, prorrogável uma única vez.

Artigo embaraçoso: no *caput* e no § 1º repete o art. 147, merecendo os comentários já expendidos, e no § 2º institui a anulação programada, futura... com efeito não se sabe o que andou pela cabeça do legislador.

Isto é simplesmente terrível, assustador, e contraria toda a teoria da nulidade dos atos administrativos, instituindo figuras que até o advento desta lei somente poderiam ser tidas como humorismo jurídico, como uma *anulação para produzir efeitos daqui a seis meses*, e somente então desconstituir os efeitos do contrato anulado – ou seja, permitindo que os efeitos contratuais do contrato nulo sejam produzidos por mais seis meses, para em seguida serem todos anulados...

Não se vislumbra a mínima factibilidade em algo de semelhante bizarrice em direito, uma anomalia que não tem como ser tida a sério nem muito menos aplicada.

É preciso revogar este artigo sem negociação possível.

Art. 149

Art. 149. A nulidade não exonerará a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que houver executado até a data em que for declarada ou tornada eficaz, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que não lhe seja imputável, e será promovida a responsabilização de quem lhe tenha dado causa.

Reprodução modificada do direito da L 8666, está correto ao prever indenização ao contratado por prejuízos que puder demonstrar, ou perdas e danos já diretamente, decorrentes da anulação não devida ao contratado.

Tudo o que o contratado que teve o contrato anulado e descontinuado por obra e graça do ente contratante puder demonstrar de lesão a direito, prejuízo, dano, detrimento financeiro ou patrimonial, poderá ser objeto ou de *negociação administrativa* para indenização – possibilidade que em geral *aterroriza* o ente público pela frequente imputação de negociatas e de malversação de verbas -, ou de *ação judicial de indenização por perdas e danos*, a cargo e por conta e risco do contratado.

Quanto à parte final, sobre responsabilização do agente ensejador da nulidade, o cidadão brasileiro espera, desde 1.500, ver tal acontecer, nas infinitas ocorrências pertinentes do dia-a-dia. Oxalá ocorra.

Art. 150

Art. 150. Nenhuma contratação será feita sem a caracterização adequada de seu objeto e sem a indicação dos créditos orçamentários para

pagamento das parcelas contratuais vincendas no exercício em que for realizada a contratação, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização de quem lhe tiver dado causa.

Artigo de interesse exclusivo da Administração, manda que os entes públicos antes de contratar identifiquem adequadamente o objeto e indiquem os créditos orçamentários (as contas ou rubricas contábeis do orçamento, observada a classificação funcional-programática da Lei nº 4.320/64) pelos quais correrão os pagamentos que se devam dar dentro do exercício, sendo que cada orçamento dos exercícios futuros consignará dotação para a sequência dessa despesa.

Em primeiro, descrever adequadamente o objeto é sempre algo bastante subjetivo, e que terá tantas leituras quantos forem os aplicadores, dentre os detalhistas ao extremo e os simplificadores ao extremo.

É de fato difícil saber o que cada fiscalização pensará de uma excessiva descrição, que amiúde se acusa de ser dirigista ou discriminatória, e da sua oposta excessivamente simplista, por não descrever em verdade quase nada. Um senso médio de razoabilidade é *desesperadoramente* necessário quase sempre – tanto para o autor do edital quanto para o fiscal.

Quanto a se responsabilizar quem permitiu que esse artigo fosse descumprido, continuam os votos de que isso venha a acontecer de fato e não fique apenas no papel.

Art. 151

CAPÍTULO XII DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

Art. 151. Nas contratações regidas por esta Lei, poderão ser utilizados meios alternativos de prevenção e resolução de controvérsias, notadamente a

conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.

*Parágrafo único. Será aplicado o disposto no **caput** deste artigo às controvérsias relacionadas a direitos patrimoniais disponíveis, como as questões relacionadas ao restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ao inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes e ao cálculo de indenizações.*

Artigo cuja matéria já fora anunciada previamente nesta lei, é inovador e útil ao permitir resolver pendências e c controvérsias entre as partes contratantes através de meios modernos como ‘*conciliação, a mediação, o comitê de resolução de disputas e a arbitragem.*’ Essas ideias, em verdade, têm a idade do homem na terra, mas estão sendo apenas recentemente institucionalizadas em nosso direito.

Concebidos esses métodos com vista principalmente à solução extrajudicial e consentida de disputas judiciais ou em vias de se judicializarem, basicamente consistem em as partes elegerem mediadores ou conciliadores que saibam indicar os pontos de interseção ou de convergência entre os interesses em conflito, fazendo reduzir a área conflituosa e valorizando ao máximo a livre vontade das partes em negociar solução que a ambas atenda satisfatoriamente.

Podem as partes também desde logo escolher o sistema da arbitragem, elegendo consensualmente um árbitro que, ouvindo-as e ponderando atentamente sobre o interesse de cada qual, à falta de conciliação e com poderes outorgados para decidir nessa hipótese, então decida ou delibere pelas partes a solução.

Sistema bem ao gosto do brasileiro – que não gosta de brigas e é conciliador por natureza -, pode ser ainda mais aparelhado através da constituição de uma comissão ou comitê de resolução de disputas, que em verdade é um árbitro colegiado, integrado

por diversas pessoas, também elegíveis pelas partes para por elas a final decidir à falta de conciliação.

Faz muito bem a lei em abrir estas modernas possibilidades de resolução amigável de querelas, todos sabendo que pouca coisa no mundo é mais indigesta, desagradável, penosa e ingrata que uma disputa judicial, que por vezes se resolve apenas para proveito dos bisnetos das partes.

Art. 152

Art. 152. A arbitragem será sempre de direito e observará o princípio da publicidade.

O oposto a uma realidade de direito é uma realidade de fato. Duvida-se que alguém imaginasse que poderia existir alguma arbitragem apenas de fato, que dissesse quais são só fatos a serem considerados mas não constituísse algum direito, já que o propósito da arbitragem é constituir direito novo, oponível às partes por poderes que elas mesmas deram ao árbitro.

Revela-se no mínimo surpreendente o curtíssimo artigo, pois parece óbvio ululante que só existirá arbitramento, repita-se, para dizer às partes qual direito devem passar a observar, a respeito da sua originária controvérsia.

Art. 153

Art. 153. Os contratos poderão ser aditados para permitir a adoção dos meios alternativos de resolução de controvérsias.

Também proveitosa inovação, este artigo permite que os contratos que não previram meios alternativos de solução de controvérsias sejam aditados consensualmente pelas partes para neles se introduzir aquela possibilidade.

Basta que as partes consintam reciprocamente nesse aditamento, e a lei já o autoriza. O brasileiro felizmente, como se propaga na sabedoria popular, *dá um boi para não entrar na briga* ⁽³⁾.

Art. 154

Art. 154. O processo de escolha dos árbitros, dos colegiados arbitrais e dos comitês de resolução de disputas observará critérios isonômicos, técnicos e transparentes.

Artigo tão necessário quanto uma gripe suína agravada com reumatismo. Pura demagogia, quem escolhe os árbitros são as partes no contrato – e se uma parte não quer o árbitro não é eleito -, não a lei nem o legislador. Um pouco mais e a lei determinaria critérios para a escolha de noivas.

A transparência, a isonomia e a técnica são as que as partes quiserem, e apenas elas porque o assunto apenas a elas interessa e diz respeito.

Grossa impropriedade técnica e lógica, a lei somente se desgasta com frivolidades dessa natureza.

Art. 155

TÍTULO IV
DAS IRREGULARIDADES
CAPÍTULO I
DAS INFRAÇÕES E SANÇÕES ADMINISTRATIVAS

Art. 155. O licitante ou o contratado será responsabilizado administrativamente pelas seguintes infrações:

I - dar causa à inexecução parcial do contrato;

II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo;

³ E a parte final do adágio não precisa ser declinada.

III - dar causa à inexecução total do contrato;

IV - deixar de entregar a documentação exigida para o certame;

V - não manter a proposta, salvo em decorrência de fato superveniente devidamente justificado;

VI - não celebrar o contrato ou não entregar a documentação exigida para a contratação, quando convocado dentro do prazo de validade de sua proposta;

VII - ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

VIII - apresentar declaração ou documentação falsa exigida para o certame ou prestar declaração falsa durante a licitação ou a execução do contrato;

IX - fraudar a licitação ou praticar ato fraudulento na execução do contrato;

X - comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude de qualquer natureza;

XI - praticar atos ilícitos com vistas a frustrar os objetivos da licitação;

XII - praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.

Artigo tão escabroso, mal informado e juridicamente errado que custa crer tenha sido produzido pelo legislador capaz de tão bons momentos nesta lei. É juridicamente tenebroso, e de causar azia no leitor. Não pode permanecer vigente.

Começam as impropriedades no *caput*, que coloca no mesmo balaio licitante e contratado, pessoas absolutamente diferentes em matéria de direito junto à Administração. Licitante é um particular postulante a ser contratado pela Administração, e contratado é uma parte em um negócio com a Administração. Institutos aplicáveis a um com frequência *jamais se aplicam ao outro*, pela total disparidade de situações.

A ideia de processar administrativamente um licitante é difícil de se configurar juridicamente, pois quem não tem

nenhuma relação com o ente licitador dificilmente (impossivelmente ?) pode ser processado administrativamente no sentido estatutário e clássico.

Pode sê-lo criminalmente, ou civilmente se for o caso, mas processo administrativo contra quem não é servidor público, ou contratado do ente público, é algo que até hoje não existia na legislação de licitações, e que não se sabe se existirá e vingará no direito apenas por força deste péssimo artigo.

Alguém que simplesmente propõe ao poder público, esse merece, ou sequer tem como, ser processado administrativamente ? Se não pode sofrer as penas do *estatuto dos funcionários públicos*, e se não se lhe aplica o rito processual do mesmo estatuto, então que processo será esse, e aonde pretenderá conduzir o particular ?

Somente se compreende para a hipótese um procedimento contraditório para aplicação de penas como suspensão do direito de licitar – em face de atos graves que o licitante tenha praticado numa licitação - ou algo assim, mas denominar e tratar a isso como processo administrativo parece ser forcejar demasiadamente as categorias...

Seja como for, a baixa qualidade do dispositivo se dá, isto, sim, pelo teor dos incisos – pior do que acontecia e acontece na L 8666. Vejamos.

Reza o *caput* que o contratado ou o licitante será responsabilizado por *I - dar causa à inexecução parcial do contrato; II - dar causa à inexecução parcial do contrato que cause grave dano à Administração, ao funcionamento dos serviços públicos ou ao interesse coletivo; III - dar causa à inexecução total do contrato*. Os três tipos poderiam perfeita e vantajosamente estar reunidos em um só inciso.

Como pode o licitante dar causa à inexecução do contrato, seja total, seja parcial, seja com grande prejuízo ao ente público ? Se ele nem foi contratado, como pode isso ocorrer ? Sem resposta.

Se se falar do contratado tal pode acontecer e então o dispositivo faz sentido, porém será o caso de o ente contratante investigar por que motivo o e contratado ensejou a inexecução, e somente poderá processá-lo se conseguir demonstrar sua culpa ou seu dolo nesse episódio, e não de outro modo.

O inc. IV é de um ridículo humilhante. Se o licitante imagina que entregou todos os documentos exigidos, porém se o ente entende que falta(m) algum(ns), então somente isso será motivo para apenar o licitante ? Se ele juntou um laudo parecer atestando a suficiência de alguns documentos juntados, será assim tão faltoso ?

Existe culpa, ou existe dolo, por parte do licitante ? É óbvio que não, em se considerando que o maior interessado em se habilitar e em se classificar é o próprio licitante, para poder contratar ! Isto tudo é barbaramente ridículo, como sempre dissemos e escrevemos a respeito do inqualificável art. 7º da Lei nº 10.520/02, do pregão, que inspirou este péssimo dispositivo.

Segue o espantoso ridículo da lei nos incas. V e VI, que ameaçam de processo administrativo o licitante que não mantiver a proposta, ou o que não celebrar o contrato. Ora, por tudo que é sagrado, como se pode punir que contrariou seu próprio interesse e por alguma razão a ser apurada não manteve a proposta ?

Antes de se ouvir detalhadamente o vencedor nada quanto a sua culpabilidade é possível concluir, e não pode a lei pressupor sua má-fé ou má intenção quanto ao que quer que seja. Não é nessa direção que o direito aponta, e a lei não pode tentar ungir a Administração de poderes que ela não tem.

Se por outro lado o vencedor não entregou a documentação, alguma razão terá tido, e isso precisa ser verificado antes de o ente tentar qualquer punição contra o mesmo vencedor.

Quanto ao inc. VII pergunta-se: como pode alguém, contratado ou ainda apenas licitante, ensejar o retardamento da execução ou a entrega do objeto ?

Se já for contratado, que significa acusá-lo de ensejar o retardamento da entrega do objeto ? Fala-se do que obteve, ou de algum objeto alheio ? A quem se dirige a ameaça ?

A regra é de uma bisonhice tamanha que jamais deveria ter sido copiada da L 8666, porque lá como cá não faz o menor sentido.

Os incas. VIII e IX poderiam estar juntos porque se referem a mesmo crime: apresentar declaração ou documentação falsa na licitação (inc. VIII), o que significa fraudar o certame (inc. IX) ou a execução do contrato, e tudo isso faz sentido e é lógico porque não se pode admitir conduta como tal, criminosa contra a Administração, pelo licitante ou pelo contratado.

O inc. X é também patético: a que inidoneidade, ou a que fraude fiscal, se refere ? Seria talvez tirar a roupa durante o certame ? Esmurrar os membros da comissão ? Cantar canções pornográficas ? Emitir cheques sem a suficiente provisão de fundos ? Redigir a declaração do imposto de renda sonegando fontes e receitas ? Declarar amor a Hitler ?

Quais são as inidoneidades referidas no inciso ? E quais seriam as possíveis fraudes fiscais ? De que natureza são ? Alguém consegue cometer fraudes fiscais apenas participando de uma licitação ?

O dispositivo era absolutamente ridículo na legislação que o inspirou, e tendo sido mantido nesta lei preservou o mesmo absurdo ridículo.

O inc. XI não fica atrás. A que atos ilícitos alude ? Rasgar os papéis da mesa da comissão, na cada vez mais rara eventualidade de a sessão ser presencial ? Dar tiros para o alto, visando confundir a comissão ou o julgador ? Soltar maritacas ensurdecedoras na sessão, com o mesmo fim ? Francamente, aqui tanto quanto na L 8666 não se faz ideia de a quê estaria se referindo o legislador.

O legislador não se apercebe de quão inapropriado é perpetuar, por despreocupadamente copiar de uma lei para outra, as anteriores deficiências lógicas da lei, impensadas ou fraquissimamente pensadas por alguém um dia.

Encerra o escabroso artigo o inc. XII, que ameaça de processo administrativo o contratado ou o licitante que *‘praticar ato lesivo previsto no art. 5º da Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.’* Essa lei *Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.*

Ora, mas que raciocínio é esse ? Aquela lei já contém suas próprias sanções, concebidas para apenar quem a infringe, e neste passo a L 14133 quer adicionar mais um rol de penalidades administrativas a quem já está sujeito a outro rol !.. como explicar ou como juridicamente admitir uma cumulação de roteiros penais – da mesma natureza jurídica ! - pelo mesmo fato ?

O artigo é, repita-se, simplesmente escabroso. Oxalá seja rebatido em juízo com toda eficiência, se infelizmente for mantido no ordenamento.

Art. 156

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.

§ 1º Na aplicação das sanções serão considerados:

I - a natureza e a gravidade da infração cometida;

II - as peculiaridades do caso concreto;

III - as circunstâncias agravantes ou atenuantes;

IV - os danos que dela provierem para a Administração Pública;

V - a implantação ou o aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme normas e orientações dos órgãos de controle.

*§ 2º A sanção prevista no inciso I do **caput** deste artigo será aplicada exclusivamente pela infração administrativa prevista no inciso I do **caput** do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave.*

*§ 3º A sanção prevista no inciso II do **caput** deste artigo, calculada na forma do edital ou do contrato, não poderá ser inferior a 0,5% (cinco décimos por cento) nem superior a 30% (trinta por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com contratação direta e será aplicada ao responsável por qualquer das infrações administrativas previstas no art. 155 desta Lei.*

*§ 4º A sanção prevista no inciso III do **caput** deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do **caput** do art. 155 desta Lei, quando não se justificar a imposição de penalidade mais grave, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta do ente federativo*

que tiver aplicado a sanção, pelo prazo máximo de 3 (três) anos.

*§ 5º A sanção prevista no inciso IV do **caput** deste artigo será aplicada ao responsável pelas infrações administrativas previstas nos incisos VIII, IX, X, XI e XII do **caput** do art. 155 desta Lei, bem como pelas infrações administrativas previstas nos incisos II, III, IV, V, VI e VII do **caput** do referido artigo que justifiquem a imposição de penalidade mais grave que a sanção referida no § 4º deste artigo, e impedirá o responsável de licitar ou contratar no âmbito da Administração Pública direta e indireta de todos os entes federativos, pelo prazo mínimo de 3 (três) anos e máximo de 6 (seis) anos.*

*§ 6º A sanção estabelecida no inciso IV do **caput** deste artigo será precedida de análise jurídica e observará as seguintes regras:*

I - quando aplicada por órgão do Poder Executivo, será de competência exclusiva de ministro de Estado, de secretário estadual ou de secretário municipal e, quando aplicada por autarquia ou fundação, será de competência exclusiva da autoridade máxima da entidade;

II - quando aplicada por órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, pelo Ministério Público e pela Defensoria Pública no desempenho da função administrativa, será de competência exclusiva de autoridade de nível hierárquico equivalente às autoridades referidas no inciso I deste parágrafo, na forma de regulamento.

*§ 7º As sanções previstas nos incisos I, III e IV do **caput** deste artigo poderão ser aplicadas cumulativamente com a prevista no inciso II do **caput** deste artigo.*

§ 8º Se a multa aplicada e as indenizações cabíveis forem superiores ao valor de pagamento eventualmente devido pela Administração ao contratado, além da perda desse valor, a diferença será descontada da garantia prestada ou será cobrada judicialmente.

*§ 9º A aplicação das sanções previstas no **caput** deste artigo não exclui, em hipótese alguma, a obrigação de reparação integral do dano causado à Administração Pública.*

Este é o artigo das penas, sucessor do art. 87 da L 8666.

As penas são as mesmas daquela lei, sendo (I) advertência, (II) multa, (III) suspensão do direito de licitar e de contratar, e (IV) declaração de inidoneidade para licitar e contratar, e os parágrafos adiante informam com quem.

O § 1º consigna o princípio da proporcionalidade da pena, ou da dosagem ou dosimetria penal, essencial ao direito penal ou à própria noção mais basilar de justiça, segundo o qual delito leve merece pena leve, e assim mais grave à medida em que o delito se agrava.

O dispositivo elenca os fatores que devem ser considerados na dosimetria da pena, mas a lista é meramente exemplificativa e podem existir variados outros fatores a serem considerados para esse fim. E seja ressaltado que o inc. V, relativo ao programa de integridade, é de uma artificialidade absoluta.

Informa o § 2º que a pena de advertência se aplica apenas à infração constante do art. 155, *caput*, que vem a ser dar causa a inexecução parcial do contrato, conduta essa sem maiores qualificativos na lei.

Pelo § 3º as multas – que para serem aplicadas precisarão estar previstas no edital ou no contrato como ocorre na L 8666 - não podem ser em valor inferior a meio por cento nem superior a trinta por cento do contrato, e podem incidir como punição a qualquer das infrações estabelecidas no *péssimo* art. 155.

Pelo § 4º a suspensão do direito de licitar se aplica às infrações capituladas nos incas. II a VII do art. 155, e tem o efeito de impedir que o apenado, após trânsito em julgado da decisão, licite ou contrate no exclusivo âmbito do ente federativo que o apenou, não se

estendendo essa restrição para o âmbito dos demais entes federados. O prazo máximo da restrição é de três anos, a contar do trânsito em julgado.

Pelo § 5º a pena de declaração de inidoneidade será cabível no cometimento das infrações constantes dos incas. VIII a XII do art. 155, vale por de três a seis anos e tem efeito em todos os órgãos públicos brasileiros, de toda natureza, todo nível e de qualquer Poder estatal - exatamente como na L 8666.

É a mais dura pena administrativa da lei, e não raro destrói empresas que foram contratadas e que dependem daquele específico contrato – o que não quer dizer que necessariamente tenha sido injusta, pois que existem contratados que merecem sanção mais pesada, e não puramente administrativa.

Mas pela sua gravidade deve, mais que qualquer outra, ser objeto de detido estudo e ponderação antes de ser cominada ao acusado, e fazer observar com rigor máximo a regra da ampla defesa e do contraditório, sob pena de nulidade absoluta – que com frequência é reconhecida judicialmente.

O § 6º manda exatamente fazer preceder a aplicação da declaração de inidoneidade a análise jurídica – mas não se concebe *nenhuma pena sendo aplicada sem prévia análise jurídica*.

A autoridade competente para aplicar essa mais grave pena é Ministro de Estado, o Secretário Estadual ou o Secretário Municipal no âmbito do Executivo – se o Município tiver Secretários, naturalmente -, e a autoridade ‘equivalente’ dos demais Poderes.

E referida equivalência poderá constituir um enigma conforme o caso, porque equivalente a um Ministro de Estado no Legislativo, ou no Judiciário, este atônito escreva desconhece o que seja. Regulamento local disciplinará – *na marra*, portanto – a questão, é o que

acertadamente prescreve a parte final do inc. II. A *batata quente* foi mais uma vez arremessada a um regulamento.

Pelo § 7º a multa pode ser aplicada concomitantemente com alguma das três outras sanções, como na L 8666. O inadmissível é aplicar por exemplo advertência mais suspensão, ou suspensão mais declaração de inidoneidade, eis que uma exclui outra.

O § 8º consigna a regra da compensação de créditos: se o contratado tem valor a receber, e se é multado em valor superior àquele, além de o recebível ser absorvido na dívida pela multa o ente público avança na garantia eventualmente prestada, diz a lei.

Ocorre que essa possibilidade é bastante controversa na medida em que as garantias- como esta própria lei prescreve anteriormente - devem ser *executadas* e não podem ser simplesmente apropriadas pelo ente público. A realidade jurídica prática talvez não seja exatamente essa delineada pela lei neste momento.

Fecha o artigo o § 9º, pelo qual se reafirma a regra da responsabilidade do contratado quanto aos danos ensejados ao ente contratante, mesmo que tenha sofrido penas administrativas. As penas são punitivas, não compensatórias de prejuízos provocados pelo contratado, que deve indenizá-los ao ente lesado – tudo naturalmente conforme apurado em minucioso procedimento, sempre observada a garantia constitucional de ampla defesa.

Art. 157

*Art. 157. Na aplicação da sanção prevista no inciso II do **caput** do art. 156 desta Lei, será facultada a defesa do interessado no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de sua intimação.*

Artigo que, tanto quanto na L 8666, revela-se por demais acanhado e tímido no seu enunciado, pois que, mesmo em se tratando de multa, deveria prescrever que *será garantido ao interessado*

amola defesa e contraditório, isto, sim, e não apenas suavemente ‘facultar’ ao interessado defender-se.

Falhando nesse garantimento o ente público que apene alguém verá fatalmente anulado o respectivo procedimento por cerceamento de defesa, algo que o Poder Judiciário, com toda justeza, odeia e não admite. Repita-se: mesmo em se tratando de multa, o contraditório e a ampla defesa precisam ser assegurados incondicionalmente.

O prazo para a defesa aumentou de cinco (L 8666, art. 87, § 2º) para quinze dias úteis, o que é justo e bom para o direito por favorecer o contraditório. Conta-se-o a partir do dia útil seguinte ao da intimação, que pode ser procedida por qualquer dos meios admitidos em direito processual.

Art. 158

*Art. 158. A aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do **caput** do art. 156 desta Lei requererá a instauração de processo de responsabilização, a ser conduzido por comissão composta de 2 (dois) ou mais servidores estáveis, que avaliará fatos e circunstâncias conhecidos e intimará o licitante ou o contratado para, no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data de intimação, apresentar defesa escrita e especificar as provas que pretenda produzir.*

*§ 1º Em órgão ou entidade da Administração Pública cujo quadro funcional não seja formado de servidores estatutários, a comissão a que se refere o **caput** deste artigo será composta de 2 (dois) ou mais empregados públicos pertencentes aos seus quadros permanentes, preferencialmente com, no mínimo, 3 (três) anos de tempo de serviço no órgão ou entidade.*

§ 2º Na hipótese de deferimento de pedido de produção de novas provas ou de juntada de provas julgadas indispensáveis pela comissão, o licitante ou o contratado poderá apresentar alegações finais no prazo de 15 (quinze) dias úteis, contado da data da intimação.

§ 3º Serão indeferidas pela comissão, mediante decisão fundamentada, provas ilícitas, impertinentes, desnecessárias, protelatórias ou intempestivas.

§ 4º A prescrição ocorrerá em 5 (cinco) anos, contados da ciência da infração pela Administração, e será:

I - interrompida pela instauração do processo de responsabilização a que se refere o caput deste artigo;

II - suspensa pela celebração de acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013;

III - suspensa por decisão judicial que inviabilize a conclusão da apuração administrativa.

Artigo que descreve o procedimento punitivo. As penas de suspensão e de declaração de inidoneidade exigem constituição de comissão com no mínimo dois membros, a qual avaliará os fatos imputáveis de que o contratado é acusado, e suas circunstâncias, para então desenvolver seu trabalho e após garantir a ampla defesa do acusado em até quinze dias úteis da notificação, proferir seu julgamento.

Pelo § 1º, se o ente não tiver servidores estatutários a comissão deverá ter ao menos dois servidores permanentes, imagina-se que pelo regime da CLT. A seguir a lei menciona o advérbio ‘preferencialmente’, o que significa dizer: passemos ao parágrafo seguinte, porque lei não é catecismo.

Pelo § 2º se o acusado juntar provas, ou novas provas – que a comissão somente poderá indeferir se forem completamente impertinentes ao processo ou estará cerceando a defesa do acusado -, então deverá abrir o prazo de quinze dias úteis ao acusado para que produza suas alegações finais de defesa, amplamente abertas à argumentação (pertinente) que for.

Se as provas forem impertinentes, ilícitas, protelatórias ou intempestivas, serão indeferidas (3º) A lei neste ponto reza

também que se forem ‘desnecessárias’ serão indeferidas, mas é absolutamente temerário que a comissão indefira alguma prova por julgá-la desnecessária, como o seria deixar o julgamento de um cordeiro a um lobo ou a um leão.

A lei não deve exigir o inexigível das pessoas, nem exigir que o acusado confie cegamente no acusador e no processante, porque isso não é sério nem isento nem republicano. É de recordar que cada prova indeferida poderá ensejar um mandado de segurança com inteira possibilidade de triunfar.

Prescrevem em cinco anos, contados da data da própria infração, as ações procedimentais administrativas punitivas (4º) e esse prazo se interrompe (inc. I) pela instauração de processo de responsabilização a que se refere o *caput*. e fica suspensa pela celebração do acordo de leniência previsto na Lei nº 12.846/13 (inc. II), ou ainda em sendo suspensa por decisão judicial que comprometa os trabalhos no seu prazo, e recomeça a fluir após encerrada a suspensão judicial (inc. III).

Prescrição é a extinção da ação, ou do procedimento, por decurso de prazo. Diferencia-se da decadência, que é o decaimento do próprio direito, e também ocorre por decurso de prazo.

Art. 159

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 procedimental e a autoridade competente definidos na referida Lei.

Parágrafo único. (VETADO).

Artigo reduzido ao *caput* com o veto ao parágrafo único, é de péssima técnica. Manda que atos tipificados como

lesivos à Administração conforme a Lei nº 12.846/13, mesmo que estabelecidos em outras leis que não esta, sejam todos julgados em conjunto.

De onde veio esta idéia ? Como se podem julgar atos praticados com base em outra lei num processo instaurado com base nesta L 14133, para com base nesta lei ser decidido ? A individualidade de cada lei fica esfacelada se se levar a sério este artigo.

Não tem pé nem cabeça esta lúgubre ideia, que não deve ser lida como indo além de que atos que infrinjam esta lei serão julgados com base nesta lei, e atos que infrinjam outra lei serão julgados com base na outra referida lei.

Com isso, imagina-se a qualidade do vetado parágrafo único...

Art. 160

Art. 160. A personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, e, nesse caso, todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica serão estendidos aos seus administradores e sócios com poderes de administração, a pessoa jurídica sucessora ou a empresa do mesmo ramo com relação de coligação ou controle, de fato ou de direito, com o sancionado, observados, em todos os casos, o contraditório, a ampla defesa e a obrigatoriedade de análise jurídica prévia.

Artigo que valoriza a tendência, já de algumas décadas, de desconsiderar a personalidade (jurídica) da pessoa jurídica como diversa da personalidade civil da pessoa física, com a qual não se confunde pelas regras clássicas do Código Civil.

Reza o Código Civil:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou pela confusão patrimonial, pode o juiz, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, desconsiderá-la para que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares de administradores ou de sócios da pessoa jurídica beneficiados direta ou indiretamente pelo abuso.

§ 1º Para os fins do disposto neste artigo, desvio de finalidade é a utilização da pessoa jurídica com o propósito de lesar credores e para a prática de atos ilícitos de qualquer natureza.

E reza o novo Código de Processo Civil:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei. (...)

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a descon sideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica. (...)

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para descon sideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Observa-se que a descon sideração da personalidade jurídica é um instituto processual civil que pode *não ser tão facilmente transportável para o mundo das licitações e dos contratos*, realizados administrativamente, sem a suscitação *processual* do incidente previsto nos arts. 133 a 137 do CPC.

O que parece certo é que a cada suscitação administrativa o (licitante ou contratado) suscitado ingressará com *pleito judicial de anulação* por falta daquele requisito processual - o que tecnicamente esperamos que seja provido sempre, em todas as oportunidades. Não se podem *arrombar* as categorias jurídicas.

A lei de licitações talvez imagine poder inverter ou subverter as regras de processo civil, e transformar um rígido e formalíssimo procedimento judicial em prática iniciada e resolvida dentro da Administração – ainda que concedida ampla defesa ao interessado, e após análise jurídica. Nada disso basta.

O direito processual é extraordinariamente solene e formal, sob pena de nulidade de tudo quanto operar fora desse padrão.

E a nova lei de licitações pretende ser um prodígio de direito penal, uma espécie de instância plenipotenciária contra

o império do mal... ora, por favor ! Tudo tem limite, e em direito esse limite é bem visível.

Art. 161

Art. 161. Os órgãos e entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todos os entes federativos deverão, no prazo máximo 15 (quinze) dias úteis, contado da data de aplicação da sanção, informar e manter atualizados os dados relativos às sanções por eles aplicadas, para fins de publicidade no Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e no Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), instituídos no âmbito do Poder Executivo federal.

*Parágrafo único. Para fins de aplicação das sanções previstas nos incisos I, II, III e IV do **caput** do art. 156 desta Lei, o Poder Executivo regulamentará a forma de cômputo e as consequências da soma de diversas sanções aplicadas a uma mesma empresa e derivadas de contratos distintos.*

Artigo assustador, lembra os tempos da revolução francesa com o império do terror implantado e a guilhotina correndo solta, até que se voltou contra o pescoço dos próprios revolucionários.

As listas de devedores, de inadimplentes, de punidos e de culpados são terríveis num país a tal ponto desorganizado que não garante nenhuma segurança a quem, se um dia entrou na lista, cessando os respectivos motivos vá dela conseguir sair, muita vez mesmo após árdua batalha judicial.

A idéia é para nós péssima, de se instituir mais um *codex* de apenados – amaldiçoados ? -, ou em verdade dois, sendo um o Seis e outro o Cnep.

É a lei impondo obrigação ao Executivo federal e aos demais Poderes do Estado, sendo de esperar desses últimos toda má-vontade à disposição, a nosso ver mais do que justificada. Duvidamos sinceramente tanto da eficácia destes cadastros de condenados quanto de

que serão providos e atualizados com eficiência, sobretudo para retirar nomes que não mais se encontram na situação ensejadora da inclusão.

A ideia nos parece detestável, mas excelente para arruinar carreiras, destruir empresas, espezinhar pessoas, macular reputações profissionais e nomes comerciais, e para pouco mais que isto. Há quem mereça tudo isso, mas há quem não mereça, e que sofre os efeitos.

O Estado deve ter outros meios de ver cumpridas as penalidades que impõe – muita vez através de procedimentos monstruosamente injustos, por vezes anulados judicialmente, por vezes mantidos -, a ponto de não necessitar de mais estes odiosos repositórios de condenados.

Somente se questiona o que acontecerá com o Poder Legislativo, ou o Judiciário por exemplo, se derem de ombros para este artigo e os prazos que estipula...

E o parágrafo único é simplesmente tautológico ao pretender impor ao Executivo que baixe regulamento – mais um regulamento - sobre a forma de cômputo das quatro sanções do art. 156.

Pergunta-se: cômputo do quê ? O que existe para se computar se alguém um dia sofre advertência, e em outra ocasião sofre suspensão ? Computa-se o quê ? Para que efeito ? Por que motivo ? Com que finalidade ?

É pouco edificante, como se disse, a sanha punitiva da lei, sempre moralista porém significativamente apartada de muitos fatos do mundo real que o cidadão habita.