Evolução Após a Constituição de 1988

Licitações é um tema que está na legislação brasileira há séculos, destacando-se, dentre outros, as Ordenações Filipinas, de 1592, que tratavam do pregão, a Lei de 29 de agosto de 1828, o DL 200/1967, que introduziu as modalidades hoje existentes e o DL 2300/1986, que reestruturou o modelo licitatório.

Após a Carta Maior, uma série de leis surgiram para regular o tema. Ela previu o dever geral de licitar, a competência da União para editar as normas gerais e determinou o estatuto das estatais. Em 1993, a célebre Lei 8.666 foi editada, a Lei Geral de Licitações. A Lei do Pregão, Lei 10.520/2002, trata apenas desta modalidade.

Em 2006, o Estatuto da ME e EPP (LC 123), na qual a União conferiu a tais empresas vantagens licitatórias. Em 2010, a Lei 12.232 veio cuidar de contratações de publicidade. A Lei 12.462/2011 disciplina a Lei do Regime Diferenciado de Contratação, necessária às licitações para a Copa do Mundo, para a Copa das Confederações e para os Jogos Olímpicos. Em 2016, a Lei das Empresas Estatais. Em 2021, a atual Lei 14.133. Esta absorveu a Lei Geral de Licitações, a Lei do Pregão e a Lei do RDC.

A nova Lei de Licitações e Contratos atinge outras leis que não administrativas, como o CPC (ações que discutem a aplicação da Nova Lei de Licitações deverão ter prioridade de tramitação), Lei de Concessões e Permissões (incluiu o diálogo competitivo como forma de licitação, além da concorrência, para concessão de serviço público e concessão de serviço público precedida de obra) e Lei de PPP (concorrência ou diálogo competitivo).

Lei 14.133/2021

Portanto, eventuais referências à Lei 8.666/1933, à Lei 10.520/2002 e à Lei 12.462/2011, deve-se considerar feita a menção à Lei 14.133/2021, conforme seu **art. 189**. Por disposição expressa, porém, ela não afastou imediatamente as leis anteriores. O legislador previu um prazo de 2 anos, dentro do qual as três leis antigas podiam ser aplicadas pela Administração Pública – as quatro leis conviveram até 01/04/2023, data em que as três leis antigas foram definitivamente revogadas.

> **Art. 193.** Revogam-se: I - os arts. 89 a 108 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, na data de publicação desta Lei; II - a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e os arts. 1º a 47-A da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, após decorridos 2 (dois) anos da publicação oficial desta Lei.

A lei de 2021, contudo, não codifica toda a matéria de licitações e contratos do ordenamento jurídico, pois seguem em vigor, por exemplo as normas relativas e ME e EPP, as sobre serviços de publicidade e as normas das empresas estatais. Em outros termos, a Lei 14.133/2021 simplificou o tema, reunindo três leis em uma só, mas não exauriu a matéria.

A Nova Lei de Licitações também não afastou as regras de concessões comuns e parceria público-privada, as regras para as parcerias sociais (aquelas pessoas do terceiro setor, como organizações sociais, organizações da sociedade civil, organizações da sociedade civil de interesse público e etc.), tampouco os acordos que a Administração Pública realiza, como termos de ajustamento de conduta e acordos de leniência.

O **art. 184** diz que se aplica a lei, no que couber e quando não houver previsão específica, aos acordos celebrados pela Administração Pública sem natureza contratual, pois são acordos e ajustes com vontades convergentes (contratos têm vontades divergentes). Convênio se restringe à Administração Pública e ao SUS. Existe lei específica sobre o convênio? Sim, então se aplica esta lei. Se não existir, aplica-se, no que couber, a Nova Lei de Licitações.

A Nova Lei de Licitações se aplica à Administração Direta, autárquica e fundacional, de Direito Público ou Privado, de todos os entes federativos. Quanto à função administrativa, ela se aplica também ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário. Atinge também os fundos especiais, ou seja, os responsáveis pela gestão deste recurso. Também se aplica às entidades controladas.

A regra da nova lei, portanto, pelo menos em aspectos gerais, é a mesma que antes. A Lei abrange os órgãos da Administração Direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas e demais entidades controladas pelo Poder Público. EP e SEM seguem regidas pelo Estatuto das Estatais.

Existem situações em que as regras da legislação poderão ser afastadas, como no caso de repartições exteriores, recursos repassados por organismos internacionais e recursos das reservas internacionais, utilizados conforme ato normativo específico elaborado pelo BACEN.

Por exemplo, Brasil pede dinheiro ao FMI para construir uma grande infraestrutura. O FMI exige condições. O Congresso aprova e o Presidente ratifica. Neste contrato, poderão constar as cláusulas específicas exigidas no acordo. Ainda, a Noruega faz uma doação para empreendimentos na Amazônia, mas veda que empresas que sofreram autuações do IBAMA participem das licitações. Isto não poderia constar da licitação normal, pois isto confronta com os princípios constitucionais (presunção de inocência), mas, neste caso, é possível.

Por outro lado, como afirmado, esta Nova Lei de Licitações não se aplica às empresas estatais, regidas pela Lei 13.303/2016, salvo quanto às suas disposições penais.

O art. 191 da Nova Lei de Licitações é expresso a determinar que, até o final do prazo de 2 anos a Administração Pública poderia escolher qual regime de licitações e contratos utilizar – regime antigo ou regime novo.

> **Art. 191.** Até o decurso do prazo de que trata o inciso II do caput do art. 193, a Administração poderá optar por licitar ou contratar diretamente de acordo com esta Lei ou de acordo com as leis citadas no referido inciso, e a opção escolhida deverá ser indicada expressamente no edital ou no aviso ou instrumento de contratação direta, vedada a aplicação combinada desta Lei com as citadas no referido inciso.

Os contratos que foram assinados antes da entrada em vigor da Nova Lei de Licitações serão regidos pelo antigo regime. Por exemplo, uma contratação celebrada em 2020, para durar 4 anos, irá durar até 2024 pelo regime da Lei 8.666/1993, mesmo com esta sendo revogada antes do seu término (2023), por força do ato jurídico perfeito. Logo, a nova lei somente se aplica aos contratos celebrados sob a sua égide. Os contratos administrativos respectivos deverão ser regidos pela lei utilizada na sua licitação.

Por exemplo, a Secretaria de Estado de Saúde de Minas Gerais irá contratar um serviço a ser prestado de forma contínua (até 60 + 12 meses). Logo, o contrato irá durar, no caso, 72 meses. As velhas leis permaneceram no ordenamento jurídico até dia 01/04/2023. A licitação é realizada pela Lei 8.666/1993, assim como o contrato administrativo. Este contrato pode durar até 2028. Logo, em 2028, este contrato ainda será regido pela Lei 8.666/1993.

Importante deixar claro que não pode o administrador decidir por combinar dois regimes diversos, sob pena de violação à Separação dos Poderes, pois isto seria criar um terceiro regime jurídico, poder que é dado apenas ao legislador. Ela, ainda, se aplica subsidiariamente à Lei de Concessões, à Lei de PPP e à Lei de Serviços de Publicidade Governamental. Como dito, a Lei 14.133/2021 não revogou as leis citadas, mas, como a Lei 8.666/1993 se aplicava subsidiariamente, a nova lei o será para os contratos firmados a partir da sua entrada em vigor.