

# LICITAÇÕES – A NOVA LEI – 9

*Ivan Barbosa Rigolin*

*(mai/21)*

## **Art. 52**

### Subseção V

#### Das Licitações Internacionais

Art. 52. Nas licitações de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

§ 1º Quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, o licitante brasileiro igualmente poderá fazê-lo.

§ 2º O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude de licitação nas condições de que trata o § 1º deste artigo será efetuado em moeda corrente nacional.

§ 3º As garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro.

§ 4º Os gravames incidentes sobre os preços constarão do edital e serão definidos a partir de estimativas ou médias dos tributos.

§ 5º As propostas de todos os licitantes estarão sujeitas às mesmas regras e condições, na forma estabelecida no edital.

§ 6º Observados os termos desta Lei, o edital não poderá prever condições de habilitação, classificação

e julgamento que constituam barreiras de acesso ao licitante estrangeiro, admitida a previsão de margem de preferência para bens produzidos no País e serviços nacionais que atendam às normas técnicas brasileiras, na forma definida no art. 26 desta Lei.

Este é o artigo das licitações internacionais. Baseou-se na maior parte na L 8666, art. 42, e no que inovou tornou mais leve a abordagem do tema, sendo entretanto seu maior mérito expungir o antigo § 5º, que era arquipatético e constrangedor de tão ruim.

Licitação internacional outra coisa não é senão uma licitação brasileira de que podem participar licitantes estrangeiros; e atualmente, com a *internet*, nem mais cabe dizer “divulgada ou não no exterior”, porque em nossos dias os países nem se quiserem esconder ou reservar quaisquer atos oficiais conseguirão: por bem ou por mal tudo é acessível a todos os cidadãos, e eventualmente até mesmo os maiores segredos de estado como senhas do Pentágono americano, ou da NASA.

O artigo, cujo *caput* redacionalmente continua tão bisonho quanto era na L 8666, preocupa-se fundamentalmente em garantir tratamento igualitário entre nacionais e estrangeiros, e nesse sentido são os §§ 1º, 3º e 5º, que respectivamente asseguram a ambos (I) a possibilidade de propor em moeda estrangeira quando o edital admitir essa moeda; (II) que as garantias de pagamento ao brasileiro serão as mesmas oferecidas ao estrangeiro, e (III) que as propostas de todos se sujeitem às mesmas regras e condições.

O § 2º, de outro lado, fixa que o pagamento ao contratado nacional será em moeda nacional, o que nada mais é que o procedimento lógico e esperável em um negócio público nacional.

Pelo § 4º os gravames – custos ou onerações tributárias ou administrativas – incidentes sobre os preços constarão do edital, o que é regra indispensável de transparência e de seriedade do certame, e nem se poderia imaginar pudesse ser diferente.

O § 6º fecha o artigo repisando a proteção aos estrangeiros através de proibir que o edital exija habilitações, ou contenha regras de classificação e de julgamento, que impeçam ou dificultem a participação dos licitantes estrangeiros, com a única exceção da *margem de preferência* aos produtos ou serviços nacionais, sempre dentro do que esta lei n'outro momento, o art. 26, admite e disciplina.

Em verdade essa exceção quebra a igualdade, mas é de lembrar que não constitui exigência obrigatória formulável pelo edital mas apenas facultativa – e é a nosso ver injusta, frequentemente antitécnica e nada recomendável. Licitação não é ação social forma de distribuição da riqueza, mas competição para escolha da melhor proposta ao poder público.

### **Art. 53**

## CAPÍTULO III DA DIVULGAÇÃO DO EDITAL DE LICITAÇÃO

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:

I - apreciar o processo licitatório conforme critérios objetivos prévios de atribuição de prioridade;

II - redigir sua manifestação em linguagem simples e compreensível e de forma clara e objetiva, com apreciação de todos os elementos indispensáveis à contratação e com exposição dos pressupostos de fato e de direito levados em consideração na análise jurídica;

III - (VETADO).

§ 2º (VETADO).

§ 3º Encerrada a instrução do processo sob os aspectos técnico e jurídico, a autoridade determinará a divulgação do edital de licitação conforme disposto no art. 54.

§ 4º Na forma deste artigo, o órgão de assessoramento jurídico da Administração também realizará controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos.

§ 5º É dispensável a análise jurídica nas hipóteses previamente definidas em ato da autoridade jurídica máxima competente, que deverá considerar o baixo valor, a baixa complexidade da contratação, a entrega imediata do bem ou a utilização de minutas de editais e instrumentos de contrato, convênio ou outros ajustes previamente padronizados pelo órgão de assessoramento jurídico.

§ 6º (VETADO).

Longo artigo que confunde um pouco o direito, alterando o anterior ora para melhor, ora para pior.

O *caput* fixa que o processo da licitação deve seguir para a assessoria jurídica do ente licitador após o edital ter sido concluído e incluído naquele expediente. Ou essa assessoria é própria ou, se inexistir, contratada, porque essa função não é privativa de estado, sempre podendo ser terceirizada. Uma coisa é procuradoria, e outra bem diversa é assessoria.

O texto dá a impressão de que a assessoria jurídica deverá aprovar o edital, como era e é na L 8666, art. 38, parágrafo único, porém o § 1º deste artigo 53 menciona o *parecer*, o que descaracteriza aquilo já que parecer é apenas uma opinião, um entendimento, que não constitui ato administrativo e não obriga ninguém a nada, nem vincula a vontade da autoridade, *nem libera coisa nenhuma* – apenas opina.

Então parece que o direito mudou para *desobrigar* a assessoria jurídica de aprovar o que quer que seja neste ponto. Apenas opina, e quem deve controlar a legalidade é a autoridade, que de resto jamais esteve obrigada a seguir pareceres. Apenas que, nesta lei, não imagine que a assessoria jurídica aprovou o edital, porque sobre ele apenas opinou.

Quanto a os incs. I e II tentarem ensinar o parecerista a trabalhar, trata-se de uma puerícia detrimetosa ao seu autor e aos pareceristas; entretanto, sendo observada ou não, jamais transforma o parecer em ato administrativo de aprovação, porque nada no texto a isso conduz. O legislador parece *fingir ingenuidade*, e deve saber perfeitamente que desonerou a assessoria jurídica de aprovar a minuta do edital, como ainda precisa fazê-lo dentro da L 8666.

Vetados o inc. III e o § 2º inteiro, o § 3º manda que após a fase acima a autoridade mande divulgar o edital na forma do art. 54, o que significa dar-lhe a necessária publicidade para que produza todos os seus efeitos junto aos interessados, ao público e aos entes de fiscalização. Antes dessa publicidade o edital é um procedimento apenas interno do ente, ainda inábil para efeitos externos.

Tendo sido vetado o § 6º, fecham o artigo os §§ 4º e 5º.

O § 4º, muito corretamente, responsabiliza a assessoria jurídica do ente também pelo ‘controle prévio de legalidade de contratações diretas, acordos, termos de cooperação, convênios, ajustes, adesões a atas de registro de preços, outros instrumentos congêneres e de seus termos aditivos’.

Com efeito, não se concebe que tais instrumentos negociais da Administração possam ficar à margem de apreciação jurídica prévia, ainda que, registre-se, *também aqui não se trata de aprovação* – simplesmente porque a lei não determinou que fosse.

*Não se iluda a autoridade por imaginar que a sua consultoria jurídica aprova alguma coisa quanto a isso.* Essa responsabilidade

aprobatória e liberatória continua sendo sua. É diferente na L 8666 – e tecnicamente a lei correta é esta L 14133.

O § 5º, também adequadamente, dispensa a apreciação jurídica de pequenos contratos, de exíguo valor e nenhuma complexidade, e admite padronização de minutas assim simples e de “linha de produção”. É quase a entronização do princípio da *insignificância* nas contratações públicas, adequada e correta em face da necessidade de se economizar tempo e trabalho.

#### **Art. 54**

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 (VETADO).

§ 2º É facultada a divulgação adicional e a manutenção do inteiro teor do edital e de seus anexos em sítio eletrônico oficial do ente federativo do órgão ou entidade responsável pela licitação ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, admitida, ainda, a divulgação direta a interessados devidamente cadastrados para esse fim.

§ 3º Após a homologação do processo licitatório, serão disponibilizados no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) e, se o órgão ou entidade responsável pela licitação entender cabível, também no sítio referido no § 2º deste artigo, os documentos elaborados na fase preparatória que porventura não tenham integrado o edital e seus anexos.

Enfim, a forma da publicidade do edital. Dá-se a publicidade do edital pela sua divulgação, completo com anexos, no PNCP – o Portal Nacional de Contratações Públicas.

Mas é evidente que não é nem poderia ser apenas esse o veículo da divulgação oficial, sendo difícil imaginar todos os pequenos Municípios e os entes públicos brasileiros de todo porte e nível abarrotando aquele portal com seus editais.

Então, o § 2º - uma vez que o § 1º foi vetado – admite como alternativa à regra do *caput* a divulgação do edital completo em sítio eletrônico publico local, e ainda, facultativamente, a divulgação direta a interessados para tanto previamente cadastrados, o que é sempre útil e proveitoso. Nada disto último é obrigatório mas facultativo, e, repita-se, sempre proveitoso aos entes locais de toda natureza, porte e nível.

O muito estranho § 3º informa que após a homologação do processo licitatório – e este escriba-aprendiz desconhece o que venha a ser isso, conhecendo apenas a homologação do resultado da licitação – serão disponibilizados no PNCP e no sítio local os documentos que não tenham integrado o edital completo. Ora, pergunta-se, acaso não era obrigatória a divulgação completa do edital, com seus anexos todos ? Que sentido tem a divulgação em partes dos documentos que integram o edital ?

Se é fato que esta lei *não dá ponto sem nó*, então este § 3º é o nó deste ponto. Outra vez o legislador desperdiça excelente oportunidade de não dizer nada.

## **Art. 55**

### CAPÍTULO IV

#### DA APRESENTAÇÃO DE PROPOSTAS E LANCES

Art. 55. Os prazos mínimos para apresentação de propostas e lances, contados a partir da data de divulgação do edital de licitação, são de:

I - para aquisição de bens:

a) 8 (oito) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto;

b) 15 (quinze) dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea “a” deste inciso;

II - no caso de serviços e obras:

a) 10 (dez) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços comuns e de obras e serviços comuns de engenharia;

b) 25 (vinte e cinco) dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto, no caso de serviços especiais e de obras e serviços especiais de engenharia;

c) 60 (sessenta) dias úteis, quando o regime de execução for de contratação integrada;

d) 35 (trinta e cinco) dias úteis, quando o regime de execução for o de contratação semi-integrada ou nas hipóteses não abrangidas pelas alíneas “a”, “b” e “c” deste inciso;

III - para licitação em que se adote o critério de julgamento de maior lance, 15 (quinze) dias úteis;

IV - para licitação em que se adote o critério de julgamento de técnica e preço ou de melhor técnica ou conteúdo artístico, 35 (trinta e cinco) dias úteis.

§ 1º Eventuais modificações no edital implicarão nova divulgação na mesma forma de sua divulgação inicial, além do cumprimento dos mesmos prazos dos atos e procedimentos originais, exceto quando a alteração não comprometer a formulação das propostas.

§ 2º Os prazos previstos neste artigo poderão, mediante decisão fundamentada, ser reduzidos até a metade nas licitações realizadas pelo Ministério da Saúde, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS).

Eis o artigo dos prazos mínimos de publicidade dos instrumentos convocatórios de licitações, todos em dias *úteis* com – infeliz - inspiração na regra do processo civil.

O prazo é de oito dias úteis (inc. I, *a* e *b*) na aquisição de bens por menor preço ou maior desconto, e em qualquer outro critério é de quinze dias úteis. São prazos *exageradíssimos*, muito piores do que na L 8666, e devem ter sido escolhidos possivelmente porque não é o parlamentar que aprovou este texto que irá comprar e pagar os bens. Na sua empresa o mesmo parlamentar em um dia resolve essa questão com absoluta galhardia.

Se são serviços e obras serão dez dias úteis por menor preço ou maior desconto para serviços comuns, e vinte e cinco dias úteis se forem serviços especiais, ou então obras ou serviços especiais de engenharia.

Serão sessenta dias úteis quando o objeto for licitado por contratação integrada, seja qual for o objeto. Considerando-se a pandemia de coronavírus existente quando da edição da lei, e ainda o amor incondicional do brasileiro por feriados, pontos facultativos e paradas pelo quer que seja, isso representa mais ou menos um semestre. E serão trinta e cinco dias úteis se se tratar de outras hipóteses ou de contratação semi-integrada.

Nada disso poderia ser pior. O país *corre* para trás em ritmo acelerado. Quando todos os prazos, para tudo que existe em nossos dias, se reduzem drasticamente por causa da informática, os prazos das licitações crescem à grande. Impossível compreender.

O legislador, que neste artigo mesmo quase sepultou de vez os diários e os jornais oficiais numa medida modernizante, por outro lado em momentos assim parece viver no tempo anterior ao do computador. Que empresa competitiva precisa de tantos dias úteis para formular uma proposta,

mesmo que envolva estudos e produção de documentos ? Repete-se: pior que isto é impossível imaginar.

O § 1º repete o direito anterior, mandando republicar e devolver o prazo originário quando se modifica o edital - salvo quando a modificação não implicar na reformulação das propostas. Tal qual na L 8666 é irrealística essa exceção, porque ninguém publica que a abertura será na sala 2 e não na sala 1 do prédio. Somente se modifica o edital por motivo grave e sério, e não por leviandades ou futilidades.

Fechando o artigo o § 2º abre exceção – apenas para o plano federal - aos prazos, permitindo que para o Ministério da Saúde sejam reduzidos pela metade, fundamentadamente. Somente não se compreende porque já não são a metade, ou de preferência a metade da metade, para todos os entes públicos de nossa república.

#### **Art. 56**

Art. 56. O modo de disputa poderá ser, isolada ou conjuntamente:

I - aberto, hipótese em que os licitantes apresentarão suas propostas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes;

II - fechado, hipótese em que as propostas permanecerão em sigilo até a data e hora designadas para sua divulgação.

§ 1º A utilização isolada do modo de disputa fechado será vedada quando adotados os critérios de julgamento de menor preço ou de maior desconto.

§ 2º A utilização do modo de disputa aberto será vedada quando adotado o critério de julgamento de técnica e preço.

§ 3º Serão considerados intermediários os lances:

I - iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o critério de julgamento de maior lance;

II - iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento.

§ 4º Após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos 5% (cinco por cento), a Administração poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações.

§ 5º Nas licitações de obras ou serviços de engenharia, após o julgamento, o licitante vencedor deverá reelaborar e apresentar à Administração, por meio eletrônico, as planilhas com indicação dos quantitativos e dos custos unitários, bem como com detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES), com os respectivos valores adequados ao valor final da proposta vencedora, admitida a utilização dos preços unitários, no caso de empreitada por preço global, empreitada integral, contratação semi-integrada e contratação integrada, exclusivamente para eventuais adequações indispensáveis no cronograma físico-financeiro e para balizar excepcional aditamento posterior do contrato.

Este artigo não menciona a palavra ‘envelope’, como a L 8666 faz. É preciso então entender nas entrelinhas que a disputa pelo modo fechado se dá com a utilização de envelopes lacrados, enquanto no modo aberto ela se dá por lances públicos. De outro modo não se imagina como poderia ser fechada a disputa.

Os modos de disputa podem ser ou aberto, por lances públicos sucessivos, ou fechado, por envelopes a serem abertos no momento em

que o edital designar. Mas a grande novidade é que podem ser utilizados *conjuntamente*, na mesma licitação, ambos os modos, e o serão se e como o edital assim determinar.

O § 1º proíbe o uso isolado do modo fechado nas licitações de menor preço ou maior desconto, e isso certamente é assim porque o objeto tem clareza e simplicidade suficientes a permitir o simples e aberto jogo de preços, vencendo o menor que todos passam a conhecer assim que é pronunciado no lance.

Mas esse § 1º *não proíbe o uso conjunto* do modo fechado com o modo aberto no mesmo certame, e essa escolha se regerá pela natureza e complexidade do objeto, que por vezes recomenda proposta fechada em envelope, como o edital disciplinará. A praticidade do uso conjunto parece ser nenhuma, não se atinando com o motivo de a lei permitir mais essa complicação, tão necessária quanto uma boa gripe suína.

O § 2º proíbe o modo aberto nas licitações de técnica e preço, e ponto final. Seria realmente difícil julgar lances públicos em critério e para objeto tão complexos, daí a restrição.

No caso dos critérios da melhor técnica ou conteúdo artístico (art. 33, inc. III) e do maior retorno econômico (art. 33, inc. VI), *vale tudo*, porque a lei não os previu neste art. 56.

Mas seja reconhecida a dificuldade de se julgarem licitações sob esses critérios por lances orais e públicos, daí, parece, os *envelopes fechados*, por mais desprezo que lhes devote a lei, voltarão à cena. A lei, que tanto fala, deveria ter se lembrado desses critérios, e não silenciado.

O § 3º define lances intermediários – como se isso fosse necessário e como se pudessem outra coisa – como aqueles iguais ou inferiores ao maior ofertado nas licitações de maior lance, como o leilão, e iguais ou superiores ao menor ofertado nas licitações pelos outros critérios. Na sequência a lei menciona os lances intermediários.

Ao menos serve a lei neste ponto para reconhecer a legitimidade de lances iguais a outros, sem os recusar como alguns *estúpidos* sistemas de informática ocasionalmente faziam até em passado recente.

O ideal seria que se aceitassem até mesmo lances de antemão perdedores, porque pode ocorrer de o seu autor saber, e se instado a isso puder demonstrá-lo, que seu concorrente até o momento em vantagem vencedor será inabilitado, porque por exemplo o foi duas horas atrás em outra licitação com as mesmas exigências – mas não pretendamos tanto desta lei. Apenas por admitir lances iguais já evoluiu neste ponto.

O § 4º, inspirado no pregão, fixa que o edital poderá prever que após a definição da proposta vencedora, se o intervalo de valor entre essa e a segunda colocada for de ao menos 5% - ou seja, podendo ser maior - o ente reabrirá a disputa aberta para definir as demais colocações.

Trata-se de precaução que deve ter tido em vista a possibilidade de o vencedor não contratar, ou contratar mas não cumprir o contrato. O edital pode silenciar a respeito e o julgador não reabrir, ou então desde logo informar que isso não acontecerá. Se entretanto os julgadores mantiverem o certame até a definição de todos os classificados – naturalmente se não existirem centenas de participantes ... - , a necessidade da reabertura nunca acontecerá. Uma licitação, como uma epidemia, quanto antes acabar melhor será para todos.

Encerrando o artigo o complicadíssimo § 5º manda ao vencedor readequar sua proposta inicial proporcionalmente ao valor a que chegou e que venceu o certame.

Preferimos não descer aos detalhes em que se embrenha este parágrafo – que dá a impressão de estar criando e inovando, sendo que as operações mencionadas já existem desde que o pregão foi implantado no Brasil, e já vem sendo continuamente praticadas na Administração de todo nível.

Sim, e manifestar o entendimento de que será a autoridade local quem dirá se a readequação está ou não suficiente, ou o que lhe falta para a regular contratação, bastando ao vencedor conhecer a *regra de três*.

Outra vez a lei pretende ensinar a ave-maria ao senhor vigário.

#### **Art. 57**

Art. 57. O edital de licitação poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta.

Artigo duplamente inteligente: em primeiro por ser curto, e em segundo por admitir que o edital fixe intervalos mínimos entre quaisquer lances, pena de desclassificação dos que os inobservarem.

Sempre nos batemos em favor dessa previsão editalícia, com vista a evitar irritantes e economicamente insignificantes lances de, digamos, um centavo menos que o menor apresentado, o que somente serve para tumultuar a competição e estimular condenáveis impulsos homicidas nos participantes sérios – porque intervalos que tais não são sérios.

Apenas se recomenda aos editais não exagerarem fixando intervalos muito elevados, porque isso desfavorece licitantes menos capitalizados e com isso prejudica a isonomia entre eles.

#### **Art. 58**

Art. 58. Poderá ser exigida, no momento da apresentação da proposta, a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia de proposta, como requisito de pré-habilitação.

§ 1º A garantia de proposta não poderá ser superior a 1% (um por cento) do valor estimado para a contratação.

§ 2º A garantia de proposta será devolvida aos licitantes no prazo de 10 (dez) dias úteis, contado da assinatura do contrato ou da data em que for declarada fracassada a licitação.

§ 3º Implicará execução do valor integral da garantia de proposta a recusa em assinar o contrato ou a não apresentação dos documentos para a contratação.

§ 4º A garantia de proposta poderá ser prestada nas modalidades de que trata o § 1º do art. 96 desta Lei.

Artigo sobre a garantia da proposta (*bid bond*), prescreve que poderá ser exigida a prova do seu recolhimento como requisito habilitatório no momento da apresentação da proposta, pena de inabilitação.

A garantia, pelo § 1º, não poderá ultrapassar 1% do valor estimado da contratação, o que não garante absolutamente nada de coisa alguma a não ser que o proponente não é daqueles que – dizia-se no passado, quando se sabia o que é um cheque – não tem dinheiro para cobrir o cheque dado no almoço. Essa sorte de nefasto *picareta* deverá ser repellido com a exigência de qualquer garantia, por menor que seja.

O § 2º é o nó deste ponto: a garantia será devolvida em até 10 dias úteis após a assinatura do contrato ou a declaração do fracasso da licitação – ou seja do seu malogro, quer porque ninguém se classificou, quer porque ninguém se habilitou.

O parágrafo entretanto se esquece de que para um licitante a licitação pode não ter dado bom resultado não porque fracassou, mas simplesmente porque esse licitante não obteve a primeira classificação. E nesse caso, não contemplado no parágrafo, esse licitante perde a garantia ?

É evidente que não, e no máximo tão logo seja alguém contratado deve ser devolvida a garantia retida de quem quer que seja – mas a lei não se lembrou disso, tudo dando a impressão de que é a primeira vez em que o legislador trabalhou com matéria relativa a licitação.

Se o vencedor não comparecer para assinar o contrato, ou se não apresentar (no prazo assinado) os documentos exigidos para tanto, sua garantia será executada. A lei poderia ter facilitado a vida da Administração, informando que nessas hipóteses a garantia será perdida em favor do ente licitador *sic et simpliciter*, sem necessidade de um longo e trabalhoso processo de execução - exatamente como a entrada que o comprador de imóvel dá ao vendedor para assegurar o negócio e como parte de pagamento; desistindo do negócio, o promitente-comprador simplesmente perde aquela entrada. Para quê serve a garantia, afinal ?

Para ser executada precisará ser previamente lançada na dívida ativa do ente respectivo, e executada na forma da lei de execuções fiscais.

Poderá a garantia ser prestada, informa o derradeiro § 4º, em qualquer das modalidades previstas no art. 96, quais sejam (I) caução em dinheiro ou títulos da dívida pública; (II) seguro-garantia, ou (III) fiança bancária, sempre à escolha do licitante. Quanto a isso nada mudou da L. 8666.

## **Art. 59**

### **CAPÍTULO V DO JULGAMENTO**

Art. 59. Serão desclassificadas as propostas que:

- I - contiverem vícios insanáveis;
- II - não obedecerem às especificações técnicas pormenorizadas no edital;
- III - apresentarem preços inexequíveis ou permanecerem acima do orçamento estimado para a contratação;
- IV - não tiverem sua exequibilidade demonstrada, quando exigido pela Administração;

V - apresentarem desconformidade com quaisquer outras exigências do edital, desde que insanável.

§ 1º A verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação à proposta mais bem classificada.

§ 2º A Administração poderá realizar diligências para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir dos licitantes que ela seja demonstrada, conforme disposto no inciso IV do **caput** deste artigo.

§ 3º No caso de obras e serviços de engenharia e arquitetura, para efeito de avaliação da exequibilidade e de sobrepreço, serão considerados o preço global, os quantitativos e os preços unitários tidos como relevantes, observado o critério de aceitabilidade de preços unitário e global a ser fixado no edital, conforme as especificidades do mercado correspondente.

§ 4º No caso de obras e serviços de engenharia, serão consideradas inexequíveis as propostas cujos valores forem inferiores a 75% (setenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração.

§ 5º Nas contratações de obras e serviços de engenharia, será exigida garantia adicional do licitante vencedor cuja proposta for inferior a 85% (oitenta e cinco por cento) do valor orçado pela Administração, equivalente à diferença entre este último e o valor da proposta, sem prejuízo das demais garantias exigíveis de acordo com esta Lei.

Este artigo é bem intencionado quando, no *caput* e seus incisos, visa simplificar a desclassificação das propostas, porém – apenas para variar.. - não o faz com a técnica desejável.

Os cinco incisos do *caput* poderiam resumir-se a no máximo três deles, com vantagem. Os incs. IV e V, que apenas confundem desnecessariamente, já estão compreendidos nos três primeiros: desclassificam-se propostas (I) com vícios insanáveis segundo o critério dos julgadores ; (II) desconformes ao edital, e (III) com preços inexequíveis – também a critério dos julgadores – ou acima do orçamento do ente licitador.

Mas mesmo os incs. I a III contêm subjetividades que podem dar o que falar: vícios existem que são óbvia e absolutamente insanáveis, como os há discutivelmente insanáveis.

Os preços, por outro lado, podem ser igualmente inexequíveis a toda evidência, ou então mesmo *ilegais* quando contrariarem mínimos legais, como por exemplo o salário mínimo. Sob a L 8666 é muitíssimo difícil desclassificar preços por inexequíveis, graças à ginástica sobrenatural, artificial e irrealística que aquela lei exige para a demonstração da inexequibilidade, e nunca deu bom resultado prático porém ensejou muitíssimas demandas judiciais. Neste ponto esta lei aperfeiçoou o direito.

O § 1º generalizou a idéia originária do pregão para toda licitação, mandando analisar a conformidade da proposta com o exigido no edital apenas com relação à primeira classificada, o que racionaliza e acelera todo o trabalho licitatório.

O § 2º se refere a diligências, que aliás nunca precisaram de autorização para serem realizadas, e apenas repete a L 8666 quanto a isso, enfatizando que servem para aferir a exequibilidade das propostas ou exigir a demonstração de algo proposto.

Não serve a diligência para completar documentação que já deveria constar da proposta, mas apenas para sanar dúvida dos julgadores. E o ideal é que seja previamente anunciada aos licitantes para que estes, querendo, a acompanhem, tudo no sentido de evitar suspeições.

Pelo § 3º mais uma vez a lei tenta ensinar o que em geral os operadores de licitação sabem, ou seja como avaliar a exequibilidade das propostas em licitações de obras e de serviços de engenharia e arquitetura,

qual seja confrontar o preço global com os preços unitários *relevantes* - segundo a engenharia - que o compõem, observado o critério editalício de aceitabilidade. O preço unitário é a base originária e a referência natural da formação dos preços de qualquer proposta.

É evidente que os preços unitários devem também levar em conta os preços de mercado, que podem ser consultados em revistas e periódicos especializados.

Aqui parece que a lei evitou aquelas tremendas restrições a que o edital fixe preços mínimos como as há na L 8666, no que fez muito bem.

E o § 4º simplificou também à grande o complicado cálculo de inexequibilidade das propostas de obras e serviços de engenharia, dizendo-os inexequíveis, e *ipso facto* desclassificáveis, se forem inferiores a 75% do orçamento do ente licitador. Excelente simplificação, que mantém a lei no seu papel e não no de um irritante manual de matemática.

Encerra o artigo o § 5º, que manda exigir garantia *adicional*, nos certames para obras e serviços de engenharia, do vencedor cuja proposta for inferior a 85 % do valor orçado pelo ente, garantia essa equivalente àquela diferença.

O adjetivo ‘adicional’ já indica que outras garantias devem estar exigidas, como o final do parágrafo adverte. Se acaso – dificilmente – não estiverem, então não será adicional a garantia da diferença, mas única.

#### **Art. 60**

Art. 60. Em caso de empate entre duas ou mais propostas, serão utilizados os seguintes critérios de desempate, nesta ordem:

I - disputa final, hipótese em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta em ato contínuo à classificação;

II - avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, para a qual deverão preferencialmente ser utilizados registros cadastrais para efeito de atesto de cumprimento de obrigações previstos nesta Lei;

III - desenvolvimento pelo licitante de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, conforme regulamento;

IV - desenvolvimento pelo licitante de programa de integridade, conforme orientações dos órgãos de controle.

§ 1º Em igualdade de condições, se não houver desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por:

I - empresas estabelecidas no território do Estado ou do Distrito Federal do órgão ou entidade da Administração Pública estadual ou distrital licitante ou, no caso de licitação realizada por órgão ou entidade de Município, no território do Estado em que este se localize;

II - empresas brasileiras;

III - empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País;

IV - empresas que comprovem a prática de mitigação, nos termos da Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009.

§ 2º As regras previstas no **caput** deste artigo não prejudicarão a aplicação do disposto no art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006.

Artigo sobre empate de propostas, prescreve o desempate, pela ordem, pelos critérios da (I) nova disputa final, pela apresentação de nova proposta por cada empatado; (II) avaliação de desempenho

contratual prévio, se existir, dos empatados, pelo modo oficial como for possível realizá-lo; (III) desenvolvimento de ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, e (IV) desenvolvimento de programa de integridade, conforme orientação de órgãos de controle.

O bom e velho sorteio não consta do desempate. Em vez dele os incs. III e IV trouxeram modalidades *extremamente ridículas* de desempate, mencionando ações de equidade e programas de integridade, sem que ninguém ou quase ninguém saiba o que são essas invenções do modismo e da *ondinha* do momento. Estapafúrdias invenções, rebaixam o desempate a um teatrinho demagógico e mambembe.

Confia este humilde escriba em que o primeiro critério, nova proposta dos empatados, vá *sempre* resolver qualquer empate em licitações brasileiras, para não ter vez aquela degradação institucional que são os incs. III e IV do *caput* deste artigo.

Mas o teatro não acabou, porque o § 1º ainda tem a ousadia de prever regra quando persistir o empate... alguém pode acreditar nisso ? Não vislumbramos a menor possibilidade de que tal venha a ocorrer.

Se um dos empatados não quer formular nova proposta, ainda que de um centavo abaixo – porque nesse momento isso não é proibido -, e se o outro a fizer, e qualquer licitante mentalmente são no universo o fará sem hesitar, então o problema já estará resolvido.

Impossível imaginar o ente tendo de apelar para o patético e risível § 1º - que também não consignou o sorteio -, para preferir, pela ordem, (I) empresas locais; (II) empresas brasileiras; (III) empresas que invistam em pesquisa tecnológica no país, ou (IV) empresas que comprovem a prática de *mitigação*. Trata-se do *teatro do absurdo* de Esslin, de Ionesco ou de Beckett. É difícil crer que a lei tenha chegado a tal nível de alienação dentro do mundo negocial.

Fechando o tenebroso artigo o § 2º informa que se aplica a lei das micro e pequenas empresas, o art. 44 da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2.006, sem prejuízo do disposto no artigo.

Isso deverá gerar considerável confusão quando de sua aplicação na prática, eis que a LC 123, no art. 44, concede às MPEs o benefício de um empate todo diferenciado, que na aritmética não é empate mas que na lei é.

Que as potestades celestiais não desprotejam as autoridades licitadoras, como de resto têm protegido nas últimas décadas apesar dos ocasionais, e vez que outra sérios, atropelos que sofrem.

### **Art. 61**

Art. 61. Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado.

§ 1º A negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida, quando o primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado em razão de sua proposta permanecer acima do preço máximo definido pela Administração.

§ 2º A negociação será conduzida por agente de contratação ou comissão de contratação, na forma de regulamento, e, depois de concluída, terá seu resultado divulgado a todos os licitantes e anexado aos autos do processo licitatório.

Artigo que começa bem e a seguir *descamba para a indecência*, como afirmam certos comentaristas do cotidiano.

Após definido e proclamado o vencedor, o ente poderá negociar – leia-se: pedir-lhe desconto - para tentar melhorar ainda mais sua proposta. Natural, e só se negocia com o vencedor.

O § 1º desanda, como se disse: se o primeiro afinal não for classificado porque sua proposta acabar desclassificada por preço excessivo, então, reza a lei, poderá o ente negociar com o segundo colocado.

Mas a pergunta é: se a proposta vencedora estava acima do máximo, então como pôde ter sido classificada, e ainda vencido o certame ? Para quê serve o preço máximo que a Administração estabelece, senão para desclassificar imediatamente quem o ultrapassa ? Como podem ser classificadas propostas que, de antemão, ultrapassam aquele máximo ?

E mais: como se admite a *cara-de-pau* de licitante que propõe algo sabidamente desclassificado ? É o mesmo que num leilão oferecer um lance abaixo do preço mínimo do lote. Isso é sério ?..

Essa técnica tortuosa, inspirada no *pregão mal interpretado*, é um tormento para quem dispõe de cérebro e o aciona sempre que precisa. Não pode ser mantido algo assim em lei racional.

O § 2º diz o óbvio: a negociação será conduzida pelo agente ou a comissão da contratação, e depois divulgada, não apenas aos licitantes como a todo o público.

## **Art. 62**

### CAPÍTULO VI DA HABILITAÇÃO

Art. 62. A habilitação é a fase da licitação em que se verifica o conjunto de informações e documentos necessários e suficientes para demonstrar a capacidade do licitante de realizar o objeto da licitação, dividindo-se em:

- I - jurídica;
- II - técnica;
- III - fiscal, social e trabalhista;
- IV - econômico-financeira.

Este sintético – ao menos isso - artigo informa e ensina o que toda a Administração pública brasileira sabe há muitas décadas, ou seja o que é habilitação.

É a fase do procedimento em que o licitante demonstra sua capacidade formal e técnica para executar o objeto do certame, a qual capacidade se divide em quatro naturezas: jurídica; técnica; fiscal, social e trabalhista, e econômico-financeira.

Dentro do conhecido exagero burocratizante das habilitações isto era o de esperar na nova lei. Existem muitos certames licitatórios em que resulta muito mais difícil preencher os requisitos habilitatórios do que propor, vencer e executar a proposta do objeto. O país continua prezando mais papéis de formalização do que real capacidade operacional, ou de realizar o objeto em causa.

A parte fraca do negócio é por definição o contratado, que na licitação enfrenta todos os riscos e oferece todas as garantias. Nesse conhecido contexto, feliz é o contratado que consegue simplesmente *receber* pelo realizado, aceito e recebido pelo poder público.

Cada natureza de habilitação está minudenciada à frente na lei.

### **Art. 63**

Art. 63. Na fase de habilitação das licitações serão observadas as seguintes disposições:

I - poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação, e o declarante responderá pela veracidade das informações prestadas, na forma da lei;

II - será exigida a apresentação dos documentos de habilitação apenas pelo licitante vencedor, exceto quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento;

III - serão exigidos os documentos relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado;

IV - será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas.

§ 1º Constará do edital de licitação cláusula que exija dos licitantes, sob pena de desclassificação, declaração de que suas propostas econômicas compreendem a integralidade dos custos para atendimento dos direitos trabalhistas assegurados na Constituição Federal, nas leis trabalhistas, nas normas infralegais, nas convenções coletivas de trabalho e nos termos de ajustamento de conduta vigentes na data de entrega das propostas.

§ 2º Quando a avaliação prévia do local de execução for imprescindível para o conhecimento pleno das condições e peculiaridades do objeto a ser contratado, o edital de licitação poderá prever, sob pena de inabilitação, a necessidade de o licitante atestar que conhece o local e as condições de realização da obra ou serviço, assegurado a ele o direito de realização de vistoria prévia.

§ 3º Para os fins previstos no § 2º deste artigo, o edital de licitação sempre deverá prever a possibilidade de substituição da vistoria por declaração formal assinada pelo responsável técnico do licitante acerca do conhecimento pleno das condições e peculiaridades da contratação.

§ 4º Para os fins previstos no § 2º deste artigo, se os licitantes optarem por realizar vistoria prévia, a Administração deverá disponibilizar data e horário diferentes para os eventuais interessados.

Longo artigo que disciplina a muito desagradável fase habilitação, e o faz bem.

O inc. I do *caput* deixa no facultativo o edital exigir aquela absolutamente estúpida declaração do participante, originária do pregão, de que atende os requisitos habilitatórios.

Estúpida a mais não poder, repete-se, porque o licitante pode no máximo assegurar que, *no seu entender*, atende a habilitação pedida, mas ele não pode decidir pelos julgadores, os quais poderão vir a entender diferente, ou seja de que não atende.

Ficando a lei na mera faculdade de se exigir essa rematada estupidez, então os editais *jamais devem exigí-la*. Muito menos mau é a lei apenas *permitir* a alguém ser estúpido do que obrigá-lo a isso.

O inc. II confirma a regra atual de que a habilitação será exigida ou examinada apenas do vencedor das propostas e não de todos como era no passado – franca perda de tempo que além de tudo ensejava os grandes impasses nas licitações graças aos *picaretas* profissionais criadores de dificuldades para vender facilidades -, salvo quando pelo edital a habilitação anteceder o julgamento das propostas.

Nesse último caso todos os envelopes de habilitação – se os houver – deverão ser abertos, abrindo-se ensancha para referidos impasses sem conta.

O inc. III fez o direito evoluir à grande. Fixa que ‘serão exigidos os documentos relativos à regularidade fiscal, em qualquer caso, somente em momento posterior ao julgamento das propostas, e apenas do licitante mais bem classificado’, e não *a)* antes do julgamento das propostas, e *b)* de todos os licitantes.

Tratando-se de documentos vencíveis em geral a cada mês, é sempre um tormento mantê-los atualizados, ainda que *a)* a informática tenha acelerado consideravelmente a duração dos certames, e ainda que *b)* a mesma informática produz todos aqueles documentos com facilidade.

Mesmo assim esta foi uma grande ideia do legislador, que não fez ouvidos de mercador quanto à invariável lamentação de todos os

envolvidos de licitação sobre o burocratismo interminável que esta fase envolvia, e que por seguro agora envolverá muito menos. Excelente passo da lei.

O inc. IV estabelece que ‘será exigida do licitante declaração de que cumpre as exigências de reserva de cargos para pessoa com deficiência e para reabilitado da Previdência Social, previstas em lei e em outras normas específicas’.

Estranha-se o singular em *pessoa* e em *reabilitado*, que pode dar a impressão de que apenas uma pessoa com deficiência, e/ou apenas um reabilitado, merecem) vaga(s), mas uma leitura mais aberta suprirá essa impressão.

Dispositivo de proteção social de pessoas desfavorecidas, é essencialmente meritório, porém desde logo se teme o abuso ou exagero por parte de autores de editais, o que se desaconselha com veemência sabendo-se que um remédio em exagero também mata.

Pelo correto § 1º o edital deve exigir do licitante declaração de que sua proposta econômica considera e abrange os custos sociais e trabalhistas envolvidos na execução do contrato, e até mesmo em eventuais compromissos de ajustamentos de conduta se existentes no momento valendo contra licitante(s).

Quanto a esta última exigência é exagerado o dispositivo, porque esse é um assunto íntimo do proponente, com o qual o ente licitador nunca teve, não tem nem jamais terá absolutamente nada a ver, e que jamais interfere com a viabilidade da proposta. E se acaso interferir não será o ente público que o irá dizer, porque não sabe nem tem como saber. Começa bem o parágrafo, mas por este intervencionismo indevido conclui mal.

O § 2º se refere à visita, ou visita técnica como é conhecida, do interessado ao local da execução do objeto, que pode ser exigida como pré-condição de habilitação.

A exigência então é a de que o licitante declare conhecer à suficiência o local, e então vem à tona o velho problema de as visitas técnicas deverem ser procedidas por representante *qualificado* do interessado em

licitar, e não pelo seu mensageiro, entregador de pizza ou agenciador de jogo do bicho, cuja atestação “técnica” vale tanto quanto um palpite sobre futebol. A exigência de *demonstrável qualificação* do visitante a nosso ver é plenamente lógica, jurídica e constitucional.

Pelo § 3º a vistoria física pelo interessado não é necessária, mas sim, sempre, a sua declaração de conhecimento suficiente do local da execução contratual, o que é razoável neste mundo em que ninguém tem tempo para nada como antes, e por vezes se situa bastante longe da sede da eventual execução – o que naturalmente não é impeditivo de que vença o certame e seja contratado.

Pelo derradeiro § 4º o ente licitador deverá previamente designar data e hora para os interessados realizarem vistoria, ou visita, e, importante, individualizadamente por interessado que o requeira - tal qual fosse uma particular consulta a especialista por um cliente. Ao interessado que requerer dia e hora para a vistoria o ente licitador deverá obrigatoriamente designá-los.

#### **Art. 64**

Art. 64. Após a entrega dos documentos para habilitação, não será permitida a substituição ou a apresentação de novos documentos, salvo em sede de diligência, para:

I - complementação de informações acerca dos documentos já apresentados pelos licitantes e desde que necessária para apurar fatos existentes à época da abertura do certame;

II - atualização de documentos cuja validade tenha expirado após a data de recebimento das propostas.

§ 1º Na análise dos documentos de habilitação, a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas

que não alterem a substância dos documentos e sua validade jurídica, mediante despacho fundamentado registrado e acessível a todos, atribuindo-lhes eficácia para fins de habilitação e classificação.

§ 2º Quando a fase de habilitação anteceder a de julgamento e já tiver sido encerrada, não caberá exclusão de licitante por motivo relacionado à habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

Este artigo veicula uma regra tradicional em licitação em nome do princípio da igualdade entre os licitantes, segundo a qual após a apresentação dos documentos de habilitação não mais será permitido ao licitante substituir os já apresentados ou apresentar outros que não constavam, a não ser em sede de diligência – sob orientação e a pedido do ente que licita -, para complementação de informações *necessárias à informação dos julgadores* ou para atualizar documentos cuja validade expirou após terem sido entregues.

Natural que documentos apresentados não possam ser substituídos senão por motivo imperioso e a pedido do próprio ente licitador, ou de outro modo toda a rigidez solene e institucional das fases ruiria, e a isonomia restaria abalada.

O § 1º foi redigido de modo que pode incitar erro de conduta pelos julgadores, ao admitir que ‘a comissão de licitação poderá sanar erros ou falhas que não alterem a substância dos documentos (...)’. Temerária redação !

Entende-se a correta vontade da lei, porém é preciso lembrar que a comissão *não altera coisa nenhuma* do material apresentado pelo licitante, porque isso simplesmente constituirá adulteração do mesmo material.

Os julgadores relevam oficialmente, por exemplo, erros formais irrelevantes como troca ou inversão de folhas, ou soma parcial errada mas final correta, ou uma folha de cabeça para baixo, porém não alteram o que lhes foi entregue, apenas lavrando em ata que estão considerando inexistente

ou sanada qualquer falha material, sem encostar seus dedos no material – o que equivaleria a *contaminar prova* em linguagem de processo penal.

A comissão *escreve* o que observou, que então considera válido, mas não altera fisicamente coisa alguma. Observando-se esse cuidado, naturalmente o dispositivo, que não contém novidade material, está correto.

O final § 2º reitera, melhorado, o direito da L 8666, fixando que que nenhum licitante habilitado será excluído da licitação por motivo vinculado à habilitação – o que é óbvio ululante -, podendo ser excluído apenas por fatos que *invalidam a sua habilitação*, conhecidos apenas após o encerramento da fase, como por exemplo seria no caso de se descobrir documento habilitatório falso.

Nesse caso a sua habilitação é *anulada* e ele será excluído do certame, chamando-se a isso de inabilitação *ou não* se o chamando assim – fica a gosto da autoridade. A lei *salta fora* dessa definição.

E com frequência casos que tais, além de exigir registro e providências pelo ente licitador e para o futuro com relação àquele licitante, pelo indício (ou pela evidência...) de crime ensejam denúncias ao Ministério Público, não devendo permanecer apenas na esfera administrativa sob pena, muito possivelmente, de se caracterizar condescendência criminosa.

## **Art. 65**

Art. 65. As condições de habilitação serão definidas no edital.

§ 1º As empresas criadas no exercício financeiro da licitação deverão atender a todas as exigências da habilitação e ficarão autorizadas a substituir os demonstrativos contábeis pelo balanço de abertura.

§ 2º A habilitação poderá ser realizada por processo eletrônico de comunicação a distância, nos termos dispostos em regulamento.

Segue a matéria de habilitação. Nota-se aqui a saudável preocupação do legislador para com questões atuais e oportunas, para as quais não se havia voltado no passado – ou, pior, a lei propositadamente, por *lobby* de poderosos e tradicionais grupos econômicos e para tentar excluir as novas empresas de competições a cada novo ano, dispunha diferentemente e jamais mencionava o balanço de abertura.

Sendo as condições de habilitação naturalmente aquelas previstas no edital dentro do elenco máximo da lei (*caput*), o § 1º fixa que as empresas constituídas no mesmo exercício financeiro em que se dá a licitação devem apresentar todos os documentos habilitatórios exigidos, podendo de excepcional apenas apresentar o balanço de abertura, considerando-se que ainda não concluíram o balanço do ano em curso. Muito boa evocação, em prol da igualdade entre os licitantes.

Encerrando, o § 2º autoriza habilitação eletrônica à distância – e não seria diferente neste momento do planeta em que quase tudo se resolve no programa e na tela.

A exigência de regulamento para tanto, consignada ao final do dispositivo, é um tanto exagerada, pois que se o edital, isoladamente, resolver este problema, então a questão toda estará *ipso facto* resolvida. Um disciplinamento interno de cada ente entretanto é sempre aconselhável, tratando-se de questão tão relevante.