

## LICITAÇÕES – A NOVA LEI – 10

*Ivan Barbosa Rigolin*

*(jun/21)*

### **Art. 66**

Art. 66. A habilitação jurídica visa a demonstrar a capacidade de o licitante exercer direitos e assumir obrigações, e a documentação a ser apresentada por ele limita-se à comprovação de existência jurídica da pessoa e, quando cabível, de autorização para o exercício da atividade a ser contratada.

Este artigo, como faz a L 8666, mantém a tradição de denominar habilitação jurídica aquilo que o Código Civil há mais de um século trata como *capacidade jurídica*. É como uma violação de patente, ou uma apropriação indébita, perpetrada no plano da lei.

Habilitação jurídica é a parte da habilitação em que o licitante simplesmente demonstra ter capacidade jurídica para contratar, ou seja que é uma *pessoa*, natural (ou física, como a denomina a legislação do imposto de renda) ou jurídica conforme o caso e a exigência do edital, além de estar autorizada para o exercício da atividade nas (raras) hipóteses em que isso pode ser exigido e é exigido.

Nada mais que isso. Capacidade civil é matéria de direito civil, e não administrativo como as sucessivas leis de licitação parecem querer fazer crer. Quem está habilitado juridicamente em licitação é porque é capaz civilmente, e quem não é não o está.

### **Art. 67**

Art. 67. A documentação relativa à qualificação técnico-profissional e técnico-operacional será restrita a:

I - apresentação de profissional, devidamente registrado no conselho profissional competente, quando for o caso, detentor de atestado de responsabilidade

técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, para fins de contratação;

II - certidões ou atestados, regularmente emitidos pelo conselho profissional competente, quando for o caso, que demonstrem capacidade operacional na execução de serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior, bem como documentos comprobatórios emitidos na forma do § 3º do art. 88 desta Lei;

III - indicação do pessoal técnico, das instalações e do aparelhamento adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada membro da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;

IV - prova do atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

V - registro ou inscrição na entidade profissional competente, quando for o caso;

VI - declaração de que o licitante tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação.

§ 1º A exigência de atestados será restrita às parcelas de maior relevância ou valor significativo do objeto da licitação, assim consideradas as que tenham valor individual igual ou superior a 4% (quatro por cento) do valor total estimado da contratação.

§ 2º Observado o disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, será admitida a exigência de atestados com quantidades mínimas de até 50% (cinquenta por cento) das parcelas de que trata o referido parágrafo, vedadas limitações de tempo e de locais específicos relativas aos atestados.

§ 3º Salvo na contratação de obras e serviços de engenharia, as exigências a que se referem os incisos I e II do **caput** deste artigo, a critério da Administração, poderão ser substituídas por outra prova de que o profissional ou a empresa possui conhecimento técnico e experiência prática na execução de serviço de características semelhantes, hipótese em que as provas alternativas aceitáveis deverão ser previstas em regulamento.

§ 4º Serão aceitos atestados ou outros documentos hábeis emitidos por entidades estrangeiras quando acompanhados de tradução para o português, salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora.

§ 5º Em se tratando de serviços contínuos, o edital poderá exigir certidão ou atestado que demonstre que o licitante tenha executado serviços similares ao

objeto da licitação, em períodos sucessivos ou não, por um prazo mínimo, que não poderá ser superior a 3 (três) anos.

§ 6º Os profissionais indicados pelo licitante na forma dos incisos I e III do **caput** deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, e será admitida a sua substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela Administração.

§ 7º Sociedades empresárias estrangeiras atenderão à exigência prevista no inciso V do **caput** deste artigo por meio da apresentação, no momento da assinatura do contrato, da solicitação de registro perante a entidade profissional competente no Brasil.

§ 8º Será admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição da disponibilidade do pessoal técnico referido nos incisos I e III do **caput** deste artigo.

§ 9º O edital poderá prever, para aspectos técnicos específicos, que a qualificação técnica seja demonstrada por meio de atestados relativos a potencial subcontratado, limitado a 25% (vinte e cinco por cento) do objeto a ser licitado, hipótese em que mais de um licitante poderá apresentar atestado relativo ao mesmo potencial subcontratado.

§ 10. Em caso de apresentação por licitante de atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual tenha feito parte, se o atestado ou o contrato de constituição do consórcio não identificar a atividade desempenhada por cada consorciado individualmente, serão adotados os seguintes critérios na avaliação de sua qualificação técnica:

I - caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio homogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada empresa consorciada na proporção quantitativa de sua participação no consórcio, salvo nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, em que todas as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada uma das empresas consorciadas;

II - caso o atestado tenha sido emitido em favor de consórcio heterogêneo, as experiências atestadas deverão ser reconhecidas para cada consorciado de acordo com os respectivos campos de atuação, inclusive nas licitações para contratação de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual.

§ 11. Na hipótese do § 10 deste artigo, para fins de comprovação do percentual de participação

do consorciado, caso este não conste expressamente do atestado ou da certidão, deverá ser juntada ao atestado ou à certidão cópia do instrumento de constituição do consórcio.

§ 12. Na documentação de que trata o inciso I do **caput** deste artigo, não serão admitidos atestados de responsabilidade técnica de profissionais que, na forma de regulamento, tenham dado causa à aplicação das sanções previstas nos incisos III e IV do **caput** do art. 156 desta Lei em decorrência de orientação proposta, de prescrição técnica ou de qualquer ato profissional de sua responsabilidade.

Artigo tormentosamente longo dentro da sua matéria antipaticíssima de habilitação, que constitui de longe o passo mais desagradável, arrastado, capcioso e burocrático de qualquer certame. Quem gosta de habilitação deve detestar licitação, que é competição de propostas e não de documentos formais. Os burocratas empedernidos que atrasam o ritmo da Administração em nome de formalismos a maior parte das vezes completamente inúteis por seguro se dão bastante bem na fase de habilitação.

A habilitação técnica é inquestionavelmente a mais importante das quatro habilitações que a lei contempla; o que não se suporta é a extensão da matéria e das regras, a cada nova lei mais volumosas e restritivas – como se licitação fosse exame de documentos.

O *caput*, diferentemente da L 8666, informa que a documentação de habilitação técnica *será restrita* ao que segue no artigo, o que dá a impressão de que precisa ser exigida, não podendo ultrapassar o elenco. Essa deve ser a leitura que ao longo dos anos prevalecerá. Na L 8666 o art. 30 informa que a documentação *limitar-se-á a*, o que é virtualmente diferente.

Acontece, entretanto, que dos 5 (cinco) incisos importantes que seguem – pois que o inc. VI é uma futilidade que de nada serve e que não deveria existir – 4 (quatro) deles mencionam ‘conforme o caso’.

Ora, se a exigência é sempre *conforme o caso*, então sempre pode ser *nunca* !.. Onde, então, a obrigatoriedade das exigências ? O autor do edital então pode sempre, autorizado expressamente na lei, dispensar essa ou aquela exigência, dentro daquelas dos incs. I, II, IV e V.

Ou seja: ainda que haja mudado a redação do *caput*, a *facultatividade* de se incluírem as exigências, ou de não se as incluir, é absoluta. Apenas o inc. III precisa ser cumprido sempre, relativamente ao pessoal técnico e ao equipamento a ser utilizado.

Onde quase tudo se exige *conforme o caso*, então quase nada é obrigatório exigir, dependendo sempre de o autor do edital ter justificativa para não exigir – não precisando escrevê-la antecipadamente, mas tê-la consigo para, se for preciso, informar.

Visto isso, o inc. I menciona profissional registrado no respectivo conselho e detentor de atestado de responsabilidade técnica por obra ou serviço semelhante – tudo isso conforme o caso... -, sendo essa semelhança restrita às parcelas de valor igual ou superior a 4% do valor total estimado para o contrato em licitação (conforme § 1º). Essa é a capacidade profissional, ou seja do profissional, pessoa natural.

O inc. II diz respeito a certidões e atestados emitidos pelo conselho respectivo, que demonstrem capacidade operacional do licitante – pessoa jurídica – para obras ou serviços similares. E nesse ponto entram os §§ 2º e 3º.

O § 2º limita o teor dos atestados exigíveis a 50% das quantidades referidas no § 1º - como a afirmar que quem executa metade executa a integralidade, e também que exigir mais que metade seria discriminatório -, e o § 3º admite outras provas de capacidade técnica e operacional além das previstas no § 1º, a não ser em obras ou em serviços de engenharia, que não admitem provas alternativas.

Voltando aos incisos do *caput*, o inc. III manda que o edital exija a relação do pessoal técnico, das instalações do licitante e dos equipamentos que irá utilizar caso seja contratado, além da qualificação de cada membro da equipe técnica responsável pelo trabalho, na forma do que exigir a respeito o edital.

É um *tremendo exagero* de exigências, que na prática muito pouco ou nada servem quando se precisa responsabilizar o contratado por

má execução, ou desastres havidos. Já era hora de a lei simplificar esta terrível, estéril e rebarbativa burocracia.

O inc. IV autoriza o edital a exigir prova de atendimento a legislação específica aplicável ao contrato pretendido quando for o caso, e essa legislação deve ser expressamente indicada sempre que exigida.

O inc. V, que historicamente ensejou grandes confusões, permite ao edital exigir registro na entidade profissional competente. Se o edital não indicar, a cada caso, que entidade(s) é(são) essa(s), então se esperem os registros mais estapafúrdios, em entidades que jamais alguém supôs pudessem existir.

O inc. VI, obra de caçador de mosca, manda que edital exija declaração de que o licitante leu o edital. Ao menos serve essa exigência para demonstrar que o licitante é alfabetizado.

Já vistos os §§ 1º a 3º, o § 4º manda aceitarem-se atestados estrangeiros traduzidos para o português - sem a lei exigir que seja tradução juramentada -, 'salvo se comprovada a inidoneidade da entidade emissora', o que poderá se dar por qualquer meio admitido em direito, e o que é naturalmente sujeito a contestações e a contraprovas.

Prossegue o penosíssimo artigo no § 5º, de muito duvidosa ou nenhuma constitucionalidade e que deve ter sido fruto de *lobbies* variados, que admite que o edital exija, nos serviços contínuos, que o licitante apresente certidão de que executou serviços similares por 'prazo mínimo, não superior a três anos' – e até na redação é péssimo este parágrafo.

É como dizer: quem ainda não executou este contrato não pode executar. *Merece revogação imediata, ou ação direta de declaração de inconstitucionalidade*, por escancaradamente discriminatório e anti-isonômico em desfavor de quem, por mais capacitado, por acaso ainda não prestou esse serviço ao ente público, ou ao poder público. Dispositivo juridicamente vergonhoso.

O § 6º manda que os profissionais indicados pelo licitante participem efetivamente dos trabalhos, o que é absolutamente correto e

necessário para que a exigência faça sentido, e em caso de necessidade poderão ser substituídos por profissionais aprovados pelo ente contratante.

O § 7º, casuísmo dos casuísmos, mal ideado e que contraria todo o propósito da exigência feita a empresas nacionais, fixa que sociedades empresárias estrangeiras atendam a exigência de registro na entidade profissional competente pela apresentação, na assinatura do contrato, de protocolo de registro na entidade profissional brasileira.

Pergunta-se: e se o registro pedido for afinal negado ? O então contratado estrangeiro escapou de uma exigência que o empresário nacional precisou atender sob pena de ser inabilitado ? Então a lei brasileira protege o estrangeiro mais do que o nacional ? Esta é mais uma razão para *jamais se exigir* aquele registro citado no inc. V do *caput*, o que é possível diante do ‘quando for o caso’ que ali consta.

O § 8º é outra – e isto já está ficando monótono – rematada *estupidez* trazida da L 8666. Esta bobagem de amadores permite ao edital exigir a relação dos compromissos assumidos pelo proponente, imaginando que com ela o ente licitador poderá avaliar a redução da capacidade operacional daquele. Poderá mesmo ? Como ? Realizou estudo prévio por empresa de auditoria ou consultoria especializada ? Conhece a fundo a capacidade operacional de cada licitante brasileiro ?

O edital permite exigir isso, porém nos recusamos a sugerir que utilização deve ser dada ao documento que então vier.

O § 9º deste interminável amontoado de inutilidades permite algo que, em sã consciência, e em se tratando de servidores que tenham mais o que fazer, também jamais deve ser exigido pelo edital, ou sejam atestados relativos a pessoal subcontratado. A tortuosidade do pensamento do legislador é algo indecifrável. Pelo menos o dispositivo ficou no facultativo: o edital *poderá prever*, e não precisará fazê-lo.

O § 10 é outra tortura medieval. O ente licitador administraria muito melhor as situações em que a hipótese relatada acontecesse se não existisse este parágrafo, que não existe na L 8666.

Atestado de desempenho anterior emitido em favor de consórcio do qual o atual licitante participou, ou indica a atividade desempenhada por esse licitante, ou entra o critério dos incs. I e II, quais sejam, se o consórcio foi homogêneo (todos os consorciados desempenhando a mesma função) vale o quantitativo prestado por cada empresa, salvo em trabalho intelectual no qual todas são iguais para este efeito (inc. I).

Se por outro lado o consórcio foi heterogêneo então vale o campo de atuação de cada consorciado, inclusive para serviços intelectuais (inc. II).

O *horroroso* parágrafo não indica com objetividade como cada um desses fatores será avaliado, e o parágrafo inteiro é uma catástrofe jurídica, a merecer raspagem com estilete da lei – a qual de resto e só em si já não constitui nenhum primor.

O tormento prossegue no § 11, que indica que uma cópia do ato de constituição do consórcio, em caso de necessidade, indicará a participação percentual de cada consorciado. Dificilmente seria diferente.

E finaliza o péssimo artigo o § 12, informando que serão recusados atestados em nome de profissionais que tenham sido apenados ou tenham dado causa a apenação com as penas do art. 156. Correto, porém é preciso que o ente tenha esses dados consigo, ou de outro modo será como tentar divisar uma agulha em um palheiro.

E, uma vez contratado o objeto com empresa que tenha incidido nessa falha, a ulterior descoberta desse fato não constituirá uma causa legítima para a anulação do contrato, entendemos com absoluta convicção. O dever de fiscalizar a ficha de cada profissional apresentado não é de ninguém senão do ente licitador.

O artigo é um tormento operacional inenarrável em si, porém na prática, parece, poucas vezes precisará ser exercitado no seu inteiro rigor.



Art. 68. As habilitações fiscal, social e trabalhista serão aferidas mediante a verificação dos seguintes requisitos:

I - a inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ);

II - a inscrição no cadastro de contribuintes estadual e/ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - a regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - a regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

V - a regularidade perante a Justiça do Trabalho;

VI - o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

§ 1º Os documentos referidos nos incisos do **caput** deste artigo poderão ser substituídos ou supridos, no todo ou em parte, por outros meios hábeis a comprovar a regularidade do licitante, inclusive por meio eletrônico.

§ 2º A comprovação de atendimento do disposto nos incisos III, IV e V do **caput** deste artigo deverá ser feita na forma da legislação específica.

Artigo em nada tenebroso como o anterior, nos incisos apenas repete, simplificando-a e a atualizando, a L 8666, e nos parágrafos, que inexistiam naquela, em nada compromete a simplicidade do texto - até porque não dizem absolutamente nada, funcionando como água benta, que se não ajudar ao menos não atrapalha.

Juntaram-se as habilitações fiscal, social e trabalhista em um único bloco, o que é bom por unificar de algum modo as espécies. E pela redação do *caput* parece ser obrigatório exigir os itens constantes dos incisos.

O inc. I repete a incongruência da L 8666, pois que não se compreende como CPF ou CNPJ podem atestar habilitação social, fiscal ou trabalhista. É matéria para o artigo da capacidade jurídica, e não para este.

O inc. II manda exigir prova de inscrição tributária local, estadual ou municipal da sede ou do domicílio do licitante – e o que segue nunca deu certo no país: ‘pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual’. Essa pertinência, ou essa compatibilidade, é discutibilíssima, e na prática pouco tem sido exigida com rigor – o que é excelente já que os licitadores têm problemas reais na vida com que se preocupar.

O inc. III manda exigir ‘prova de regularidade perante a Fazenda federal, estadual e/ou municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei’. Repetido o direito anterior, repetimos o comentário: que raio seria alguma coisa equivalente à fazenda estadual ou municipal ?

Essa prova se dá por certidão negativa de débito ou por certidão positiva com efeito de negativa (por acordo celebrado e em curso de execução), ou ainda por outras eventuais demonstrações, cada vez felizmente menos necessárias ou cogitáveis, como guias recolhidas e a memória do devido, em caso de pane nos, ou greve que atinja os, sistemas informáticos.

Pelo inc. IV exige-se ‘regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, que demonstre cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei’, o que se dá também por certidões oficiais obtidas virtualmente – nem sempre no prazo de se esperar.

O inc. V exige prova de regularidade perante a Justiça do Trabalho, obtenível por certidões trabalhistas de inexistirem débitos não cumpridos por condenações trabalhistas (negativas).

E o juridicamente ridículo, casuístico e demagógico inc. VI exige prova do cumprimento do inc. XXXIII do art. 7º da Constituição, relativo a proteção ao trabalho do menor, o que seria meritório não fora o fato de que a prova neste caso precisa ser *negativa*, ou seja a de que o licitante não descumpra aquelas regras constitucionais. Só num país de terceiro mundo, que julga as coisas pelas suas sombras, isto pode acontecer.

E os patéticos parágrafos que encerram o artigo são a pedra na sopa local: § 1º - os documentos do artigo podem ser substituídos por outros oficiais com a mesma eficácia, e § 2º - a comprovação do atendimento de alguns incisos se dará na forma da lei. Pergunta-se: poderia ser contra a lei ? Alguma coisa pode acontecer na Administração senão na forma da lei ?

### **Art. 69**

Art. 69. A habilitação econômico-financeira visa a demonstrar a aptidão econômica do licitante para cumprir as obrigações decorrentes do futuro contrato, devendo ser comprovada de forma objetiva, por coeficientes e índices econômicos previstos no edital, devidamente justificados no processo licitatório, e será restrita à apresentação da seguinte documentação:

I - balanço patrimonial, demonstração de resultado de exercício e demais demonstrações contábeis dos 2 (dois) últimos exercícios sociais;

II - certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante.

§ 1º A critério da Administração, poderá ser exigida declaração, assinada por profissional habilitado da área contábil, que ateste o atendimento pelo licitante dos índices econômicos previstos no edital.

§ 2º Para o atendimento do disposto no **caput** deste artigo, é vedada a exigência de valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade.

§ 3º É admitida a exigência da relação dos compromissos assumidos pelo licitante que importem em diminuição de sua capacidade econômico-financeira, excluídas parcelas já executadas de contratos firmados.

§ 4º A Administração, nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, poderá estabelecer no edital a exigência de capital mínimo ou de patrimônio líquido mínimo equivalente a até 10% (dez por cento) do valor estimado da contratação.

§ 5º É vedada a exigência de índices e valores não usualmente adotados para a avaliação de situação econômico-financeira suficiente para o cumprimento das obrigações decorrentes da licitação.

§ 6º Os documentos referidos no inciso I do **caput** deste artigo limitar-se-ão ao último exercício

no caso de a pessoa jurídica ter sido constituída há menos de 2 (dois) anos.

Baseado fundamentalmente na L 8666, este é o artigo que discrimina os meios de prova da habilitação econômico-financeira do licitante. Simplificou consideravelmente o direito anterior, mas também contém previsões vez que outra inexequíveis.

Quando o *caput* manda que o edital justifique os índices econômicos utilizados constitui poesia pura, pois que os índices existem para medir realidades que ensejaram sério e concentrado estudo, e ninguém precisa justificar porque escolheu este ou aquele índice econômico, se apenas for pertinente ao assunto, e se para isso exatamente foi criado.

E o inc. I, muito mais simples que o equivalente anterior da L 8666, entretanto cria problemas novos.

Parece exigir balanço *sempre*, mesmo que o licitante seja empresa que pela sua lei própria está dispensado de elaborar balanço. Assim, se quiser participar de licitação essa empresa, então que elabore um balanço até o momento do certame... é o que parece ser da lei. *Tomara que esta leitura – absolutamente literal – seja derrubada na justiça, e que empresas desobrigadas de balanço continuem desobrigadas em licitações.*

O balanço, segue o dispositivo, deve estar acompanhado de demonstração do resultado do exercício – e se for negativo esse resultado, que com isso fará o ente licitador ? Inabilitará ? De mais a mais, o balanço isoladamente já não demonstra o resultado do exercício ? Se não, para quê serve juridicamente ?

E quando o inciso menciona ‘demais demonstrações contábeis’ dos dois últimos exercícios – reduzidos a somente um para empresas constituídas há menos de dois anos por força do § 6º - a quê exatamente se refere ? O licitante apresenta as demonstrações que quiser e que inventar ? Isso não tem a mínima racionalidade, e se recomenda aos editais não exigirem o que seus autores não conseguem entender o que seja.

O inc. II parece ainda pior, ao permitir exigir ‘certidão negativa de feitos sobre falência expedida pelo distribuidor da sede do licitante’.

Sim, porque *a)* se não for empresa comercial, como uma fundação não é, ou uma sociedade civil também não é, não fale. Então, como exigir certidão de que não ocorre uma coisa que não pode ocorrer ?; *b)* certidão negativa sobre feitos – mas se for um pedido de falência, ainda não decidido, já é um feito, porém não existe falência nenhuma. Como então pressupor que o comerciante terá sua falência decretada ?; *c)* se na sede do licitante não existir distribuidor, como atender a lei ?

O dispositivo, na medida em que não se socorre do célebre ‘quando for o caso’ – que aqui *calharia à fiveleta* - é jurídica e tecnicamente péssimo.

Seguem seis parágrafos – porque como se sabe desgraça pouca é bobagem.

O § 1º permite exigir declaração por profissional contábil de que o licitante atende os índices econômicos exigidos no edital; faz sentido, sempre que essa informação já não conste de outros documentos já exigidos, mas não é obrigatória esta exigência.

O correto § 2º proíbe exigir ‘valores mínimos de faturamento anterior e de índices de rentabilidade ou lucratividade’, medida que assegura igualdade de tratamento a licitantes extraordinariamente lucrativos e a outros menos lucrativos mas igualmente aptos a contratar e bem executar o contrato com a Administração.

O § 3º repete a rematada estupidez de permitir exigir relação de compromissos assumidos pelo proponente, uma asnice própria de realmente quem nada mais tem a fazer, que de nada serve e que, aqui outra vez, desperdiçou uma excelente oportunidade de desaparecer de vez de nosso direito. *Jamais deve ser exigida*, em nome da racionalidade do procedimento licitatório.

O § 4º é outra irracionalidade trazida da L 8666, que deve ter sido maldosamente obtida por *lobby* de grupos econômicos para

desfavorecer empresas menores, que permite – *sem obrigar* - exigir até 10% do valor estimado para o contrato como capital mínimo, ou como patrimônio líquido mínimo, dos licitantes.

Francamente *elitista* e discriminatório – mas que não assegura coisa nenhuma em segurança para o ente contratante, pois que maus profissionais podem deter todo o patrimônio do mundo e continuarem a ser maus profissionais –, deve ser evitado com ênfase nos editais.

Por outro lado, muitas empresas de excelente qualidade, como um dia ficará demonstrado, podem não ter como atender esse requisito, sem com isso perderem a excelência.

Desde quando, pergunta-se, um capital elevado do vendedor assegura que compras para entrega futura serão por ele honradas? Sim, porque a) a ocasião faz o ladrão; b) tudo acontece pela primeira vez, e c) sempre é hora para um novo sem-vergonha exibir sua fauce.

O correto § 5º proíbe que o edital utilize índices ou fatores raros ou especiosos para avaliar a situação econômico-financeira do proponente. Perfeito, quando se sabe que essa sua situação é na imensa maioria das vezes *absolutamente insignificante* para assegurar a perfeita execução do contrato.

Mais uma vez, quem tem *vergonha na cara* cumpre o contrato ou assume as consequências conscientemente da sua inadimplência, e, se não a tem, então não será sua boa situação financeira que o compelirá a bem se haver na execução. E nem se alegue que alguém em boa situação terá como ser eficazmente executado, porque em absoluto esse não é o propósito do ente contratante, além de que a execução judicial é sempre complicadíssima.

Fecha o artigo o § 6º, de absoluta obviedade e já referido no comentário ao inc. I.

#### **Art. 70**

Art. 70. A documentação referida neste Capítulo poderá ser:

I - apresentada em original, por cópia ou por qualquer outro meio expressamente admitido pela Administração;

II - substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e que o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta Lei;

III - dispensada, total ou parcialmente, nas contratações para entrega imediata, nas contratações em valores inferiores a 1/4 (um quarto) do limite para dispensa de licitação para compras em geral e nas contratações de produto para pesquisa e desenvolvimento até o valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais).

Parágrafo único. As empresas estrangeiras que não funcionem no País deverão apresentar documentos equivalentes, na forma de regulamento emitido pelo Poder Executivo federal.

Artigo que atualiza e abrevia o direito anterior, informa no inc. I que os documentos habilitatórios podem ser oferecidos no original, por cópia ou por qualquer outro meio admitido pelo ente licitador. Neste mundo informático em que não mais se sabe o que é ou o que não é original é natural que assim seja, e o edital em boa técnica abrirá desde logo todas essas possibilidades.

O inc. II admite a substituição dos documentos por registro cadastral público expedido na forma desta lei (ou da L 8666), desde que o edital o consigne, o que também é útil por simplificar a vida dos licitantes e dos julgadores. Quanto menos tempo for *jogado fora* com a habilitação, tanto melhor será para todos os envolvidos.

E o bem-vindo inc. III dispensa habilitação, total ou parcialmente, nas contratações de até um quarto do valor da dispensa em caso de compras, e até R\$ 300.000,00 nas contratações de 'produto para pesquisa e desenvolvimento'.

Esse 'produto' dá ideia de ser bem material e não serviço, e sendo assim é preciso que o ente comprador possa demonstrar que foi alocado à pesquisa ou ao desenvolvimento – e quanta vagueza contém esse termo... -, pena de poder ser rejeitada a respectiva conta nas fiscalizações que advirão.

O parágrafo único tenta ajudar, informando que as empresas estrangeiras que não funcionem no país devem apresentar ‘documentos equivalentes’, na forma de regulamento federal. Este pávido escriba não gostaria de ser designado para escrever tal regulamento...

**Art. 71**

**CAPÍTULO VII  
DO ENCERRAMENTO DA LICITAÇÃO**

Art. 71. Encerradas as fases de julgamento e habilitação, e exauridos os recursos administrativos, o processo licitatório será encaminhado à autoridade superior, que poderá:

I - determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades;

II - revogar a licitação por motivo de conveniência e oportunidade;

III - proceder à anulação da licitação, de ofício ou mediante provocação de terceiros, sempre que presente ilegalidade insanável;

IV - adjudicar o objeto e homologar a licitação.

§ 1º Ao pronunciar a nulidade, a autoridade indicará expressamente os atos com vícios insanáveis, tornando sem efeito todos os subsequentes que deles dependam, e dará ensejo à apuração de responsabilidade de quem lhes tenha dado causa.

§ 2º O motivo determinante para a revogação do processo licitatório deverá ser resultante de fato superveniente devidamente comprovado.

§ 3º Nos casos de anulação e revogação, deverá ser assegurada a prévia manifestação dos interessados.

§ 4º O disposto neste artigo será aplicado, no que couber, à contratação direta e aos procedimentos auxiliares da licitação.

Artigo de boa qualidade pela simplicidade e pela objetividade, determina a remessa do procedimento, após encerrada a habilitação e o julgamento - com seus recursos - à autoridade superior, que então poderá adotar alguma das quatro atitudes elencadas nos incs. I a IV, quais sejam

I – sanar irregularidades observadas (e não determinar o retorno de um expediente que já está com ela), ou



II – revogar o certame por motivo superveniente à sua abertura, e isto poderá ser o simples desconhecimento, quando da abertura, de um fato importante e impeditivo da continuação. ou

III – anular o certame por ilegalidade insanável – e as ilegalidades em geral são insanáveis, ou por fim, como todos esperam,

IV – homologar o certame e adjudicar o objeto ao vencedor – nessa ordem e não naquela escrita no inciso, porque somente se adjudica o objeto se o resultado do certame já foi homologado e portanto é oficial e final. Se se adjudica o objeto antes de se homologar o certame, então para quê homologá-lo, se tudo já se resolveu com a adjudicação ?

Os parágrafos dizem o óbvio em direito:

§ 1º - a anulação deve ser fundamentada e circunstanciada, e atinge tudo o que se lhe seguiu, e a fundamentação indispensável não suprime o direito a recursos pelos interessados;

§ 2º - a revogação, também necessariamente fundamentada, se dá por fato superveniente ao início do certame, como já se disse;

§ 3º - tanto revogação quanto anulação exigem prévia oportunidade de manifestação – defensiva ou apenas informativa – dos interessados, pena de nulidade, e

§ 4º - aplica-se este artigo no que couber aos casos de compra direta por dispensa ou inexigibilidade, assim como aos procedimentos auxiliares à licitação, todos indicados nesta lei. Ingressa-se no terreno da quase absoluta subjetividade, e o que cabe para uma autoridade descabe para outra com fundamento por vezes idêntico...

O artigo constitui um bom roteiro procedimental, porém nas contratações diretas não existe a menor vinculação obrigatória das suas disposições com os contratos diretos. O bom-senso da autoridade a orientará neste terreno esquivo, é o máximo que se espera.

## CAPÍTULO VIII DA CONTRATAÇÃO DIRETA

### Seção I

#### Do Processo de Contratação Direta

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente.

Parágrafo único. O ato que autoriza a contratação direta ou o extrato decorrente do contrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

Artigo maior do que o necessário, como sói acontecer nesta lei morbidamente obesa. Falando com mais concisão os sete incisos se resumiriam a quatro ou cinco, mas vejamos.

Contratação direta é a que se dá por dispensa ou por inexigibilidade de licitação. As licitações são *dispensáveis*, ou seja dispensadas a cargo da autoridade, e não dispensadas *já diretamente pela lei* como no art. 76.

Manda o artigo que os contratos diretos, quer por dispensa, quer por inexigibilidade, sejam instruídos com:

I – ‘documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo’, e de tudo isso o único obrigatório é o documento de formalização da demanda, ou seja o pedido, a requisição ou a ordem de que se

contrate o objeto, dependendo de quem se origine. Todo o mais é ‘conforme o caso’, o que pode ser *nunca*. A autoridade decidirá a cada caso se precisa dos outros documentos, e então os providenciará;

II – estimativa da despesa, que será realizada com os elementos que a autoridade tiver e quiser utilizar, e não conforme o art. 23 porque não é lei nenhuma que ensinará a autoridade a estimar uma despesa de que necessite. Serve o art. 23 como útil roteiro, mas absolutamente não como imprescindível;

III – parecer jurídico, e outros pareceres se for o caso, que atestem o atendimento destes requisitos do artigo. O parecer opina, não demonstra *juris et de jure* coisa nenhuma, nunca. Nem, propriamente atesta, nada. Quem acata o parecer é a autoridade, e quem se responsabiliza por dar sequência à contratação é a mesma autoridade, a qual não deve se iludir por imaginar que o parecerista assume a responsabilidade pelo que seguirá;

IV – prova de que existem recursos orçamentários – mas principalmente financeiros, que são outra coisa absolutamente diferente e o que a lei parece ignorar – para pagar o contrato. A contabilidade do ente informará;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária. *Este inciso é uma armadilha*, porque a única habilitação necessária nas contratações diretas é a regularidade com a seguridade social, por força do art. 195, § 3º, da Constituição.

*Todo o mais pode ser dispensado* como esta própria lei admite ao mandar aplicar ‘no que couber’ o art. 71, que cuida do encerramento das fases de habilitação e de julgamento das licitações, aos casos de contratação direta, e como se conclui pelo *caput* do art. 62, que manda proceder habilitação *nas licitações*, não nas contratações diretas.

*Quem pretender aplicar amplas exigências documentais nas contratações diretas fá-lo porque quer, e não porque a lei mande;*

VI - razão da escolha do contratado. Tudo o que à autoridade interessar fazer saber sobre o contratando, que já não conste de dados encartados no processo, pareceres ou estudos prévios, deve ser declinado no mesmo processo, a iniciar pelo que dispõe o inc. VII, a justificativa do preço, e

VIII - autorização da autoridade competente para a contratação. A autoridade, que pessoalmente iniciou ou autorizou o início do procedimento preparatório à contratação direta, agora, concluída aquela informação, autoriza a contratação.

O parágrafo único fixa que o ato autorizativo da contratação direta, ou então o extrato desse contrato, deve ser divulgado em sítio eletrônico do ente contratante, mas não informa por quanto tempo. Decidirá a autoridade sobre isso, e o ideal seria disciplinar em regulamento a questão, para se evitem procedimentos díspares ou arbitrários.

### **Art. 73**

Art. 73. Na hipótese de contratação direta indevida ocorrida com dolo, fraude ou erro grosseiro, o contratado e o agente público responsável responderão solidariamente pelo dano causado ao erário, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Artigo quixotesco, deve imaginar que a autoridade contratante e o contratado irão, voluntária e talvez prazerosamente, dispor-se a confessar dolo, a fraude ou o erro grosseiro havido na contratação, e a devolver, corrigido e com compungido pedido de desculpas, o valor pago por um e recebido por outro.

Responderão por aquilo *se a tanto forem condenados na via judicial*, em ação de ressarcimento que pode ter vários autores e várias naturezas processuais, mas jamais sem isso.

Nem sequer um processo administrativo, ao fim e ao cabo, terá condão de responsabilizar oficial e definitivamente a ninguém, e se for intentado será objeto, com absoluta segurança, de resistência em juízo.

Este artigo serve no máximo como orientação ao Judiciário, porém mesmo assim não é de todo confiável, porque não se imagina como compelir legitimamente o contratado que o foi com erro grosseiro *não dele, mas de quem o contratou*, e que o contratado não induziu com falsidades ou fraudes. A responsabilidade solidária do contratado, que recebeu porque entregou corretamente o objeto, não faz sentido em direito, e não deve prevalecer na Justiça, como se augura.

Responde o contratado por dolo ou que tenha induzido, mas não por erro alheio.

#### **Art. 74**

##### Seção II

##### Da Inexigibilidade de Licitação

Art. 74. É inexigível a licitação quando inviável a competição, em especial nos casos de:

I - aquisição de materiais, de equipamentos ou de gêneros ou contratação de serviços que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos;

II - contratação de profissional do setor artístico, diretamente ou por meio de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública;

III - contratação dos seguintes serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação:

a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos;

b) pareceres, perícias e avaliações em geral;

c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;

d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;

g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico;

h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso;

IV - objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento;

V - aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha.

§ 1º Para fins do disposto no inciso I do **caput** deste artigo, a Administração deverá demonstrar a inviabilidade de competição mediante atestado de exclusividade, contrato de exclusividade, declaração do fabricante ou outro documento idôneo capaz de comprovar que o objeto é fornecido ou prestado por produtor, empresa ou representante comercial exclusivos, vedada a preferência por marca específica.

§ 2º Para fins do disposto no inciso II do **caput** deste artigo, considera-se empresário exclusivo a pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico.

§ 3º Para fins do disposto no inciso III do **caput** deste artigo, considera-se de notória especialização o profissional ou a empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e reconhecidamente adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 4º Nas contratações com fundamento no inciso III do **caput** deste artigo, é vedada a subcontratação de empresas ou a atuação de profissionais distintos daqueles que tenham justificado a inexigibilidade.

§ 5º Nas contratações com fundamento no inciso V do **caput** deste artigo, devem ser observados os seguintes requisitos:

I - avaliação prévia do bem, do seu estado de conservação, dos custos de adaptações, quando imprescindíveis às necessidades de utilização, e do prazo de amortização dos investimentos;

II - certificação da inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis que atendam ao objeto;

III - justificativas que demonstrem a singularidade do imóvel a ser comprado ou locado pela Administração e que evidenciem vantagem para ela.

Artigo inteiramente calcado no direito anterior, que apenas rearranjou e ligeiramente ampliou, e n'alguns momentos simplificou adequadamente, disciplina as contratações diretas por inexigibilidade de licitação, descrevendo as hipóteses em que se a admite.

Nas leis anteriores e também nesta lei não deixa de ser curioso que uma regra tão óbvia quanto a do *caput* demande tanta explicação... a ensinar aos aplicadores quando a competição é inviável !

Será que de fato os aplicadores da lei já não sabem, e de longa data, quando é possível e lógico colocar algum objeto em disputa, e quando isso pela mesma lógica é impossível ? Ou será que o mundo jurídico é tão divorciado da vida real que se faz preciso a lei ensinar o que na vida real todos sabem ?

E mais: a lista de hipóteses de licitação inexigível é *exemplificativa e aberta*, e não taxativa, fechada, exaustiva ou exauriente de outras hipóteses – como é a lista das licitações *dispensáveis* que vem no art. 75.

Apelando ao bom e velho latim, a lista deste art. 74 é um *numerus apertus*, um número aberto, que admite novas hipóteses, enquanto que a lista do art. 75 é um *numerus clausus*, um número fechado que não as admite e encerra o assunto.

Ora, se este art. 74 é aberto a novas hipóteses de licitação dispensável, que não figuram da lista, então se pergunta: será preciso dar *tantos exemplos* de hipóteses para as quais não se pode exigir licitação – quando todas as pessoas de um modo ou de outro já o sabem por *instinto* ou por mero bom-senso ? Será mesmo preciso à lei *falar tanto* para explicar o que todos já sabem de sobejo desde que o mundo é mundo ?

Não se licita médico nem dentista de família, nem se licita namorado ou noiva, nem empregada doméstica, nem amigos, nem animal de estimação, nem roupa, nem uma infinidade de outros objetos simplesmente

porque isso não faz sentido, não tem propósito, aberra a lógica, ignora os mais básicos valores da espécie humana, e se revela mesmo, na maior parte das vezes, pândego. Esta virtualidade legal, de ensinar precativamente o que já se sabe e se pratica a cada dia, é francamente detrimetosa ao ser humano...

Sempre que houver inviabilidade de licitação esta será inexigível, e nestas seguintes hipóteses é inexigível, quase exatamente como no direito anterior:

I) compra de materiais *e de serviços* que só possam ser fornecidos por vendedor exclusivo, este sob a forma jurídica que for. Os serviços não constavam do direito anterior, e foi um grande passo desta lei incluí-los.

Na forma do § 1º a inviabilidade de competição deve ser demonstrada por atestado ou contrato de exclusividade ou qualquer outro documento considerado idôneo pelo ente. O defeito deste dispositivo é ter mantido a absoluta impropriedade de tentar proibir preferência por marca específica, ideia inimaginável quando se sabe que *obter esta ou aquela marca é o principal objetivo do ente que se vale deste dispositivo* para contratar o objeto... Não faz nenhum sentido a restrição, como não faz na L 8666;

II) contratação de profissional do setor artístico – não apenas o artista, mas também alguém simplesmente pertencente ao setor artístico - desde que consagrado, e essa *ridícula* previsão de consagração deve ser reduzida ao alcance mínimo possível porque não existe forma minimamente objetiva de se avaliar a consagração de algum artista <sup>(1)</sup>.

Na forma do § 2º, empresário exclusivo é a ‘pessoa física ou jurídica que possua contrato, declaração, carta ou outro documento que ateste a exclusividade permanente e contínua de representação, no País ou em Estado específico, do profissional do setor artístico, afastada a possibilidade de contratação direta por inexigibilidade por meio de empresário com representação restrita a evento ou local específico’.

---

<sup>1</sup> Temos para nós que se o artista for conhecido pela vizinhança por cantar rumbas no chuveiro, serve.



Dispositivo *absolutamente irrealístico*, nunca deu certo e jamais dará, por mais que nos últimos anos as fiscalizações tentem fazê-lo prevalecer. Que artista tem empresário exclusivo ? Que empresário é exclusivo de algum artista ? Houve-se muito mal o legislador ao continuar fechando seus olhos à essencial *mentira* que este dispositivo significa, e fará muito mal a fiscalização que tentar aplicá-lo no seu literal e quixotesco vigor;

III) contratação dos seguintes serviços, com profissionais ou empresas de notória especialização: ‘a) estudos técnicos, planejamentos, projetos básicos ou projetos executivos; b) pareceres, perícias e avaliações em geral; c) assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; d) fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; e) patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; f) treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; g) restauração de obras de arte e de bens de valor histórico; h) controles de qualidade e tecnológico, análises, testes e ensaios de campo e laboratoriais, instrumentação e monitoramento de parâmetros específicos de obras e do meio ambiente e demais serviços de engenharia que se enquadrem no disposto neste inciso’.

Este inciso deve ser aplicado na forma dos §§ 3º e 4º, sendo que o primeiro deles repete a definição de notória especialização constante da L 8666, que reúne alguns dos fatores – não todos ! - a serem considerados, relativamente à pessoa do contratando, aptos a demonstrar a sua especialização. Um pouco de cada um, ou muito de um só ou de poucos deles, tudo se presta àquela demonstração.

Mas este nunca foi o impasse na caracterização da inelegibilidade, porém a desgraça existencial da, felizmente extinta e sepultada nesta lei, natureza singular do objeto, algo tão subjetivo quanto selecionar as candidatas a arrizes da novela que forem *suficientemente bonitas*. É pedir-se para não dar certo...

E o § 4º proíbe, com absoluta propriedade, a subcontratação da execução por quem tenha se valido da sua especialização para ser contratado sem licitação. Não faz sentido alguém, pessoa física ou jurídica,

valer-se do seu bom nome para ser contratado, e não executar o mesmo contrato pessoalmente (o que nem sempre quer dizer *personalissimamente*).

Toda essa matéria do inc. III do *caput* foi copiada da L 8666 e já é velha conhecida no país, à exceção da al. *h*, que introduziu aqueles controles, aquelas análises e os demais serviços que enumera, inclusive com uma generosa abertura ao final sobre serviços de engenharia. Em boa hora veio a novidade, pois que esses trabalhos todos são, de fato, de execução muito pessoal pelo prestador, em princípio merecendo contratação direta e não licitada.

O extraordinário mérito deste artigo, entretanto, foi o de suprimir e abolir a verdadeira desgraça institucional que era a previsão de *natureza singular* para os objetos, o que na prática jamais ninguém soube o que objetivamente significava e que tanto ódio e ranger de dentes ensejou nas vítimas e nos aplicadores – autoridades contratantes e contratados.

Aquela maldição jurídica finalmente foi extirpada do texto legal, e o direito melhorou imensamente apenas com isso. Incontáveis discursos hipócritas, farisaicos e absolutamente desinformados – quando não desabridamente maldosos e desonestos de propósito – perderam seu principal mote. De parabéns, por isso, o legislador;

IV – ‘objetos que devam ou possam ser contratados por meio de credenciamento’. O credenciamento é um procedimento auxiliar à licitação – em verdade *à contratação*, porque afasta a licitação - e vem disciplinado adiante na lei, mas desde logo exclui o certame licitatório para a contratação dos respectivos objetos, e

V – ‘aquisição ou locação de imóvel cujas características de instalações e de localização tornem necessária sua escolha’. Matéria conhecida na L 8666, deve ser aplicada na forma do § 5º, observando-se:

a) avaliação prévia do bem, própria do ente ou contratada, com indicação de seu estado, dos eventuais custos de adaptação e do prazo de amortização dos investimentos, tudo naturalmente se for o caso;

b) certificação de inexistência de imóveis públicos vagos e disponíveis, e servíveis. Um tanto problemática porque não indica o

âmbito territorial dos imóveis, nem a sua titularidade; imagina-se que na prática acabará sendo mera formalidade documental, e

c) justificativas ou explanação da singularidade do imóvel, e da vantagem que o negócio implica. Variará de *a* a *z* o conteúdo desse documento, admitindo-se toda argumentação admitida pelo direito e pela prática;

## **Art. 75**

### Seção III Da Dispensa de Licitação

Art. 75. É dispensável a licitação:

I - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), no caso de obras e serviços de engenharia ou de serviços de manutenção de veículos automotores;

II - para contratação que envolva valores inferiores a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), no caso de outros serviços e compras;

III - para contratação que mantenha todas as condições definidas em edital de licitação realizada há menos de 1 (um) ano, quando se verificar que naquela licitação:

a) não surgiram licitantes interessados ou não foram apresentadas propostas válidas;

b) as propostas apresentadas consignaram preços manifestamente superiores aos praticados no mercado ou incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes;

IV - para contratação que tenha por objeto:

a) bens, componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia;

b) bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração;

c) produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais);

d) transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração;

e) hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia;

f) bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional;

g) materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar;

h) bens e serviços para atendimento dos contingentes militares das forças singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, hipótese em que a contratação deverá ser justificada quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificada pelo comandante da força militar;

i) abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento;

j) coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública;

k) aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível;

l) serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do **caput** do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação;

m) aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde;

V - para contratação com vistas ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 3º-A, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação constantes da referida Lei;

VI - para contratação que possa acarretar comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos pelo Ministro de Estado da Defesa, mediante demanda dos comandos das Forças Armadas ou dos demais ministérios;

VII - nos casos de guerra, estado de defesa, estado de sítio, intervenção federal ou de grave perturbação da ordem;

VIII - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a continuidade dos serviços públicos ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para aquisição dos bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 1 (um) ano, contado da data de ocorrência da emergência ou da calamidade, vedadas a prorrogação dos respectivos contratos e a recontração de empresa já contratada com base no disposto neste inciso;

IX - para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado;

X - quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

XI - para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

XII - para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em

valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia;

XIII - para contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização;

XIV - para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência;

XV - para contratação de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos;

XVI - para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do **caput** deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

§ 1º Para fins de aferição dos valores que atendam aos limites referidos nos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverão ser observados:

I - o somatório do que for despendido no exercício financeiro pela respectiva unidade gestora;

II - o somatório da despesa realizada com objetos de mesma natureza, entendidos como tais aqueles relativos a contratações no mesmo ramo de atividade.

§ 2º Os valores referidos nos incisos I e II do **caput** deste artigo serão duplicados para compras, obras e

serviços contratados por consórcio público ou por autarquia ou fundação qualificadas como agências executivas na forma da lei.

§ 3º As contratações de que tratam os incisos I e II do **caput** deste artigo serão preferencialmente precedidas de divulgação de aviso em sítio eletrônico oficial, pelo prazo mínimo de 3 (três) dias úteis, com a especificação do objeto pretendido e com a manifestação de interesse da Administração em obter propostas adicionais de eventuais interessados, devendo ser selecionada a proposta mais vantajosa.

§ 4º As contratações de que tratam os incisos I e II do **caput** deste artigo serão preferencialmente pagas por meio de cartão de pagamento, cujo extrato deverá ser divulgado e mantido à disposição do público no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 5º A dispensa prevista na alínea “c” do inciso IV do **caput** deste artigo, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica.

§ 6º Para os fins do inciso VIII do **caput** deste artigo, considera-se emergencial a contratação por dispensa com objetivo de manter a continuidade do serviço público, e deverão ser observados os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei e adotadas as providências necessárias para a conclusão do processo licitatório, sem prejuízo de apuração de responsabilidade dos agentes públicos que deram causa à situação emergencial.

§ 7º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo às contratações de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais) de serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças.

*Artigo desesperadoramente longo sobre as hipóteses, admitidas na lei, das licitações dispensáveis, lastreia-se principalmente no (também exageradíssimo) art. 24 da L 866, que lhe dá o fundamento e o precedente da monumental extensão <sup>(2)</sup>, porém toda a matéria foi consideravelmente revolvida e por vezes inovada.*

Em primeiro é preciso recordar que estas são licitações dispensáveis *pela autoridade*, e não dispensadas diretamente pela lei como no art. 76, das alienações. Quem assume a responsabilidade de ter enquadrado a sua desejada contratação n’alguma das hipóteses de

---

<sup>2</sup> O art. 24 da L 8666 tinha 13 (reze) incisos em 1.993, e hoje tem 33 (trinta e três). Não existe assunto que o governo mais mortalmente odeie que a licitação.

dispensabilidade *é a autoridade*, assessorada como for, e disso não se poderá esquivar.

O assessoramento jurídico e técnico exercido não transfere aquela responsabilidade para o assessor, que com sua manifestação opinativa, por mais técnica e ilustre que tenha sido, não obriga ninguém a nada, não libera coisa nenhuma nem vincula a vontade do superior.

Trata-se, como já se iterou, de um elenco *taxativo*, fechado, exauriente, fora do qual não existem outras hipóteses de licitação dispensável. Qualquer contratação neste caso deve ser fundamentada no art. 75, inc. x, y ou z. Sem a indicação do inciso irregular estará a fundamentação.

Visto isso, os incs. I e II não ensejam dificuldade de aplicação: são dispensáveis as licitações para aquisição de obra ou serviço de engenharia, ou de manutenção de veículos, de até R\$ 100.000,00 (inc. I), como é dispensável nos contratos de outros serviços e de compras, seja do que for, de até R\$ 50.000,00 (inc. II). Consultem-se as definições do art. 6º.

A única recomendação à autoridade é a de, na persistente dúvida sobre se o serviço é ou não de engenharia, considerá-lo como *não sendo*, porque ao entendimento administrativo de que *é* poderá depois contrapor-se o entendimento da fiscalização de que *não é*, com as consequências de esperar.

Sobre isso já escrevêramos que

“Obras são quase todas de engenharia, mas serviços de engenharia são apenas aqueles que exigem assinatura de um engenheiro ou de um arquiteto, e estes serviços estão elencados, muito mal, de maneira muito assistemática e muito difícil de objetivar na sua totalidade, na legislação própria dos engenheiros e dos arquitetos, disciplinadora daquelas profissões e dos seus Conselhos federal e estaduais.

Sim, porque parece que a cada dia aumenta o número de serviços ditos de engenharia. Cortar grama, praticar jardinagem, coisa como tais os profissionais da engenharia vêm crescentemente pretendendo que passou



a serem serviços de engenharia, porque exigidores de tratamentos específicos da engenharia que também se requinta a cada dia.

Assim, produtos agrícolas, defensivos potencialmente perigosos à saúde, métodos e sistemas de aplicação e de proteção, e assim inúmeros outros serviços, que antes nem cogitavam a participação da engenharia especializada, atualmente são progressivamente vistos como de engenharia.

Obra, quase todas são de engenharia. Podem existir obras que não de engenharia ? Sim. Caiu um muro, ruiu um pedaço da parede do edifício. Vai-se precisar do engenheiro para projetar a recolocação os tijolos no lugar ? Não. Um pedreiro, em um dia de serviço, faz aquilo, com só reconstruir o muro do modo como estava, ou da parede, valendo-se do projeto original – se necessário. Mas mesmo a reconstrução do muro ou da parede, ainda que entregue à despreziosa habilidade do singular pedreiro, constitui inquestionavelmente uma obra.

Mesmo que a obra originária tenha sido de engenharia no projeto original, neste momento, para efeito jurídico, dispensando projeto deixa de ser de engenharia. Pode resultar engraçado, na prática. Construir uma casinha de bonecas é uma obra – não deixa de ser -, mas será preciso um engenheiro, ou um projeto de engenharia para tanto ? De mesmo modo, edificar uma guarita de guarda, obra de um metro quadrado, precisará de engenheiro ?

Talvez, mas se alguém a construir sem projeto de engenharia não deverá despertar a fúria dos profissionais da engenharia... Existem, portanto, obras que, inquestionavelmente, e juridicamente, *não são de engenharia.*”<sup>(3)</sup>

O inc. III prescreve como dispensável a licitação na contratação de objeto que se tentou licitar há menos de um ano, em licitação fracassada por *deserta* (sem participantes) ou com todas as propostas inválidas

---

<sup>3</sup> Artigo *Contratações diretas. Dispensa e inexigibilidade de licitação*. Pub. em *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, out./04, p. 4.433; *Boletim de Administração Pública Municipal*, Fiorilli, dez./04, p. 228; *IOB-DCAP*, dez./04, p. 3.

por qualquer motivo (al. *a*), ou com todas as propostas desclassificadas por preço excessivo (al. *b*).

Mal formulada é essa al. *b*, uma vez que a hipótese já está englobada na al. *a*. E permite supor que todas as propostas foram desclassificadas pela segunda vez no certame, pois que pela L 8666 quando todas as propostas são desclassificadas por preço excessivo o ente pode admitir a apresentação de segundas propostas, supostamente com o preço aceitável.

O inc. IV reproduz diversos dispositivos da L 8666, reorganizando-os de modo diferente. É dispensável a licitação para a contratação de

a) ‘bens, componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira necessários à manutenção de equipamentos, a serem adquiridos do fornecedor original desses equipamentos durante o período de garantia técnica, quando essa condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia’. Significa que somente estarão garantidos os bens adquiridos quando numa eventual reposição de peças elas forem adquiridas do vendedor do principal, pena de, em não o sendo, a garantia ser negada pelo fabricante. Sendo assim, não cabe licitação;

b) ‘bens, serviços, alienações ou obras, nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para a Administração’. Se o ente quer adquirir obras, bens ou serviços, ou ainda se quer alienar bens, e se houver acordo internacional específico para tanto, aprovado pelo Congresso, então esses objetos de compra ou de alienação podem ser negociados diretamente, dispensável a licitação. Supõe-se nesse caso que a compra ou a alienação será para entidade estrangeira e não nacional;

c) ‘produtos para pesquisa e desenvolvimento, limitada a contratação, no caso de obras e serviços de engenharia, ao valor de R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais)’. Discutibilíssima redação, em tese permite que uma folha de papel sulfite que anunciadamente será destinada a anotar uma pesquisa possa por esta alínea ser adquirida. O ente precisará demonstrar que a

destinação do bem em aquisição será pesquisa e desenvolvimento, do modo como possa e como usualmente seja aceito, e nessa hipótese se afasta a licitabilidade;

d) ‘transferência de tecnologia ou licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida, nas contratações realizadas por instituição científica, tecnológica e de inovação (ICT) pública ou por agência de fomento, desde que demonstrada vantagem para a Administração’. Os contratos de transferência de tecnologia, tão relevantes no campo da informática, da estratégia e do equipamento militar por exemplo, pode ser contratado sem licitação por ICTs como são definidas na legislação própria (Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2.004) ou então por agências de fomento, igualmente escritas na lei específica;

e) ‘hortifrutigranjeiros, pães e outros gêneros perecíveis, no período necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, hipótese em que a contratação será realizada diretamente com base no preço do dia’. Este autor, diabético, não se conforma com a discriminação contra sua pessoa procedida por esta alínea, que não incluiu goiabada *diet* ou insumos dietéticos no rol dos alimentos adquiríveis diretamente.

O farináceo teor da alusão aos pãezinhos, herdado da L 8666, é tão ridículo que assusta. Por que motivo não se mencionam tão somente *gêneros perecíveis*, sem se descer a patéticas discriminações de alimentos assaz calóricos, é a dúvida.

Seja como for o cardápio legislativo, enquanto *demonstradamente* se licitam contratos de fornecimento ou de compras fechadas de gêneros perecíveis, e em se sabendo que a fome dos alimentandos não perdoa inações, podem os entes públicos adquirir alimentos com base no preço do dia dos entrepostos oficiais, dispensável a licitação;

f) ‘bens ou serviços produzidos ou prestados no País que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional’. Mais simples que o direito anterior, agora basta ao ente demonstrar, pelos meios que tenha, que o bem ou o serviço pretendido são a um só tempo de

alta tecnologia e que envolvam a segurança nacional, e então poderá adquiri-los diretamente do fornecedor, sem licitação. Evidentemente se existir meio de juntar alguma pesquisa de preço será ela bastante providencial para efeito de fiscalização;

g) ‘materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante autorização por ato do comandante da força militar’.

Trazido da L 8666, refere-se a bens (não a serviços nem a obras) de uso militar –e não podem ser uniformes, materiais de escritório ou burocrático, nem de limpeza, nem de quaisquer outros usos não estritamente militares, privativos das forças armadas e que os entes civis não têm. Reduz-se bastante, com esta restrição, o universo desses bens, que podem ser adquiridos diretamente;

h) ‘abastecimento ou suprimento de efetivos militares em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento’. Também haurido do direito anterior, todo abastecimento militar durante estada não rotineira em bases ou locais diversos da origem ou da sede, por qualquer motivo operacional e não apenas pelos indicados na alínea, pode ser procedido sem licitação – já que não teria a menor lógica a ideia de licitar, com toda a burocracia e a delonga envolvidas, um abastecimento para uma estada que pode durar dois dias;

i) ‘coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, realizados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente de pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública’.

O ente público pode contratar sem licitação coleta e comercialização de resíduos sólidos realizada por associação de catadores de material reciclável que atue dentro de normas técnicas adequadas. Recomenda-se observar todos os requisitos desta alínea, ou imperfeição formal poderá ensejar a rejeição da conta, por mais meritória que tenha sido a escolha da associação;

j) ‘aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que inerente às finalidades do órgão ou com elas compatível’. Uma coisa é obra de arte e outra é objeto histórico, sendo certo que certos objetos preenchem os dois requisitos. E uma coisa é aquisição, e outra é restauração.

Sendo autênticos os objetos conforme atestado pela perícia, então todos esses contratos podem ser diretamente celebrados, sem licitação, *desde que a finalidade do ente contratante se relacione com o objeto* – e este é o ponto vulnerável deste dispositivo, que impede que o Banco do Brasil restaure uma estátua de um milhão de dólares. do seu acervo de bens recebidos em pagamento, sem licitação.

Correta e meritória a alínea até este ponto ao final, verdadeiramente lamentável e próprio de terceiro mundo. Os entes mais providos de recursos têm de licitar, e apenas os órgãos culturais e ou históricos contratam diretamente a restauração ou a aquisição;

k) ‘serviços especializados ou aquisição ou locação de equipamentos destinados ao rastreamento e à obtenção de provas previstas nos incisos II e V do **caput** do art. 3º da Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, quando houver necessidade justificada de manutenção de sigilo sobre a investigação’. Casuísmo do casuísmo, foi lembrado pela lei enquanto existem outros milhares de casuísmos tão meritórios quanto este, que não o foram. São serviços voltados a investigações criminais e a organizações criminosas, e no mais o sigilo que os envolve justifica a exclusão de licitação;

l) ‘aquisição de medicamentos destinados exclusivamente ao tratamento de doenças raras definidas pelo Ministério da Saúde’. É uma nova moda: doenças raras. O MEC tem de definir de antemão

quais são, ou de outro modo quando surja alguma doença que se considere rara., e nesses casos poderá comprar medicamentos para o seu combate, sem licitação. A raridade patológica afasta a licitação.

O inc. V admite a dispensa de licitação para contratações destinadas a incrementar as políticas de aliança com as ICTs, as Instituições Científicas e Tecnológicas, contempladas na – atualmente tornada *asquerosa, pegajosa, ultrajante colcha de retalhos que mal se consegue ler* – Lei nº 10.973, de 2.004.

A L 14133 precisou contemplar este inciso, cuja matéria de certo modo já consta daquela lei das ICTs, porque naquela lei, um emaranhado ninho de ratos, é virtualmente impossível encontrar qualquer coisa.

O inc. VI dispensa licitação para qualquer contratação suscetível de comprometer ou ameaçar a segurança nacional segundo regulamento do Ministério da Defesa e por demanda de qualquer Ministério, que naturalmente deverá instruir sua requisição com a demonstração da conformidade do que pede com as regras da segurança nacional. Esta é matéria exclusivamente federal, portanto.

O inc. VII dispensa licitação em casos de guerra declarada por decreto federal de beligerância; estado de defesa ou estado de sítio, ambos decretados pelo Executivo federal, ou grave perturbação da ordem, assunto esse último de abrangência regional ou local. A grave perturbação, que pode ser de qualquer natureza, há de estar cabalmente demonstrada na contratação.

O inc. VIII trouxe para esta lei a regra da emergência, ou o da calamidade pública, que caracterize urgência de atendimento em prol de pessoas, bens ou equipamentos públicos ou particulares, valendo apenas para as aquisições supostamente suficientes a debelar o estado emergencial, tudo a ocorrer dentro de até um ano da ocorrência – *e não da contratação*, atente-se.

Emergência é uma situação que assim pode oficialmente ser declarada ou não, enquanto que calamidade só existe por decretação oficial.

O prazo máximo foi duplicado com relação ao da L 8666, e agora o texto proíbe, além de prorrogação do contrato para além do ano, a recontratação da mesma empresa em caso de ser necessário mais tempo de execução.

O texto não explicita mas parece claro que a recontratação proibida é aquela *para além de um ano*, podendo ser recontratada, dentro de um ano da ocorrência, a mesma empresa, cujo contrato originário, menor que um ano, revelou-se insuficiente. Não interessa tanto a identidade da empresa contratada quanto a limitação do prazo, isto, sim, relevante.

Toda atenção deve ser emprestada a estas contratações emergenciais, eis que este inciso se revelou ao longo das décadas o mais temerário de todos, com frequentíssimas rejeições das contas respectivas em face de variados defeitos, sobretudo a da emergência fictícia, forjada, ou das recontratações em *linha de produção*, como regra e não como exceção.

E não custa lembrar que o descaso, a falta de planejamento e a incúria interna do ente enseja emergências, sim, mas deve ensejar também responsabilização da autoridade.

O inc. IX dispensa o certame ‘para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integrem a Administração Pública e que tenham sido criados para esse fim específico, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado’.

Assim, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, além das autarquias e das fundações públicas, podem diretamente adquirir bens ou serviços de outros entes públicos ou paraestatais cujo objeto seja prestá-los ou vendê-los, desde que os preços sejam de mercado e não excessivos segundo levantamento ou pesquisa que se efetue. Não teria sentido uma entidade ser criada pelo Estado para prestar serviços e ter de se submeter a licitação para prestá-los ao mesmo poder público que a criou.

O inc. X dispensa licitação quando a União precisar intervir no mundo empresarial para regular preços - tabelando-os ou os limitando

-, com isso possibilitando aos entes públicos comprar a preços tabelados pelo governo. Esse assunto de tabelamento está *fora de moda*, mas pode voltar esporadicamente à tona, e a regra está dada.

Pelo inc. XI é dispensável a licitação ‘para celebração de contrato de programa com ente federativo ou com entidade de sua Administração Pública indireta que envolva prestação de serviços públicos de forma associada nos termos autorizados em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação’.

Matéria da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, os consórcios públicos, ali deve ser buscada a informação necessária a estas contratações. Quanto aos convênios de cooperação público-particular as regras de constituição e funcionamento são mais flexíveis, e abundantísimamente exercitadas por todos os entes públicos há muitas décadas para os mais variados objetos (4).

O inc. XII dispensa a licitação ‘para contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS), conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição desses produtos durante as etapas de absorção tecnológica, e em valores compatíveis com aqueles definidos no instrumento firmado para a transferência de tecnologia’.

Matéria de transferência de tecnologia dependente de instruções nacionais do SUS, esta contratação de bens e de serviços deve ter o preço compatível com aqueles constantes do instrumento daquela transferência, ou seja, pode o ente público adquirir bens ou serviços que incluam transferência de tecnologia se o preço não destoar daqueles originários, o que há de restar demonstrado no expediente da contratação.

O casuístico e desnecessário – porque sua matéria já se inclui entre as licitações inexigíveis - inc. XIII dispensa a licitação ‘para

---

<sup>4</sup> Sobre a matéria v. nosso artigo *Desmitificando os convênios*, pub. em *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, jul./06, p. 7.427.



contratação de profissionais para compor a comissão de avaliação de critérios de técnica, quando se tratar de profissional técnico de notória especialização. Desnecessária abundância da lei, mal redigido por referir *profissionais* no plural e a seguir *profissional* no singular, seja como for constitui mais um instrumento para a contratação direta daqueles profissionais. Outra *pedra na sopa* desta lei.

Pelo inc. XIV é dispensável a licitação ‘para contratação de associação de pessoas com deficiência, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgão ou entidade da Administração Pública, para a prestação de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado e os serviços contratados sejam prestados exclusivamente por pessoas com deficiência’.

Trazida a matéria a da L 866, de novidade contém apenas a parte final, a exigir que o serviço seja prestado exclusivamente por pessoas com deficiência, o que foi correto e oportuno pois que não se admite associação de deficientes *de fachada*, em que aquelas pessoas apenas sirvam como porta de entrada para o contrato que outros executem.

No mais são amplamente conhecidas as regras *cumulativas*: associação de pessoas com deficiência; natureza jurídica sem fins lucrativos; idoneidade comprovada; preços de mercado. Inexistente qualquer uma destas, impedida estará a contratação.

O inc. XV admite a contratação direta ‘de instituição brasileira que tenha por finalidade estatutária apoiar, captar e executar atividades de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e estímulo à inovação, inclusive para gerir administrativa e financeiramente essas atividades, ou para contratação de instituição dedicada à recuperação social da pessoa presa, desde que o contratado tenha inquestionável reputação ética e profissional e não tenha fins lucrativos’.

Um pouco diverso daquele do direito anterior, este dispositivo cuida de entidade brasileira e não estrangeira; deve prestar alguma das inúmeras atividades elencadas no exto, cada uma das quais para ser utilizada precisará constar do objeto social da contratanda nos seus atos constitutivos;

inquestionável reputação profissional, o que se prova com relativa facilidade, e sem fim lucrativo, bastando que não seja entidade comercial.

O inc. XVI declara dispensável a licitação ‘para aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de insumos estratégicos para a saúde produzidos por fundação que, regimental ou estatutariamente, tenha por finalidade apoiar órgão da Administração Pública direta, sua autarquia ou fundação em projetos de ensino, pesquisa, extensão, desenvolvimento institucional, científico e tecnológico e de estímulo à inovação, inclusive na gestão administrativa e financeira necessária à execução desses projetos, ou em parcerias que envolvam transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o SUS, nos termos do inciso XII do **caput** deste artigo, e que tenha sido criada para esse fim específico em data anterior à entrada em vigor desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado’.

É impressionantíssimo o tamanho do inciso, verdadeira tortura jurídica absolutamente contraproducente e de técnica evitável a todos os títulos. Fornece uma preciosa aula de *como não se escrever um texto legal*, e desde logo desanima quem imagine utilizá-lo. Se essa for a receita para dispensar – um remédio pior que a doença - então muito preferível será licitar.

Além de em parte repetir o inc. XII, e em parte repetir também o inc. IX, refere-se a aquisição de *insumos estratégicos*, dando ideia de que o autor saiba o que isso significa.

Recusamo-nos, sem o menor respeito pelo dispositivo e por seu autor, a palmilhar a sua senda tenebrosa, que lembra alguém perdido a andar em círculos. Recomenda-se *jamais utilizá-lo*, e em seu lugar valer-se o interessado dos incisos declinados neste comentário, e de outros ainda nesta selva interminável de hipóteses dispensativas de licitação – e seu problema estará com absoluta certeza resolvido.

Terminando assim tragicamente o rol dos incisos, e como já não foram bastante, seguem sete parágrafos. O legislador brasileiro adquiriu o *péssimo hábito* de elaborar uma vasta lista de incisos e depois de parágrafos, como se não tivesse podido resolver todas as questões nos incisos. É

tormento que se soma a tormento ao aplicador e ao cidadão, nesta tremendamente ruim técnica legislativa.

O § 1º informa – de modo rigorosamente bisonho, sem nenhuma serventia e que não merece atenção – como se calculam os calores dos incs. I e II, como se existisse algum meio de aferição de preços fora do mercado. De que adianta utilizar mil técnicas de avaliação, se depois, na licitação ou na compra direta, o ente não consegue aqueles preços no mercado ? É um dispositivo indescritivelmente alienado da realidade.

O § 2º, diferentemente da estultice anterior, é importante, pois que dobra o valor dos incs. I e II em caso de contratações por consórcio público, por autarquia ou por agência executiva, esta conforme definida na legislação pertinente.

O § 3º é o mesmo que *nada* em direito, uma vez que expressa apenas uma preferência do legislador – e provavelmente apenas dele, sem eco em autoridade nenhuma da república, que tem mais o que fazer. Não merece sequer ser lido até o fim, como qualquer dispositivo de lei que indique ‘preferencialmente’, ou ‘recomendavelmente’, porque lei apenas serve para alterar o direito, e não para aconselhar ou para recomendar.

Diga-se o mesmo do § 4º, neste autêntico catecismo de boas maneiras em que se converteu esta lei. Não vale a tinta gasta.

O § 5º não é conselho mas é absolutamente patético, pois que manda que determinada dispensa siga a legislação específica. Poderia ser diferente ? Alguma operação ou algum procedimento público porventura pode deixar de seguir a legislação específica que acaso exista ? Não há comentário possível.

O § 6º, que poderia estar incluído desde logo no inc. VIII mas que é uma boa novidade, é correto ao mandar responsabilizar a autoridade que permitiu periclitare um serviço público por inação ou negligência, e no mais chove sobre o molhado e inventa a roda ao mandar seguir os preços do mercado. Talvez surta bom efeito ao intimidar os péssimos administradores que

descuidam do interesse público que gerenciam como jamais descuidariam dos da sua empresa ou da sua casa.

Fechando o rol dos parágrafos e este artigo, o § 7º, que poderia estar incluído no § 1º, determina que não se aplica o *péssimo* § 1º a ‘serviços de manutenção de veículos automotores de propriedade do órgão ou entidade contratante, incluído o fornecimento de peças’ em valor de c até R\$ 8.000,00. Boa medida, sendo que não deveria sequer existir aquele § 1º.

Afora pelo § 2º, não se pode atinar com o motivo de existirem estas parágrafos.

## **Art. 76**

### **CAPÍTULO IX DAS ALIENAÇÕES**

Art. 76. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - tratando-se de bens imóveis, inclusive os pertencentes às autarquias e às fundações, exigirá autorização legislativa e dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas “f”, “g” e “h” deste inciso;
- c) permuta por outros imóveis que atendam aos requisitos relacionados às finalidades precípuas da Administração, desde que a diferença apurada não ultrapasse a metade do valor do imóvel que será ofertado pela União, segundo avaliação prévia, e ocorra a torna de valores, sempre que for o caso;
- d) investidura;
- e) venda a outro órgão ou entidade da Administração Pública de qualquer esfera de governo;
- f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente usados em programas de habitação ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

g) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação e permissão de uso de bens imóveis comerciais de âmbito local, com área de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) e destinados a programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgão ou entidade da Administração Pública;

h) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

i) legitimação de posse de que trata o art. 29 da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1976, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública competentes;

j) legitimação fundiária e legitimação de posse de que trata a Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017;

II - tratando-se de bens móveis, dependerá de licitação na modalidade leilão, dispensada a realização de licitação nos casos de:

a) doação, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de oportunidade e conveniência socioeconômica em relação à escolha de outra forma de alienação;

b) permuta, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública;

c) venda de ações, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica;

d) venda de títulos, observada a legislação pertinente;

e) venda de bens produzidos ou comercializados por entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades;

f) venda de materiais e equipamentos sem utilização previsível por quem deles dispõe para outros órgãos ou entidades da Administração Pública.

§ 1º A alienação de bens imóveis da Administração Pública cuja aquisição tenha sido derivada de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento dispensará autorização legislativa e exigirá apenas avaliação prévia e licitação na modalidade leilão.

§ 2º Os imóveis doados com base na alínea “b” do inciso I do **caput** deste artigo, cessadas as razões

que justificaram sua doação, serão revertidos ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada sua alienação pelo beneficiário.

§ 3º A Administração poderá conceder título de propriedade ou de direito real de uso de imóvel, admitida a dispensa de licitação, quando o uso destinar-se a:

I - outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel;

II - pessoa natural que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, de ocupação mansa e pacífica e de exploração direta sobre área rural, observado o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009.

§ 4º A aplicação do disposto no inciso II do § 3º deste artigo será dispensada de autorização legislativa e submeter-se-á aos seguintes condicionamentos:

I - aplicação exclusiva às áreas em que a detenção por particular seja comprovadamente anterior a 1º de dezembro de 2004;

II - submissão aos demais requisitos e impedimentos do regime legal e administrativo de destinação e de regularização fundiária de terras públicas;

III - vedação de concessão para exploração não contemplada na lei agrária, nas leis de destinação de terras públicas ou nas normas legais ou administrativas de zoneamento ecológico-econômico;

IV - previsão de extinção automática da concessão, dispensada notificação, em caso de declaração de utilidade pública, de necessidade pública ou de interesse social;

V - aplicação exclusiva a imóvel situado em zona rural e não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente à exploração mediante atividade agropecuária;

VI - limitação a áreas de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores;

VII - acúmulo com o quantitativo de área decorrente do caso previsto na alínea “i” do inciso I do **caput** deste artigo até o limite previsto no inciso VI deste parágrafo.

§ 5º Entende-se por investidura, para os fins desta Lei, a:

I - alienação, ao proprietário de imóvel lindeiro, de área remanescente ou resultante de obra pública que se tornar inaproveitável isoladamente, por preço que

não seja inferior ao da avaliação nem superior a 50% (cinquenta por cento) do valor máximo permitido para dispensa de licitação de bens e serviços previsto nesta Lei;

II - alienação, ao legítimo possuidor direto ou, na falta dele, ao poder público, de imóvel para fins residenciais construído em núcleo urbano anexo a usina hidrelétrica, desde que considerado dispensável na fase de operação da usina e que não integre a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.

§ 6º A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, dispensada a licitação em caso de interesse público devidamente justificado.

§ 7º Na hipótese do § 6º deste artigo, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e as demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador.

Outro artigo espantosamente longo, cuida das alienações de bens públicos.

Apenas se pode tentar entrever a sua constitucionalidade se se enfocarem as alienações como contratos, pois que de fato o são; desse modo poderia a União ditar normas gerais sobre contratos de alienação de bens públicos – mas o raciocínio é tortuoso.

A lei neste caso interfere diretamente com as leis orgânicas dos Municípios, e eventualmente com as Constituições estaduais, que podem dispor diversamente – tudo dentro daquela matriz concebida por Hely Lopes Meirelles em 1.969, para a Lei Complementar estadual paulista nº 9, de 1.969, a qual matriz foi multiplicada, ampliada e atualizada por milhares de vezes nas legislações locais até esta L 14133, que a encampou outra vez.

A L 8666 tentou algo parecido, mas teve suspensos pelo Supremo Tribunal Federal, por medida liminar concedida em 3 de novembro de 1.993 e que vigora até o dia de hoje, por inconstitucionalidade no tocante a Estados e a Municípios e por lhes violar autonomia administrativa de decidir nestes temas: 1) a al. b do inc. I; 2) a al. e do mesmo inciso; 3) a al.

a do inc. II, e 4) a al. b do mesmo inciso, todos esses dispositivos do art. 17 da L 8666.

Imagina-se que Estados e Municípios se insurjam semelhantemente contra este art. 76 da L 14133 quanto às mesmas questões, e assim se espera que façam, e assim se espera que sejam bem sucedidos.

*Alienação de bens públicos estaduais e municipais não é tema para leis federais, às quais falta a respectiva competência disciplinatória, mas apenas para leis e regras locais, tudo por força da Constituição, art. 25 para os Estados, e art. 30, inc. I para os Municípios.*

O só fato de que alienações se dão por contratos não parece suficiente para suprimir a autonomia administrativa constitucional deferida a Estados, Distrito Federal e Municípios, segundo a qual são esses entes que legislam e resolvem sobre alienação de seus bens.

É muito mais relevante a autonomia administrativa das pessoas de direito publico interno que a capacidade da União para ditar normas gerais de contratos.

A autonomia administrativa local é um dos pilares do estado democrático de direito e um dos fundamentos da república, enquanto que a competência da União para legislar sobre normas gerais de contratos é pouco mais que um *acidente da Constituição* de 1.988.

Assim se espera que suceda – inconstitucionalidade de várias partes deste art. 76 com relação a Estados, Distrito Federal e Municípios -, porém, sempre considerado esse pressuposto, passa-se a comentar este art. 76.

Reza o *caput* que a alienação de bens públicos deverá (I) ter justificado o interesse público envolvido; (II) conter a avaliação dos bens, que pode ser procedida pelo próprio ente ou contratada, e (III) obedecer as normas que seguem nos incisos e em suas alíneas.

Sendo bens *imóveis* (inc. I), incluídos os autárquicos e os fundacionais, exige-se (a) lei autorizativa específica e (b) licitação através de leilão, salvo nas inúmeras exceções constantes das alíneas.



Até este ponto verifica-se nítida evolução sobre a exigência de concorrência que ainda existe na L 8666, e que é absolutamente inadequada para venda de bens; muito mais correto é o leilão.

As exceções à licitabilidade do bem imóvel em alienação são

a) *dação em pagamento*, negócio em que o ente dá o bem em vez de dinheiro para satisfazer um débito;

b) *doação*, que é cessão voluntária e gratuita, a outro ente público de qualquer esfera, ou também dentro das hipóteses - se alguém conseguir entender o restante da alínea que em parte copiou a absoluta e incompreensível *estupidez* da L 8666 - previstas nas als. *f*, *g* e *h* deste inciso. Não se comentarão as três hipóteses porque lhes falta qualquer mínima lógica;

c) *permuta*, que por definição é troca pura e simples, mas que neste lei é *troca com troco* de até metade do valor do bem. Neste momento a lei se refere ao bem ‘que será oferecido pela União’, fazendo crer, sem nenhuma outra explicação, que esta regra vale apenas para a União. A atecnia da lei beira o inacreditável, mas a permuta, preferencialmente sem troco ou torna, pode sempre ser utilizada pelos entes federados;

d) *investidura*, que é definida no § 5º;

e) *venda simples* a qualquer outro ente público. Excelente que a lei se haja lembrado da venda, que é sempre o primeiro instituto que passa pela cabeça de qualquer pessoa que queira alienar qualquer coisa sua;

f) pulando-se as incompreensíveis als. *f* até *h*, pela al. *i* tem-se a *legitimação de posse*, assunto a ser resolvido pelas partes envolvidas na forma da Lei nº 6.383, de 7 de dezembro de 1.976, que dispõe sobre o processo discriminatório de terras devolutas da União, e

g) *legitimação fundiária e legitimação de posse* na forma da Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2.017, que são institutos diversos do anterior de legitimação de posse.

Quanto aos dois últimos casos acima não haveria como licitar alienação de bens públicos transmissíveis por legitimação de posse

ou fundiária, pois que o legitimado passou por árduo e demorado processo de habilitação para aquilo, e somente ele adquire legitimidade para receber os bens. Os incisos são, portanto, desnecessários por óbvios, e porque o direito não pode ser outro.

O inc. II do *caput* disciplina a alienação de bens *móveis*, para tanto exigindo leilão, inexigível este nas seguintes hipóteses:

- a) *doação* para fins de interesse social;
- b) *permuta* com ente público, e, recomenda-se, sem torna, porque permuta com torna não é permuta mas compra com pagamento parcial em bem;
- c) *venda de ações* em bolsa;
- d) *venda de títulos* na forma da legislação pertinente;
- e) *venda de bens produzidos pelo ente público* que tenha esse objeto;
- f) *venda de materiais inservíveis ou sem destinação conhecida* pelo ente detentor, para outro ente público.

O § 1º dispensa lei autorizativa de venda de bens imóveis havidos por procedimentos judiciais (desapropriação judicial, dação em pagamento ajuizada, execução, por exemplos), exigindo avaliação e leilão.

O § 2º é uma insânia de morder a nuca. Institui a doação condicionada, sujeita a revogação pelo desaparecimento dos motivos da doação, o que não existe no direito brasileiro. Precisa ser revogado ou declarada a sua inconstitucionalidade. Além disso, não se imagina como podem cessar os motivos de uma doação. Se a alienação é condicionada, então não é doação. O dispositivo é juridicamente absurdo.

Observe-se bem: uma coisa é *doação com encargo*, o qual, se um dia for descumprido, pelo próprio contrato ou a escritura de doação reverterá ao doador. Mas outra coisa é essa dita ‘cessação dos motivos da doação’ (??), algo sem sentido jurídico. O exame dos motivos da doação

cessa quando a doação é ultimada, a partir de quando *não se fala mais do assunto*.

Se o legislador pretendeu se referir a descumprimento de encargo, então que o dissesse com todas as letras, porque se quis fazer uma coisa e fez outra vale o que está feito e não o que era querido, sabendo-se que também mesmo o inferno legislativo está repleto de boas intenções.

O § 3º autoriza (inc. I) a outorga de título de propriedade, ou então de direito real de uso, sem licitação, de um para outro ente público, o que parece incomum mas não é, quando se sabe que alguns Estados, já de longa data, têm terrenos em outros Estados. O direito real de uso segue o art. 7º do Decreto-lei nº 271, de 28 de fevereiro de 1.967.

Quanto à autorização constante do inc. II deste § 3º é despicienda, pois que se a pessoa natural cumpriu os requisitos para merecer o título da propriedade rural que ocupa - nos termos do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2.009 -, então não será a lei de licitações que interferirá nesse plexo de direitos, restando absolutamente inútil este inc. II.

Nesse exato sentido todo o extenso e rebuscado § 4º é igual e absolutamente inútil para o direito brasileiro, mesmo que o legislador tenha tentado transformar a lei nacional de licitações em estatuto agrário. Os títulos de propriedade rural são concedidos com base na competente legislação agrária e não na lei nacional de licitação e contrato administrativo. Foram papel, tinta e tempo gastos inutilmente.

O § 5º define *investidura* para os fins desta lei como

a) a alienação ao proprietário de terreno lindeiro ao em referência, ou então ao proprietário de área remanescente de anterior desapropriação, que inutilizou o imóvel desapropriado para os fins originais, por valor não inferior ao da avaliação nem superior à metade do valor-limite para dispensa de licitação de bens e serviços, ou então

b) a ‘alienação, ao legítimo possuidor direto ou, na falta dele, ao poder público, de imóvel para fins residenciais construído em núcleo urbano anexo a usina hidrelétrica, desde que considerado dispensável na

fase de operação da usina e que não integre a categoria de bens reversíveis ao final da concessão’.

Trata-se (al. *b*) de casuísmo sobre casuísmo como se observa. Bastaria à farta a alínea anterior, como ocorre na L 8666. O legislador se esmera em supor situações muito particulares, amiúde de pouquíssima utilização prática, e esta é uma delas.

E também mistura definição jurídica (na al. *a*) com fixação de regras e de limites de valor, o que é de técnica absolutamente dispersiva e que desconcentra o foco do aplicador.

O § 6º, na técnica esdrúxula desta lei, agora fala em doação com encargo, sem jamais o ter mencionado antes, tendo rezado apenas sobre cessão dos motivos de uma doação, o que como se viu é algo muito diferente. Agora *parece mandar licitar* toda doação com encargo, sendo que uma regra clássica do direito público é a de que não pode existir doação pública de imóvel sem o estabelecimento de encargo ao donatário.

Parece haver *colisão de institutos*, um a dispensar por inúmeras formas a licitação nas doações (art. 76, incs. I e II) e outra a exigir licitação sempre (este § 6º). O aplicador que tenha cuidado verifique exatamente em que situação está ou vai estar, para poder então bem e adequadamente definir o regime jurídico do negócio ou do procedimento que pretende realizar.

Mas aquilo apenas parece, porque na sequência o § 6º, que manda fixar o encargo, o prazo de seu cumprimento e a cláusula de reversão por descumprimento, *também dispensa licitação que ao início parecia obrigatória sempre*, quando simplesmente houver ‘interesse público devidamente justificado’.

É mais simples e menos rigoroso do que se imaginava portanto o dispositivo - que não é desarrazoado em absoluto quanto a isso -, e com isso o *interesse público devidamente justificado* se torna mais dos motivos de dispensa de licitação na alienação de bens públicos, a se somar ao inúmeros outros constantes deste artigo.

A lei, mais ainda do que a L 8666, precisa ser contemplada de helicóptero, a muitos metros de altura, para que se enxergue a sua inteireza e a sua complementaridade interna.

Fechando o artigo a lei apresenta mais um absoluto casuísmo, o de que ‘na hipótese do § 6º deste artigo, caso o donatário necessite oferecer o imóvel em garantia de financiamento, a cláusula de reversão e as demais obrigações serão garantidas por hipoteca em segundo grau em favor do doador’.

Pergunta este atônito escriba: era mesmo preciso a esta lei descer a um detalhe tão microscópico quanto este, que além de tudo se revela arbitrário e acidentário, pois que, assim como a hipótese pode ocorrer, milhares de outras hipóteses tão (ir)relevantes também o podem ? O legislador quis exhibir sua criatividade, ou sua originalidade ? Escolheu um péssimo momento.

#### **Art. 77**

Art. 77. Para a venda de bens imóveis, será concedido direito de preferência ao licitante que, submetendo-se a todas as regras do edital, comprove a ocupação do imóvel objeto da licitação.

Vetusta regra de direito civil imobiliário passada para a lei de licitações, assegura a preferência de opção de compra ao ocupante do imóvel à venda, o qual atenda todas as condições pertinentes e aplicáveis do edital.

Muito correta e justa a atenção do legislador neste passo, deve ser uma regra anunciada claramente no edital, de molde a prevenir resistências ou inconformismos variados pelos criadores de caso profissionais.

#### **Art. 78**

## CAPÍTULO X DOS INSTRUMENTOS AUXILIARES Seção I

### Dos Procedimentos Auxiliares

Art. 78. São procedimentos auxiliares das licitações e das contratações regidas por esta Lei:

I - credenciamento;  
 II - pré-qualificação;  
 III - procedimento de manifestação de interesse;

IV - sistema de registro de preços;

V - registro cadastral.

§ 1º Os procedimentos auxiliares de que trata o **caput** deste artigo obedecerão a critérios claros e objetivos definidos em regulamento.

§ 2º O julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do **caput** deste artigo seguirá o mesmo procedimento das licitações.

Artigo que inova quanto à estrutura da L 866, organiza a relação dos cinco procedimentos auxiliares à licitação, sejam *credenciamento, pré-qualificação, manifestação de interesse, registro de preços e registro cadastral*.

*Nenhum deles é obrigatório a ente nenhum, porém são bastante úteis e recomendáveis para incontáveis espécies de objetos.*

Foi louvável a idéia de classificar e sistematizar esses procedimentos, jogados sem critério como estão na L 8666. Cada qual deles vem a seguir disciplinado na lei. O que faltou entretanto à lei é informar com absoluta primazia que o credenciamento é um *procedimento auxiliar da contratação direta*, não exatamente auxiliar de licitação mas substituto dela; o credenciado será contratado sem licitação, e apenas para isso é que existe este procedimento seletivo de *contratáveis*.

Seguem os dois parágrafos, sendo que o § 1º remete o credenciamento a regulamentos locais, com critérios claros e objetivos. Lendo-se o art. 79, que pouco diz sobre o mecanismo do credenciamento, denota-se de fato a necessidade de normas operacionais para o procedimento. Ao menos um conjunto singelo e ligeiro de normas para o ente proceder ao credenciamento de interessados é necessário.

Fecha o artigo o § 2º, a ditar que ‘o julgamento que decorrer dos procedimentos auxiliares das licitações previstos nos incisos II e III do *caput* deste artigo seguirá o mesmo procedimento das licitações’.

Parece óbvio, porque em princípio ninguém imagina que o julgamento de licitações envolvendo licitantes cadastrados, ou que previamente manifestaram interesse em serem contratados, possa ser diferente dos julgamentos usuais desta lei e que não contaram com procedimentos auxiliares, porque inexistente qualquer razão para que não o sejam.

Não é a origem do licitante por um procedimento auxiliar que o diferencia ou o privilegia perante uma licitação de que participe.

### **Art. 79**

#### Seção II

#### Do Credenciamento

Art. 79. O credenciamento poderá ser usado nas seguintes hipóteses de contratação:

I - paralela e não excludente: caso em que é viável e vantajosa para a Administração a realização de contratações simultâneas em condições padronizadas;

II - com seleção a critério de terceiros: caso em que a seleção do contratado está a cargo do beneficiário direto da prestação;

III - em mercados fluidos: caso em que a flutuação constante do valor da prestação e das condições de contratação inviabiliza a seleção de agente por meio de processo de licitação.

Parágrafo único. Os procedimentos de credenciamento serão definidos em regulamento, observadas as seguintes regras:

I - a Administração deverá divulgar e manter à disposição do público, em sítio eletrônico oficial, edital de chamamento de interessados, de modo a permitir o cadastramento permanente de novos interessados;

II - na hipótese do inciso I do **caput** deste artigo, quando o objeto não permitir a contratação imediata e simultânea de todos os credenciados, deverão ser adotados critérios objetivos de distribuição da demanda;

III - o edital de chamamento de interessados deverá prever as condições padronizadas de contratação e, nas hipóteses dos incisos I e II do **caput** deste artigo, deverá definir o valor da contratação;

IV - na hipótese do inciso III do **caput** deste artigo, a Administração deverá registrar as cotações de mercado vigentes no momento da contratação;

V - não será permitido o cometimento a terceiros do objeto contratado sem autorização expressa da Administração;

VI - será admitida a denúncia por qualquer das partes nos prazos fixados no edital.

Eis o disciplinamento legal do credenciamento, algo que faltava na L. 8666 e que precisa ser complementado pelo regulamento local a que se refere o art. 78.

Pode ser empregado exclusivamente

I) em contratações paralelas, que são várias contratações do mesmo objeto a vários contratados, por motivos de conveniência local, algo muito comum em pequenos Municípios com profissionais da saúde por exemplo;

II) com seleção do credenciado pelo próprio interessado em ter a prestação do serviço, a seu exclusivo talante, dentre os constantes da relação oficial de credenciados do ente público local, e

III) quando o mercado do objeto é excessivamente fluido e instável, a tal ponto de impedir a segurança que uma licitação se presta a assegurar. Compra ou venda de ações em bolsa enquadra-se nesta hipótese.

Pelo parágrafo único os regulamentos de credenciamento deverão observar estas regras mínimas – sem prejuízo das demais, locais e a gosto do ente respectivo:

inc. I – *divulgação e disponibilização* em site eletrônico oficial de edital de chamamento de interessados, apto a permitir o cadastramento permanente de interessados. Medida elogiável porque não excepcionaliza o credenciamento, mas reconhece a sua necessidade e a sua conveniência permanente para o serviço público.

Pelo inc. III o edital deverá *padronizar* contratações na medida do tecnicamente viável, e dentre os padrões fixar o valor de cada contrato – o que demandará atualizações periódicas. E deverá também, por ordem do inc. IV, *registrar as cotações* quando das contratações.



São ambas inteligentes e organizativas medidas, que merecem elogio;

inc. II – distribuição equitativa da demanda entre credenciados quando não forem viáveis contratações paralelas e simultâneas;

inc. V – *proibição de subcontratação* sem autorização do ente. A lei neste caso fala em ‘cometimento a terceiros do objeto da contratação’, o que vem ser o clássico instituto da subcontratação. Realmente não faz sentido subcontratar o serviço de quem conseguiu se credenciar por seus méritos pessoais, e nem sequer deveria ser autorizável essa hipótese;

inc. VI – ‘será admitida a *denúncia* por qualquer das partes nos prazos fixados no edital’. Trata-se da *renúncia*, se pelo interessado, e do *cancelamento do credenciamento*, se pelo ente público.

O credenciamento não pode ser uma imposição a ninguém, mas um procedimento de voluntária adesão pelo interessado. De outro lado, esse procedimento em dado momento pode passar a ser inconveniente ao ente público, o qual então não precisa mantê-lo – observando, evidentemente, eventuais atos jurídicos perfeitos e direitos adquiridos.

## **Art. 80**

### Seção III

#### Da Pré-Qualificação

Art. 80. A pré-qualificação é o procedimento técnico-administrativo para selecionar previamente:

I - licitantes que reúnam condições de habilitação para participar de futura licitação ou de licitação vinculada a programas de obras ou de serviços objetivamente definidos;

II - bens que atendam às exigências técnicas ou de qualidade estabelecidas pela Administração.

§ 1º Na pré-qualificação observar-se-á o seguinte:

I - quando aberta a licitantes, poderão ser dispensados os documentos que já constarem do registro cadastral;

II - quando aberta a bens, poderá ser exigida a comprovação de qualidade.

§ 2º O procedimento de pré-qualificação ficará permanentemente aberto para a inscrição de interessados.

§ 3º Quanto ao procedimento de pré-qualificação, constarão do edital:

I - as informações mínimas necessárias para definição do objeto;

II - a modalidade, a forma da futura licitação e os critérios de julgamento.

§ 4º A apresentação de documentos far-se-á perante órgão ou comissão indicada pela Administração, que deverá examiná-los no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis e determinar correção ou reapresentação de documentos, quando for o caso, com vistas à ampliação da competição.

§ 5º Os bens e os serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração.

§ 6º A pré-qualificação poderá ser realizada em grupos ou segmentos, segundo as especialidades dos fornecedores.

§ 7º A pré-qualificação poderá ser parcial ou total, com alguns ou todos os requisitos técnicos ou de habilitação necessários à contratação, assegurada, em qualquer hipótese, a igualdade de condições entre os concorrentes.

§ 8º Quanto ao prazo, a pré-qualificação terá validade:

I - de 1 (um) ano, no máximo, e poderá ser atualizada a qualquer tempo;

II - não superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados.

§ 9º Os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público.

§ 10. A licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados.

Disciplinamento legal da pré-qualificação, que falta à L 8666, este art. 80 estabelece no *caput* que se destina a selecionar previamente (I) licitantes sabidamente habilitados para licitações futuras e de parâmetros conhecidos, e (II) bens que atendam exigências técnicas e padrões de qualidade também previamente anunciados pelo ente interessado.

Pelo § 1º a pré-qualificação – que ficará permanentemente aberto aos interessados tal qual o credenciamento (cf. § 2º) -

observará estas regras: (I) dispensam-se documentos já constantes de registros cadastrais de licitantes, e (II) os bens pré-qualificandos deverão demonstrar a sua qualidade, que atenda exigências, padrões e especificações do ente respectivo.

O edital de pré-qualificação conterá (§ 3º, I) informações mínimas de definição do objeto pretendido, e (II) indicação da modalidade, com seu formato e com o critério de julgamento.

Pelo § 4º a apresentação de documentos, tanto de licitantes quanto de bens, far-se-á perante órgão ou comissão indicada no edital e esse órgão, em até dez dias úteis, os aprovará ou lhes determinará correção em caso de insuficiência ou desconformidade, ou então determinará sua reapresentação se entender necessária ou conveniente com vista à ampliação da competição.

O interessado, nesse último caso, serve portanto de *cobaia* do ente pré-qualificador, dando-lhe ideias sem que para isso tivesse sido instruído, quando apenas queria pré-qualificar-se.

Rezam em conjunto os §§ 5º e 6º que os bens e os serviços pré-qualificados integrarão um cadastro do ente respectivo – o que significa ingerência da lei em assunto que é apenas local, e que a pré-qualificação poderá ser realizada em grupos ou segmentos especializados. Observa-se que começa a faltar assunto ao legislador.

O § 7º confirma a falta de temas ao informar que a pré-qualificação poderá ser parcial ou total, ou seja com indicação de apenas alguns itens a serem pré-qualificados para determinado objeto, ou com a indicação de todos os itens relativos àquele mesmo objeto. Fá-lo como se alguém não soubesse disso, e como se existissem regras quanto a isso.

O § 8º fixa em um ano a validade máxima do atestado de pré-qualificação que – a lei não diz, mas resta claro - o ente precisará fornecer ao licitante ou ao apresentador do bem qualificado, ou então não superior à validade dos documentos apresentados para o procedimento.

Podem-se combinar esses critérios, o ente obtendo a revalidação daqueles documentos de modo a poder completar um ano a atestação

de pré-qualificação, o que resulta mais inteligente que adotar um critério excludente do outro.

Reza o § 9º, em boa providência, que ‘os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público’. Quanto à divulgação de ambos, e à manutenção à disposição pública dos bens, perfeito; mas, quanto a manter um licitante à disposição do público, seria curial consultá-lo sobre isso...

Pelo final § 10. ‘a licitação que se seguir ao procedimento da pré-qualificação poderá ser restrita a licitantes ou bens pré-qualificados’. Isto evidencia que a licitação pode também *não ficar restrita aos pré-qualificados*, quase fazendo indagar para quê então foi realizada.

Em verdade a pré-qualificação é apenas a habilitação prévia de alguém ou de algum bem para uma licitação, mas que pode servir e serve não apenas para essa licitação subsequente como para diversas outras de objeto semelhante.

Como a habilitação é o tormento miserável da vida do licitante, da comissão, da autoridade superior e da fiscalização, então quanto antes for resolvida e acabar, tanto mais cedo despontará o sorriso dos envolvidos.