

LICITAÇÕES – A NOVA LEI – 5

Ivan Barbosa Rigolin

(abril/21)

Art. 13

Art. 13. Os atos praticados no processo licitatório são públicos, ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, na forma da lei.

Parágrafo único. A publicidade será diferida:

I - quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura;

II - quanto ao orçamento da Administração, nos termos do art. 24 desta Lei.

É voz corrente a de que o único segredo em licitação é o conteúdo das propostas, e mesmo assim até serem abertas, quando se tornam documentos públicos.

Este artigo, que enfeita um pouco o equivalente anterior da L 8666, confirma a regra e declara públicos todos os atos do processo licitatório, salvo exatamente (par. ún., inc. I) o conteúdo das propostas, (inc. II) um eventual segredo do orçamento da Administração, na forma do art. 24, quando o edital assim justificadamente o determinar e, naturalmente, (III, *caput*) quando existir necessidade de segredo em caso de possível comprometimento da segurança nacional.

Essas hipóteses existem, de licitações *secretas*, abertas apenas aos participantes convidados e que precisam manter segredo,

sempre que o objeto for estratégico e se recomendar sigilo do negócio em prol da segurança nacional.

Tal qual existem *decretos secretos* do Executivo, dos quais somente sai publicado o número no diário oficial, e tal qual existe o *segredo de justiça* no Poder Judiciário e na forma da lei processual, e ainda tal qual existem *sessões secretas* no Legislativo, restritas apenas aos respectivos parlamentares e com as atas custodiadas em cofre - como em caso de deliberação sobre concessão de títulos honoríficos -, existem licitações que o Executivo, geralmente respeitadamente às forças armadas, não podem divulgar por motivos estratégicos. Em todos esses casos inexistente qualquer embargo da legalidade.

Art. 14

Art. 14. Não poderão disputar licitação ou participar da execução de contrato, direta ou indiretamente:

I - autor do anteprojeto, do projeto básico ou do projeto executivo, pessoa física ou jurídica, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ele relacionados;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou do projeto executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, controlador, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, quando a licitação versar sobre obra, serviços ou fornecimento de bens a ela necessários;

III - pessoa física ou jurídica que se encontre, ao tempo da licitação, impossibilitada de participar da licitação em decorrência de sanção que lhe foi imposta;

IV - aquele que mantenha vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista

ou civil com dirigente do órgão ou entidade contratante ou com agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, ou que deles seja cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação;

V - empresas controladoras, controladas ou coligadas, nos termos da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, concorrendo entre si;

VI - pessoa física ou jurídica que, nos 5 (cinco) anos anteriores à divulgação do edital, tenha sido condenada judicialmente, com trânsito em julgado, por exploração de trabalho infantil, por submissão de trabalhadores a condições análogas às de escravo ou por contratação de adolescentes nos casos vedados pela legislação trabalhista.

§ 1º O impedimento de que trata o inciso III do **caput** deste artigo será também aplicado ao licitante que atue em substituição a outra pessoa, física ou jurídica, com o intuito de burlar a efetividade da sanção a ela aplicada, inclusive a sua controladora, controlada ou coligada, desde que devidamente comprovado o ilícito ou a utilização fraudulenta da personalidade jurídica do licitante.

§ 2º A critério da Administração e exclusivamente a seu serviço, o autor dos projetos e a empresa a que se referem os incisos I e II do **caput** deste artigo poderão participar no apoio das atividades de planejamento da contratação, de execução da licitação ou de gestão do contrato, desde que sob supervisão exclusiva de agentes públicos do órgão ou entidade.

§ 3º Equiparam-se aos autores do projeto as empresas integrantes do mesmo grupo econômico.

§ 4º O disposto neste artigo não impede a licitação ou a contratação de obra ou serviço que inclua como encargo do contratado a elaboração do projeto básico e do projeto executivo, nas contratações integradas, e do projeto executivo, nos demais regimes de execução.

§ 5º Em licitações e contratações realizadas no âmbito de projetos e programas parcialmente financiados por agência oficial de cooperação estrangeira ou por organismo financeiro internacional com recursos do financiamento ou da contrapartida nacional, não poderá participar pessoa física ou jurídica que integre o rol de pessoas sancionadas por essas entidades ou que seja declarada inidônea nos termos desta Lei.

Este longo artigo também *fermentou* a equivalente matéria da lei anterior, sobre os impedimentos à participação nos certames. \Não é muito técnico na sua sanha de proibir, vedar e impedir.

O *caput* proíbe a participação, direta ou indireta – seja lá o que for isso, e até onde se a caracteriza – tanto na licitação quanto na execução do respectivo contrato, de:

I – autor do projeto ou anteprojeto, pessoa física ou jurídica, quando a licitação se referir a “obra, serviço ou fornecimento relacionado” – é o que diz a lei. Compreende-se: se o autor do projeto puder ser seu licitante, então cercará o projeto de dificuldades interpretativas e operacionais tais que somente ele o compreenderá e poderá propor.

Entendemos que a vedação somente existe se a licitação for para execução da obra ou do serviço *constante do projeto*, e não para qualquer obra ou qualquer serviço, porque isso não faria o menor sentido. Se assim não for, o autor do projeto de alguma obra jamais poderia licitar qualquer outra obra...;

II – *completamente desnecessário* porque já está implícito no inc. I, que sem falar tanto diz muito mais. Se a autora é uma

empresa, então não pode licitar a execução do seu próprio projeto, e o assunto está encerrado;

III – digno do Conselheiro Acácio, este inciso pontifica que quem estiver proibido de licitar não pode participar de licitações públicas !

Por caridade para com o autor não será comentado, apenas se recordando que qualquer participação *decisiva* de alguém impedido ensejará a nulidade e a consequente anulação de tudo quanto decorra (¹). Não sendo decisiva a participação do impedido, a isso a Administração deveria, como os italianos, dizer: - *me ne frega*, não me importa;

IV – metralhadora giratória meio descalibrada, por vezes atrapalhará mais do que auxiliará a Administração a garantir tratamento isonômico aos licitantes.

Com efeito, são tantas as restrições, e algumas tão subjetivas quanto *parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau*, ou então *vínculo técnico*, que o condutor da licitação, e a fiscalização, poderão quedar absolutamente desorientados e sem rumo quando lhes forem suscitados inúmeros incidentes de impedimento ou de suspeição de licitantes no correr das licitações.

Moralidade é obviamente necessária, mas moralismo é ruim, e excessivo moralismo é sempre péssimo, destrutivo, antitécnico, frequentemente hipócrita e farisaico, e a todos os títulos indesejável. E este inciso é ultramoralista, mais ou menos como os santos homens da inquisição espanhola, ou os puritanos das caças às bruxas em Salem, nos Estados Unidos do século XVII.

Summum jus, summa injuria, disse Cícero, a significar que o excesso do direito é a negação do direito. Sim, pois que *in medium virtus*, ou seja: a razão está na média. Um bom aplicador da regra, e um bom fiscal, pensam duas vezes sobre o que pretendem fazer.

¹ Naturalmente se a malandragem for descoberta, porque alguém já também pontificara que a diferença entre ato nulo e ato anulável é a de que nulo é o ato anulável que foi descoberto...

Na prática a aplicação do inciso provoca apreensão, no mínimo; mas a sua fiscalização impiedosa enseja pânico. Augura-se que as autoridades se hajam com proverbial moderação nesta tarefa, e, antes de apostrofar e incriminar ao primeiro impulso, apenas hipoteticamente se imaginem *do outro lado* - e o seu apontamento e o seu julgamento haverá de ser mais justo.

Não se está jamais elogiando a corrupção, nem o tráfico de influência, nem qualquer sorte de velhacaria, muito longe disso; o intolerável é o excesso de zelo, que com frequência mata o doente; o moralismo cego e desparametrado em busca de aceitação fácil e de popularidade – mais ou menos como os governos estaduais brasileiros fazem, ainda neste maio de 2.021, com relação à asquerosa pandemia de coronavírus, atitude essa que está destruindo o país. Esse é o temor.

E estas falas serão repetidas, e reforçadas, nos comentários à parte das penalidades nesta lei;

V – parece começar bem, impedindo empresas controladoras e controladas de participar de licitações, mas termina muito mal, ao informar “concorrendo entre si”. Que raio quer isso dizer ? Se houver mais de uma disputando todas deverão ser excluídas – é o que parece. Mas se apenas uma estiver no certame, então essa pode participar, vencer e ser contratada ? É isso ? Essa foi a ideia ?

A visão do legislador em momentos que tais é a de um palmo à frente do nariz. Parece não dar ponto sem nó...

Ficamos com a leitura acima apesar da sua enunciação meio cômica, à falta de qualquer idéia mais institucional. E lamentamos o destino dos agentes de contratação e da sua equipe de apoio, que em casos assim devem sentir-se mais desorientados que deficientes visuais subitamente envolvidos em conflagração balística;

VI – novidade absoluta e de bom mérito, veda a participação de condenados por exploração de trabalho infantil ou semiescravo,

ou irregular de adolescentes, se dentro de cinco anos do trânsito em julgado das respectivas condenações judiciais.

Bastante claro e objetivo, não oferecerá dificuldade de aplicação se o ente licitador tiver meio de saber se o impedimento ocorre, o que provavelmente fará pedindo declarações sob as penas da lei.

O § 1º é incontestavelmente ruim. Estende a proibição do inc. III a pessoa que utilize fraudulentamente a identidade de algum fornecedor proibido de licitar. Ora, mas se é um fraudador, somente por isso já estaria impedido de licitar em nome alheio, e merece ser processado.

O parágrafo lembra aquela receita que um garoto oferece a outro para capturar um passarinho: jogue sal na sua asa, e se valha da dificuldade que ele terá para voar...

O § 2º compete, em bestialidade legislativa, com seu antecedente. Permite o que jamais esteve proibido: o autor do projeto poderá ser admitido como assessor ou consultor da Administração no planejamento e na orientação da licitação para a execução do seu projeto.

Isso sempre foi permitido desde o dia da criação (gênese) e muita vez é bastante aconselhável conforme sejam as dificuldades peculiares do projeto.

O § 3º contém uma proibição que talvez não vingue: equipara-se ao autor do projeto a empresa do mesmo grupo econômico.

Se uma multinacional que fabrica desde agulhas até aviões tem uma empresa autora do projeto de obra e outra empresa do grupo, que fabrica pitos de barro ou pios para coruja quiser participar da licitação, mesmo se conseguir juntar documentação para habilitar-se estará porventura impedida de participar? Não parece jurídico.

Duvidamos que um mandado de segurança não possa resolver esse artificial impasse. O princípio da igualdade parece afrontado pelo dispositivo, em inúmeras hipóteses quando descem da teoria para a prática.

Neste campeonato nacional de ruindade de parágrafos, o § 4º exclui deste artigo licitantes em certame cujo objeto inclui a elaboração do projeto básico e/ou do projeto executivo.

Mas isto é evidente !

Se o artigo proíbe participação do autor do projeto, e se nesta licitação ainda não existe projeto *porque parte do objeto é exatamente elaborá-lo*, então, por tudo que é sagrado, como poderia aplicar-se o artigo do projeto onde não existe projeto ?

E finaliza o desastroso rol de parágrafos o § 5º, igualmente acaciano, que proíbe a participação em certames internacionais, ou financiados com capital estrangeiro, de quem estiver proibido de licitar por ter sido declarado inidôneo ou por já estar proibido de licitar pelos organismos financiadores.

Quer parecer que esta lei definitivamente consagrou o axioma de que *quem estiver proibido de licitar não poderá participar de licitações*. O ideador dessa suma principiológica merece agraciamento com o Prêmio Mabel.

Art. 15

Art. 15. Salvo vedação devidamente justificada no processo licitatório, pessoa jurídica poderá participar de licitação em consórcio, observadas as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;

II - indicação da empresa líder do consórcio, que será responsável por sua representação perante a Administração;

III - admissão, para efeito de habilitação técnica, do somatório dos quantitativos de cada

consorciado e, para efeito de habilitação econômico-financeira, do somatório dos valores de cada consorciado;

IV - impedimento de a empresa consorciada participar, na mesma licitação, de mais de um consórcio ou de forma isolada;

V - responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

§ 1º O edital deverá estabelecer para o consórcio acréscimo de 10% (dez por cento) a 30% (trinta por cento) sobre o valor exigido de licitante individual para a habilitação econômico-financeira, salvo justificção.

§ 2º O acréscimo previsto no § 1º deste artigo não se aplica aos consórcios compostos, em sua totalidade, de microempresas e pequenas empresas, assim definidas em lei.

§ 3º O licitante vencedor é obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do **caput** deste artigo.

§ 4º Desde que haja justificativa técnica aprovada pela autoridade competente, o edital de licitação poderá estabelecer limite máximo para o número de empresas consorciadas.

§ 5º A substituição de consorciado deverá ser expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante e condicionada à comprovação de que a nova empresa do consórcio possui, no mínimo, os mesmos quantitativos para efeito de habilitação técnica e os mesmos valores para efeito de qualificação econômico-financeira

apresentados pela empresa substituída para fins de habilitação do consórcio no processo licitatório que originou o contrato.

Este artigo, espelhado no anterior, nos incisos I a V também reproduz intocado o direito anterior, constante dos incs. I a V do art. 33 da L 8666. As regras para a constituição de consórcio de licitantes, ou de compromisso de consórcio entre eles, continuam mal resolvidas quanto antes.

Não foi desta vez que a lei esclareceu que o consórcio que é contratado é uma pessoa jurídica, criada temporariamente pelos compromissários especialmente para ser contratada, e que geralmente se denomina *sociedade de propósito específico*, designada por SPE. Enquanto não existe a SPE o consórcio em verdade também não existe, mas apenas um compromisso entre empresas de se consorciarem numa SPE caso vençam o certame.

E valem as velhas regras: (I) compromisso de constituição do consórcio caso o grupo vença; (II) indicação da empresa líder, que nos termos do edital será a que preencher essa condição entre os agrupados, como mais capital, mais atestação específica, ou outra; (III) somatório admitido dos quantitativos individuais, para habilitação; (IV) proibição de uma empresa participar de mais de um consórcio, ou de também participar isoladamente, em ambas as hipóteses concorrendo consigo mesma, e (V) responsabilidade solidária de todos os participantes pelos atos praticados no certame e na execução do contrato, naturalmente na medida e nos limites da sua participação no grupo.

Os §§ 1º e 2º reúnem um amontoado de futilidades e ineficácias, na medida em que parecem exigir acréscimo de 10% a 30% no valor exigido para o consórcio com relação ao que se exige para participantes isolados, com duas exceções: *a)* quando o ente licitador justificar porque não o faz, e *b)* quando se tratar de consórcio exclusivo de micro e/ou de pequenas empresas. Ou seja: nada vezes nada. Perda de tempo sobre perda de tempo.

O § 3º fixa que para ser contratado o grupo em “consórcio” deve constituir e registrar o – agora, sim – consórcio, que até então era apenas um compromisso de constituição. E o consórcio, nos termos do edital,

em geral é a sociedade de propósito específico, que tem duração limitada à vigência do contrato público.

Pelo § 4º o edital poderá justificadamente limitar o número de participantes do dito consórcio, o que faz sentido pois que administrar um consórcio de doze ou de dezessete integrantes pode ser um sacrifício operacional sem maior propósito técnico, inconveniente até mesmo para o consórcio.

O § 5º encerra o artigo dispondo sobre substituição de consorciado, a qual precisará ser autorizada pela contratante e recair sobre substituto detentor, no mínimo, dos mesmos qualificativos ou quantitativos habilitatórios do substituído. É uma figura comum a do substituto, que aparece pelas mais variadas razões, quer durante a licitação – dentro do juridicamente possível –, quer, majoritariamente, na execução do contrato.

Art. 16

Art. 16. Os profissionais organizados sob a forma de cooperativa poderão participar de licitação quando:

I - a constituição e o funcionamento da cooperativa observarem as regras estabelecidas na legislação aplicável, em especial a Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971, a Lei nº 12.690, de 19 de julho de 2012, e a Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009;

II - a cooperativa apresentar demonstrativo de atuação em regime cooperado, com repartição de receitas e despesas entre os cooperados;

III - qualquer cooperado, com igual qualificação, for capaz de executar o objeto contratado, vedado à Administração indicar nominalmente pessoas;

IV - o objeto da licitação referir-se, em se tratando de cooperativas enquadradas na Lei nº 12.690, de

19 de julho de 2012, a serviços especializados constantes do objeto social da cooperativa, a serem executados de forma complementar à sua atuação.

Artigo sobre cooperativas, que vem em boa hora dadas as incertezas que o tema suscita há décadas, com jurisprudência e doutrina vacilantes.

Inobstante isso, não é muito claro o dispositivo, pois que se refere a “profissionais organizados sob a forma de cooperativa” (*caput*) e a seguir, nos incs. I e II, se refere à *pessoa jurídica* cooperativa, e o inc. III se referir ao cooperado c individual.

Pelos primeiros incisos a cooperativa tem de estar registrada na forma da legislação pertinente, sem se admitirem informalidades ou “quase-cooperativas”. Excelente, porque as regras formais devem valer para todas as pessoas jurídicas, e ninguém nesse sentido é melhor que ninguém – mesmo em se considerando os *odiosos e inconstitucionais* privilégios legais das micro e das pequenas empresas, que nada justifica.

Assim, o ente licitador deve fiscalizar o atendimento da legislação para admitir algum participante sob a forma de cooperativa. Em não atendendo aquele requisito simplesmente deverá ser inadmitido ao certame, ou, se já teve seus papéis abertos, ser inabilitado.

O inc. III passa ao largo da compreensão deste modestíssimo escriba, que pergunta: que tem a ver com este assunto o ente licitador ? Se contrata a cooperativa, esta deve simplesmente executar o objeto, seja por que cooperado for, é a única lógica para o contrato. E com nada além de obter corretamente o objeto deve preocupar-se o ente que contratou, parece claro.

O inc. IV informa que se se tratar de cooperativas de trabalho o objeto da licitação deve enquadrar-se entre os objetos dos contratos sociais das mesmas cooperativas participantes.

Entende-se, por contraposição, que se o trabalho não es enquadrar no objeto de uma cooperativa de trabalho, então esta deverá ser inabilitada (ou já inadmitida de início, se isto estiver explícito desde logo) no

certame. A vinculação objeto do certame – objeto da cooperativa de trabalho é imperiosa neste caso.

Art. 17

Art. 17. O processo de licitação observará as seguintes fases, em sequência:

- I - preparatória;
- II - de divulgação do edital de licitação;
- III - de apresentação de propostas e lances, quando for o caso;
- IV - de julgamento;
- V - de habilitação;
- VI - recursal;
- VII - de homologação.

§ 1º A fase referida no inciso V do **caput** deste artigo poderá, mediante ato motivado com explicitação dos benefícios decorrentes, anteceder as fases referidas nos incisos III e IV do **caput** deste artigo, desde que expressamente previsto no edital de licitação.

§ 2º As licitações serão realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a utilização da forma presencial, desde que motivada, devendo a sessão pública ser registrada em ata e gravada em áudio e vídeo.

§ 3º Desde que previsto no edital, na fase a que se refere o inciso IV do **caput** deste artigo, o órgão ou entidade licitante poderá, em relação ao licitante provisoriamente vencedor, realizar análise e avaliação da conformidade da proposta, mediante homologação de amostras, exame de conformidade e prova de conceito, entre outros testes de interesse da Administração, de modo a comprovar sua aderência

às especificações definidas no termo de referência ou no projeto básico.

§ 4º Nos procedimentos realizados por meio eletrônico, a Administração poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico.

§ 5º Na hipótese excepcional de licitação sob a forma presencial a que refere o § 2º deste artigo, a sessão pública de apresentação de propostas deverá ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação será juntada aos autos do processo licitatório depois de seu encerramento.

§ 6º A Administração poderá exigir certificação por organização independente acreditada pelo Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) como condição para aceitação de:

I - estudos, anteprojetos, projetos básicos e projetos executivos;

II - conclusão de fases ou de objetos de contratos;

III - material e corpo técnico apresentados por empresa para fins de habilitação.

Este artigo elenca de modo básico, nos incs. I a VII do *caput*, as fases da licitação, sendo-as a preparatória; a da divulgação do edital; a da apresentação das propostas, e lances quando for o caso; a do julgamento das propostas; a da habilitação; a recursal e finalmente a da homologação do certame. A lei, a partir do artigo seguinte, detalhará em ponto pequeno cada uma das fases.

Pelo § 1º poderá o edital, justificadamente no processo, promover a inversão das fases da habilitação (inc. V) e as da apresentação e do julgamento das propostas (incs. III e IV), ou seja proceder

como era no passado. Com efeito, conforme o objeto e a configuração do certame essa inversão é oportuna, e a lei por isso a admite.

O § 2º indica que preferencialmente a licitação será eletrônica – e até este ponto pode ser solenemente ignorado, porque lei não existe para aconselhar -, porém se for presencial esta escolha deve ser justificada, e todo o trabalho será registrado em áudio e vídeo. O que era a única regra agora tornou-se exceção que precisa ser justificada.

O mundo está se tornando tremendamente impessoal, enfadonho e enjoativo, e as licitações não se poderiam colocar à parte.

Pelo § 3º o legislador, ao mencionar “órgão licitante”, demonstra que ainda não aprendeu a diferença entre licitante e licitador, porém, no que mais interessa, dentro da sua linguagem tortuosa e prolixa prescreve que o licitante provisoriamente vencedor pode ter sua proposta examinada sob diversos ângulos, que o edital especifique, antes de ser considerada apta.

Muito estranharia se fosse diferente o dispositivo pois que o ente público precisa certificar-se por todos os meios razoáveis de que uma proposta realmente atende o requisito do certame, antes de lhe dar sequência. De qualquer modo esta previsão - expressa e não implícita - é útil, pois que afasta confusões mal-intencionadas promovidas por maus perdedores, espécie crescentemente ocorrente nos certames licitatórios de todo gênero e todo nível em nosso sofrido país.

O § 4º, primoroso trabalho do Conselheiro Acácio, informa que nas licitações eletrônicas o ente poderá determinar que os atos dos licitantes sejam eletrônicos (!!)

Poderia ser diferente, onde tudo é eletrônico ? Existe licitação eletrônica com envelopes, documentação e papelada físicos ?

Então se o ente não disser aquele óbvio deve entender-se que podem existir documentos físicos ?

Pano rápido..

O § 5º repete que nas licitações presenciais a sessão deve ser gravada em áudio e vídeo, e a gravação deve ser juntada ao processo

após o encerramento do certame. Não se entende a razão de apenas após o encerramento ser juntada a gravação, já que constitui documentação instrutória importante.

Encerra o artigo o § 6º, que autoriza a Administração a exigir que o licitante seja acreditado pelo INMETRO para aceitar suas atestações e seus documentos relativos aos temas dos incs. I a III. Trata-se de uma instituição, por sua vez, das mais acreditadas para a atestação de qualidade em nosso país.

Isto poupa amargas e indigestas investigações sobre aquela eventualmente suspeita documentação – a não ser, vez que outra, sobre a autenticidade da própria atestação do Instituto... mas o dispositivo é útil e meritório.

Art. 18

CAPÍTULO II
DA FASE PREPARATÓRIA

Seção I

Da Instrução do Processo Licitatório

Art. 18. A fase preparatória do processo licitatório é caracterizada pelo planejamento e deve compatibilizar-se com o plano de contratações anual de que trata o inciso VII do **caput** do art. 12 desta Lei, sempre que elaborado, e com as leis orçamentárias, bem como abordar todas as considerações técnicas, mercadológicas e de gestão que podem interferir na contratação, compreendidos:

I - a descrição da necessidade da contratação fundamentada em estudo técnico preliminar que caracterize o interesse público envolvido;

II - a definição do objeto para o atendimento da necessidade, por meio de termo de referência,

anteprojeto, projeto básico ou projeto executivo, conforme o caso;

III - a definição das condições de execução e pagamento, das garantias exigidas e ofertadas e das condições de recebimento;

IV - o orçamento estimado, com as composições dos preços utilizados para sua formação;

V - a elaboração do edital de licitação;

VI - a elaboração de minuta de contrato, quando necessária, que constará obrigatoriamente como anexo do edital de licitação;

VII - o regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia, observados os potenciais de economia de escala;

VIII - a modalidade de licitação, o critério de julgamento, o modo de disputa e a adequação e eficiência da forma de combinação desses parâmetros, para os fins de seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, considerado todo o ciclo de vida do objeto;

IX - a motivação circunstanciada das condições do edital, tais como justificativa de exigências de qualificação técnica, mediante indicação das parcelas de maior relevância técnica ou valor significativo do objeto, e de qualificação econômico-financeira, justificativa dos critérios de pontuação e julgamento das propostas técnicas, nas licitações com julgamento por melhor técnica ou técnica e preço, e justificativa das regras pertinentes à participação de empresas em consórcio;

X - a análise dos riscos que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual;

XI - a motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta Lei.

§ 1º O estudo técnico preliminar a que se refere o inciso I do **caput** deste artigo deverá evidenciar o problema a ser resolvido e a sua melhor solução, de modo a permitir a avaliação da viabilidade técnica e econômica da contratação, e conterà os seguintes elementos:

I - descrição da necessidade da contratação, considerado o problema a ser resolvido sob a perspectiva do interesse público;

II - demonstração da previsão da contratação no plano de contratações anual, sempre que elaborado, de modo a indicar o seu alinhamento com o planejamento da Administração;

III - requisitos da contratação;

IV - estimativas das quantidades para a contratação, acompanhadas das memórias de cálculo e dos documentos que lhes dão suporte, que considerem interdependências com outras contratações, de modo a possibilitar economia de escala;

V - levantamento de mercado, que consiste na análise das alternativas possíveis, e justificativa técnica e econômica da escolha do tipo de solução a contratar;

VI - estimativa do valor da contratação, acompanhada dos preços unitários referenciais, das memórias de cálculo e dos documentos que lhe dão suporte, que poderão constar de anexo classificado, se a Administração optar por preservar o seu sigilo até a conclusão da licitação;

VII - descrição da solução como um todo, inclusive das exigências relacionadas à manutenção e à assistência técnica, quando for o caso;

VIII - justificativas para o parcelamento ou não da contratação;

IX - demonstrativo dos resultados pretendidos em termos de economicidade e de melhor aproveitamento dos recursos humanos, materiais e financeiros disponíveis;

X - providências a serem adotadas pela Administração previamente à celebração do contrato, inclusive quanto à capacitação de servidores ou de empregados para fiscalização e gestão contratual;

XI - contratações correlatas e/ou interdependentes;

XII - descrição de possíveis impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras, incluídos requisitos de baixo consumo de energia e de outros recursos, bem como logística reversa para desfazimento e reciclagem de bens e refugos, quando aplicável;

XIII - posicionamento conclusivo sobre a adequação da contratação para o atendimento da necessidade a que se destina.

§ 2º O estudo técnico preliminar deverá conter ao menos os elementos previstos nos incisos I, IV, VI, VIII e XIII do § 1º deste artigo e, quando não contemplar os demais elementos previstos no referido parágrafo, apresentar as devidas justificativas.

§ 3º Em se tratando de estudo técnico preliminar para contratação de obras e serviços comuns de engenharia, se demonstrada a inexistência de prejuízo para a

aferição dos padrões de desempenho e qualidade almejados, a especificação do objeto poderá ser realizada apenas em termo de referência ou em projeto básico, dispensada a elaboração de projetos.

Artigo penosamente longo, cuida da fase preparatória, tratando-a como se fora grande novidade para o ente público. Inexistisse este artigo, por seguro toda a fase preparatória estaria mantida e preservada como sempre foi, sem nenhuma carência de nenhuma espécie. Outra *pedra na sopa*.

Os onze incisos do *caput*, de relevância que transita do alfa ao ômega, preveem que integram a fase preparatória:

I - *descrição da necessidade da Administração* – isto deve ocorrer no processo e não no edital, porque o instrumento convocatório não se presta a justificar nem a explicar o que seja, mas apenas para anunciar o que o ente quer. O estudo técnico que o dispositivo menciona será necessário se o ente o quiser, e produzido como lhe for possível, se quiser e se e como lhe for viável;

II – *descrição do objeto*, através de termo de referência, projeto ou anteprojeto, conforme o caso e a possibilidade – e a conveniência – do ente licitador;

III - *condições de execução e pagamento; garantias exigidas, se o forem, e condições de recebimento*. Variam ao infinito essas condições, e, sejam quais forem, sempre precisam estar claramente explicitadas no edital. Toda essa matéria merecerá detalhamento posterior na lei;

IV - *orçamento estimado*, com a composição dos preços utilizados. Tornou-se regra esta exigência, com a L 8666, e não seria esta nova lei que a excluiria. O poder público orienta com este seu orçamento os licitantes para lhes balizar *o vôo*, evitando com isso que algum vise *fazer a América* de um só golpe, e propor na faixa da estratosfera do mercado. Ainda que propostas assim precisem ser desclassificadas de pronto, não custa prevenir delírios;

V - *elaboração do edital*. Não se imagina que a Administração não saiba que precisa elaborar o edital se quiser licitar alguma coisa, porém, dizem, em direito mesmo o óbvio precisa ser declarado;

VI - *minuta do contrato*, quando necessária – diz a lei - que será anexo obrigatório do edital. Entendemos que é *sempre* necessária a minuta do contrato, ainda que seja por instrumento simplificado, de molde a orientar o proponente sobre, se ganhar, o quê assinará, e, por exemplo, em que barco estará navegando, se Titanic, se Bateau Mouche;

VII - “*regime de fornecimento de bens, de prestação de serviços ou de execução de obras e serviços de engenharia*, observados os potenciais de economia de escala”. Judicioso o início e patético o final, que manda observar os potenciais de economia de escala, algo que o autor talvez desconfie o que venha a ser, e como se o aproveitar. O legislador desperdiça grandes oportunidades de parar de escrever a tempo, e, tendo ouvido cantar o galo sem saber onde, cai em esparrelas como esta;

VIII - *a modalidade da licitação, o critério de julgamento e o modo de disputa*. Deixa-se de transcrever o restante do inciso pela sua essencial inconsistência, sua absoluta e perdida subjetividade, e sua inviabilidade de materializar com utilidade na prática. Naturalmente a modalidade é o primeiro a ser indicado no edital, seguindo-se o critério de julgamento e o modo de disputa, novidades desta lei. Sem tais elementos ter-se-ia uma faca sem lâmina da qual fosse judiciosamente extraído o cabo;

IX - *motivação circunstanciada das condições do edital*, ou seja a justificativa das exigências. Isto deve constar do processo , nunca do edital. Toda a vasta digressão que segue no inciso, a exemplificar e ilustrar, pode ser ilustrativa porém tem efetivo préstimo para quem não faça idéia do que uma justificativa deve conter, mas não merece maior detença considerando-se a sua natureza, repita-se, meramente exemplificativa;

X - *análise dos riscos* “que possam comprometer o sucesso da licitação e a boa execução contratual”. Não se sabe se o legislador escreveu para a Terra, para o Brasil, ou para a ionosfera de Saturno, ou para

Andrômeda. Trata-se de pura poesia dentro de uma lei que precisaria ser objetiva tanto quanto pudesse. Astrologia ? Futurismo ? Adivinhação ? *Jornada nas estrelas* ? *Star trek* ? Não se imagina o que a lei pretendeu com esta previsão, com qual ou sem a qual o mundo das licitações remanesce rigorosamente tal e qual, possivelmente melhor;

XI - “motivação sobre o momento da divulgação do orçamento da licitação, observado o art. 24 desta lei.” O legislador precisa de tratamento psicológico, talvez psiquiátrico. Não se faz a mais remota idéia do que seja isso, nem onde vai, nem como nem por que, assim como se imagina que nenhum operador de licitações jamais tentará decifrar este aberrante enigma. É degradante para o direito brasileiro.

O § 1º, nesta maré de insânia, tenta orientar o estudo técnico preliminar a que se refere o inc. I, em treze torturantes, inúteis, e rebarbativos incisos, que mencionam a descrição da necessidade; plano anual de contratações – que e nem sequer é obrigatório; estimativas; levantamento do mercado; estimativa de valor do contrato; “descrição da solução como um todo” – algo que particularmente excede o ridículo do que o cerca -; “justificativas para o parcelamento ou não da execução” – acredite-se: se se parcela, justifica-se; se não se parcela, justifica-se também !..; demonstrativos da economicidade, e outros requisitos que deixamos de referir por transcenderem a normalidade institucional de um diploma pretendidamente sério.

O patético não tem fim, e seu destino será o pior, ou, como de esperar, nenhum. Quando a lei exige o impossível, além de ser obra de amadores despreparados como neste caso, malogra logo de largada, e compromete a seriedade de todo o texto – que ocasionalmente é bom.

Somente se espera que a fiscalização se dê conta do absurdo que permeia esta infausta lei, e trabalhe como se estivesse diante de algo normal, sabendo-se que *ad impossibilia nemo tenetur*.

O § 2º segue patético e indica 5 (cinco) elementos obrigatórios no estudo técnico preliminar, elencados em cinco incisos acima. Isto significa que os demais já não eram obrigatórios, ainda que a sua inexistência,

reza a lei, exige justificativa. Infelizmente não se pode esperar venha ser tido a sério este enorme rol de retóricas exigências, escritas aparentemente apenas para o legislador demonstrar saber que tanta coisa existe, mas o resultado foi pífio.

O § 3º, fechando este desastroso artigo, é ainda pior: não sabe o que quer, mencionando novamente a asnice de serviços *comuns* de engenharia e dispensando projetos, para exigir apenas projeto básico...

Este artigo é em sua maior parte para ser solenemente ignorado, se alguém pretende de fato realizar uma licitação. O legislador é imperdoavelmente ruim. Levou 28 anos para produzir uma aberração jurídica como esta.

Art. 19

Art. 19. Os órgãos da Administração com competências regulamentares relativas às atividades de administração de materiais, de obras e serviços e de licitações e contratos deverão:

I - instituir instrumentos que permitam, preferencialmente, a centralização dos procedimentos de aquisição e contratação de bens e serviços;

II - criar catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras, admitida a adoção do catálogo do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

III - instituir sistema informatizado de acompanhamento de obras, inclusive com recursos de imagem e vídeo;

IV - instituir, com auxílio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno, modelos de minutas de editais, de termos de referência, de contratos padronizados e de outros documentos, admitida a adoção das

minutas do Poder Executivo federal por todos os entes federativos;

V - promover a adoção gradativa de tecnologias e processos integrados que permitam a criação, a utilização e a atualização de modelos digitais de obras e serviços de engenharia.

§ 1º O catálogo referido no inciso II do **caput** deste artigo poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja o de menor preço ou o de maior desconto e conterà toda a documentação e os procedimentos próprios da fase interna de licitações, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

§ 2º A não utilização do catálogo eletrônico de padronização de que trata o inciso II do **caput** ou dos modelos de minutas de que trata o inciso IV do **caput** deste artigo deverá ser justificada por escrito e anexada ao respectivo processo licitatório.

§ 3º Nas licitações de obras e serviços de engenharia e arquitetura, sempre que adequada ao objeto da licitação, será preferencialmente adotada a Modelagem da Informação da Construção (**Building Information Modelling** - BIM) ou tecnologias e processos integrados similares ou mais avançados que venham a substituí-la.

Eis outro artigo que lamentavelmente não pode ser levado a sério. Pretendendo instituir obrigações para as unidades licitadoras dos órgãos públicos, e as de a administração de contratos, já inicia indicando uma regra *preferencial*, ou seja, nada (inc. I). Segue absurdamente “mandando” criar catálogos eletrônicos de padronização de compras (II), sistema informatizado de acompanhamento de obras (III), modelos e minutas de atos (IV), e adoção gradativa de tecnologias e processos integrados e modelos digitais de obras !..

Nada disso pode ser imposto senão ao próprio Congresso o redigiu. Nenhum Estado, nenhum Município precisa realizar nada disso, porque a sua autonomia administrativa é constitucionalmente garantida, e não permite invasões estratosféricas como estas.

Conhecerá o legislador um pequeno Município interiorano, dos 5.550 Municípios brasileiros ? Pensa que são iguais aos gabinetes de Brasília, com dezenas de assessores, ar condicionado e toda a tecnologia moderna a seu serviço ? Saberá com que realidade está lidando, para escrever uma aleivosia de semelhante envergadura na lei ?

Imagina que os entes públicos nada mais tenham a fazer, senão atender as novas, invasivas, antirrepublicanas e inconstitucionais exigências da nova lei de licitações – este verdadeiro circo de horrores institucional ?

Os comentários a esta lei ilustram de perto a figura do muro das lamentações.

Art. 20

Art. 20. Os itens de consumo adquiridos para suprir as demandas das estruturas da Administração Pública deverão ser de qualidade comum, não superior à necessária para cumprir as finalidades às quais se destinam, vedada a aquisição de artigos de luxo.

§ 1º Os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário definirão em regulamento os limites para o enquadramento dos bens de consumo nas categorias comum e luxo.

§ 2º A partir de 180 (cento e oitenta) dias contados da promulgação desta Lei, novas compras de bens de consumo só poderão ser efetivadas com a edição, pela autoridade competente, do regulamento a que se refere o § 1º deste artigo.

§ 3º (VETADO).

Caput muito bom, e parágrafos ruinosos.

A qualidade dos insumos da Administração deve realmente ser comum, assegurada a qualidade que compense o preço – porque o barato sai caro -, e até esse momento a lei anda bem ao coibir luxos ou requintes incompatíveis com a Administração pública. Tal não significa adquirir porcarias baratas, mas limita ostentações ou desperdícios de verbas.

O § 1º, entretanto, ao burocratizar exigindo regulamentos disso, e o § 2º dando prazo de 180 dias da promulgação da lei para que se os façam – quando a própria lei não é obrigatória até o fim de abril de 2023, parecendo que o legislador se esqueceu deste detalhe -, outra vez atravessam a linha do constitucional e do razoável, impondo obrigações internas aos entes públicos, contra a sua autonomia administrativa constitucional.

O § 3º foi vetado, lamentando-se que não o tenham sido também os dois anteriores.

Art. 21

Art. 21. A Administração poderá convocar, com antecedência mínima de 8 (oito) dias úteis, audiência pública, presencial ou a distância, na forma eletrônica, sobre licitação que pretenda realizar, com disponibilização prévia de informações pertinentes, inclusive de estudo técnico preliminar e elementos do edital de licitação, e com possibilidade de manifestação de todos os interessados.

Parágrafo único. A Administração também poderá submeter a licitação a prévia consulta pública, mediante a disponibilização de seus elementos a todos os interessados, que poderão formular sugestões no prazo fixado.

Dentro de todo o patético ambiente que a lei promoveu nestes últimos dispositivos, este contribui para o *nonsense*: permite o

que sempre foi permitido, seja o ente realizar audiências públicas sobre o que quer pretenda licitar, dentre seus programas ou projetos de governo.

Na lei anterior a audiência era obrigatória a partir de determinada estimativa de valor para o contrato, e mesmo assim por vezes falhava, e era simplesmente desconsiderada. Imagine-se agora, em que a audiência é apenas permitida... como se algum dia tivesse sido proibida. Que autoridade dedicará tempo e serviço para fazê-lo, quando sempre tem muito trabalho *real e necessário* a realizar a cada santo dia ?..

Mas o artigo seguinte não fica atrás em arte cênica.