

LICITAÇÕES – A NOVA LEI 7

Ivan Barbosa Rigolin

(maio/21)

Art. 32

Art. 32. A modalidade diálogo competitivo é restrita a contratações em que a Administração:

I - vise a contratar objeto que envolva as seguintes condições:

- a) inovação tecnológica ou técnica;
- b) impossibilidade de o órgão ou entidade ter sua necessidade satisfeita sem a adaptação de soluções disponíveis no mercado; e
- c) impossibilidade de as especificações técnicas serem definidas com precisão suficiente pela Administração;

II - verifique a necessidade de definir e identificar os meios e as alternativas que possam satisfazer suas necessidades, com destaque para os seguintes aspectos:

- a) a solução técnica mais adequada;
- b) os requisitos técnicos aptos a concretizar a solução já definida;
- c) a estrutura jurídica ou financeira do contrato;

III - (VETADO).

§ 1º Na modalidade diálogo competitivo, serão observadas as seguintes disposições:

I - a Administração apresentará, por ocasião da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, suas

necessidades e as exigências já definidas e estabelecerá prazo mínimo de 25 (vinte e cinco) dias úteis para manifestação de interesse na participação da licitação;

II - os critérios empregados para pré-seleção dos licitantes deverão ser previstos em edital, e serão admitidos todos os interessados que preencherem os requisitos objetivos estabelecidos;

III - a divulgação de informações de modo discriminatório que possa implicar vantagem para algum licitante será vedada;

IV - a Administração não poderá revelar a outros licitantes as soluções propostas ou as informações sigilosas comunicadas por um licitante sem o seu consentimento;

V - a fase de diálogo poderá ser mantida até que a Administração, em decisão fundamentada, identifique a solução ou as soluções que atendam às suas necessidades;

VI - as reuniões com os licitantes pré-selecionados serão registradas em ata e gravadas mediante utilização de recursos tecnológicos de áudio e vídeo;

VII - o edital poderá prever a realização de fases sucessivas, caso em que cada fase poderá restringir as soluções ou as propostas a serem discutidas;

VIII - a Administração deverá, ao declarar que o diálogo foi concluído, juntar aos autos do processo licitatório os registros e as gravações da fase de diálogo, iniciar a fase competitiva com a divulgação de edital contendo a especificação da solução que atenda às suas necessidades e os critérios objetivos a serem utilizados para seleção da proposta mais vantajosa e abrir prazo, não inferior a

60 (sessenta) dias úteis, para todos os licitantes pré-selecionados na forma do inciso II deste parágrafo apresentarem suas propostas, que deverão conter os elementos necessários para a realização do projeto;

IX - a Administração poderá solicitar esclarecimentos ou ajustes às propostas apresentadas, desde que não impliquem discriminação nem distorçam a concorrência entre as propostas;

X - a Administração definirá a proposta vencedora de acordo com critérios divulgados no início da fase competitiva, assegurada a contratação mais vantajosa como resultado;

XI - o diálogo competitivo será conduzido por comissão de contratação composta de pelo menos 3 (três) servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração, admitida a contratação de profissionais para assessoramento técnico da comissão;

XII - (VETADO).

§ 2º Os profissionais contratados para os fins do inciso XI do § 1º deste artigo assinarão termo de confidencialidade e abster-se-ão de atividades que possam configurar conflito de interesses.

Artigo que resume um vasto amontoado de futilidades, retiradas em geral de cartola de mágico e concebidas por alguém que se deve imaginar um prodígio de criatividade, e que pela subjetividade inteira e absoluta desde já se recomenda que, se possível, *jamais seja utilizado* por ente nenhum da Administração pública, porque jamais foi necessário até o dia de hoje nada semelhante, e porque os negócios públicos jamais se ressentiram da falta de algo semelhante.

Quem tiver a infeliz idéia de tentar por em prática esta bisonha instituição do diálogo competitivo – o que se desaconselha com ênfase máxima – então leia o artigo, e veja se dele consegue extrair algo aproveitável.

Verifique se o objeto pretendido pode enquadrar-se nas als. *b* e *c* do inc. I, ou seja se parecer impossível tratar o objeto do modo tradicional, descrevendo-se-o adequadamente no edital. Para nós não existe objeto no universo que não possa ser descrito adequadamente. Desafiamos alguém a nos exhibir algum.

Se o homem foi capaz de chegar a uma tecnologia tão requintada que chegue de início a assustar, foi porque passou por diversos e penosos estágios de desenvolvimento, e nessa hipótese com muitíssimo maior facilidade terá condição de simplesmente descrever aquelas fases, aquele progresso gradativo e o resultado final, com a indicação de toda a utilidade ou a serventia do que concebeu. É sempre muito mais árduo inventar que descrever a invenção.

E a Administração, será que outra vez desconhece o de que precisa ? Já não basta o *concurso* para sugerir objetos ao ente público que não sabe o que quer ?

Se o ente, entretanto, tem apenas *preguiça*, e espera que os licitantes façam o trabalho que cabe apenas à autoridade licitadora – assessorada se necessário por um colégio de cientistas -, então a questão passa a ser outra, e não à toa se atribui à preguiça o *status* de ser o mais grave dos pecados mortais...

Não comentaremos o conteúdo do artigo, convencidos da absoluta perda de tempo que seria ao se considerar que, entendemos e repetimos, *já* será necessário utilizar esta artificial, estapafúrdia e patética instituição. O leitor, a autoridade e nós, todos felizmente temos bem mais o que fazer. Se se dedicar tempo a comentar este artigo talvez alguém imagine que seja para levá-lo a sério.

Seção III

Dos Critérios de Julgamento

Art. 33. O julgamento das propostas será realizado de acordo com os seguintes critérios:

- I - menor preço;
- II - maior desconto;
- III - melhor técnica ou conteúdo artístico;
- IV - técnica e preço;
- V - maior lance, no caso de leilão;
- VI - maior retorno econômico.

Neste artigo o legislador desceu da estratosfera dos sonhos e dos devaneios do artigo anterior, e voltou a pisar a terra.

Elenca os critérios de julgamento das propostas nas licitações, porém a técnica ainda deixa a desejar, porque o *caput* deveria informar que o julgamento se dará segundo *algum dos critérios* que seguem, já que como está escrito pode parecer que os critérios são cumulativos, e não alternativos como são. O ente escolhe *um ou outro* critério para cada certame, não podendo misturar ou combinar mais de um.

Inspirado basicamente no direito anterior, repete alguns critérios, cria outros e mistura outros. O menor preço (inc. I), a melhor técnica (inc. III), a técnica e preço (inc. IV) e o maior lance (inc. V) são matéria antiga; o maior desconto (inc. II), que não é outra coisa senão o menor preço artificialmente redenominado, o melhor conteúdo artístico (inc. III) e o maior retorno econômico (inc. VI) são novidades desta lei. Cada qual vem disciplinado adiante na lei.

Reúnem-se critérios *objetivos*, como os incs. I, II, V e VI, com critérios *subjetivos*, como os dos incs. III e IV. E o *azar* da licitação e de todos os envolvidos é o critério subjetivo, que pode engendrar e com muita frequência engendra tremendas disputas, confusões e desavenças administrativas e judiciais, entre furioso ranger de dentes e imprecações as mais variegadas.

Subjetividade, mesmo dentro dos limites legais que geralmente não são fáceis de divisar, é um campo de trabalho para juízes, mas aplicada a autoridades administrativas - que precisam ter seu trabalho estritamente vinculadas à vontade e a roteiros da lei – é um impasse sério e sem solução fácil à vista.

Sempre, dessa forma, que o ente técnico a racionalmente puder escolher um critério objetivo ao invés de um subjetivo, isso lhe resultará imensamente preferível.

Art. 34

Art. 34. O julgamento por menor preço ou maior desconto e, quando couber, por técnica e preço considerará o menor dispêndio para a Administração, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no edital de licitação.

§ 1º Os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental do objeto licitado, entre outros fatores vinculados ao seu ciclo de vida, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme disposto em regulamento.

§ 2º O julgamento por maior desconto terá como referência o preço global fixado no edital de licitação, e o desconto será estendido aos eventuais termos aditivos.

São e geral infelizes as alterações que esta lei promoveu com relação à matéria anterior equivalente, como aqui.

O artigo, ao disciplinar o menor preço e o maior desconto, já no *caput* evidencia que são uma só coisa: regem a licitação na qual a vencedora será a proposta de menor preço para o ente licitador.

E o dispositivo não deveria ter misturado técnica e preço com menor preço, como fez ao informar que também a técnica e preço quando couber prestigiará o menor preço. Se é assim, então diga-o a lei no artigo da técnica e preço que vem adiante, e não *en passant* e fora de hora como neste artigo.

E outra vez surge a expressão *no que couber*, rematada leviandade que as leis consignam insistentemente e que não diz absolutamente nada sobre coisa alguma. O aplicador nunca sabe o que cabe, o que descabe, o que caberia e o que não tem cabimento...

O § 1º, útil como uma gripe, informa que todos os custos mensuráveis do objeto, que deverão constar das propostas, computam-se para a apuração do menor preço. Isto é mais do que óbvio, pois que se representam parte do custo que o ente terá de pagar, por evidente precisam ser computados no cálculo do preço proposto, o menor dos quais será o vencedor. Seja como for, o edital deve esclarecer, nesse sentido, o que já não estiver evidenciado no edital.

O final § 2º na primeira parte diz o óbvio, e na segunda parte é de duvidosa eficácia.

Inicia por declinar que os descontos propostos pelo licitante serão com base no preço global estimado pela Administração e anunciado no edital – o que é forçoso, ou de outro modo inexistiria referência objetiva a qualquer desconto proponível.

E a parte final estipula – lendo-se nas entrelinhas, porque o dispositivo pouco informa - que o desconto dado pelo vencedor e assim lavrado em ata, se posteriormente o contrato for aditivado “serão estendidos aos termos aditivos”.

Ora, serão estendidos com base em quê ? O preço padrão, estimado para a licitação, ficou para trás, e esgotou seu papel com o fim da licitação. Como estender descontos, então, sobre não se sabe o quê ?

A Administração anunciará um novo preço básico para o aditamento, e exigirá o mesmo desconto sobre esse preço ? Só se se

estiver em espetáculo de humor, de tão ridícula é essa cogitação. Então, repete-se: que desconto será estendido, e com base em quê ?

Péssimo momento da lei, que já evidencia a desvantagem de o ente escolher o critério do maior desconto, sempre que imagina que poderá aditivar os respectivos contratos. O bom e velho *menor preço* continua sendo preferível a tais alegres invencionices, gratuitas como o sorriso de uma criança ou os revolteios do colibri.

Art. 35

Art. 35. O julgamento por melhor técnica ou conteúdo artístico considerará exclusivamente as propostas técnicas ou artísticas apresentadas pelos licitantes, e o edital deverá definir o prêmio ou a remuneração que será atribuída aos vencedores.

Parágrafo único. O critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística.

Artigo embaraçoso, na esteira dos antecedentes. O *caput* informa que que o julgamento dos certames de melhor técnica considerará apenas as propostas apresentadas pelos licitantes ! Acredite-se se se quiser ! Imagina o legislador que se julgaria a proposta de Brunelleschi para a catedral Santa Maria del Fiore, em Florença, ou o projeto de Lúcio Costa e Niemeyer para a esplanada dos ministérios em Brasília ? Ou o projeto de Ximenes para o monumento do Ipiranga ?

Seguindo no artigo, pergunta-se: então as licitações de melhor técnica ou conteúdo artístico ficaram restritas a projetos técnicos, científicos e artísticos, com prêmio ao vencedor ?

Apenas isso pode ser objeto de licitação por esse critério ? Nada mais ? E o *concurso*, para quê serve ?

E os julgadores da licitação serão por acaso, ou de repente obtiveram a qualificação de, peritos em arte, para poder indicar qual o melhor conteúdo artístico ? Na sua absoluta maioria, *que entendem disso* ? Muito pouco, e não se esperava diferente nem se pode exigir de servidores operadores de licitação, caso não sejam críticos de arte nas horas vagas....

Se o ente quer ou precisa de uma obra de arte, ou de um diverso objeto de natureza artística, não é o caso então de o adquirir por *inexigibilidade*, possivelmente após pareceres e laudos de artistas e de especialistas, inclusive em preço ? Licitar conteúdos artísticos... ora, que petulância – ou que tremenda insciência !..

Temos séria apreensão sobre o que será de nosso país se a sua legislação passar a ser toda deste nível, o de uma lei que demorou 28 anos para ser editada, e ela saiu prenhe de pontos deste nível técnico.

Assim tristemente sendo, recomenda-se preferir o critério da técnica e preço *desta lei* – atenção: não se fala da técnica e preço da L 866, mas do critério *desta lei*, *art. 36* -, ainda que para tanto se precise licitar por esta mesma nova lei, o que não deixa de ser terrível... e asses são apenas alguns dos são os altos e baixos de cada lei.

Art. 36

Art. 36. O julgamento por técnica e preço considerará a maior pontuação obtida a partir da ponderação, segundo fatores objetivos previstos no edital, das notas atribuídas aos aspectos de técnica e de preço da proposta.

§ 1º O critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo será escolhido quando estudo técnico preliminar demonstrar que a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no edital forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração nas licitações para contratação de:

I - serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual, caso em que o critério de julgamento de técnica e preço deverá ser preferencialmente empregado;

II - serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação;

III - bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação;

IV - obras e serviços especiais de engenharia;

V - objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução, com repercussões significativas e concretamente mensuráveis sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade, quando essas soluções e variações puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, conforme critérios objetivamente definidos no edital de licitação.

§ 2º No julgamento por técnica e preço, deverão ser avaliadas e ponderadas as propostas técnicas e, em seguida, as propostas de preço apresentadas pelos licitantes, na proporção máxima de 70% (setenta por cento) de valoração para a proposta técnica.

§ 3º O desempenho pretérito na execução de contratos com a Administração Pública deverá ser considerado na pontuação técnica, observado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 88 desta Lei e em regulamento.

Chega-se à técnica e preço. O *caput* melhorou o direito anterior, que era tremendamente complicado e quase por completo subjetivo, e que ensejava ojeriza por licitadores sérios de propósito. Sintetizou-

se agora a regra, e foram eliminados os malfadados pesos de técnica e de preço, que eram (e ainda são, até abril de 2023, para quem adotar a L 8666) um sério fator de *dirigismo* das licitações, numa medida acertada.

Segue o *caput* prestigiando como decisiva a *ponderação* da nota técnica e da nota de preço para o resultado, ou seja, somam-se as duas notas e se divide o resultado por dois, sem privilegiamento de nenhuma delas - uma ótima ideia. Vence o licitante que obtiver mais pontos, e termina o julgamento.

O § 1º, entretanto, volta a anuviar o ambiente, que vinha bem graças ao *caput*. Estabelece um complexo e pouco objetivo mecanismo para avaliar se deve este critério de técnica e preço ser escolhido para dada licitação, dispositivo o qual desde logo *tem tudo para não ser levado a ferro e fogo...* pois com efeito existem regras malsinadas nas leis, que parecem concebidas para não funcionar. Esta é uma delas.

Duvida-se da disposição do ente que licita para realizar o *estudo preliminar* referido no parágrafo, e se o fizer duvida-se da sua eficácia, da sua objetividade e da confiabilidade das suas indicações – duvida-se apenas disso...

O mais razoável é *sic et simpliciter* escolher a técnica e preço conforme seja o objeto da licitação, e a sua listagem figura nos incs. I a V deste § 1º, sendo (I) serviços técnicos especializados; (II) serviços majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada – seja como for que isso venha a ser avaliado; (III) “bens e serviços especiais de tecnologia da informação e de comunicação”; (IV) “obras e serviços especiais de engenharia”, e (V) “objetos que admitam soluções específicas e alternativas e variações de execução” – desprezando-se, *data venia*, a forte *xaropada* que segue neste inciso, tão realística que uma nota de treze unidades monetárias.

Sendo um desses o objeto do certame, então sem hesitação o ente pode compor o edital com adoção do critério da técnica e preço.

O § 2º também simplificou bastante o direito anterior, ao fixar que serão ponderadas as propostas técnicas e depois as de preço

dos licitantes, e que as de preço poderão responder por no máximo 70% do resultado. O edital, dentro dessa limitação, gradua a proporção.

Com isso a lei permite privilegiar a técnica sobre o preço, porém também admite que sejam iguais os percentuais, respondendo técnica por metade do resultado final de cada licitante, e preço pela outra metade.

O que resulta difícil de se aceitar é que o preço prevaleça sobre a técnica – algo que formalmente não está proibido na lei, mas que repugna a consciência profissional. E não foi sem razão a a técnica escrita *antes* do preço no enunciado do critério.

Fecha o artigo o § 3º, que melhormente não teria sido escrito. Lembra o pedido que a criança faz por instilação de mamãe, ajoelhada aos pés da cama, antes de dormir. Preconiza que o desempenho pretérito do licitante será levado em conta, na forma do art. 88 desta lei e de regulamento.

Ou seja, *não preconiza nada*, porque *a)* se o licitante não tem desempenho pretérito, então nada existe a considerar; *b)* se depende de regulamento e se inexistir regulamento, ou se o regulamento disser diferente, então fica o dito pelo não dito, e *c)* não tem sentido premiar ou castigar o licitante pelo que ele fez no passado, bom ou mau. Então para obter mais pontos será preciso já ter trabalhado para o ente – e bem ? ⁽¹⁾.

O bom artigo se encerra, portanto, melancolicamente.

Art. 37

Art. 37. O julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço deverá ser realizado por:

I - verificação da capacitação e da experiência do licitante, comprovadas por meio da apresentação de atestados de obras, produtos ou serviços previamente realizados;

¹ A recordar o episódio em que o queridíssimo e finado amigo, até então o único presidente de uma associação de classe que fundara nos anos 80, pretendia incluir no estatuto a exigência de que para candidatar-se a presidente o postulante deveria demonstrar que já exercera a presidência da entidade...

II - atribuição de notas a quesitos de natureza qualitativa por banca designada para esse fim, de acordo com orientações e limites definidos em edital, considerados a demonstração de conhecimento do objeto, a metodologia e o programa de trabalho, a qualificação das equipes técnicas e a relação dos produtos que serão entregues;

III - atribuição de notas por desempenho do licitante em contratações anteriores aferida nos documentos comprobatórios de que trata o § 3º do art. 88 desta Lei e em registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP).

§ 1º A banca referida no inciso II do **caput** deste artigo terá no mínimo 3 (três) membros e poderá ser composta de:

I - servidores efetivos ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes da Administração Pública;

II - profissionais contratados por conhecimento técnico, experiência ou renome na avaliação dos quesitos especificados em edital, desde que seus trabalhos sejam supervisionados por profissionais designados conforme o disposto no art. 7º desta Lei.

§ 2º (VETADO).

Inicia bem este artigo, informando que o julgamento das licitações de melhor técnica, ou o da técnica preço, levará em conta (inc. I) a capacidade e a experiência do licitante, atestada em documentos comprobatórios. Tradicional, necessário e corretíssimo.

Na sequência, entretanto, enevoa-se um bocado o panorama, quando os incs. II e III mandam atribuírem-se notas a qualidades do proponente como conhecimento do objeto, metodologia e programa de trabalho,

e qualificação da equipe técnica (inc. II), e também por desempenhos anteriores do licitante.

Ainda que a lei tente objetivar essas atribuições de notas por indicar referências oficiais como o PNCP – Portal Nacional de Contratações Públicas, ou cadastros públicos oficiais, francamente não é possível confiar na isenção do próprio edital em casos assim, pois que o instrumento convocatório sempre poderá eleger as demonstrações que naquele dia e naquela hora aprouverem à autoridade responsável, muita vez segundo o modismo do dia ou a onda do momento, sem maior preocupação de que seja mesmo significativa ou que perdurará para além da moda da ocasião.

O irrefreável personalismo e a inafastável subjetividade na escolha pelo edital de documentos, demonstrações, comprovações e atestações são absolutos. Nada no universo assegura sempre a imparcialidade e a isenção do edital, se o autor dispuser de uma tal liberdade de escolha documental.

Compreenda-se bem: não é a entidade de referência, nem os cadastros existentes, os desconfiáveis, em absoluto, mas *o próprio edital*, que dentro dessa discricionariedade pouco parametrada pode eleger o que lhe *dê na veneta* como documentação habilitatória, ou mesmo classificatória, do licitante. E com essa possibilidade, já de antemão, é impossível concordar.

Tendo sido vetado o § 2º, então o § 1º, com seus dois incisos, encerra o artigo.

Denomina *banca* a comissão de julgamento, e informa que será integrada por no mínimo três membros, que podem ser *servidores* (estatutários efetivos ou empregados, e nesse caso podendo ser em comissão ou de confiança, caso existam empregos dessa natureza no quadro do ente licitador) do ente, ou de outro modo podem *não ser servidores*, mas especialistas para tanto contratados, os quais terão seu trabalho supervisionado na forma do art. 7º desta lei.

Conveniente que desde logo a lei admita profissionais especializados, não servidores do ente licitador, para constituírem a comissão.

Entendemos que, com esta redação da lei, pode mesmo haver *composição* entre os membros, ou seja a banca ter em parte servidor(es) e em parte especialista(s) contratado(s). Nesse caso, sorte dos servidores, que em geral terão ensejo de aperfeiçoar seu trabalho.

Art. 38

Art. 38. No julgamento por melhor técnica ou por técnica e preço, a obtenção de pontuação devido à capacitação técnico-profissional exigirá que a execução do respectivo contrato tenha participação direta e pessoal do profissional correspondente.

Curto e correto artigo, simplificou adequadamente o direito anterior ao estabelecer que se o contratado se valeu de sua reputação e qualificação para obter pontuação suficiente para vencer o certame, então deverá participar pessoalmente da execução do contrato. Isso não significa ser o único executante mas ser ao menos ser um deles, com direta participação no resultado final.

A condição célebre não pode servir apenas como abridora de portas em licitações e em contratos públicos, mas se foi decisiva deve também obrigar a participação autoral daquele consagrado profissional.

Art. 39

Art. 39. O julgamento por maior retorno econômico, utilizado exclusivamente para a celebração de contrato de eficiência, considerará a maior economia para a Administração, e a remuneração deverá ser fixada em percentual que incidirá de forma proporcional à economia efetivamente obtida na execução do contrato.

§ 1º Nas licitações que adotarem o critério de julgamento de que trata o **caput** deste artigo, os licitantes apresentarão:

I - proposta de trabalho, que deverá contemplar:

a) as obras, os serviços ou os bens, com os respectivos prazos de realização ou fornecimento;

b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, ao bem ou ao serviço e em unidade monetária;

II - proposta de preço, que corresponderá a percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

§ 2º O edital de licitação deverá prever parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo para a remuneração devida ao contratado.

§ 3º Para efeito de julgamento da proposta, o retorno econômico será o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço.

§ 4º Nos casos em que não for gerada a economia prevista no contrato de eficiência:

I - a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida será descontada da remuneração do contratado;

II - se a diferença entre a economia contratada e a efetivamente obtida for superior ao limite máximo estabelecido no contrato, o contratado sujeitar-se-á, ainda, a outras sanções cabíveis.

Este artigo descreve o critério do julgamento por maior retorno econômico, e circunscreve esse critério às licitações do *contrato de eficiência*, que pelo inc. LIII do art. 6º desta lei é aquele “cujo objeto é a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de

bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, remunerado o contratado com base em percentual da economia gerada”.

Inspirou-se no § 3º do art. 70 da Lei nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, a lei do RDC – o *regime diferenciado de contratação*, e representa uma boa e proveitosa ideia - *ao menos para o ente contratante...* Remunera-se o contratado por percentual, anunciado no edital, sobre a vantagem advinda ao ente público contratante.

É uma licitação significativamente trabalhosa para a Administração e *trabalhosíssima* para os licitantes, que precisarão munir-se de inúmeros cálculos, previsões, projeções, estimativas e mesmo, quase sempre, *adivinhações* da mais variada espécie.

Não seria de estranhar, se se permite ironia, que dentre a equipe técnica do proponente, anexada como documentação, figurasse algum astrólogo, ou um sagaz adivinho de proficiência desejavelmente ainda superior à de Mãe Dinah.

As variáveis e o imponderável ao propor nesses termos são invariavelmente altíssimos, e resulta imprescindível reduzir os riscos, dentro da mais avançada técnica à disposição do licitante, tanto quanto lhe for possível. E, se existe alguma licitação *para profissionais*, deve ser esta...

Pelo § 1º com seus incisos o licitante deverá apresentar (I, *a*) proposta de trabalho descrevendo o objeto sugerido, seja obra, seja serviço, seja mesmo fornecimento de bens – e esses, no silêncio da lei, poderão ser da mais variada natureza, e (I, *b*) proposta de preço, que indique a economia esperada para o ente contratante. Essa economia poderá também, na forma do que o edital parametrar mais ou menos objetivamente, assumir os contornos mais diversos, sendo o detalhamento igualmente variável ao extremo.

É o que o § 2º sinteticamente informa, ainda que se saiba que por mais objetivos que tentem ser os parâmetros o ente navegará a todo tempo no mar da incerteza próprio da ciência econômica, que só em si é o exercício da futurologia posto em execução de modo permanente, no qual quase

nada é seguro e confiável. Todo esforço deve ser encetado sempre, entretanto, pelo elaborador do edital para tentar circunscrever o grau de risco do proponente, e o seu próprio, ao menor possível.

Pelo § 3º se informa algo que já estava implícito até este ponto: o julgamento elegerá vencedor sempre o proponente *classificado* que propuser a maior economia. Não existe outro.

O § 4º, como era de temer, expõe mais de perto os riscos do contratado. Esse critério de julgamento parece ser, aproximadamente, cem por cento favorável ao ente contratante, e, ainda aproximadamente, zero por cento ao contratado. Um licitante precisa realmente estar muitíssimo seguro do que irá propor, eis que pelo teor deste parágrafo o jogo lembra, para o proponente, uma *roleta russa*.

Reza o texto que sempre que a economia prevista e contratada não acontecer (I) a diferença entre a contratada e a obtida será deduzida da remuneração do contratado. Até aqui esta regra é apenas a lógica posta em execução, porque se a remuneração é ditada por um percentual variável, então se o percentual for abaixo do previsto a remuneração será proporcional.

Mas o inc. II é que deve introduzir a siphonaptera na região posterior do pavilhão auditivo ⁽²⁾ do contratado. Se aquela diferença for maior que a admitida no edital como máxima - algo com certeza absolutamente indesejado pelo contratado e que ele deve ter tentado evitar como terá podido -, ficará sujeito a outras sanções, que a lei não especifica e que o edital portanto pode formalmente estabelecer.

Quer isto significar: se o contratado não gerar a economia contratada e nem sequer conseguir manter-se no patamar mínimo fixado no edital, então, além de nada receber, poderá sofrer sanções. Qual o atrativo que este contrato oferece ao contratado, em tal circunstância ?

De duas uma: ou o proponente, depois contratado, de antemão tem *absoluta certeza* da economia que fará o seu contratante público obter, ou em outra hipótese desejavelmente deve ser, tão logo quanto possível,

² Introduzir-lhe a pulga atrás da orelha.

internado em instituição para doentes mentais, com ou sem camisa de força conforme o caso.

Um contrato com semelhante grau de risco não se deve revelar muito atrativo, a não ser que o edital desconsidere o inc. II do § 4º e não comine penalidade alguma pelo insucesso do contratado.

Mais razoável que apená-lo seria prever, no edital e no contrato, a rescisão do contrato em caso de persistência do desempenho insuficiente do contratado, é o que o bom senso e a razoabilidade indicam como providência amais civilizada.

Art. 30

Seção IV

Disposições Setoriais

Subseção I

Das Compras

Art. 40. O planejamento de compras deverá considerar a expectativa de consumo anual e observar o seguinte:

I - condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

II - processamento por meio de sistema de registro de preços, quando pertinente;

III - determinação de unidades e quantidades a serem adquiridas em função de consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas, admitido o fornecimento contínuo;

IV - condições de guarda e armazenamento que não permitam a deterioração do material;

V - atendimento aos princípios:

a) da padronização, considerada a compatibilidade de especificações estéticas, técnicas ou de desempenho;

b) do parcelamento, quando for tecnicamente viável e economicamente vantajoso;

c) da responsabilidade fiscal, mediante a comparação da despesa estimada com a prevista no orçamento.

§ 1º O termo de referência deverá conter os elementos previstos no inciso XXIII do **caput** do art. 6º desta Lei, além das seguintes informações:

I - especificação do produto, preferencialmente conforme catálogo eletrônico de padronização, observados os requisitos de qualidade, rendimento, compatibilidade, durabilidade e segurança;

II - indicação dos locais de entrega dos produtos e das regras para recebimentos provisório e definitivo, quando for o caso;

III - especificação da garantia exigida e das condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso.

§ 2º Na aplicação do princípio do parcelamento, referente às compras, deverão ser considerados:

I - a viabilidade da divisão do objeto em lotes;

II - o aproveitamento das peculiaridades do mercado local, com vistas à economicidade, sempre que possível, desde que atendidos os parâmetros de qualidade; e

III - o dever de buscar a ampliação da competição e de evitar a concentração de mercado.

§ 3º O parcelamento não será adotado quando:

I - a economia de escala, a redução de custos de gestão de contratos ou a maior vantagem na contratação recomendar a compra do item do mesmo fornecedor;

II - o objeto a ser contratado configurar sistema único e integrado e houver a possibilidade de risco ao conjunto do objeto pretendido;

III - o processo de padronização ou de escolha de marca levar a fornecedor exclusivo.

§ 4º Em relação à informação de que trata o inciso III do § 1º deste artigo, desde que fundamentada em estudo técnico preliminar, a Administração poderá exigir que os serviços de manutenção e assistência técnica sejam prestados mediante deslocamento de técnico ou disponibilizados em unidade de prestação de serviços localizada em distância compatível com suas necessidades.

Artigo que lembra um latifúndio: área grande e inculta. Amontoado de platitudes que todos conhecem e há décadas praticam dentro das suas possibilidades e das suas necessidades, inexistisse este artigo não faria a mais remota falta ao restante da lei e do direito.

Lembra a genitora cuidadosa a formular conselhos aos seus filhos, o que em uma lei é no mínimo embaraçoso. Pretende organizar os serviços internos dos entes públicos e lhes ensinar a planejar compras, o que não é papel de lei nacional nenhuma porém matéria interna de cada ente capaz de licitar. Juridicamente é de todo desprezível este artigo.

Inicia o artigo informando o que o planejamento das compras deve obedecer uma série de condições. Em primeiro lugar, quem ou o quê na lei impõe o próprio planejamento de compras? Nada, e nem poderia impor porque esse é uma assunto *íntimo* de cada ente público, e cada qual planeja o *que* quiser, *como* quiser e *se* quiser. Pretender diferente viola a regra

constitucional da autonomia dos Poderes de um lado, e da autonomia dos entes da federação, uns com relação aos outros, de outro lado.

As previsões dos incisos I a V do *caput* são inteiramente recomendáveis - condições de aquisição semelhantes às do setor privado, registro de preços se for o caso, previsão de quantidades segundo o consumo estimado, condições de guarda, atendimento a princípios de administração - porque traduzem a própria organização interna do ente, porém *absolutamente* não podem ser impostas senão à União, que editou a lei.

Pinçam-se dois exemplos de bisonhice do texto:

a) condições de aquisição semelhantes às do setor privado. Como algum ente planeja isso ? Não faz nenhum sentido a previsão se inserida numa seção de planejamento de compras ! No direito anterior era diferente, pois a L 8666 informa que “as compras observarão, sempre que possível”, mas não que o planejamento das compras deva preocupar-se de antemão com as condições do setor privado ..;

b) condições de guarda. Então a lei nacional vai ensinar ao Município amazonense, ou ao pequeno pago incrustado nos pampas gaúchos, ou ao exíguo Município paulista, como guardar suas compras ?

O § 1º repete, reduzido e abreviado, o nele mencionado inc. XXIII do art. 6º, das definições. É outra pedra na sopa, tão útil quanto uma broncopneumonia dupla.

O § 2º pretende que parcelamento tornou-se princípio. Não é, nunca foi nem provavelmente jamais será. O parcelamento não é sequer regra – muito menos princípio -; não precisa ser adotado por ente público nenhum nem, como foi aqui referido, merece a menor consideração.

Os §§ 2º e 3º não precisam ser sequer lidos pela autoridade, eis que em direito não significam absolutamente nada. O legislador desta L 14133 muita vez *sonha* com algum instituto e na sequência o coloca por escrito, imaginando venha a ser alguma coisa. Não se faz idéia de quem tenha ensinado o autor destas insignificâncias que se sucedem nesta tão importante lei, a escrever leis.

Parcelamento é algo que o ente público adota no momento e para a ocasião, quando perceber que a execução total, ou a compra da totalidade dos itens supostamente necessários, se faz inconveniente por algum motivo relevante, como por exemplo não ter aplicação de plano, ou não existir local para a guarda, ou porque não existe certeza sobre a execução das fases posteriores do objeto em causa.

Nessas hipóteses e em outras sem conta o ente compra apenas parte do quantitativo total que informa ser a meta final, sem esconder esse fato, e o assunto está encerrado.

A L 8666, ainda em vigor, disciplina esse assunto espriadamente por diversos artigos – em técnica nada recomendável -, porém não tem as pretensões, a petulância e o *esnobismo* desta L 14133, que transforma o parcelamento em princípio e, mesmo jamais sendo obrigatório, deita abundantes regras sobre este microscópico e casuístico tema, como se dele dependessem os entes públicos que licitam e que compram.

E, outra vez, sem respeitar a autonomia administrativa dos entes integrantes de cada pessoa formadora da federação brasileira.

Se vai mal o artigo, ao concluir neste § 4º a infelicidade do legislador atinge seu paroxismo. Fala sobre nada, pois que os serviços de manutenção do que quer que seja podem sempre ser contratados do modo e nas condições que melhor atendam o interesse e a necessidade do ente que os contrata.

É óbvio que não se está diante de dispositivo respeitável, pois que pontos como este não apresentam nem contêm os mínimos requisitos de institucionalidade e de informação sobre o princípio republicano, nem sobre o princípio federativo. Não imaginamos pontos como este desta lei entrando em vigor exclusivo – e não *concorrente* como acontece neste momento e até abril de 2023.

Algo precisará acontecer até essa última data. O *karma* nacional, todos o sabem, é pesado, mas não deve ser tanto.

Art. 41

Art. 41. No caso de licitação que envolva o fornecimento de bens, a Administração poderá excepcionalmente:

I - indicar uma ou mais marcas ou modelos, desde que formalmente justificado, nas seguintes hipóteses:

a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto;

b) em decorrência da necessidade de manter a compatibilidade com plataformas e padrões já adotados pela Administração;

c) quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender às necessidades do contratante;

d) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência;

II - exigir amostra ou prova de conceito do bem no procedimento de pré-qualificação permanente, na fase de julgamento das propostas ou de lances, ou no período de vigência do contrato ou da ata de registro de preços, desde que previsto no edital da licitação e justificada a necessidade de sua apresentação;

III - vedar a contratação de marca ou produto, quando, mediante processo administrativo, restar comprovado que produtos adquiridos e utilizados anteriormente pela Administração não atendem a requisitos indispensáveis ao pleno adimplemento da obrigação contratual;

IV - solicitar, motivadamente, carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor.

Parágrafo único. A exigência prevista no inciso II do **caput** deste artigo restringir-se-á ao licitante provisoriamente vencedor quando realizada na fase de julgamento das propostas ou de lances.

Este artigo tentou ajudar. Por vezes acerta e preenche lacunas na legislação, e por vezes o resultado não é feliz.

Indica, *caput* e seus incisos, que é proibida a indicação de marca - o que já era regra constante da legislação anterior - salvo nas exceções que o inc. I enumera:

a) quando houve *padronização* – e a redação é ruim ao prever “quando houver necessidade de padronização”, o que dá a impressão de que primeiro se indica a marca e se a compra, e de pois se padroniza.

A padronização, que pode incidir sobre qualquer bem suficientemente complexo, singular ou que não se aconselhe confundir com os ditos similares, ou que pode incidir também sobre serviços rotineiros e usuais, ou ainda sobre projetos de obras, é uma iniciativa inteligente e recomendável, e depende de disciplinamento próprio de cada ente, maior ou menor. Uma vez adotada, evidentemente deve ser observada sempre que se estiver diante de adquirir o objeto padronizado;

b) na necessidade de manter a *compatibilidade* com plataformas e padrões já adotados pela Administração – e a novidade das plataformas dá idéia da informatização que tomou conta do serviço público, eis que essa seria a última preocupação do comprador, que deve ter algumas plataformas digitais à sua frente, mas que tem dezenas de milhares de bens que poderiam ensejar padronização;

c) “quando determinada marca ou modelo comercializados por mais de um fornecedor forem os únicos capazes de atender

às necessidades do contratante”. como no caso de reposição de peças que precisem ser as originais – porque com muita frequência não precisam, e

d) “quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser mais bem compreendida pela identificação de determinada marca ou determinado modelo aptos a servir apenas como referência”, técnica essa amiúde utilizada na Administração, para que o interessado simplesmente possa saber o quê está sendo licitado. Nesse caso se recomenda a citação de diversas marcas se possível, ficando evidente a preferência do ente pela primeira indicada, já que ninguém indica suas preferências começando pela última.

Nada existe de novo até aqui, porque no direito anterior e na prática da L 8666 assim mesmo corriam as coisas, mas a organização da matéria está bastante melhor do que naquela L 8666.

O inc. II menciona *amostra*, o que é de bom mérito e resolve boa parte dos questionamentos que essa matéria até hoje – sem muito motivo – sofreu. Pode excepcional e justificadamente ser exigida, diz a lei, e isso se dá quando for indispensável ao ente saber exatamente o que está sendo oferecido pelo licitante. A amostra há de ser analisada e julgada apta ou inapta, para apenas então prosseguir o certame quanto às aprovadas.

Esta exigência apenas se pode dar quanto ao vencedor provisório das propostas ou lances, segundo o parágrafo único, sem muita necessidade, adiante esclarece. Não se imaginaria nada muito diferente.

Pode ainda existir, sempre justificadamente e com previsão no edital, a fase de pré-qualificação dos produtos da amostragem – o que na maior parte das vezes constitui um incômodo bastante considerável, algo como empurrar um trem na subida, porém o que também pode acontecer é a exigência de amostras sem pré-qualificação nenhuma, bastando a presença da amostra para que o bem possa ser suficientemente analisado.

O inc. III proíbe adquirir produto ou marca reprovadas anteriormente em processo de apuração pelo ente público. e isto nada contém da, anunciada pelo *caput*, excepcionalidade, pois que constitui obrigação da entidade não incidir no mesmo erro aquisitivo, ou na mesma experiência

infausta, oficialmente documentada. E essa limitação vigorará até que o produto apenado produza provas de que superou sua deficiência, e o ente acate a argumentação e a demonstração.

O inc. IV menciona uma *bobagem* inventada por algum bem intencionado mas ingênuo servidor, que deve crer em papai noel ou em promessas garantidas por um fio de barba. Esse atestado referido, “que assegure a execução do contrato”, equivale a contratar tempo firme e seco por duas semanas, ou sucesso na loteria.

Deve em boa técnica o ente público, seguramente atarefado com assuntos relevantes, ignorar solenemente esta infantil e quixotesca possibilidade que a lei lhe abre.