

# LICITAÇÕES - A NOVA LEI - 11

*Ivan Barbosa Rigolin*  
(jun/21)

## *Art. 81*

### Seção IV

#### Do Procedimento de Manifestação de Interesse

Art. 81. A Administração poderá solicitar à iniciativa privada, mediante procedimento aberto de manifestação de interesse a ser iniciado com a publicação de edital de chamamento público, a propositura e a realização de estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública, na forma de regulamento.

§ 1º Os estudos, as investigações, os levantamentos e os projetos vinculados à contratação e de utilidade para a licitação, realizados pela Administração ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, e o vencedor da licitação deverá ressarcir os dispêndios correspondentes, conforme especificado no edital.

§ 2º A realização, pela iniciativa privada, de estudos, investigações, levantamentos e projetos em decorrência do procedimento de manifestação de interesse previsto no **caput** deste artigo:

I - não atribuirá ao realizador direito de preferência no processo licitatório;

II - não obrigará o poder público a realizar licitação;

III - não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração;

IV - será remunerada somente pelo vencedor da licitação, vedada, em qualquer hipótese, a cobrança de valores do poder público.

§ 3º Para aceitação dos produtos e serviços de que trata o **caput** deste artigo, a Administração deverá elaborar parecer fundamentado com a demonstração de que o produto ou serviço entregue é adequado e suficiente à compreensão do objeto, de que as premissas adotadas são compatíveis com as reais necessidades do órgão e de que a metodologia proposta é a que propicia maior economia e vantagem entre as demais possíveis.

§ 4º O procedimento previsto no **caput** deste artigo poderá ser restrito a startups, assim considerados os microempreendedores individuais, as microempresas e as empresas de pequeno porte, de natureza emergente e com grande potencial, que se dediquem à pesquisa, ao desenvolvimento e à implementação de novos produtos ou serviços baseados em soluções tecnológicas inovadoras que possam causar alto impacto, exigida, na seleção definitiva da inovação, validação prévia fundamentada em métricas objetivas, de modo a demonstrar o atendimento das necessidades da Administração.

Este artigo à primeira mirada parece tão sedutor à iniciativa privada quando um convite para uma guerra, uma greve de fome ou uma jornada de penitências no deserto. O tempo dirá a verdade, mas essa é a impressão inicial.

O ente público poderá editar regulamento para disciplinar a convocação de *manifestações de interesse* pela iniciativa privada em apresentar ‘estudos, investigações, levantamentos e projetos de soluções inovadoras que contribuam com questões de relevância pública’, para, se aprovados pelo ente público, serem objetos de futuras licitações.

São portanto obras e serviços de potencial interesse público, e a remuneração do autor será procedida exclusivamente pelo futuro vencedor da licitação que e se houver, devendo constar esse encargo do contrato.

Aquele vencedor poderá ser o próprio autor do projeto – e não será de estranhar que vença, uma vez que conhece o projeto mais que ninguém -, porém como licitante não terá privilégios nem vantagens na licitação apenas por ser o autor do projeto. Qualquer dispêndio público com essa iniciativa, se existir, deve ser ressarcido pelo vencedor, contratado. Vale dizer: o ente público ou ganha ou ganha. Não terá despesa nenhuma, e se a tiver ela será ressarcida pelo contratado.

O que não se entrevê é muita vantagem é para o particular autor do projeto, salvo nas raras hipóteses em que tente veicular algum projeto em que acredite e no qual vislumbre possibilidade de lucro, como fica claro pelo § 2º, que a) não dá vantagem ao autor; b) não obriga o ente a licitar projeto nenhum, c) não assegura ressarcimento nenhum ao mesmo autor, e d) se

houver remuneração ao autor, será paga pelo contratado, se evidentemente não for o próprio autor. É o que reza o § 2º com seus incisos.

A manifestação de interesse será veiculada por edital de chamamento de interessados, na forma regulamentar.

O ente público, pelo § 3º, somente aceitará projetos recomendados por parecer técnico circunstanciado que indique, também, a vantagem econômica envolvida. Não é que o parecer libere o andamento do processo - porque se é apenas parecer não libera nada nunca -, mas a lei faz o prosseguimento depender de um parecer favorável, que a autoridade livremente acate.

O § 4º é a *asnice* do artigo, que pretende autorizar o que sempre foi permitido, fazendo-o com requintes de detalhamento que em seu conjunto são tão importantes quanto nada. Não merece sequer, e francamente, ser lido até o fim.

## **Art. 82**

### Seção V

#### Do Sistema de Registro de Preços

Art. 82. O edital de licitação para registro de preços observará as regras gerais desta Lei e deverá dispor sobre:

I - as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida;

II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida;

III - a possibilidade de prever preços diferentes:

a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes;

b) em razão da forma e do local de acondicionamento;

c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote;

d) por outros motivos justificados no processo;

IV - a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela;

V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado;

VI - as condições para alteração de preços registrados;

VII - o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação;

VIII - a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital;

IX - as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências.

§ 1º O critério de julgamento de menor preço por grupo de itens somente poderá ser adotado quando for demonstrada a inviabilidade de se promover a adjudicação por item e for evidenciada a sua vantagem técnica e econômica, e o critério de aceitabilidade de preços unitários máximos deverá ser indicado no edital.

§ 2º Na hipótese de que trata o § 1º deste artigo, observados os parâmetros estabelecidos nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 23 desta Lei, a contratação posterior de item específico constante de grupo de itens exigirá prévia pesquisa de mercado e demonstração de sua vantagem para o órgão ou entidade.

§ 3º É permitido registro de preços com indicação limitada a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido, apenas nas seguintes situações:

I - quando for a primeira licitação para o objeto e o órgão ou entidade não tiver registro de demandas anteriores;

II - no caso de alimento perecível;

III - no caso em que o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens.

§ 4º Nas situações referidas no § 3º deste artigo, é obrigatória a indicação do valor máximo da despesa e é vedada a participação de outro órgão ou entidade na ata.

§ 5º O sistema de registro de preços poderá ser usado para a contratação de bens e serviços, inclusive de obras e serviços de engenharia, observadas as seguintes condições:

- I - realização prévia de ampla pesquisa de mercado;
- II - seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento;
- III - desenvolvimento obrigatório de rotina de controle;
- IV - atualização periódica dos preços registrados;
- V - definição do período de validade do registro de preços;
- VI - inclusão, em ata de registro de preços, do licitante que aceitar cotar os bens ou serviços em preços iguais aos do licitante vencedor na sequência de classificação da licitação e inclusão do licitante que mantiver sua proposta original.

§ 6º O sistema de registro de preços poderá, na forma de regulamento, ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade e de dispensa de licitação para a aquisição de bens ou para a contratação de serviços por mais de um órgão ou entidade.

Este é o longo artigo sobre o *registro de preços*, velho conhecido da Administração que nesta lei é classificado como procedimento auxiliar à licitação. Quase toda a sua matéria é reprodução evoluída da tradicional disciplina do RP.

Quando esta lei for a única a reger as licitações e não mais também (alternativamente) a L 8666, então os atos infralegais sobre a matéria, como o Decreto federal nº 7.892, de 23 de janeiro de 2.013, terão de se adaptar a esta nova lei, e nela se enquadrar.

O edital de licitação para o RP precisará conter

I – ‘as especificidades da licitação e de seu objeto, inclusive a quantidade máxima de cada item que poderá ser adquirida; II - a quantidade mínima a ser cotada de unidades de bens ou, no caso de serviços, de unidades de medida’.

Até este ponto seja observado que a quantidade *máxima* de unidades de cada item, que o ente licitador poderá requisitar ao

vencedor da licitação, precisará sempre existir prevista no edital, ou de outro modo aquele detentor da ata não saberá se tem capacidade para atender a requisição.

Quanto à quantidade mínima de bens a serem cotados, ou então de serviços por unidades de medida, é discutível a sua conveniência no edital, pois que o licitante deveria estar preocupado com saber o máximo que pode fornecer, não o mínimo. Esta previsão é obscura e induz a confusões;

III – ‘a possibilidade de prever preços diferentes: a) quando o objeto for realizado ou entregue em locais diferentes; b) em razão da forma e do local de acondicionamento; c) quando admitida cotação variável em razão do tamanho do lote; d) por outros motivos justificados no processo’.

O que se extrai desse monte de palavras é que *qualquer motivo razoável* justifica que o edital admita cotação de preços diferentes para o mesmo item pelo mesmo licitante, bastando que aquele motivo esteja minimamente justificado no processo da licitação – e não no edital, que não é foro de justificativas a coisa alguma;

V – ‘a possibilidade de o licitante oferecer ou não proposta em quantitativo inferior ao máximo previsto no edital, obrigando-se nos limites dela’.

Nem todo licitante que queira registrar preços tem condição de fornecer a quantidade máxima que o ente se dispõe a pedir de cada item; sabendo-o, o ente pode admitir cotação de menores quantidades a cada item, de molde a propiciar efetiva competitividade no certame entre fornecedores maiores e menores. Cada quantidade mínima precisará estar expressa no edital, em números absolutos ou em percentual do máximo;

V - o critério de julgamento da licitação, que será o de menor preço ou o de maior desconto sobre tabela de preços praticada no mercado’.

A lei já *matou* a questão: ou é o de menor preço ou o de maior desconto sobre um preço de referência dado pelo edital – o que

significa trocar seis por meia dúzia. Apenas esse do menor preço pode ser o critério, pelo que se observa, para o RP;

VI – ‘as condições para alteração de preços registrados’.

O que quis racionalmente dizer a lei é *reajuste*, que é a alteração periódica por um índice pré-estabelecido, e não revisão ou repactuação, que é imprevisível, irregrável e não pode ter outro parâmetro senão a variação aleatória e insuportável de preços no mercado, e a qual, por estas razões, não se prevê nos editais. O reajuste pode e deve ser previsto, através do índice que o edital estabeleça dentre os correntios do mercado, que seja apropriado para isto;

VII – ‘o registro de mais de um fornecedor ou prestador de serviço, desde que aceitem cotar o objeto em preço igual ao do licitante vencedor, assegurada a preferência de contratação de acordo com a ordem de classificação’.

Observada a ordem de classificação dos “registrados”, é de bom alvitre esta medida, pela qual o ente registra mais de um fornecedor de cada item cotado, porém sempre ao preço do vencedor. Em caso de algum impedimento de o vencedor fornecer, então entra o segundo da lista, ao preço do primeiro, e assim sucessivamente até o último registrado;

VIII – ‘a vedação à participação do órgão ou entidade em mais de uma ata de registro de preços com o mesmo objeto no prazo de validade daquela de que já tiver participado, salvo na ocorrência de ata que tenha registrado quantitativo inferior ao máximo previsto no edital’.

Este artigo inteiro não explica este inciso, mas se deve referir a que um ente público pode participar de mais de uma ata de RP, e se isso é verdade – repita-se: o artigo jamais toca no assunto – o mesmo ente não pode estar em duas atas simultâneas referentes ao mesmo objeto. Aconselha-se o tarô ou a astrologia como métodos auxiliares de interpretação deste dispositivo;

IX – ‘as hipóteses de cancelamento da ata de registro de preços e suas consequências’.

As formas administrativas – e não judiciais - clássicas de cancelamento do ato administrativo são a *revogação*, por justificada conveniência e oportunidade do ente, e a *anulação*, por ilegalidade praticada que contamine o procedimento.

Essas possibilidades, mais conhecidas do que era o níquel de tostão, estão há mais de um século descritas na legislação civil e administrativa, de modo que não se atina com a razão desta renovada previsão.

Seguem os parágrafos, eis que todas as pessoas têm *karma* a resgatar, e nisso a lei ajuda.

Pelo § 1º o julgamento de menor preço por grupo de itens só poderá ser adotado quando inviável a adjudicação por item – e isso pode acontecer, como em caso de duas peças que podem ser adquiridas uma por vez, mas uma das quais seja sempre dependente da outra.

Quanto a que o critério de aceitabilidade dos preços unitários deva ser previsto no edital é boa medida se sem as restrições que existem na L 8666, e dentro do universo conhecido por cada ente quanto aos bens que utiliza. E os fatores de aceitabilidade variarão de *a* a *z*, como é de esperar sabida a diversidade infinita de objetos licitáveis.

O § 2º exige pesquisa de preço prévia à aquisição posterior de item do grupo, com demonstração da vantagem dessa operação. O *modus faciendi* também variará também amplamente neste caso.

O § 3º admite RP com ‘indicação limitada a unidades de contratação, sem indicação do total a ser adquirido’ em três casos: I – se for a primeira licitação do ente para aquele objeto; II – se for alimento perecível, e III – se o serviço estiver integrado ao fornecimento de bens. Nessas hipóteses o licitante poderá *entrar de gaiato* no certame, se não souber quanto terá eventualmente de fornecer, e portanto se não souber se pode fazê-lo.

Dispositivo temerário, por isso é conveniente que seja utilizado *cum grano salis*, que é extrema parcimônia, e real necessidade.

Pelo § 4º na hipótese de utilização do § 3º será preciso que o edital ou processo mesmo indiquem a despesa máxima autorizada e



realizável, sendo no mais proibida a participação de outro ente na ata – hipótese essa última que só em si já é e sempre foi de péssima inspiração.

O desinformado § 5º, juridicamente vergonhoso, informa que pode ser utilizado o RP para obras e serviços de engenharia. Como é possível tamanha alienação do legislador ? Registrar obras para adquiri-las quando for necessário ? Será que o legislador sabe do que está falando ? É incoerente o dispositivo.

Preferimos considerar inexistente este § 5º, em prol da sanidade de todo este trabalho de comentário. Quem realizar RP para obras, ou, pior, quem se candidatar nessa licitação, não deve ter salvação à vista.

O § 6º informa que o RP pode ser utilizado nas hipóteses de inexigibilidade, ou de dispensa. Pouco existe de mais bisonho, porque como pode admitir que algum ente público se disponha a realizar o trabalhoso e demorado RP para licitar o que não precisa ser licitado ?

Esta disposição se situa na faixa subterrânea da lei, de incoerente qualidade, ao menos ostentando a virtude de ser a última deste artigo.

### **Art. 83**

Art. 83. A existência de preços registrados implicará compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas, mas não obrigará a Administração a contratar, facultada a realização de licitação específica para a aquisição pretendida, desde que devidamente motivada.

Artigo resumido ao *caput*, não diz mais que o óbvio, porém ao menos não resvala na insanidade de dispositivos anteriores.

O fato de existirem preços registrados por RP não obriga o ente a contratar, e o mesmo ente, diz a lei, pode até mesmo licitar de novo o que já licitou e registrou. O que decerto o legislador não percebe é que com medidas como esta reduz o RP a uma absoluta insignificância, ao admitir licitar o que a licitação por RP já consagrou.

O só fato de ser curto não exime este artigo de ser degradante à dignidade do ente público, do licitante e da própria Administração.

**Art. 84**

Art. 84. O prazo de vigência da ata de registro de preços será de 1 (um) ano e poderá ser prorrogado, por igual período, desde que comprovado o preço vantajoso.

Parágrafo único. O contrato decorrente da ata de registro de preços terá sua vigência estabelecida em conformidade com as disposições nela contidas.

Artigo simplesmente excelente. Permite a prorrogação das atas de registro de preço por mais um ano além do ano originário. Já deveria ser esse o direito há ao menos umas três décadas. O utilíssimo registro de preços, que tanto trabalho exige para ser finalizado, deveria poder durar até mais que estes dois anos, mas esta já é uma grande conquista da Administração, dada pela lei. Imagina-se que as atas prorrogadas girarão em torno de 100 % de todas que existirem.

E finaliza o artigo o parágrafo único, que não fica atrás em oportunidade: a validade do contrato extraído de RP terá aquela que o sistema estabelecer – e, acrescentamos, dentro das regras de duração que esta lei consigna adiante.

Já é assim pelo decreto nacional do RP, mas é bastante técnico e proveitoso que a lei desde já consagre esta regra, para de vez afastar o mal-entendido de que o contrato oriundo do RP tenha duração limitada à validade da ata, o que jamais foi verdade mas ainda assombrava alguns espíritos renascentistas que operavam o sistema.

Artigos como este, em conjunto com outros curtíssimos, quase permitem concluir que nesta L 14133 a qualidade dos artigos é inversamente proporcional à sua extensão...

**Art. 85**

Art. 85. A Administração poderá contratar a execução de obras e serviços de engenharia pelo sistema de registro de preços, desde que atendidos os seguintes requisitos:

I - existência de projeto padronizado, sem complexidade técnica e operacional;

II - necessidade permanente ou frequente de obra ou serviço a ser contratado.

Outro artigo curto e preciso, apesar da gratuidade absoluta do inc. II.

A idéia de se utilizar o RP para obras e serviços de engenharia à primeira vista parece ser *de arrepiar*, porém o dispositivo esclarece que apenas poderá isso ser empreendido no caso de existirem *projetos* (de obras e de serviços de engenharia) *padronizados*, o que altera fundamentalmente o enfoque.

Com efeito, se o maior número possível de variáveis do objeto – para não se dizer *todas elas* - já está resolvido pelo projeto padronizado, então parece claro que a única questão a decidir na licitação será o preço, o que quer dizer o menor preço.

Mas o inc. I vai além, e – com pouca objetividade – informa que os projetos padronizados deverão ser de pouca complexidade técnica e operacional, o que resulta perigoso tentar equacionar, exatamente em questão de engenharia que é a arte da objetividade absoluta.

Construir um hospital, uma penitenciária ou um conjunto de mil unidades residenciais pode ser complexo para uma pequena construtora, mas ser também um serviço de criança para quem construiu Itaipu.

Reconhecendo-se a dificuldade imanente a este trabalho, apela-se com isso a um senso médio de razoabilidade e de quantificação aos autores de editais, e também à fiscalização, neste terreno esquivo.

O inc. II é absolutamente primário, e não tem papel nenhum na lei. Se projetos padronizados podem ser licitados por RP, então basta saber isso, e pouco importa se serão dois ou duzentos e trinta os licitados por ano: se um só já viabiliza o uso do RP, então sejam quantos forem a licitação por RP estará igualmente viabilizada.

#### **Art. 86**

Art. 86. O órgão ou entidade gerenciadora deverá, na fase preparatória do processo licitatório,

para fins de registro de preços, realizar procedimento público de intenção de registro de preços para, nos termos de regulamento, possibilitar, pelo prazo mínimo de 8 (oito) dias úteis, a participação de outros órgãos ou entidades na respectiva ata e determinar a estimativa total de quantidades da contratação.

§ 1º O procedimento previsto no **caput** deste artigo será dispensável quando o órgão ou entidade gerenciadora for o único contratante.

§ 2º Se não participarem do procedimento previsto no **caput** deste artigo, os órgãos e entidades poderão aderir à ata de registro de preços na condição de não participantes, observados os seguintes requisitos:

I - apresentação de justificativa da vantagem da adesão, inclusive em situações de provável desabastecimento ou descontinuidade de serviço público;

II - demonstração de que os valores registrados estão compatíveis com os valores praticados pelo mercado na forma do art. 23 desta Lei;

III - prévias consulta e aceitação do órgão ou entidade gerenciadora e do fornecedor.

§ 3º A faculdade conferida pelo § 2º deste artigo estará limitada a órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal que, na condição de não participantes, desejarem aderir à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora federal, estadual ou distrital.

§ 4º As aquisições ou as contratações adicionais a que se refere o § 2º deste artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, a 50% (cinquenta por cento) dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e para os órgãos participantes.

§ 5º O quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços a que se refere o § 2º deste artigo não poderá exceder, na totalidade, ao dobro do quantitativo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem.

§ 6º A adesão à ata de registro de preços de órgão ou entidade gerenciadora do Poder Executivo federal por órgãos e entidades da Administração Pública estadual, distrital e municipal poderá ser exigida para fins de transferências voluntárias, não ficando sujeita ao limite de que trata o § 5º deste artigo se destinada à execução descentralizada de programa ou projeto federal e comprovada a compatibilidade

dos preços registrados com os valores praticados no mercado na forma do art. 23 desta Lei.

§ 7º Para aquisição emergencial de medicamentos e material de consumo médico-hospitalar por órgãos e entidades da Administração Pública federal, estadual, distrital e municipal, a adesão à ata de registro de preços gerenciada pelo Ministério da Saúde não estará sujeita ao limite de que trata o § 5º deste artigo.

§ 8º Será vedada aos órgãos e entidades da Administração Pública federal a adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade estadual, distrital ou municipal.

A filosófica conclusão de que nesta lei artigo longo é artigo ruim e artigo curto é artigo bom, até este ponto da lei parece ter sido acertada.

Este artigo 85, lamentável a todos os títulos, consigna o velho e odioso *carona*, inventado por decreto de um presidente da República nos seus últimos dias de mandato, para auxiliar aquisições entre os órgãos federais, cada um registrando preços para proveito de todos.

Não tem fundamento em artigo nenhum da lei de licitações, constituindo-se em invencionice de agentes preguiçosos para outros mais preguiçosos, porque se o RP já abrevia imensamente as aquisições públicas, o *carona* no RP praticamente *exclui* a licitação no país.

Com efeito, se algum ente público aderir a outras atas, alheias, e se souber pesquisar, então nunca mais deverá precisar licitar coisa nenhuma, porque possivelmente todo e qualquer objeto existente à venda no mercado deve estar registrado em algum órgão público. É só encontrar o ente que o registrou, e ali *esbaldar-se*.

O *carona* exclui a licitação no Brasil portanto, como desejam os preguiçosos dentre os mais preguiçosos nacionais.

Não foi sem razão que os Tribunais de Contas quase à unanimidade rejeitaram e apostrofaram o *carona*, não raro rejeitando compras públicas que o utilizaram.

É todo ruim o artigo, e não será comentado porque não o aceitamos dentro do direito, augurando seja revogado ou declarado

inconstitucional por potencialmente excluir a licitação no país, violando o disposto na constituição Federal, art. 37, inc. XX, que obriga a licitação salvo nas exceções da lei. O carona, como se sabe, simplesmente *exclui a licitação*.

Não o comentamos porque não se pode, com honestidade de propósito, dar a receita de ilegalidades e de antijuridicidades, nem ensinar como praticar inconstitucionalidades, ilegalidades e antijuridicidades.

O carona é uma *excrecência jurídica* em má hora inventada e que merece, como se afirmou, ser em definitivo excluída do direito brasileiro.

Fica-se no mais a imaginar, por exemplo, qual seria a racionalidade de um pequeno Município incrustado na selva amazônica adotar uma ata de registro de preços de uma estatal do sul do país, que jamais soubera que existe ou o que faz... qual a confiabilidade de uma tal operação ? O detentor da ata porventura forneceria ? A que preço, em que condição e com qual comprometimento ?

Multiplique-se esse cerebrino exemplo por um milhão, e restará a dúvida: poderia isso algum dia ser tido a sério ?

Recomenda-se aos órgãos públicos jamais *adotarem o excrecente instituto do carona*, nem como aderentes nem permitindo adesão por quem quer que seja.

Se o RP é uma excelente invenção, o seu subproduto carona – em verdade um autêntico dejetivo – é a nota triste do instituto, o fruto podre de uma bela árvore, o qual nessa condição merece tão só o mais rápido fim que se lhe possa dar, a iniciar pelo desuso e pela obsolescência.

## **Art. 87**

### Seção VI Do Registro Cadastral

Art. 87. Para os fins desta Lei, os órgãos e entidades da Administração Pública deverão utilizar o sistema de registro cadastral unificado disponível no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP), para efeito de

cadastro unificado de licitantes, na forma disposta em regulamento.

§ 1º O sistema de registro cadastral unificado será público e deverá ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados, e será obrigatória a realização de chamamento público pela internet, no mínimo anualmente, para atualização dos registros existentes e para ingresso de novos interessados.

§ 2º É proibida a exigência, pelo órgão ou entidade licitante, de registro cadastral complementar para acesso a edital e anexos.

§ 3º A Administração poderá realizar licitação restrita a fornecedores cadastrados, atendidos os critérios, as condições e os limites estabelecidos em regulamento, bem como a ampla publicidade dos procedimentos para o cadastramento.

§ 4º Na hipótese a que se refere o § 3º deste artigo, será admitido fornecedor que realize seu cadastro dentro do prazo previsto no edital para apresentação de propostas.

O tema agora é o registro cadastral, ou o cadastro e fornecedores como era designado no passado. O *nomen* cadastro de fornecedores é muito mais significativo que o de registro cadastral, herdado da L 8666 e que só em si nada diz mas que induz a confusão com registro de preços.

O *caput* somente não é pior porque condiciona a sua imposição a existência de um regulamento, o qual portanto se não existir tornará o *caput* inaplicável – como os agentes sérios e as pessoas honestas de propósito esperam. Se a lei espera que o regulamento seja nacional, será no máximo federal, porque a União não organiza os serviços internos de ente federado nenhum.

A lei, de outro lado, parece ignorar por completo a *autonomia administrativa* dos entes federados, e não saber que Estados, Distrito Federal e Municípios são autônomos no disciplinar seus assuntos internos, como esse de ter ou não ter registros cadastrais, e, em os tendo, de os disciplinar como bem desejem e não os centralizando obrigatoriamente na União, como se a União pudesse tudo.

E como se pudesse existir um cadastro nacional de fornecedores, que sirva para São Paulo e para Borá indistintamente. Essa ideia é patética e absolutamente ridícula.

E, antes mesmo disso, é como se a União tivesse condição de manter atualizados e operacionais os registros cadastrais de até 5.500 Municípios, 26 Estados e do Distrito Federal – a mesma União que mal para em pé sobre suas próprias pernas... é muito irrealismo, muita insciência e muito quixotismo juntos !

Desse modo, partimos do pressuposto de que os parágrafos que seguem se dirigem à União, posto que para os demais entes federados não obrigam coisa nenhuma, ao menos antes que esta lei revogue a Constituição Federal.

O § 1º obriga que o sistema de registro cadastral seja público e acessível, e plenamente acessível a interessados, o que, dentro do essencial absurdo da ideia, é bom e correto. Exige-se um chamamento público pela internet ao menos uma vez ao ano, para atualização e para acréscimo de novos integrantes.

O § 2º proíbe exigência de registro cadastral complementar – o que não se faz a mais remota ideia do que possa vir a ser.

O § 3º, nesta lei que aboliu a tomada de preços – que era a única razão de existir do cadastro de fornecedores – admite que a licitação seja fechada aos cadastrados em cada ente licitador, o que “restaura” a boa e velha TP.

E, nessa hipótese, pelo § 4º o cadastramento poderá ser realizado pelo interessado mesmo que *em cima da hora*, sem restrições – até porque não se as admitiriam num dispositivo permissivo como este.

*Nihil novi sub soli*, nada de novo sob o sol, reza a sabedoria antiga. O legislador mexe e remexe na lei para afinal dizer exatamente o que a antiga lei dizia – e neste caso ainda diz -, a confirmar o adágio, desta vez francês, de que *plus ça change, plus c’est la même chose...*



**Art. 88**

Art. 88. Ao requerer, a qualquer tempo, inscrição no cadastro ou a sua atualização, o interessado fornecerá os elementos necessários exigidos para habilitação previstos nesta Lei.

§ 1º O inscrito, considerada sua área de atuação, será classificado por categorias, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômico-financeira avaliada, de acordo com regras objetivas divulgadas em sítio eletrônico oficial.

§ 2º Ao inscrito será fornecido certificado, renovável sempre que atualizar o registro.

§ 3º A atuação do contratado no cumprimento de obrigações assumidas será avaliada pelo contratante, que emitirá documento comprobatório da avaliação realizada, com menção ao seu desempenho na execução contratual, baseado em indicadores objetivamente definidos e aferidos, e a eventuais penalidades aplicadas, o que constará do registro cadastral em que a inscrição for realizada.

§ 4º A anotação do cumprimento de obrigações pelo contratado, de que trata o § 3º deste artigo, será condicionada à implantação e à regulamentação do cadastro de atesto de cumprimento de obrigações, apto à realização do registro de forma objetiva, em atendimento aos princípios da impessoalidade, da igualdade, da isonomia, da publicidade e da transparência, de modo a possibilitar a implementação de medidas de incentivo aos licitantes que possuem ótimo desempenho anotado em seu registro cadastral.

§ 5º A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro de inscrito que deixar de satisfazer exigências determinadas por esta Lei ou por regulamento.

§ 6º O interessado que requerer o cadastro na forma do **caput** deste artigo poderá participar de processo licitatório até a decisão da Administração, e a celebração do contrato ficará condicionada à emissão do certificado referido no § 2º deste artigo.

Artigo resultante da fusão dos arts. 35 a 37 da L 8666 e ainda ampliado por esta lei, no que inovou complicou desnecessariamente a operação de cadastramento.

O único propósito de algum fornecedor querer se cadastrar é o de eventualmente poder participar de licitações fechadas aos cadastrados, porque a tomada de preços, que já era fechada aos cadastrados, não

mais existe neste lei. Com a exclusão da TP o registro cadastral perdeu quase toda a sua atratividade, porque o poder público pode *nunca* fechar licitação nenhuma apenas aos cadastrados.

Fosse esse humílimo escriba dirigente público, *jamais determinaria o fechamento*, que não parece ajudar em absolutamente nada ao reduzir o universo dos potenciais licitantes. O registro cadastral restou como uma sobra do passado, desprovida de praticamente toda a sua relevância – que já era discutível. Nunca foi tão pouco importante algum fornecedor ser cadastrado.

Seja como for, cadastramento é uma habilitação prévia, como o *caput* evidencia. Os documentos exigidos para o cadastramento são os mesmos da habilitação, na forma do que o edital respectivo enumerar.

O cadastrado (§ 1º) será inscrito em alguma das categorias do cadastro segundo sua área de atuação – o que sempre foi uma falácia até o dia de hoje, em que essa divisão por categorias constituiu um capítulo de *Alice no país das maravilhas*, pura ficção. A ver como será doravante em cada ente público que se der esse inútil trabalho de criar e manter o cadastro.

Pelo § 2º a prova do cadastramento é o certificado de registro cadastral que o ente fornece ao cadastrado. Dificilmente seria outra.

Pelo § 3º a avaliação do desempenho do cadastrado que fora contratado será atestada por documento específico, que aquele deverá exigir – naturalmente se houver sido bom o seu desempenho. \Augura-se seja observado este dispositivo, bastante útil para o bom cadastrado.

O § 4º é recomendável que não seja sequer lido até o fim. Trata-se de um amontoado de superficialidades pouco exequíveis e somente imagináveis por quem tenha pouquíssimo ou nada para fazer. É um forte desestímulo a implantação de cadastro de fornecedores, e um fortíssimo argumento ao fornecedor para não se cadastrar. O ente público anota o desempenho de seu cadastrado contratado como bem entender, porque essa matéria é local e jamais nacional.

O § 5º, copiando a L 8666, fixa que a qualquer tempo pode ser suspenso, alterado ou cancelado o registro cadastral de quem perca as

condições que demonstrou ao cadastrar-se, e dessa operação cabe recurso, como a lei adiante estabelece.

O derradeiro § 6º permite o óbvio ululante, sem dizer o principal. Permite a participação de quem se inscreveu no cadastro e ainda não obteve o cadastramento, como se isso lhe fosse proibido. Esqueceu-se de dizer o dispositivo que se aplica apenas à hipótese – bisonha, sem sentido – de licitação fechada aos cadastrados. Porque se não o for qualquer licitante, mesmo os que jamais pensaram em cadastrar-se porque decerto têm mais o que fazer, sempre pode participar.

Se o cadastro de fornecedores já era na L 8666 difícil de explicar porque existe, nesta lei tornou-se praticamente impossível com a extinção da tomada de preços.

**Art. 89**

TÍTULO III  
DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS  
CAPÍTULO I  
DA FORMALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

Art. 89. Os contratos de que trata esta Lei regular-se-ão pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, e a eles serão aplicados, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Todo contrato deverá mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou sua lavratura, o número do processo da licitação ou da contratação direta e a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.

§ 2º Os contratos deverão estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, as obrigações e as responsabilidades das partes, em conformidade com os termos do edital de licitação e os da proposta vencedora ou com os termos do ato que autorizou a contratação direta e os da respectiva proposta.

Artigo quase copiado do art. 54 da L 8666, tal qual ali fala mais do que devia considerando-se que existe o art. 92, que detalha as cláusulas necessárias do contrato.

Serve o *caput*, mas os dois parágrafos, visto o art. 92, são absolutamente redundantes e inúteis.

Reza o *caput* que os contratos regem-se pelas suas cláusulas (fantástico ! Revolucionário !) e pelos preceitos de direito público que já não estiverem contidos nas cláusulas, aplicando-se subsidiariamente, quando o direito público não resolver impasses na execução, o velho e bom direito civil, que os resolve todos desde há alguns milênios no direito ocidental.

Com frequência se apela, na exegese e na execução, e nas ações judiciais relativas ao contrato, princípios de direito como analogia, equidade, principiologia geral de direito, direito comparado e outros que o direito civil ao longo dos séculos consagrou.

A teoria geral dos contratos é civil e não de outra natureza, eis que o direito administrativo conta pouco mais de duzentos anos entre as disciplinas jurídicas. Os contratos administrativos excepcionam a mais básica regra do contrato civil por desigualar, na celebração, as partes, conferindo ao contratante público direitos e prerrogativas que o particular não tem.

Pelo § 1º, copiado do art. 61 da L 8666, o contrato deve discriminar as partes, o ato que o autorizou, o número do processo da licitação ou da contratação direta, e a norma de regência, que submete as partes.

O que não se compreende é esse parágrafo exigir que o contrato decline a sua *finalidade*, porque contrato nunca foi palco de justificativas ou de explicações, mas tão só de cláusulas obrigacionais para as partes. O processo da contratação pode e deve indicar a finalidade do contrato se na licitação isso já não foi procedido, mas não o próprio contrato.

O § 2º, tradicional baboseira que as leis repetem sem disso se dar conta, reza o óbvio ululante, totalmente inútil em face do analítico art. 92 à frente, que especifica ponto a ponto o que o contrato deve conter.

#### **Art. 90**

Art. 90. A Administração convocará regularmente o licitante vencedor para assinar o termo de contrato ou para aceitar ou retirar o instrumento equivalente,

dentro do prazo e nas condições estabelecidas no edital de licitação, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei.

§ 1º O prazo de convocação poderá ser prorrogado 1 (uma) vez, por igual período, mediante solicitação da parte durante seu transcurso, devidamente justificada, e desde que o motivo apresentado seja aceito pela Administração.

§ 2º Será facultado à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou não retirar o instrumento equivalente no prazo e nas condições estabelecidas, convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a celebração do contrato nas condições propostas pelo licitante vencedor.

§ 3º Decorrido o prazo de validade da proposta indicado no edital sem convocação para a contratação, ficarão os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

§ 4º Na hipótese de nenhum dos licitantes aceitar a contratação nos termos do § 2º deste artigo, a Administração, observados o valor estimado e sua eventual atualização nos termos do edital, poderá:

I - convocar os licitantes remanescentes para negociação, na ordem de classificação, com vistas à obtenção de preço melhor, mesmo que acima do preço do adjudicatário;

II - adjudicar e celebrar o contrato nas condições ofertadas pelos licitantes remanescentes, atendida a ordem classificatória, quando frustrada a negociação de melhor condição.

§ 5º A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato ou em aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo estabelecido pela Administração caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida e o sujeitará às penalidades legalmente estabelecidas e à imediata perda da garantia de proposta em favor do órgão ou entidade licitante.

§ 6º A regra do § 5º não se aplicará aos licitantes remanescentes convocados na forma do inciso I do § 4º deste artigo.

§ 7º Será facultada à Administração a convocação dos demais licitantes classificados para a contratação de remanescente de obra, de serviço ou de fornecimento em consequência de rescisão contratual, observados os mesmos critérios estabelecidos nos §§ 2º e 4º deste artigo.

Artigo que até o § 3º reproduz o art. 64 da L 8666, e no mais ligeiramente altera, ampliando-o, o direito anterior.

O ente convocará o vencedor da licitação para assinar o contrato ou retirar o instrumento equivalente, nas condições prefixadas; não comparecendo no prazo perderá o direito à contratação e se sujeitará às penas da lei, que neste caso se resumem a uma, a *proibição de licitar e contratar*, conforme art. 155, inc. VI, combinado com art. 156, inc. III, e § 4º, todos desta L 14133.

O § 1º admite prorrogação daquele prazo para assinar por uma vez, a justificado pedido do convocado. E justificado será aquele que o ente entender razoável e justo, e injustificados os demais, que merecem indeferimento.

O § 2º faculta ao ente – não obriga, mas apenas autoriza – *convidar* (e não convocar como reza a lei, porque quem não é obrigado a vir não pode ser convocado mas apenas convidado) o segundo classificado para, se quiser, ser contratado nas condições do primeiro que não honrou seu compromisso.

E nesse caso não importa se o prazo de validade das propostas já venceu ou não porque se trata de convite e não de obrigação de comparecer, e licitação vencida não é nem jamais foi, só por isso, licitação perdida, como os amadores de plantão um dia afirmaram do pináculo da sua arrogante ignorância. Será perdida, vencida ou não, se ninguém comparecer para contratar.

O § 3º mantém a regra de que se vencer o prazo de validade das propostas sem que o ente tenha chamado o vencedor para contratar, então todos os licitantes se desobrigam de seus compromissos, muito especialmente o vencedor *que é o único que tem real compromisso se for convocado dentro da validade da sua proposta*. Os demais não têm nenhum compromisso de fornecerem ao preço que não é seu mas do vencedor.

Pelo § 4º se nenhum licitante vier contratar o ente poderá – não estará a obrigado mas apenas autorizado, e o fará apenas se quiser

– convidar os licitantes pela ordem de classificação para com eles, sempre pela ordem, negociar o preço, ainda que fora dos limites da licitação. Nesse caso os preços propostos serão registrados, e ao final o ente pode contratar com o menor deles (inc. I).

O inc. II não faz sentido nem jurídico nem lógico, devendo na melhor técnica ser solenemente ignorado. Todo o seu assunto está corretamente esgotado no inc. I.

O § 5º informa que a recusa injustificada em contratar caracterizará o descumprimento total da obrigação assumida, e sujeitará o recusante às penas da lei. Essa ‘obrigação descumprida’ só pode ser a de contratar, porque se ele não contratou não assumiu nenhuma obrigação de entregar o objeto. Outra imperfeição da L 8666 repetida nesta lei.

E não vale esta previsão para os licitantes remanescentes na forma do § 4º, inc. I, segundo o que dispõe o § 6º. Os remanescentes realmente estão em outro mundo, outra circunstância que não é a da licitação como fora realizada.

E a penalidade é aquela por infração ao disposto no art. 155, inc. VI, desta lei, que de acordo com o art. 156, inc. III, e § 4º, é a de *impedimento de licitar e contratar*.

O final § 7º cuida de remanescentes, mas não licitantes e sim *do objeto*, que não foram executados pelo contratado em face de rescisão contratual. *Pela ordem* os licitantes que foram classificados poderão ser convidados pelo ente a contratar a sua execução, aos preços e nas condições do contratado rescindido, corrigidos ou atualizados se for o caso - e geralmente é.

A lei corretamente se preocupa com tentar aproveitar a licitação havida, vergastada como deve ter sido por incidentes variados.

#### **Art. 91**

Art. 91. Os contratos e seus aditamentos terão forma escrita e serão juntados ao processo que tiver dado origem à contratação, divulgados e mantidos à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

§ 1º Será admitida a manutenção em sigilo de contratos e de termos aditivos quando imprescindível à segurança da sociedade e do Estado, nos termos da legislação que regula o acesso à informação.

§ 2º Contratos relativos a direitos reais sobre imóveis serão formalizados por escritura pública lavrada em notas de tabelião, cujo teor deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial.

§ 3º Será admitida a forma eletrônica na celebração de contratos e de termos aditivos, atendidas as exigências previstas em regulamento.

§ 4º Antes de formalizar ou prorrogar o prazo de vigência do contrato, a Administração deverá verificar a regularidade fiscal do contratado, consultar o Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas (Ceis) e o Cadastro Nacional de Empresas Punidas (Cnep), emitir as certidões negativas de inidoneidade, de impedimento e de débitos trabalhistas e juntá-las ao respectivo processo.

Este artigo dispõe sobre a formalização necessária dos contratos, que terão de ser escritos como nenhum selvagem pré-histórico imaginaria que pudesse ser diferente. É óbvio que a formalização escrita é imprescindível – *o que não esta nos autos não está no mundo* -, e que precisará constar do processo o contrato. A acessibilidade ao contrato não é diferente da que já existia.

O § 1º admite o sigilo dos contratos que envolvam a segurança da sociedade, porém não pode ter sido a lei de licitações que inovasse nesse assunto de segurança coletiva, e com isso, sendo outra a fonte do direito aplicável, o dispositivo resulta pouco mais que de nenhuma relevância. Não é porque o legislador de licitações quer abranger todos os temas legisáveis no país que o fará com constitucionalidade.

Pelo § 2º, que não inova o direito anterior, os contratos envolvendo direitos reais sobre imóveis serão formalizados por escritura pública lavrada em tabelionato, e acessíveis ao público por inserção em *site* oficial como o é praticamente tudo hoje em dia.

O § 3º é de uma despiciência única ao “permitir” a forma eletrônica dos contratos e aditamentos, como se a esta altura da história



alguém concebesse algo diferente. Um pouco mais e o dispositivo autorizaria o uso de computadores pela Administração...

O § 4º traduz uma obrigação natural da Administração, que é a de verificar as condições jurídicas do contratado que esteja prestes a ter seu contrato prorrogado, e a de atestar que as reúne para tanto.

A boa novidade é a ordem de expedição de certidões em favor do contratado, porque no mais mesmo sem este dispositivo o ente público sempre precisou certificar-se de que o contratado está apto a ter seu contrato prorrogado, pena de não poder efetuar a dilatação da vigência contratual.

### **Art. 92**

Art. 92. São necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - a vinculação ao edital de licitação e à proposta do licitante vencedor ou ao ato que tiver autorizado a contratação direta e à respectiva proposta;

III - a legislação aplicável à execução do contrato, inclusive quanto aos casos omissos;

IV - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

V - o preço e as condições de pagamento, os critérios, a data-base e a periodicidade do reajustamento de preços e os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

VI - os critérios e a periodicidade da medição, quando for o caso, e o prazo para liquidação e para pagamento;

VII - os prazos de início das etapas de execução, conclusão, entrega, observação e recebimento definitivo, quando for o caso;

VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

IX - a matriz de risco, quando for o caso;

X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso;

XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, quando for o caso;

XII - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas, inclusive as que forem oferecidas pelo contratado no caso de antecipação de valores a título de pagamento;

XIII - o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso;

XIV - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas e suas bases de cálculo;

XV - as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação, na contratação direta;

XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz;

XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento;

XIX - os casos de extinção.

§ 1º Os contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as domiciliadas no exterior, deverão conter cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, ressalvadas as seguintes hipóteses:

I - licitação internacional para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte ou por agência estrangeira de cooperação;

II - contratação com empresa estrangeira para a compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior precedida de autorização do Chefe do Poder Executivo;

III - aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior.

§ 2º De acordo com as peculiaridades de seu objeto e de seu regime de execução, o contrato conterá cláusula que preveja período antecedente à expedição da ordem de serviço para verificação de pendências, liberação de áreas ou adoção de outras providências cabíveis para a regularidade do início de sua execução.

§ 3º Independentemente do prazo de duração, o contrato deverá conter cláusula que estabeleça o índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado, e poderá ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 4º Nos contratos de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento de preços será por:

I - reajustamento em sentido estrito, quando não houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante previsão de índices específicos ou setoriais;

II - repactuação, quando houver regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou predominância de mão de obra, mediante demonstração analítica da variação dos custos.

§ 5º Nos contratos de obras e serviços de engenharia, sempre que compatível com o regime de execução, a medição será mensal.

§ 6º Nos contratos para serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra ou com predominância de mão de obra, o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços será preferencialmente de 1 (um) mês, contado da data do fornecimento da documentação prevista no § 6º do art. 135 desta Lei.

Longo e penoso artigo, contribui para o retrorreferido resgate do *karma* ancestral dos agentes incumbidos de elaborar o edital. É tremendamente prolixo e árduo de percorrer, inobstante a essencialidade de muitas de suas disposições.

Substituindo o art. 5º da L 8666, elenca as cláusulas necessárias do contrato, e por necessárias entendam-se as que forem possíveis, material e/ou juridicamente.

São elas: I – objeto com sua descrição completa, ainda que constante de anexos; II – previsão de que se vincula o contrato à proposta vencedora da licitação, ou ao ato autorizador da contratação direta, se

foi o caso; III – legislação aplicável, que é a lei de licitações mais a legislação específica que rege o objeto, se existir; IV – regime de execução, conforme a lei, e forma de fornecimento, que é casuística do ente contratante; V – preço e condições de pagamento, periodicidade e fator de reajuste se for o caso; VI – critério e periodicidade das medições, se existirem em face da natureza do objeto; VII - prazos de início das etapas de execução, da conclusão, da entrega, das observações se estiverem previstas e do recebimento definitivo, sempre quando for o caso conforme o objeto; VIII - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional-programática e da categoria econômica, sendo essa uma disposição que em nada interessa ao contratado mas apenas ao ente contratante se estiver sujeito à contabilidade pública, e se não estiver devem ser indicados os dispositivos equivalentes, se existirem.

São também necessárias cláusulas relativas a IX - a matriz de risco quando for o caso, e se o autor do edital for inteligente e puder fugirá de uma coisa dessas, tão necessária quanto uma pneumonia e que nunca existiu antes, como foge o diabo à cruz; X - o prazo para resposta ao pedido de repactuação de preços, quando for o caso. O assunto decerto já está faltando, para ao legislador ocorrer encher o artigo com dispositivos de uma tal mendicância jurídica; XI - o prazo para resposta ao pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro quando for o caso, e o comentário é idêntico ao do inciso anterior; XII - as garantias oferecidas para assegurar a execução do contrato, quando exigidas e da natureza que forem; XIII – ‘o prazo de garantia mínima do objeto, observados os prazos mínimos estabelecidos nesta Lei e nas normas técnicas aplicáveis, e as condições de manutenção e assistência técnica, quando for o caso’. Não se compreende que prazos de garantia mínima esta lei estabeleceu, ou que acaso poderia estabelecer. No mais, se o objeto for para ser garantido, então que se fixem os parâmetros. no contrato.

Exige-se ainda do contrato previsão de XIV – enumeração dos direitos e das responsabilidades das partes, das penalidades cabíveis e dos valores das multas e suas bases de cálculo. Os direitos e as responsabilidades são descritíveis dentro do possível num contrato, uma vez que

sempre se aplicam princípios gerais de direito, e próprio direito civil quando insuficiente o direito público; as penalidades são as da lei, e esta dicção legal, que vem da L 8666, é pura falta do que fazer; e as multas constarão se o ente quiser, devendo então especificá-las e indicar cada qual a que conduta se aplica. Não existe multa genérica, em branco ou a de valor a decidir pela autoridade quando da aplicação, e ou são previstas ou simplesmente não podem ser aplicadas ao contratado, diferentemente das penas que constam da lei; XV – se for o caso, as condições de importação e a data e a taxa de câmbio para conversão. A data da conversão já remete à taxa de câmbio aplicável, bastando consultar as informações econômicas diárias; XVI - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação na licitação, ou para a qualificação na contratação direta. Isso se apura a cada novo pagamento que o contratado mereça, e não são necessariamente todas elas mas apenas as que vençam, porque ninguém precisa renovar a apresentação de contrato social e de capital mínimo, por exemplo. O legislador com frequência copia bobagens de uma lei para outra, sem dar-se conta das impropriedades que deveria corrigir.

E é exigido para o contrato, por fim, XVII - a obrigação de o contratado cumprir as exigências de reserva de cargos prevista em lei, bem como em outras normas específicas, para pessoa com deficiência, para reabilitado da Previdência Social e para aprendiz – é o que diz a lei. Como este assunto é regido não pela lei de licitações mas por legislação trabalhista e social, basta ao contrato remeter à legislação específica, que não precisa nem sequer discriminar porque *ignorantia legis neminem excusat*. E mesmo que o contrato nada diga sobre isso o contratado não está livre de cumprir aquela legislação; XVIII - o modelo de gestão do contrato, observados os requisitos definidos em regulamento. Se o ente souber do que o legislador está falando, então estará obrigado a cumprir este inciso, que para nós é uma faca sem lâmina da qual judiciosamente alguém extraiu o cabo, e é, finalmente, algo que não tem nenhum sentido num artigo como este: XIX - os casos de extinção. Esses casos estão

taxativamente previstos na lei, e basta ao contrato a eles remeter, sem ter de repetir a lei porque essa não é função de contrato nenhum.

O § 1º, completamente fora de lugar tanto quanto estava na L 8666 porque a sua matéria, se tanto, deveria constar dos incisos, é a do *foro privilegiado* da Administração, que é o da sua sede e não o da sede do contratado, nem nenhuma outra. Isso já consta da legislação civil, e as leis específicas perdem tempo em repetir algo que é pressuposto de juridicidade dos contratos públicos. Os contratos internacionais abrem exceção a este princípio, caso a) sejam pagos com produto de financiamento internacional; b) contratos com empresa estrangeira que forneça o objeto no exterior, e c) contratos realizados por unidades administrativas brasileiras no exterior.

O § 2º não tem a menor necessidade de existir, porque a sua previsão já seria observada em qualquer hipótese: conforme o contrato, poderá prever que antes da expedição da ordem de serviço o ente contratante observe ou providencie o necessário para assegurar a correta execução. Isso sempre foi possível desde que existe contrato administrativo, sem o menor embaraço.

O § 3º para fazer sentido precisa ser lido como sendo a ordem de que em todo contrato conste o fator de reajuste, sendo o reajuste – até surgir regra em contrário à da legislação atual – *anual* a contar da data da proposta da Administração. Ou seja: um contrato baseado num orçamento público de fevereiro de um ano, mas que somente foi assinado em março do ano seguinte, treze meses após portanto, já ao ser assinado deverá sofrer reajuste, a contar da data da proposta do ente contratante, constante do edital.

Se assim é o direito deste parágrafo, é-o para preservar o valor da paga ao contratado que se dê apenas longo tempo após a data do orçamento estimado da Administração, no qual ele se baseou para propor.

O § 4º reinventa a roda, porém com uma face reta. Parece o saber o legislador que *reajuste* é uma espécie de acréscimo, prevista contratualmente pelo índice tal ou qual, a se dar obrigatória e automaticamente

após um ano contado do índice zero, ou seja a data-base a considerar. E não altera o contrato, deferindo-se por mero apostilamento,

E que *repactuação* é revisão, alteração. modificação do contrato, que nunca está prevista mas se dá a pedido da parte prejudicada e por negociação se essa parte demonstrar variação insuportável, imprevisível ou inimaginável, dos custos da execução, por cuja variação a parte não teve responsabilidade.

*Reajustamento*, ou reajuste, é uma coisa e tem critério preestabelecido; *repactuação* é outra, completamente diferente, e não tem critério nenhum previamente ajustado. Apenas repõe o impacto de uma alta inesperada e imprevisível de custos da parte, em geral o contratado mas que pode ser também o contratante.

Espera-se que as autoridades brasileiras não se esqueçam dessa regra que tem talvez um século, e continuem tratando reajuste como reajuste, e repactuação como a revisão que é e que sempre foi. A lei neste ponto é trabalho de amadores desinformados e que acabam fazendo involuir o direito consagrado e rigorosamente correto.

Agora o legislador pretende ensinar à engenharia nacional, e à Administração pública contratante de obras, que a medição, sempre que possível. será mensal. Os engenheiros e os gestores de contratos agradecem penhoradamente este original ensinamento.

Em excelente hora termina este artigo, porém, também aqui, com uma disposição que não serve para absolutamente nada, ao dizer que preferencialmente o prazo para uma resposta que esta lei inventou é de um mês. Quando alguém lê o advérbio *preferencialmente* em um texto legal recomenda-se-lhe passar imediatamente para o dispositivo seguinte, porque lei não é catecismo nem sermão de domingo. E quando a recomendação se reveste de uma atroz insignificância como aqui, com maior rapidez ainda.

### **Art. 93**

Art. 93. Nas contratações de projetos ou de serviços técnicos especializados, inclusive daqueles que contemplem o desenvolvimento de programas e aplicações de internet para computadores, máquinas, equipamentos e dispositivos de tratamento e de comunicação da informação (software) - e a respectiva documentação técnica associada -, o autor deverá ceder todos os direitos patrimoniais a eles relativos para a Administração Pública, hipótese em que poderão ser livremente utilizados e alterados por ela em outras ocasiões, sem necessidade de nova autorização de seu autor.

§ 1º Quando o projeto se referir a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos a que se refere o **caput** deste artigo incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.

§ 2º É facultado à Administração Pública deixar de exigir a cessão de direitos a que se refere o **caput** deste artigo quando o objeto da contratação envolver atividade de pesquisa e desenvolvimento de caráter científico, tecnológico ou de inovação, considerados os princípios e os mecanismos instituídos pela Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004.

§ 3º Na hipótese de posterior alteração do projeto pela Administração Pública, o autor deverá ser comunicado, e os registros serão promovidos nos órgãos ou entidades competentes.

*Artigo tecnológico*, inicia bem mas depois se torna pouco claro.

O *caput* correta e adequadamente manda que nas licitações que envolvam projetos o autor precisará ceder os respectivos direitos autorais ao ente contratante, que, agora seu proprietário, poderá alterá-los segundo sua necessidade ou conveniência, sem participação ao autor. Assemelha-se isto ao concurso de projetos, no qual o autor premiado cede os direitos patrimoniais do projeto ao ente promotor do concurso, que lhe pagou prêmio pelo seu projeto vencedor. Ou seja, em ambos os casos trata-se ao fim e ao cabo da *compra* de um projeto.

O § 1º amplia a necessária cessão de direitos em caso de projeto de ‘obra imaterial de caráter tecnológico’, fazendo incluir na cessão



‘todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra.’

Confessamos não assimilar inteiramente a palavra *obra* num tal contexto de imaterial; esse conceito pode ser filosófico ou literário, mas em absoluto não é o conceito *licitatório* de obra. Dizer-se a um engenheiro sobre *obra imaterial* é algo no mínimo embaraçoso... Mas a ordem da lei está suficientemente clara e é também correta, apesar de que já parecia compreendida no *caput*.

O § 2º abre exceção à ordem do *caput*, e permite ao ente público não exigir a cessão dos direitos do projeto que envolver pesquisa científica e tecnológica, na forma da Lei nº 10.973/04, a lei dos incentivos à inovação tecnológica e das ICTs. Esta exceção quebra grande parte da imperiosidade da regra do artigo e francamente desagrada ao homem do direito, independentemente da razão técnica que possa conter.

Mas menos compreensível é a ordem do § 3º, que manda comunicar ao autor do projeto que agora pertence à Administração qualquer modificação posterior do mesmo projeto. Para quê ? - é o que se pergunta.

Desde quando alguém precisa comunicar ao ex-proprietário do seu automóvel que rebaixou a suspensão, ou que o decorou com distintivos do clube futebolístico da tradição familiar, que porventura outro não é senão aquele orgulhosamente instalado no distrito paulistano de Itaquera ?

Se o bem não mais pertence ao autor, então simplesmente não faz sentido a ordem. Que a modificação seja anotada e registrada é lógico e necessário, mas não que seja comunicada a quem nada mais tem a ver com o projeto senão o registro histórico da autoria.

#### **Art. 94**

Art. 94. A divulgação no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é condição indispensável para a eficácia do contrato e de seus aditamentos e deverá ocorrer nos seguintes prazos, contados da data de sua assinatura:

I - 20 (vinte) dias úteis, no caso de licitação;

II - 10 (dez) dias úteis, no caso de contratação direta.

§ 1º Os contratos celebrados em caso de urgência terão eficácia a partir de sua assinatura e deverão ser publicados nos prazos previstos nos incisos I e II do **caput** deste artigo, sob pena de nulidade.

§ 2º A divulgação de que trata o **caput** deste artigo, quando referente à contratação de profissional do setor artístico por inexigibilidade, deverá identificar os custos do cachê do artista, dos músicos ou da banda, quando houver, do transporte, da hospedagem, da infraestrutura, da logística do evento e das demais despesas específicas.

§ 3º No caso de obras, a Administração divulgará em sítio eletrônico oficial, em até 25 (vinte e cinco) dias úteis após a assinatura do contrato, os quantitativos e os preços unitários e totais que contratar e, em até 45 (quarenta e cinco) dias úteis após a conclusão do contrato, os quantitativos executados e os preços praticados.

§ 4º (VETADO).

§ 5º (VETADO).

O legislador federal parece realmente não ter noção do que é uma república federativa, do que é o pacto federativo e do que significa a autonomia administrativa dos entes federados, que a Constituição assegura. O *caput* deste artigo *vale única e exclusivamente para a União*, de modo que não podia integrar sem ressalva a lei nacional das normas gerais de licitação e contrato, salvo se a mesma lei o excepcionasse de modo expresso.

Cada Estado, o Distrito Federal e cada Município brasileiro publica ou divulga o extrato de cada contrato seu no portal que bem institua e mantenha, sem estar obrigado a fazê-lo no portal nacional a não ser que o custeio do contrato seja federal.

Assim, os prazos em dias úteis constantes dos incs. I e II valem exclusivamente para a União, salvo se a verba para pagamento do contrato seja federal.

O § 1º prevê que os contratos emergenciais não terão a eficácia contida até a sua publicação ou divulgação, cujos prazos são os mesmos, mas imediata, o que é perfeito pois que na emergência *atira-se antes e se pergunta depois*, como se sabe.

Por fim *eficácia*, recorde-se, é a capacidade de produzir efeito, que não se confunde com *vigência* que é a condição de estar em vigor – ainda que temporariamente sem eficácia –, nem com *validade* que é a conformidade com o direito aplicável.

Encerra artigo o § 3º - uma vez que foram vetados os §§ 4º e 5º -, pelo qual os contratos de obras serão divulgados em *site* oficial em até 25 dias úteis da assinatura, com quantitativos e preços, e em até 45 dias úteis da conclusão do contrato – entenda-se do *recebimento definitivo*, pois que antes disso o contrato não estará concluído - o resultado da execução, com os preços pagos.

Esta medida em muito colabora para a transparência dos mais onerosos negócios públicos, as obras, facilitando sobremaneira o controle da sua legalidade e sua regularidade. Porém aqui se evidencia que o conceito *licitatório* de obra não é aquele de imaterialidade figurante no § 2º, como no respectivo comentário se iterou.

Quanto à aplicabilidade deste § 3º aos entes federados, em face da sua generalidade ou inespecificidade nada juridicamente a obsta, diferentemente do *caput*.

## **Art. 95**

Art. 95. O instrumento de contrato é obrigatório, salvo nas seguintes hipóteses, em que a Administração poderá substituí-lo por outro instrumento hábil, como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço:

I - dispensa de licitação em razão de valor;

II - compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor.

§ 1º Às hipóteses de substituição do instrumento de contrato, aplica-se, no que couber, o disposto no art. 92 desta Lei.

§ 2º É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

Cansamo-nos de tentar fazer ver que é muito ruim a dicção ‘instrumento de contrato’ pela correta alusão ao *termo de contrato* que constava na L 8666 anteriormente à sua modificação pela Lei nº 8.883, de 8 de junho de 1.994. Esta última lei retirou da L 8666 a palavra correta *termo* e a substituiu pela bisonha forma ‘instrumento’ que esta lei agora preservou. Insistir nisso é dar murro em ponta de faca.

O bom e velho *termo de contrato* é o instrumento contratual básico, clássico, tradicional, de praxe, originário, escolástico, ortodoxo, histórico, mas o autor da Lei nº 8.883/94, nesse tópico um autêntico macaco em loja de louça, deve ter faltado às aulas de lógica do idioma, e o seu porcino serviço permaneceu na L 8666 até o advento desta L 14133, que apenas o manteve.

Substituiu-se o certo pelo errado, apenas isso. O pior cego é o que não quer ver, ou - caprichemos agora - o que nem sequer sabe que é cego. Batalha perdida.

O termo de contrato, que é o contrato-padrão, com cláusulas detalhadas, foro, testemunhas, norma de regência, duração, prorrogabilidade, fator de reajuste, garantia prévia e as demais previsões clássicas, esse que o *caput* refere como ‘instrumento’, é obrigatório para a Administração que contrate, salvo nas exceções figurantes nos incisos, que são:

- inc. I – nas dispensas de licitação em razão de valor do objeto contratado, na forma desta lei. Sendo materialmente simples a

transação, o instrumento formalizador do negócio pode ser equivalentemente outro mais simples que o termo, como o são a ‘carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço’, ou outros ainda existentes em cada ente público, já que esta lista é apenas exemplificativa e não fechada ou taxativa.

*Carta-contrato* é uma carta, ou ofício, que o ente contratante remete ao contratando e que contém as condições essenciais do negócio, em forma variável de ente para ente, e que sendo aceita e recebida vale como formalizadora do compromisso contratual, sujeitando-se à execução e a regras processuais aplicáveis aos contratos.

*Nota de empenho* é o instrumento contábil de reserva de verba para pagar aquele dado contrato, e pouquíssimo de esclarecimento ou informação contém – do prisma jurídico revelando-se uma *péssima* simplificação. Substituir contrato por nota de empenho equivale a substituir uma motocicleta por um patinete.

*Ordens de execução*, ou *ordens de compra*, que também se podem denominar *ordens de entrega*, não exigem maior detença explicativa dada a sua linear objetividade: cada qual é a determinação, que pode ser detalhada e analítica, de que seja entregue o objeto, valendo como contrato quando recebida e aceita pelo destinatário.

Mas podem existir e existem outros instrumentos contratuais simplificados, locais como se iterou, que não precisam prender-se a estes exemplos da lei;

II – ‘compras com entrega imediata e integral dos bens adquiridos e dos quais não resultem obrigações futuras, inclusive quanto a assistência técnica, independentemente de seu valor’.

O dispositivo, transcrito da |L 8666, é claro, e estas referidas obrigações futuras são por exemplo a de testar um veículo com 5, 10, 20 e 50 mil quilômetros, e trocar determinadas peças independentemente do resultado, ou então oferecer outras obrigatórias manutenções periódicas, ou

prestar qualquer sorte de assistência técnica obrigatória. Bens que exijam providências que tais não podem ser comprados com instrumentos simplificados.

Frise-se que a garantia original de máquinas ou equipamentos para os efeitos deste inciso *não integra* aquelas obrigações futuras, e portanto não é o só fato de o bem estar garantido que impede a sua aquisição por instrumento contratual simplificado.

O § 1º é um primor de imprecisão, vagueza, indeterminação e dispersividade. Aconselha-se ao contratante que antes de contratar diretamente o objeto, sem licitação, leia o art. 92 – ao menos até onde seu estômago o permitir -, e então decida o quê daquele cipoal deve ser aplicado ao seu caso do momento. Nada mais se pode exigir a ninguém.

Pelo final § 2º a L 14133 outra vez repete a asneira de morder a nuca que consta da L 8666, evidentemente sem se aperceber da monstruosidade jurídica que consigna.

Prescreve nulo o contrato verbal com a Administração – e até aí é rigorosamente perfeito -, porém remata: ‘salvo o de pequenas compras ou o de prestação de serviços de pronto pagamento, assim entendidos aqueles de valor não superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais)’.

Quer então a lei dizer que uma compra de R\$ 9.000,00. ou um serviço de R\$ 9.500,00, pode ser contratado verbalmente, *de boca* como se diz, com um fio de barba como garantia e o sinal polegarino de positivo reciprocamente trocado entre as partes ?

Não existe porventura, em hipóteses assim, nenhum documento formalizador e obrigacional do negócio ? – é o que a lei parece dispensar...

O texto, que está na L 8666 e esta lei apenas repetiu, faz duvidar da higidez mental do legislador. Parece piada.

Sabe-se no entanto que não é assim que ocorre na prática diuturna dos negócios públicos, e que mesmo a compra de uma deliciosa paçoquinha, seja açucarada, seja *diet*, exige ao menos a nota fiscal de compra, que evidencie a existência de um contrato de compra e venda. Sem essa nota o

adquirente deverá ser responsabilizado pela despesa que não formalizou, e ainda que não se trate de paçoquinhas o mesmo se dá relativamente a qualquer negócio, de qualquer valor.

Assiste razão, uma vez mais, ao ensinamento bíblico segundo o qual não se pode fiar na letra, que mata...