

PROCEDIMENTOS AUXILIARES DA LICITAÇÃO (LEI Nº 14.133/21, ARTS. 78/88)

Ivan Barbosa Rigolin

(nov/24)

Colaborou Consuelo Colinvaux

Primeira parte – arts. 78 a 81

I – Os arts. 78 a 88 da lei de licitações consignam os *procedimentos auxiliares* das licitações, uma titulação muito bem concebida em favor da sistematização de alguns procedimentos que, ainda que adequadamente descritos – mas de modo esparso e acidentário - na lei anterior, sempre poderiam ter sido organizados e sistematizados como apenas agora aconteceu.

São cinco, nominadamente: (I) credenciamento; (II) pré-qualificação; (III) manifestação de interesse; (IV) registro de preços, e (V) registro cadastral.

O que todos têm em comum é que *não integram uma licitação*, nem são obrigatórios, nenhum deles, em nenhuma hipótese.

A Administração os realiza se e quando quiser. Nenhuma licitação é proibida apenas por não ter sido previamente instaurado algum desses procedimentos, ou seja, nenhum dos cinco é

pré-condição, ou requisito, para uma licitação ou uma contratação direta. São úteis e em geral inteligentes, mas não obrigatórios.

Foram concebidos e instituídos como procedimentos autônomos destinados a auxiliar o ente público que, tendo necessitado obter certos objetos (obras, serviços e bens), de duas, uma: *ou* (I) fracassou na licitação para os obter, *ou* (II) antes de licitá-los ou contratá-los diretamente preferiu valer-se daqueles instrumentos para tentar obter uma adequada contratação.

II – Sem transcrever os artigos, passa-se a corrê-los e a comentá-los.

O primeiro procedimento auxiliar é o *credenciamento*, do inc. I do art. 78, e do art. 79. Os dois parágrafos do art. 78 são tão ruins que dificultam comentário, senão algo como o seguinte: o § 1º pretende que os critérios de julgamento dos procedimentos sejam claros e objetivos, enquanto que o § 2º informa que serão os mesmos aplicáveis às licitações.

Daí as perguntas inevitáveis: se os critérios são os mesmos das licitações, então por que motivo algum regulamento local seria necessário? Os critérios de julgamento das licitações, que são aplicáveis por força do § 1º ao credenciamento, porventura já não são claros e objetivos? Onde a lei pretende chegar, com uma tal incongruência e irreflexão? A lei – como infelizmente muitas pessoas - não *fecha* consigo mesma.

O início do art. 79 mantém a tragédia técnica. Os seus três incisos não dizem coisa com coisa – lembrando discursos de alguns candidatos -, e inventam hipóteses que dificilmente passam

ou passaram pela cabeça de alguma autoridade, a qual não se ocupa de teorias acadêmicas mas dos problemas muito reais que tem à frente para resolver.

Antes da *prosopopeia* dos incs. I a III do art. 79, a realidade é a seguinte: o credenciamento serve, como primeira alternativa, para a Administração tentar suprir necessidades que licitações anteriores, ou concursos públicos, não resolveram, tendo fracassado por motivos que podem ser os mais variados dentro da realidade de cada mercado consultado.

Um Município, *exempli gratia*, precisa de médicos geriatras. Criou cargos e abriu concurso público, mas nenhuma alma veio concorrer. Licitou o serviço, e nenhuma empresa compareceu ao chamado. Que fazer ?

O credenciamento - que entretanto também nem sempre dará solução ao problema - é uma inteligente ideia, que merece ser tentada. E com isso os incs. I a III do art. 79 conservam a mesma relevância daqueles referidos discursos: nenhuma.

Os seis incisos do parágrafo único são mais proveitosos, apesar de que aí está previsto que regulamento local deve definir os procedimentos, sendo que apenas aqueles seis incisos já fornecem subsídio suficiente, juntamente com instruções específicas de cada edital de chamamento de interessados, para se efetivar por completo a ofensiva.

Se se editassem – porque não se editam nem perto disso – todos os regulamentos que a lei *tenta exigir* não existiria papel suficiente no mundo.

Pelo inc. I do par. único o ente que quiser instaurar credenciamento deve publicar o ato de convocação em sítio eletrônico, e mantê-lo por tempo indeterminado – naturalmente enquanto tiver interesse em credenciar profissionais.

Pelo inc. II, se não puderem ser contratados simultaneamente todos os credenciados em dado momento de interesse do ente público, então critérios objetivos de convocação devem ser adotados.

E o critério mais justo e objetivo é o de quem se credenciar antes será contratado antes, valendo a ordem temporal das inscrições. E é sempre o mais lógico e razoável, na medida em que as condições do contrato são as mesmas para qualquer credenciado.

No credenciamento ninguém disputa nada com ninguém, e ao obter o credenciamento todo profissional é igual aos demais em reconhecimento da qualificação laboral pelo poder público credenciante.

É isso que prevê o inc. III: condições padronizadas para todos os interessados, a iniciar pelo valor de cada trabalho isolado. E cada prestação de serviço pelo credenciado gera, ou é em verdade, um contrato com o ente que o credenciou, o qual contrato será remunerado, em bases iguais para todos os credenciados, pelo ente credenciante, mediante documento hábil de comprovação que o edital deve especificar.

E em tese e em regra não existe limite para aquelas prestações de serviço, cujo volume é ditado apenas pela demanda, e quando for o caso pela limitação de recursos disponíveis para a remuneração dos credenciados – e nessa hipótese o ente precisa

intervir para limitar ou suspender os serviços, mediante adequada justificativa. E essa hipótese, em boa técnica, constará do edital.

O inc. IV do par. único se refere, entretanto, ao inc. III do *caput*, a mencionar *mercados fluidos*, vale dizer aqueles cujos preços oscilam em face de circunstâncias próprias de cada profissão e de cada ramo de atividade.

Nesses casos o inc. IV manda que o ente registre, ou ‘fotografe’ aquelas cotações a cada momento de contratação, de modo a permitir a fiscalização da economicidade e da razoabilidade de cada negócio.

O registro pode se dar a partir de fontes fidedignas, sejam impressas, sejam virtuais fotografadas ou gravadas, sejam por fim através de qualquer outro meio institucionalmente admissível. Hoje em dia meia hora de pesquisa na *internet* resulta mais produtiva que uma semana de escrutinação na biblioteca do Congresso americano.

O inc. V proíbe a subcontratação (que a lei em momento infeliz chama de *cometimento*) do objeto, dos contratos com credenciados, sem autorização do ente contratante – e tal seria se admitisse, sabendo-se que a autorização é exigida para qualquer subcontratação.

E mesmo se o ente contratante autorizar o *cometimento* sem alguma necessidade bastante séria e ponderável o instituto é estranho, porque todo o seletivo trabalho de credenciamento se esvai quando o credenciado repassa seu contrato para um terceiro, estranho ao procedimento seletivo. Mais lógico seria manter o

contrato apenas com credenciados, se os houver, e desde logo impedir o trespasse que não fosse entre credenciados.

O inc. VI, por fim, admite a denúncia (renúncia, desistência, rompimento, finalização, rescisão, resilição) do contrato do credenciado, tanto pelo contratado quanto pelo ente contratante, se dentro dos prazos para tanto estabelecidos no ato convocatório, ou no próprio contrato firmado.

Fora desse prazo é evidente que se uma das partes quiser romper o contrato romperá, porém o mesmo ato convocatório em boa técnica deve estabelecer sanções por isso, com as quais terá de arcar a parte infratora.

Mas seja bem compreendido: o contrato nesse caso é o pacto entre o ente público e a pessoa credenciada, pelo qual essa pessoa é credenciada a prestar o serviço desde que demandado pela clientela.

Mesmo que seja um ato unilateral de outorga do credenciamento, tem natureza obrigacional para as partes enquanto em vigor, daí se o poder denominar contrato: cada vez que o credenciado é demandado precisa prestar o serviço, sendo essa a sua obrigação; e cada serviço que nessa condição prestar obriga o ente credenciador a pagar por ele, cumprindo essa obrigação. E se existe obrigação de parte a parte, eis aí um contrato.

III – O art. 80 cuida do segundo instrumento auxiliar, que é a *pré-qualificação*.

Uma boa ideia, já antiga na legislação mas ainda não muito utilizada, significa a antecipação da fase de

habilitação técnica de interessados em fornecer produtos (bens, máquinas, softwares, programas, inovações tecnológicas), de modo a poupar essa fase – muita vez demorada e complicada, e onde frequentemente *a roda pega* – na futura licitação, que então será aberta apenas aos pré-habilitados.

Além daqueles exemplos acima entre parênteses, a lei (art. 80, inc. I) menciona ‘programas de obras’, o que constitui objeto ainda mais raro, porque as obras são em geral tão complexas que só em si dificultam pré-habilitações; mas como ‘programas de obras’ podem incluir inumeráveis produtos, serviços e materiais, é útil a previsão.

O inc. II do art. 80 nada diz de novo, informando apenas que a pré-qualificação serve para selecionar bens que atendam as exigências técnicas da Administração – o que enfeixa a grande maioria dos procedimentos realizados.

E agora por favor prepare-se, paciente amigo e leitor: começam os parágrafos.

O § 1º é patético, daqueles que alguém escreveu por escrever. Informa que os (I) documentos habilitatórios que já constem do cadastro do licitante pré-qualificando podem ser dispensados, e essa regra já existe há algumas décadas na lei.

E diz também que (II) em caso de bens pode ser exigida comprovação de qualidade (?). É de cair o queixo, porque a pré-qualificação *somente existe* para pré-comprovar a qualidade do objeto... e ainda alguns teóricos dizem a lei não contém passagens inúteis ...

Os parágrafos desta lei são de fato um castigo permanente ao aplicador. O § 2º tem a petulância de prescrever que o procedimento da pré-qualificação ficará permanentemente aberto aos interessados. Uma pinoia, com todo o máximo respeito ! Pré-qualificação não é a festa do caqui !

Como pode ficar permanentemente aberto um procedimento para pré-qualificar licitantes, ou bens, se depois da licitação entre os pré-qualificados o interesse da entidade terá sido satisfeito, e terá desaparecido a necessidade da Administração ?

A pré-qualificação é um procedimento temporário, que visa obter um produto específico. Obtido esse produto, como então poderia ficar permanentemente aberta, se nada mais existe a pré-qualificar, e quando o procedimento já esgotou seu propósito ? Pré-qualificação tem começo e tem fim. O legislador por vezes, como aqui, parece não fazer a menor ideia de sobre o quê escreve.

Segue o tormento com o § 3º. Informa que constarão do edital (I) informações mínimas para a definição do objeto, e (II) dados sobre a futura licitação. Quanto aos dados é perfeita a previsão, e os dados serão aqueles que o ente quiser informar, porque os julga importantes.

Mas quanto ao inc. I não faz sentido, porque a definição do objeto desejado não pode ficar a cargo do pré-qualificando, precisando ser do ente que abriu o procedimento. O que o pré-qualificando faz é, *a partir das especificações do edital*, oferecer o seu produto, a sua sugestão, a sua indicação para atender o que o ente quer.

Mas definir o objeto não é sua função – ou será que o ente não sabe o que quer ? Pode ser, porém se não souber com precisão – o que é muito frequente - , então que abra um *concurso de projetos*, que é uma competição de ideias, mas não abra uma pré-qualificação para algo que ele não sabe o que é.

O § 4º mantém o castigo do aplicador, e aumenta o seu crédito para o juízo final. Não diz lé com cré, nem fecha ideia nenhuma.

O que se visa com uma pré-qualificação é qualificar produtos, não examinar documentos do que quer que seja. É difícil manter a sobriedade diante desta lei, provavelmente a pior de que se tem notícia e que quanto a isso supera a anterior lei nº 8.666/93 em muito.

Recomenda-se ao aplicador, como quanto a inúmeros outros dispositivos, fingir que este § 4º não existe, e realizar a pré-qualificação como dantes, como sempre se fez.

A inutilidade de grande parte desta lei é com todo efeito algo prodigioso no ordenamento jurídico brasileiro. Mas não se assuste o leitor porque o diploma não é normal nem regular, mas patológico, uma aberração institucional que deve ter o mesmo destino de qualquer aberração no campo que for.

O § 5º segue na mesma toada. Os bens e os serviços pré-qualificados deverão integrar o catálogo de bens e serviços da Administração. Isso existe ? Que é, ou qual é, o catálogo de bens e de serviços de algum ente público ? É eterno ? Nunca muda, nunca evolui ?

O § 6º autoriza o que sempre foi permitido, e que nunca passou pela ideia de ninguém pretender regulamentar. A pré-qualificação pode ter segmentos, seções, grupos ou divisões. De tão óbvio não há comentário imaginável.

O § 7º é também esotérico: a pré-qualificação poderá ser parcial ou total. A seguir assim, a lei dirá que o servidor poderá trabalhar, que poderá receber seu vencimento ou salário, e que poderá almoçar. É difícil ter de conviver com algo assim.

O § 8º pretende fixar prazo para a pré-qualificação. Curioso, porque o § 2º informa que a pré-qualificação ficará permanentemente aberta aos interessados. Permanece aberta até mesmo após quando vencerem os prazos do § 8º ? – é o que se pergunta. Isso não pode estar acontecendo ...

O § 9º, seguramente redigido pelo mesmo autor dos anteriores, informa que os licitantes e os bens pré-qualificados serão obrigatoriamente divulgados e mantidos à disposição do público. Então o ente divulga os licitantes, e os mantém à disposição do público ? O licitante fica à disposição do público ?

E os bens pré-qualificados, também ficam à disposição do público ? O público pode chegar e pegá-los para si ? Ou a lista dos bens fica à disposição ? Se for, para quê será, se isso em nada afeta ou aproveita a ninguém em particular ? Que faz um particular com a lista dos bens pré-qualificados da Secretaria da Fazenda do Município de Jacaré dos Homens, ou de Poço das Antas, ou de São Paulo ?

O derradeiro § 10 informa que a licitação dos pré-qualificados poderá ser restrita aos pré-qualificados (??).

Poderia não ser ? Se pode não ser, então para que raio se realizou a complicada, demorada e custosa fase de pré-qualificação ? De quê serviu ?

Amigo leitor, recomenda-se a esta altura uma benzeção ou um descarrego espiritual, carregado de incenso e defumador, antes de prosseguir. O veículo humano precisa recuperar-se periodicamente das agruras da existência.

E a quem perguntar se este breve artigo é mesmo jurídico redarguimos: e esta lei, acaso e porventura é ?

IV – O art. 81 cuida da *manifestação de interesse*, algo também difícil de ser deglutido, como o icônico palito daquele sanduíche. Constitui o que o genitor deste acanhado escriba costumava denominar *estupidez animada*, referindo-se à balbúrdia encetada, amiúde e eassaz de vezes, por sua prole. Tal qual a inveja ou a cobiça, este art. 81 não tem porquê.

Sobre essa previsão da manifestação de interesse – e não se dirá instituto, porque isso não é nada – já escrevemos:

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 (¹).

Com toda franqueza resta impossível ao comentarista – desculpe-se a aspereza – honesto de propósito, imbuído da intenção de tentar auxiliar, instruir, esclarecer e orientar o aplicador e não de apenas reescrever a lei, verter tempo e energia a esquadrinhar este artigo e sua manifestação de interesse.

Trata-se de algo que sempre foi possível, lícito e administrativamente perfeito em toda a história do Brasil. Para ter sido executado bastava apenas à autoridade interessar-se por sondar a opinião pública e os setores produtivos da sociedade sobre ideias, projetos, planejamentos, ou novas concepções do que quer que fosse de interesse coletivo.

Nenhum roteiro, nenhum regulamento, nenhum regramento, nenhum disciplinamento da natureza que fosse jamais foi necessário à implementação do que este art. 81 denomina manifestação de interesse: isso sempre foi factível, elogiável e

¹ Cf. nosso livro *Lei nº 14.133/2021 comentada – uma visão crítica*, ed. Forum, MG, 2.022, p. 290/1.

desejável como iniciativa da autoridade governante, e sempre o será com esta nova lei, sem esta lei ou apesar desta lei.

Tanto quanto a autoridade não necessita autorização para discricionariamente e dentro da lei governar e administrar, jamais precisou destes instrumentos ventilados neste art. 81 para sondar a população que o elegeu sobre suas preferências, suas necessidades, seus anseios, suas expectativas.

A Prefeitura de Amsterdam em 1.968, denotando *excesso* de recursos orçamentários, consultou a população sobre que destino dar àquelas vultosas verbas, e a resposta foi: *metrô subterrâneo*, o qual foi então construído de 1.970 a 1.977, sendo que depois disso a expansão das linhas teve lugar.

Precisou a flamenga autoridade, para saber o que a sua comunidade gostaria de ter, de uma instrução como a deste art. 81 da lei nacional brasileira de licitações e contratos administrativos para tanto ? Jamais. Em vez disso uma simples e sumária consulta aos cidadãos deu a trilha a seguir.

A lei brasileira, além de vir ficando cada vez maior, mais rebuscada, mais ‘regulamentista’ e mais prolixa sem a mínima utilidade para isso, não perde o vício, que é irritantemente infantil, de ‘autorizar’ o que sempre foi permitido até onde a visão da história alcança.

E como disséramos este dispositivo, art. 81, dificilmente merece sequer ser lido até o fim, quanto mais posto em execução, mais inútil que a *pedra na sopa* como se revela.

Foi uma ideia tal que com a qual ou sem a qual o direito restou tal e qual. (conclui na segunda parte)

