

LICITAÇÕES – A NOVA LEI – 6

Ivan Barbosa Rigolin

(maio/21)

Art. 22

Art. 22. O edital poderá contemplar matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado, hipótese em que o cálculo do valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e com os riscos atribuídos ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pelo ente federativo.

§ 1º A matriz de que trata o **caput** deste artigo deverá promover a alocação eficiente dos riscos de cada contrato e estabelecer a responsabilidade que caiba a cada parte contratante, bem como os mecanismos que afastem a ocorrência do sinistro e mitiguem os seus efeitos, caso este ocorra durante a execução contratual.

§ 2º O contrato deverá refletir a alocação realizada pela matriz de riscos, especialmente quanto:

I - às hipóteses de alteração para o restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato nos casos em que o sinistro seja considerado na matriz de riscos como causa de desequilíbrio não suportada pela parte que pretenda o restabelecimento;

II - à possibilidade de resolução quando o sinistro majorar excessivamente ou impedir a continuidade da execução contratual;

III - à contratação de seguros obrigatórios previamente definidos no contrato, integrado o custo de contratação ao preço ofertado.

§ 3º Quando a contratação se referir a obras e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada, o edital obrigatoriamente contemplará matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado.

§ 4º Nas contratações integradas ou semi-integradas, os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado deverão ser alocados como de sua responsabilidade na matriz de riscos.

Na esteira dos artigos anteriores este art. 22 é na sua maior parte absoluta e irremediavelmente inútil, na medida em que, até o § 3º, não obriga ninguém a nada, mas apenas *permite* que o ente licitador contemple no edital “matriz de alocação de riscos entre o contratante e o contratado”.

Ora, numa lei tão acerbamente prolixa, exageradíssima em todos os aspectos formais, prenhe de imposições por vezes difícilimas ou impossíveis de atender, quem na face d planeta ainda se irá dar ao trabalho adicional de incluir uma complexa e trabalhosa – e muito pouco conhecida para o licitador, sendo matéria de securitaristas – matriz de riscos ?

Perguntamos e respondemos: aquele mesmo dirigente que para se dirigir de São Paulo ao Rio de Janeiro *atalha* o caminho por Manaus, Porto Alegre e Cuiabá, para somente então adentrar a cidade maravilhosa. Trata-se um problema mental tão somente, similar ao daquele cidadão que bate incessantemente uma porta em sua cabeça, e quando questionado pelo insólito de sua atitude responde que o faz porque sente uma delícia indescritível quando para... e consta que existe gente assim.

Muda o panorama, entretanto, no § 3º, que *obriga* a adoção da matriz de riscos sempre que a licitação for para a licitação de “obras

e serviços de grande vulto ou forem adotados os regimes de contratação integrada e semi-integrada”. Os três institutos estão definidos no art. 6º da lei.

Nessas exclusivas hipóteses vale todo o disposto nos §§ 1ª e 2º da lei, cumprindo então observar:

a) alocação eficiente de riscos do contrato, com fixação das responsabilidades de parte a parte - seja tudo isso o que for dentro desse ambiente próprio para videntes, visionários ou profetas, pois que jamais alguém tabulará eficientemente os riscos de qualquer contrato existente no planeta – e o autor da lei o sabe muito bem, ao estultamente pretender eliminar o elemento aleatório dos contratos;

b) hipóteses para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. é bem intencionado o dispositivo, porém também resvala no imponderável pois que ninguém pode resumir antecipadamente todas aquelas hipóteses, e na prática não se deve revelar muito útil esta previsão, devendo as coisas em matéria de revisão como sempre foram;

c) possibilidade de resolução quando o sinistro tornar impossível a continuidade do contrato. Será que o legislador acredita que criou esta idéia, que existe desde que o mundo é mundo, sabendo-se que ninguém é obrigado ao impossível ?..

d) contratação obrigatória de seguros, o que irá majorar o valor do contrato.

O § 4º manda, também redundantemente, que a matriz de riscos nas contratações integradas ou semi-integradas contemple que os riscos decorrentes de fatos supervenientes à contratação, que estendam associados à escolha da solução de projeto básico pelo contratado, sejam de exclusiva responsabilidade deste. Não se imaginaria diferente, se foi o próprio contratado quem escolheu ou quem elaborou o projeto básico. Quem pariu Mateus que o embale...

Art. 23

Art. 23. O valor previamente estimado da contratação deverá ser compatível com os valores praticados pelo mercado, considerados os preços constantes de bancos de dados públicos e as quantidades a serem contratadas, observadas a potencial economia de escala e as peculiaridades do local de execução do objeto.

§ 1º No processo licitatório para aquisição de bens e contratação de serviços em geral, conforme regulamento, o valor estimado será definido com base no melhor preço aferido por meio da utilização dos seguintes parâmetros, adotados de forma combinada ou não:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente no painel para consulta de preços ou no banco de preços em saúde disponíveis no Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP);

II - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, inclusive mediante sistema de registro de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

III - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e hora de acesso;

IV - pesquisa direta com no mínimo 3 (três) fornecedores, mediante solicitação formal de cotação, desde que seja apresentada justificativa da escolha desses fornecedores e que não tenham sido obtidos os orçamentos com

mais de 6 (seis) meses de antecedência da data de divulgação do edital;

V - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

§ 2º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia, conforme regulamento, o valor estimado, acrescido do percentual de Benefícios e Despesas Indiretas (BDI) de referência e dos Encargos Sociais (ES) cabíveis, será definido por meio da utilização de parâmetros na seguinte ordem:

I - composição de custos unitários menores ou iguais à mediana do item correspondente do Sistema de Custos Referenciais de Obras (Sicro), para serviços e obras de infraestrutura de transportes, ou do Sistema Nacional de Pesquisa de Custos e Índices de Construção Civil (Sinapi), para as demais obras e serviços de engenharia;

II - utilização de dados de pesquisa publicada em mídia especializada, de tabela de referência formalmente aprovada pelo Poder Executivo federal e de sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo, desde que contenham a data e a hora de acesso;

III - contratações similares feitas pela Administração Pública, em execução ou concluídas no período de 1 (um) ano anterior à data da pesquisa de preços, observado o índice de atualização de preços correspondente;

IV - pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, na forma de regulamento.

§ 3º Nas contratações realizadas por Municípios, Estados e Distrito Federal, desde que não envolvam recursos da União, o valor previamente estimado da contratação, a que se refere o **caput** deste artigo, poderá ser definido por meio

da utilização de outros sistemas de custos adotados pelo respectivo ente federativo.

§ 4º Nas contratações diretas por inexigibilidade ou por dispensa, quando não for possível estimar o valor do objeto na forma estabelecida nos §§ 1º, 2º e 3º deste artigo, o contratado deverá comprovar previamente que os preços estão em conformidade com os praticados em contratações semelhantes de objetos de mesma natureza, por meio da apresentação de notas fiscais emitidas para outros contratantes no período de até 1 (um) ano anterior à data da contratação pela Administração, ou por outro meio idôneo.

§ 5º No processo licitatório para contratação de obras e serviços de engenharia sob os regimes de contratação integrada ou semi-integrada, o valor estimado da contratação será calculado nos termos do § 2º deste artigo, acrescido ou não de parcela referente à remuneração do risco, e, sempre que necessário e o anteprojeto o permitir, a estimativa de preço será baseada em orçamento sintético, balizado em sistema de custo definido no inciso I do § 2º deste artigo, devendo a utilização de metodologia expedita ou paramétrica e de avaliação aproximada baseada em outras contratações similares ser reservada às frações do empreendimento não suficientemente detalhadas no anteprojeto.

§ 6º Na hipótese do § 5º deste artigo, será exigido dos licitantes ou contratados, no orçamento que compuser suas respectivas propostas, no mínimo, o mesmo nível de detalhamento do orçamento sintético referido no mencionado parágrafo.

Outro desanimadoramente longo e prolixo artigo nesta lei tremendamente rebarbativa e de pesadíssima digestão. Contém uma

grande série de platitudes e de obviedades que em geral já são arquiconhecidas, como se repeti-las mudasse o direito aplicável.

O óbvio *caput* fixa que o orçamento da Administração deve basear-se nos preços correntes do mercado, que podem ser obtidos em bancos públicos ou particulares de dados. Algum dia foi diferente ?

O § 1º, que não sabe o que quer, estabelece que os orçamentos de bens e de serviços comuns observem os diversos parâmetros constantes dos incs. I a V, porém *na forma de regulamento*. Ora, então o que vale, os parâmetros ou o regulamento ?

E mais: pode a lei mandar os entes de todo nível expedirem regulamentos para tudo que dê na telha do legislador ? Onde fica a autonomia administrativa dos entes locais e regionais ? Já não basta a lei dar parâmetros em profusão, e ainda a todos exige regulamentos ? O legislador deve viver em Marte.

Aqueles parâmetros dos incs. I a V do § 1º em resumo são os seguintes: I – utilização do Sicro ou do Sinapi para dar os custos de obras e serviços de engenharia, que devem incluir o BDI e os encargos sociais cabíveis – como se pudesse ser diferente; II – valor de contratações similares da Administração; III – dados de pesquisas publicadas em revistas especializadas; IV – pesquisa com no mínimo três fornecedores, e V – pesquisa na base nacional de notas fiscais eletrônicas, e outra vez diz a lei: com base em regulamento... O legislador deve imaginar que conseguiu resolver o problema dos orçamentos errados ou tendenciosos.

Segue a cena no § 2º, no qual a lei *repete todas as regras do § 1º*, desta vez para obras e serviços de engenharia ! Qual o senso prático do legislador, e qual a sua noção de economia redacional e legislativa ? Não teria sido muito preferível fixar as regras uma só vez para todos os objetos dos parágrafos ?

O § 3º exclui do aparente rigor dos parágrafos anteriores as contratações estaduais, distritais e municipais custeadas por recursos exclusivos dessas pessoas, e permite que estas utilizem métodos,

sistemas e regras próprios para estimação dos seus orçamentos. Melhor que tenha sido respeitada a autonomia dos entes integrantes da federação, evidenciando-se com isso que toda a *via crucis* anterior se refere apenas a recursos federais.

Dentro da *selva escura e tenebrosa* dos parágrafos isto é menos mau, mas não exime a lei do grande exagero burocrático.

O § 4º reitera o óbvio ululante que é sabido e consabido por toda a Administração: se não for possível, nas contratações diretas (dispensa ou inexigibilidade) estimar os preços na forma deste artigo – o que, repita-se, já nem sequer é obrigatório para os entes locais que custeiem seus contratos -, então os entes devem valer-se do que lhes for possível e acessível. Mais óbvio deve ser impossível.

O extenso § 5º tem a utilidade inversa à sua extensão. Obra de matemáticos, atuários, securitaristas ou de estritos exatistas mas jamais de legisladores que escrevam em língua comum, praticamente de nada serve. Cogita tantas hipóteses e tantas abertas possibilidades, e tantas exceções, que francamente não se imagina para quê foi sequer escrito.

Permita-se nos enunciar uma dúvida crucial: acreditará o legislador que textos como este § 5º serão um dia levados ao pé da letra, ou mesmo a sério, dentro da vida atribulada dos operadores de licitação em nosso cada vez mais sofrido país? Imbuí-se dessa ilusão primigênia?

E quanto à fiscalização de horrores e descabros legislativos como este... por tudo que é sagrado, como ficará? Qual será sua *saída honrosa*, neste tétrico panorama?

Encerra o artigo o § 6º, que num ambiente assim é surpreendentemente lógico e razoável: a proposta do licitante deve ter o mesmo nível de detalhamento do orçamento do ente licitador.

Conveniente que este paralelismo – que de resto já se espera de bons profissionais no seu trato com a Administração mesmo sem lembrete nenhum - seja agora explicitamente exigido na lei. Mal nunca fará, mas como medida *educativa* pode revelar-se bastante útil.

Art. 24

Art. 24. Desde que justificado, o orçamento estimado da contratação poderá ter caráter sigiloso, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas, e, nesse caso:

I - o sigilo não prevalecerá para os órgãos de controle interno e externo;

II - (VETADO).

Parágrafo único. Na hipótese de licitação em que for adotado o critério de julgamento por maior desconto, o preço estimado ou o máximo aceitável constará do edital da licitação.

Este artigo veicula, *prima facie*, uma péssima idéia: orçamentos secretos da Administração. Retrocesso absoluto ante a excelente regra da proibição de segredo na licitação, afora a proposta do licitante até a sua abertura.

Ora, se o orçamento não é para ser conhecido, então para quê serve ? Para quê existe ? Jogo de adivinhação ? Brincadeira com os licitantes ?

Trata-se acaso de segredo de estado, de segurança nacional ou de imperativo estratégico de governo ? Se for isso, então a própria licitação, ou a negociação direta, já deve ser secreta, não apenas o orçamento...

Então, quanto ao *caput*, e se não se tratar de segredo de estado, *jamais* se justifica a ocultação do preço, e do orçamento. Licitação não é cabra-cega, nem jogo de quebrar pinhata para diversão e gáudio de uma platéia absolutamente amadora.

Recomenda-se à autoridade licitadora *jamais se deixar levar* por esta patética idéia de segredo em licitação, e abrir, e devassar, todos os preços com os quais trabalha o e seu ente.

Art. 25

Art. 25. O edital deverá conter o objeto da licitação e as regras relativas à convocação, ao julgamento, à habilitação, aos recursos e às penalidades da licitação, à fiscalização e à gestão do contrato, à entrega do objeto e às condições de pagamento.

§ 1º Sempre que o objeto permitir, a Administração adotará minutas padronizadas de edital e de contrato com cláusulas uniformes.

§ 2º Desde que, conforme demonstrado em estudo técnico preliminar, não sejam causados prejuízos à competitividade do processo licitatório e à eficiência do respectivo contrato, o edital poderá prever a utilização de mão de obra, materiais, tecnologias e matérias-primas existentes no local da execução, conservação e operação do bem, serviço ou obra.

§ 3º Todos os elementos do edital, incluídos minuta de contrato, termos de referência, anteprojeto, projetos e outros anexos, deverão ser divulgados em sítio eletrônico oficial na mesma data de divulgação do edital, sem necessidade de registro ou de identificação para acesso.

§ 4º Nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto, o edital deverá prever a obrigatoriedade de implantação de programa de integridade pelo licitante vencedor, no prazo de 6 (seis) meses, contado da celebração do contrato, conforme regulamento que disporá sobre as medidas a serem adotadas, a forma de comprovação e as penalidades pelo seu descumprimento.

§ 5º O edital poderá prever a responsabilidade do contratado pela:

I - obtenção do licenciamento ambiental;

II - realização da desapropriação autorizada pelo poder público.

§ 6º Os licenciamentos ambientais de obras e serviços de engenharia licitados e contratados nos termos desta Lei terão prioridade de tramitação nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e deverão ser orientados pelos princípios da celeridade, da cooperação, da economicidade e da eficiência.

§ 7º Independentemente do prazo de duração do contrato, será obrigatória a previsão no edital de índice de reajustamento de preço, com data-base vinculada à data do orçamento estimado e com a possibilidade de ser estabelecido mais de um índice específico ou setorial, em conformidade com a realidade de mercado dos respectivos insumos.

§ 8º Nas licitações de serviços contínuos, observado o interregno mínimo de 1 (um) ano, o critério de reajustamento 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.

§ 9º O edital poderá, na forma disposta em regulamento, exigir que percentual mínimo da mão de obra responsável pela execução do objeto da contratação seja constituído por:

I - mulheres vítimas de violência doméstica;

II - oriundos ou egressos do sistema prisional.

Outro artigo muito mais longo do que deveria, inicia por dizer na maior parte o óbvio, que jamais seria diferente mesmo sem lei nenhuma. O edital deve indicar o objeto da licitação e as regras de convocação, julgamento, habilitação, recursos, penalidades, fiscalização e gestão do contrato, entrega e pagamento.

Entenda-se: deve o edital declinar o que já não estiver expresso na lei, como por exemplo julgamento, habilitação, recursos e penalidades, pois que tudo que a lei esgotar não será o edital que modificará, e o diploma convocatório poderá apenas reportar a matéria legal para cada assunto, sem estultamente repeti-la – como infelizmente é muito comum ocorrer em nosso país. Deve o edital dizer o que a lei já não diz, porque a lei não precisa ser repetida por diploma ou documento algum para ser obrigatória.

Os §§ 1º e 2º, apenas facultando o ente licitador a inserir regras no edital, são quase por completo inúteis: o

- § 1º recomenda padronização de minutas de editais, o que já se faz desde a primeira licitação havida no Brasil;

- o § 2º é tão bisonho que nos faz pensar qual foi seu propósito real: admitir circunscrever a mão de obra e os materiais a serem utilizados àqueles locais – o que é difícil imaginar e difícilimo controlar -, ou o quê mais, diverso disso ? Como fica no facultativo e na mera autorização para o edital, *pode ser solenemente ignorado por todos os entes públicos brasileiros* – sem a menor hesitação. A autoridade licitadora já tem problemas demais com só as obrigações dadas pela lei para se preocupar também com o que ela não obriga.

O § 3º manda divulgar o edital completo, com todos os anexos, em sítio eletrônico oficial, e – excelente medida - não existirão senhas ou registros para o acesso. A eletrônica visa abrir a publicidade, não fechá-la nem a restringir.

Até este momento a lei não obriga existir edital impresso à disposição dos interessados, no que acerta considerando o anacronismo obsoleto que a papelada sem fim constitui hoje em dia, e que, mais dia, menos dia, desaparecerá sem deixar vestígio.

Pelo § 4º é obrigatória a previsão de implantação, pelo vencedor das licitações para objetos de grande vulto e dentro de seis meses do contrato, de um *programa de integridade*. O que significa isso o legislador deve saber, já que não diz coisa alguma dentro da lei até o momento. E o dispositivo informa que será na forma de um regulamento que tal se processará, e como...

Ou seja, a lei parece estar obrigando o ente público a editar mais um regulamento, no qual disponha sobre – repita-se, seja lá isso o que for – o programa de integridade.

Duvida-se que alguém venha a se preocupar seriamente com algo assim – inclusive, diga-se, a fiscalização, já tão assoberbada de obrigações *sérias*. O legislador cria chifres em cabeça de cavalo, talvez imaginando que será atendido instantaneamente em todos esses caprichos sem nenhum sentido prático. Como se duvida também, por isso e cada vez mais, do resultado desta L 14133.

O § 5º não está incorreto, porém autoriza o que já se faz de tempo imemorial, ou seja que o edital (I) imponha ao contratado obter o licenciamento ambiental necessário para aquele dado objeto, e (II) realize as desapropriações necessárias. que o poder público tenha autorizado. Segue na linha de autorizar o que já estava autorizado há décadas, mas irregular não é.

O § 6º impõe aos órgãos do Sisnama – Sistema Nacional do Meio Ambiente – dar prioridade aos licenciamentos ambientais aqui versados. O interessado que entender estar sendo tratado sem prioridade poderá

então, doravante, reclamar nesse sentido, nada nem ninguém assegurando eficácia a esta regra.

O § 7º cria confusões e baralhamentos tão necessários para a Administração quanto uma gripe, um furacão ou uma colisão de trens, na mania infantil e pretensiosa de complicar por complicar.

Quando todos conhecem a regras atuais de reajustamento, vem a L 1433 mandar que o edital precisa conter índice de reajustamento, vinculado à data do orçamento da Administração, independentemente da duração do contrato, e com possibilidade de haver mais de um índice regional ou setorial.

Isto significa que mesmo que o contrato dure apenas um mês, e mesmo que o orçamento do ente licitador date de dois meses antes da assinatura desse contrato, mesmo assim precisará haver previsão de reajuste ! E que poderão ainda existir mais de um índice setorial !

Quem precisa de lei assim, que num só golpe tende a desorganizar completamente a questão dos reajustes, que, repita-se, estava e ainda está perfeitamente equacionada hoje, data em que – felicissimamente ! - pode ainda ser utilizada a L 8666 ?

Quem pediu um direito desses ? A quem serve uma confusão tal, que seguramente nunca terá passado pela cabeça do próprio contratado, habituado à racional e singela regra atual ?..

O § 8º tenta de início ajeitar um pouco as coisas, atropeladas pelo parágrafo anterior, porém no § 2º literalmente *enfia os pés pelas mãos*, e transtorna toda a teoria dos contratos.

Fixa que nos contratos de serviços contínuos o intervalo mínimo inter-reajustes será de um ano – o que é perfeito e é a regra atual - , e que o reajustamento será

(I) *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” e isto complica desnecessariamente o panorama institucional, e

(II) *repactuação* (acredite-se !) quando houver o regime de dedicação exclusiva de mão de obra, ou predominância de mão de obra, e se fará por demonstração analítica de variação de custos. Confunde-se pela primeira vez na história do direito reajuste com revisão, já que *repactuação*, que sempre foi sinônimo de revisão, agora passa a ser reajustamento !

Quem havia um dia enfim aprendido a diferença essencial, pode agora esquecer o que aprendeu !

Não é difícil entender o que está escrito, mas apenas não se imagina por que raios o direito precisava ser invertido, convulsionado e baralhado desta forma, quando se sabe que *reajuste* é e sempre foi a majoração de preço preestabelecida na forma do índice que fora ajustado e dentro da periodicidade também combinada. e que *repactuação* é revisão, que nunca fora preestabelecida porque é imprevisível ao tempo do contrato, e que não em limites, periodicidade mínima nem mais regras disciplinadoras.

Não se atina com a razão por que alterar e misturar categorias jurídicas absolutamente distintas, estanques e diferentes. A partir deste momento a *repactuação* passa a ser uma regra antecipada nos contratos, sendo que o seu motivo, em verdade, poderá *jamais vir a ocorrer*.

O § 9º consigna uma discriminação simpática porém inconstitucional de pessoas, como compensação por algo que sofreram.

O edital *pode* – o que outra vez não significa obrigação nenhuma para quem não quiser – reservar percentual mínimo de mão de obra para (I) mulheres vítimas de violência doméstica ou (II) para pessoas egressas da prisão.

O bom mérito é o de ajudar a compensar esses dois grupos de pessoas por seu sofrimento, porém a *demagógica inconstitucionalidade* – explicável porque o assunto está na moda - reside na *discriminação* de outros grupos tão necessitados quanto estes dois, como por exemplo o de vítimas de violência na rua, no trabalho ou no trânsito, ou o grupo dos egressos de clínicas de recuperação por alcoolismo ou por uso de drogas, ou o dos reabilitados para o trabalho. A isonomia constitucional entre as pessoas,

constante do art. 5º, não admite estas preferências, por mais que os beneficiados mereçam cuidados adicionais do estado – como incontáveis outros grupos também o merecem.

Quando a moda for outra, a nova lei mudará o seu foco protetivo.

Art. 26

Art. 26. No processo de licitação, poderá ser estabelecida margem de preferência para:

I - bens manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras;

II - bens reciclados, recicláveis ou biodegradáveis, conforme regulamento.

§ 1º A margem de preferência de que trata o **caput** deste artigo:

I - será definida em decisão fundamentada do Poder Executivo federal, no caso do inciso I do **caput** deste artigo;

II - poderá ser de até 10% (dez por cento) sobre o preço dos bens e serviços que não se enquadrem no disposto nos incisos I ou II do **caput** deste artigo;

III - poderá ser estendida a bens manufaturados e serviços originários de Estados Partes do Mercado Comum do Sul (Mercosul), desde que haja reciprocidade com o País prevista em acordo internacional aprovado pelo Congresso Nacional e ratificado pelo Presidente da República.

§ 2º Para os bens manufaturados nacionais e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica no País, definidos conforme regulamento do Poder Executivo federal, a margem de preferência a que se

refere o **caput** deste artigo poderá ser de até 20% (vinte por cento).

§ 3º (VETADO).

§ 4º (VETADO).

§ 5º A margem de preferência não se aplica aos bens manufaturados nacionais e aos serviços nacionais se a capacidade de produção desses bens ou de prestação desses serviços no País for inferior:

I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II - aos quantitativos fixados em razão do parcelamento do objeto, quando for o caso.

§ 6º Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da Administração Pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial ou tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

§ 7º Nas contratações destinadas à implantação, à manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.

Este humílico autor gostaria de conhecer o processo mental do legislador, aqui como alhures posto em execução, que o leva a

requintar tanto e tão completamente o disciplinamento de uma *obrigação que não existe*.

Sim, porque o *caput* deste art. 26 apenas *permite* ao edital incluir margem de preferência para bens manufaturados e bens reciclados ou recicláveis, e não obriga ninguém a coisa nenhuma.

Mas seguem sete parágrafos que se aplicam a quem optar por fazê-lo, como quem aceita uma doação, que é sempre voluntária como se sabe, porém que exige do doador que cumpra inúmeros requisitos e condições, a ignorar que *a cavalo dado não se olham os dentes !..*

O artigo, de duvidosa constitucionalidade em face do mesmo art. 5º constitucional mencionado no comentário do art. 25 - que não é original desta lei mas é de todo inspirado no *indizivelmente péssimo* art. 3º da L 8666 -, é, como aquele, de uma desprezibilidade absoluta. Não obrigando ninguém a coisa nenhuma, não tem condão de modificar o direito, porque a lei serve ou para modificar o ordenamento ou... para nada mais.

Lei não se presta a recomendar, aconselhar, orientar amavelmente, palpitar, prevenir ou maternalmente sugerir.

A quem tiver a discutível idéia de prescrever as *pouco constitucionais* preferências que o artigo admite para o edital, então leia os sete parágrafos, que não oferecem qualquer dificuldade de compreensão dentro da sua irrelevância absoluta para o direito, e os quais por compreensíveis razões de economia do inútil não se transcrevem neste comentário.

Art. 27

Art. 27. Será divulgada, em sítio eletrônico oficial, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto no art. 26 desta Lei, com indicação do volume de recursos destinados a cada uma delas.

Eis mais uma razão para a autoridade não se valer do permissivo art. 26, sobre preferências a licitantes nacionais, etc., etc.

Quem, meio inadvertidamente ou de caso pensado, pisar naquele barco por inteiro furado precisará depois, em adição ao trabalho que já teve, publicar a cada ano a lista das empresas por aquilo beneficiadas, com indicação dos valores que tenham recebido. É pena em cima de pena...

Art. 28

Seção II

Das Modalidades de Licitação

Art. 28. São modalidades de licitação:

I - pregão;

II - concorrência;

III - concurso;

IV - leilão;

V - diálogo competitivo.

§ 1º Além das modalidades referidas no **caput** deste artigo, a Administração pode servir-se dos procedimentos auxiliares previstos no art. 78 desta Lei.

§ 2º É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou, ainda, a combinação daquelas referidas no **caput** deste artigo.

Este artigo indica as modalidades de licitação que a lei consagra, resultantes da grande mudança com relação à tradição ultimada pelo L 8666. Das antigas modalidades restaram a concorrência, o concurso e o leilão, tendo sido excluídas as do convite e da tomada de preços.

Incluiu-se o pregão, numa necessária alteração que elimina as ilhas de licitação criadas por algumas leis, e se o inclui na lei geral. E foi *inventado* o diálogo competitivo, que a lei antes definiu e adiante explicita. Quanto a essa última o tempo dirá se deu resultado ou se foi uma *linha Maginot* da licitação, sendo entretanto que já se vislumbram terrenos de utilidade efetiva para essa modalidade.

O § 1º, de inteligência nula, informa que os procedimentos auxiliares previstos no art. 78 podem ser utilizados... e é fantástica a lei que informa que seus artigos valem ! Quanto amadorismo !..

O § 2º reedita te o fracasso histórico e acachapante do § 8º do art. 22 da L 8666, que também proibia a criação de novas modalidades, e o pregão a seguir foi criado por medida provisória que depois se transformou em lei. Trata-se de artigo para os súditos de sua real majestade inglesa contemplarem. Quando o governo quer, então a lei... ora, a lei...

Art. 29

Art. 29. A concorrência e o pregão seguem o rito procedimental comum a que se refere o art. 17 desta Lei, adotando-se o pregão sempre que o objeto possuir padrões de desempenho e qualidade que possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais de mercado.

Parágrafo único. O pregão não se aplica às contratações de serviços técnicos especializados de natureza predominantemente intelectual e de obras e serviços de engenharia, exceto os serviços de engenharia de que trata a alínea “a” do inciso XXI do **caput** do art. 6º desta Lei.

Um curto artigo para estabelecer a preferência do pregão à modalidade da concorrência. Deve o pregão ser utilizado sempre que o objeto puder ser descrito com objetividade e clareza, e que detenha características comuns do mercado respectivo, de conhecimento generalizado.

Isto era de esperar, e mesmo sob a L 8666 – que ainda vigora – já era nítida aquela preferência, tanto pelas autoridades licitadoras quanto pela fiscalização. Agora se plasmou na lei geral, de modo aparentemente irreversível. Sendo muito mais transparente e rápido que uma concorrência ou mesmo uma tomada de preços, tende a reduzir o banditismo, a corrupção e a ação de quadrilhas na licitação, de triste tradição entre nós.

O parágrafo único informa que não se aplica o pregão para licitar obras e em serviços de engenharia – o que está corretíssimo em face da complexidade e da singularidade de cada projeto -, apenas não descendo pela garganta a exceção, que o admite para o que esta lei denomina serviços comuns de engenharia, o que somente existe na cabeça deste legislador, constituindo a mais rematada *asneira* técnica em degradação direta à engenharia, que se pode conceber, e que, repetimos, mereceria ação judicial pelos entes ficalizadores dessa profissão.

A menção a *serviços predominantemente intelectuais* é outra grossa e iletrada herança do passado. Se não é um serviço de puxar carroça ou de encontrar no mato a perdiz abatida pelo caçador, e se apenas o homem o realiza porque para fazê-lo é preciso utilizar o intelecto, então esse serviço é predominantemente intelectual.

O que não é predominantemente intelectual é um serviço que um animal pode prestar por instinto ou por reflexo condicionado – porque o animal não tem intelecto, ainda que raciocine surpreendentemente bem, e ainda que diversos intelectuais lembrem mueres ou onagros quando abrem seu órgão fonador. Ainda assim, trabalho humano é sempre predominantemente intelectual

A lei se refere a trabalhos refinadamente “cerebrais”, ou intelectualmente requintados e exigidores de especialização, algo assim. Para licitar esses serviços não se admite o pregão, mas não se imagine que eles venham carimbados de intelectuais, e será preciso empregar um juízo discricionário por vezes fortemente subjetivo para os detectar – o que pode redundar em chuvas e tempestades...

Art. 30

Art. 30. O concurso observará as regras e condições previstas em edital, que indicará:

I - a qualificação exigida dos participantes;

II - as diretrizes e formas de apresentação do trabalho;

III - as condições de realização e o prêmio ou remuneração a ser concedida ao vencedor.

Parágrafo único. Nos concursos destinados à elaboração de projeto, o vencedor deverá ceder à Administração Pública, nos termos do art. 93 desta Lei, todos os direitos patrimoniais relativos ao projeto e autorizar sua execução conforme juízo de conveniência e oportunidade das autoridades competentes.

Artigo do concurso, baseou-se também na L 8666, e remete as regras a cada respectivo edital, sendo obrigatório apenas que contenha:

a) qualificação exigida dos participantes, que em boa técnica deve ser mínima, devendo observar as privatividades de cada profissão como em projetos de engenharia por exemplo;

b) orientação sobre as formas aceitáveis de apresentação do trabalho, que variarão ao infinito, e

c) como será realizado e julgado o concurso e o prêmio ou a remuneração destinado(a) ao vencedor. Melhor que a forma anterior, admite prêmio, da natureza que for, ou remuneração pelo trabalho vencedor, e se é remuneração deve ser tributariamente assim tratado.

Concurso é a modalidade de licitação para que os interessados apresentarem idéias ao ente que licita, que não sabe exatamente o que quer, ou de que precisa. A proposta que mais agrada subjetivamente ao ente, que em geral nomeia uma comissão julgadora especializada, é adquirida pelo mesmo ente para execução quando e como bem entender. Se nenhuma agrada suficientemente, nenhuma é declarada vencedora, e o concurso terá fracassado.

Não vigora o princípio do julgamento objetivo, eis o resultado deriva inteiramente do critério pessoal e do gosto particular da comissão de especialistas que o julga.

Esta lei melhorou o quadro a restringir o prêmio a um vencedor e não deixar aberto a vencedores, sabendo-se que somente um projeto deverá ser executado; se assim não for, que o edital esclareça objetivamente de quantos projetos ou trabalhos o ente precisa.

Os trabalhos são de projetos da matéria que for, ou científicos, ou artísticos, ou urbanísticos, ou sociais, ou de outras naturezas quaisquer, desde que traduzíveis em documentos escritos ou gráficos, e executáveis materialmente.

Art. 31

Art. 31. O leilão poderá ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela autoridade competente da Administração, e regulamento deverá dispor sobre seus procedimentos operacionais.

§ 1º Se optar pela realização de leilão por intermédio de leiloeiro oficial, a Administração deverá selecioná-lo mediante credenciamento ou licitação na modalidade pregão e adotar o critério de julgamento de maior desconto para as comissões a serem cobradas, utilizados como parâmetro máximo os percentuais definidos na lei que regula a referida profissão e observados os valores dos bens a serem leiloados.

§ 2º O leilão será precedido da divulgação do edital em sítio eletrônico oficial, que conterá:

I - a descrição do bem, com suas características, e, no caso de imóvel, sua situação e suas divisas, com remissão à matrícula e aos registros;

II - o valor pelo qual o bem foi avaliado, o preço mínimo pelo qual poderá ser alienado, as condições de pagamento e, se for o caso, a comissão do leiloeiro designado;

III - a indicação do lugar onde estiverem os móveis, os veículos e os semoventes;

IV - o sítio da internet e o período em que ocorrerá o leilão, salvo se excepcionalmente for realizado sob a forma presencial por comprovada inviabilidade técnica ou desvantagem para a Administração, hipótese em que serão indicados o local, o dia e a hora de sua realização;

V - a especificação de eventuais ônus, gravames ou pendências existentes sobre os bens a serem leiloados.

§ 3º Além da divulgação no sítio eletrônico oficial, o edital do leilão será afixado em local de ampla circulação de pessoas na sede da Administração e poderá, ainda, ser divulgado por outros meios necessários para ampliar a publicidade e a competitividade da licitação.

§ 4º O leilão não exigirá registro cadastral prévio, não terá fase de habilitação e deverá ser homologado assim que concluída a fase de lances, superada a fase recursal e efetivado o pagamento pelo licitante vencedor, na forma definida no edital.

O tema agora é o leilão. Esta é a modalidade licitatória para a venda de bens públicos, e não para a aquisição como são as demais.

Mantida a maior parte das regras da L 8666, este artigo resultou melhor que o daquela lei. O edital se chama regulamento, a esta altura sem uma explicação racional pois nada mais é que um edital.

Pode a Administração confiar a execução a um servidor seu ou a leiloeiro oficial, o que é sempre preferível na medida em que o princípio da especialidade, ou da especialização de funções, não existe à toa, e que *quisque simius in ejus ramus* – cada macaco em seu galho – ainda é uma regra sagrada em qualquer mister a cargo do ser humano. Um profissional sabe

melhor divulgar o evento e melhor seduzir o público a oferecer lances interessantes ao ente leiloador, eis que desse ofício vive e se sustenta.

Para entregar o leilão a leiloeiro oficial o ente publico poderá escolhê-lo por credenciamento ou por pregão em que o julgamento será o da menor comissão a ser paga (a lei menciona “maior desconto sobre as comissões”, o que é prolixo. Recomenda-se o credenciamento, uma vez que licitar o profissional seria como licitar um motorista de táxi, ao invés de contratar o primeiro da fila.

E não é nem um pouco recomendável regatear preço a profissionais que podem ensejar um grande negócio para a Administração, pois que profissional mal pago ou descontente não deverá desempenhar tão bem o seu mister quanto aquele bem remunerado, ingressando em cena outra alusão à elevadíssima filosofia das gentes: *saco vazio não para em pé*. Por tudo, então, parece preferível o credenciamento, a ser realizado nas bases estabelecidas por atos internos de cada ente público.

O credenciamento é objeto do art. 79, mas se trata de um dispositivo tão *horroroso*, tão pessimamente ideado e ainda piormente materializado, que duvidamos possa auxiliar quem pretenda montar uma regra de credenciamento. Como adiante se verá é desses dispositivos que auxiliariam extraordinariamente se fossem revogados o mais breve possível.

Pelo § 2º o regulamento do leilão deve ser publicado em sítio eletrônico oficial, e conter, no mínimo: *a)* descrição do bem, e com detalhes da planta se for imóvel; *b)* o valor mínimo aceitável, e, diz a lei, “se for o caso a comissão do leiloeiro”, e entendemos que não é o caso já que a comissão deve figurar em outro local do processo, uma vez que essa informação não oferece o mínimo interesse para o público ao qual o regulamento se dirige; *c)* a localização dos bens; *d)* o sítio eletrônico e a data em que se dará o leilão, salvo se excepcionalmente por razão técnica precisar ser realizado de modo presencial; *e)* se existirem, os ônus e gravames pesando sobre os bens.

O § 3º manda afixar o edital em local de ampla circulação de pessoas, e faculta – o que nunca foi proibido e sempre foi

executado - outras divulgações, do modo que for, que visem ampliar o universo de interessados.

E conclui o artigo o § 4º, que adequadamente dispensa registro cadastral de interessados – algo de resto inconcebível – e dispensa habilitação, momento também ridículo que existe na L 8666. A única habilitação exigível de quem compre bem público é que pague com dinheiro verdadeiro o mesmo bem.

Em redação confusa, também manda homologar o leilão após – assim entendemos - resolvida a fase recursal e após efetuado o pagamento pelo arrematante, o qual se dará do modo previsto “no edital”, e parece que a lei esqueceu que denominou *regulamento* ao edital. Nessa conformidade, até mesmo moedas estrangeiras poderão ser aceitas.

Visto isso, que a nenhuma autoridade ocorra disciplinar o pagamento como até hoje está escrito no § 2º do art. 53 da L 8666, dispositivo escrito por algum *crápula e celerado legislador*, escarnecedor da inteligência humana que seguramente não entrega seu imóvel ou seu automóvel a quem tenha pago apenas parte do valor combinado, mas que naquele dispositivo determinou ao poder público que entregue o bem ao arrematante que pagou até 5 % (cinco por cento) do seu valor !

O bem público leiloado só pode ser entregue a quem pagou a integralidade do valor obtido no leilão, e quem fizer diferente deve ser processado civil e criminalmente por dilapidação do erário, e se o leiloeiro for servidor, processado também administrativamente.