

~~CONFIDENTIAL~~

Ivan Barbosa Rigolin

(ago/17)

Oitava parte

Art. 55

Este artigo estabelece os 4 (quatro) critérios de desempate nas licitações das estatais, entre proponentes empatados na classificação.

Em primeiro lugar, e à falta de *patifaria* como aquela constante da lei das micro e pequenas empresas - que inventou uma espécie de empate entre preços diferentes em até 10%, ou 5% se em pregão, tudo para favorecer as MEs e EPPs que proponham acima de quem não tem a sua natureza, algo materialmente tão realístico quanto pelo em ovo ou chifre em cabeça de cavalo -, felizmente nada de semelhante existe aqui, e empate significa, como em todo lugar do universo e em todo idioma que exista, a absoluta *igualdade de preços*. Se um preço for um centavo acima de outro, então inexistente empate.

Inobstante isso, valem também para as estatais aquelas regras da LC 123, privilegiadoras das MEs e EPPs, nas licitações das empresas do estado, uma vez que a lei não distingue entidade pública nenhuma para aquele efeito, a todas sujeitando da mesma maneira.

Já dissemos em artigo que *nenhuma licitação precisa ser restrita a micro ou pequenas empresas*, porque permanece em vigor o inc. III do art. 49 da LC 123, e *jámais* restringir uma licitação a apenas uma classe de participantes foi, é ou será vantajoso para o poder público ou o ente licitador, o que *esvazia por completo* a aparente impositividade do art. 48, inc. I.

Mas, mesmo assim, as micro e as pequenas empresas que assim se qualificarem em licitações nas estatais - que, repita-se, *jámais*

precisam ser restritas àquelas empresas - gozam dos privilégios da LC, sem dúvida (¹).

A ordem dos critérios é aquela da lei, necessariamente. Apenas após esgotado o anterior na lista, e fracassado, apela-se ao segundo, e assim até o último. Não cabe à autoridade escolher o critério, mas apenas correr a lista, até desempatar o certame.

O primeiro critério de desempate é o que a lei denomina *disputa final*, circunstância em que poderão as empatadas apresentar nova proposta fechada, em ato contínuo à declaração de encerramento do julgamento e do empate. Então, conforme for o critério de julgamento o julgador pronunciará o resultado.

Fracassado o primeiro critério - por motivo de ocorrer novo empate, por exemplo -, o segundo é da pior qualidade possível, o que deverá fazer os julgadores desejarem que o primeiro não fracasse. *Se houver sistema objetivo de avaliação do desempenho anterior dos licitantes*, será aplicado e o mais bem avaliado vencerá o certame.

A idéia é tenebrosa, quase infantil, e é de esperar que jamais a estatal se disponha a trilhar um patético roteiro como este, e jamais estabeleça no edital um sistema que se assemelhe a algo assim. Para então, havendo empate e este persistindo após a aplicação do primeiro critério - algo difícil de imaginar -, pular-se desde logo para o terceiro, declarando o julgador que aquele sistema não existe. É quase inacreditável que a lei ainda se perca em futilidades como esta do inc. II.

O terceiro critério - absolutamente horrível ! Inteiramente péssimo ! De uma inconsciência e um irrealismo atroz, que devolvem o legislador à escola primária em questão de praticidade - remete aos

¹ Artigo *Micro e pequenas empresas em licitação: modificada a LC 123/06 pela LC 1547/14*, publicado em *Boletim de Administração Pública Municipal*, ed. Fiorilli, jan/07, assunto 87; *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, jan/07, p. 33; *Repertório de Jurisprudência IOB – Tributário, constitucional e administrativo*, jan/07, vol. I, p. 84; *Revista IOB de Direito Administrativo*, fev/07, p. 186; *Revista Jurídica de Administração Municipal*, fev/07, p. 19; *L&C*, da ed. Consulex, abr/07, p. 28; *Boletim de Licitações e Contratos - BLC*, dez/07, p. 1.137; *Revista da Procuradoria Geral do Município de Santos*, 2.007, p. 123.

critérios do art. 3º da Lei nº 8.248/91, e, não se sabe se necessariamente nessa ordem, ao § 2º do art. 3º da lei de licitações.

O art. 3º da Lei nº 8.248/91 dá preferência, em empates, a "I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País", e a seguir a "II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo". Alguém no país deve saber o que isso significa.

Quanto à primeira lei, até que ponto a tecnologia é brasileira, e em que ponto ou onde, no processo de concepção, começa esse "nacionalismo" tecnológico? Que vem a ser exatamente o processo produtivo básico, algo que lembra o filme *Delírios de um anormal*, do glorioso cineasta José Mojica Marins? Para quê serve? Qual a sua utilidade? Quem o utiliza, e para quê? Imaginava-se que a lei quisesse caminhar para a frente, não para um passado tenebroso de nossa história recente, mas não foi o que ocorreu.

Quanto à lei de licitações, quase nada nessa província funciona porque dificilmente o § 2º do seu art. 3º teve ocasião de ser exercitado. Em nossos mais de trinta anos de prática neste terreno das licitações jamais soubemos de um caso de empate que tivesse sido resolvido por esse dispositivo...

Evidentemente tudo isso fracassará sempre que infelizmente a licitação chegar a este ponto - o que, reitera-se, dificilmente ocorrerá, e só o legislador não sabe disso -, porém se ocorrer passa-se ao quarto critério, que não é outro senão o popular, arquiconhecido, festejado e em geral ansiado *sorteio*.

Precisava a lei ter perdido, e ter feito a autoridade, o aplicador, o licitante e o estudioso, perderem tanto tempo? Mas como não há mal que sempre dure, o artigo terminou.

Art. 56

Aqui cuidou a lei de indicar como se processa uma fase do julgamento das propostas nas licitações.

Inspirado ao início pela lei do pregão, art. 4º, incs. XI e XII - que depois colidem frontalmente com o inc. XVI daquele mesmo art. 4 -, incide na mesma ilogicidade daqueles dispositivos, já assaz de vezes apontada em livros, artigos, seminários, aulas, congressos e em toda outra oportunidade que os estudiosos têm de fazê-lo, tudo isso aparentemente sem nenhum sucesso, como o de quem se dispõe a falar para as paredes.

O *caput* tem 6 (seis) incisos, porém ele próprio já começa mal, informando que "Efetuado o julgamento dos lances e das propostas, será promovida a verificação de sua efetividade, promovendo-se a desclassificação daqueles que:" - e seguem os seis incisos.

Mas já inicia mal o artigo, porque dá a impressão de que após o julgamento das ofertas é que se dará a verificação da sua efetividade. Ora, como é possível classificar ofertas que não tenham "efetividade", palavra esta que no dizer canhestro da lei quer significar *corretas, exequíveis, adequadas em matéria e em preço* ? Se a oferta não o é, então já deve ser desclassificada de plano, imediatamente após lida e conferida a sua desconformidade com algum dos inciso do *caput*.

Não tem sentido a idéia de "julgar uma oferta" e depois verificar que não pode ser classificada... será isso tão difícil de o legislador entender ? Será que a lei não se dá conta de que o único momento de classificar ou de desclassificar uma oferta é *quando da sua primeira leitura e imediata apreciação pelo ente que licita* ?

Não existe uma pré-classificação e depois uma classificação ou desclassificação definitiva, nem na lei do pregão, nem nesta das estatais nem em lei alguma, pois que classificação é uma só, e desclassificação também é uma só.

Se a oferta não contém "efetividade" como diz a lei, é porque contraria algum(ns) dos seis incisos deste art. 56, e nesse caso deve ser imediatamente desclassificada, porque já contém todos os elementos necessários para tanto, e simplesmente não pode ser classificada. Não pode a estatal julgar "mais ou menos classificada" uma oferta, prosseguir o certame com essa oferta e

depois entender que está em verdade desclassificada. Isso não faz nenhum sentido, e constitui uma autêntica *bobagem* que vem sendo repetida lei após lei depois da do pregão presencial.

O momento de se examinar se está classificada a proposta ou não é, portanto, quando se a lê pela primeira vez, eis que esse é o momento em que todas as contas, os cálculos, as aferições e os exames de adequação entre o que foi pedido e o que foi ofertado devem acontecer. Examina-se a oferta - proposta ou lance - ante o que foi pedido e de acordo com os seis incisos deste art. 56, e já nesse mesmo momento se julga classificada ou desclassificada essa oferta, nada se deixando para depois.

E se esse julgamento acaso for considerado errado pelo interessado, para remediar essa situação é que existe o *recurso*, quer da própria desclassificação do interessado, quer da classificação de um seu competidor. O que não pode existir é uma "pré-classificação", ou uma classificação condicional.

Visto isso - no quê insistimos invariavelmente -, no momento em que for aberta a *proposta escrita* a comissão julgadora deve examinar a lista dos incisos deste art. 56, e verificar se a proposta materialmente atende o que foi pedido e se seu preço também atende, ou se desatende porque contraria algum(ns) daqueles seis incisos.

Se atender estará *ipso facto* classificada porque tem a mencionada "efetividade" a que se refere o *caput*, mas se desatender algum(ns) dos incisos deverá ser declarada desclassificada no mesmo momento do certame, sem posterior exame de nada porque isso seria simplesmente incabível.

Agora quanto a *lances* verbais, num pregão presencial, o procedimento muda um pouco, e o pregoeiro deve, ao ouvir o lance, desde logo informar se o aceita ou não, não podendo postergar esse momento, simplesmente porque a estatal *não pode brincar livremente com os licitantes*.

Se aceitar qualquer lance, e se prosseguir indefinidamente com o certame para apenas em uma momento incerto no futuro

passar a examinar a "efetividade" daqueles lances, e então se concluir que a partir de dado momento todos os lances dados eram inexeqüíveis, observe-se o impasse que estará sendo causado: uma ferrenha disputa de licitantes sobre *nada*, com uma pesada competição que depois é toda dada como inválida.

Volta-se o procedimento, então, para o momento do último lance que agora foi considerado válido ? Ora, mas que péssimo roteiro ! Que tremenda inabilidade procedimental, e que inadmissível divertimento do pregoeiro com relação aos licitantes, que disputam pensando que seus lances estão sendo levados a sério !...

Isso é rigorosamente inadmissível num ente público minimamente organizado e que preze e respeite os licitantes que acorrem ao seu chamado !

E quanto ao *pregão eletrônico* outra inda é a realidade procedimental, porque os lances são eletrônicos, na tela de um computador e não em viva voz. Mas mesmo aqui insistimos: não pode a estatal receber, durante por vezes um longo tempo, todo e qualquer lance, que dá muito trabalho ao ofertante e lhe implica séria responsabilidade, para apenas depois, em algum momento quando a estatal *se cansar da brincadeira*, só então passar a verificar se são aceitáveis aqueles inúmeros lances eletrônicos, ou quais deles são ante quais deles não são ... não é assim que o ente público deve nem pode fazer !

Licitação, seja qual for, não pode ser reduzida a descomprometido folguedo da Administração, nem a divertimento patrocinado pelos licitantes, que precisam levar a sério quem licita mas que, antes, precisam ser levados por quem os convoca.

Não tem sentido a estatal trilhar um árduo caminho de colecionar lances, por vezes às centenas, para em dado momento se dar conta de que não deveria ter aceito grande parte deles, já tendo desperdiçado tempo seu e do licitante, e tendo jogado com a dignidade desse procedimento que deve ser absolutamente austero. Pregão eletrônico não é *videogame*, nem licitante algum admite que possa parecer.

Somente se pode concluir, portanto, que ao invés da palavra "julgamento", constante do *caput*, ali deveria estar escrito *recebimento* - pois que se estivesse tudo faria sentido. Uma vez recebidas as propostas ou os lances, *examine-se cada um deles antes de se o classificar ou não, ou antes de se o aceitar ou não*, procedendo-se a cada caso como acima indicado, é nossa enfática recomendação.

Os seis incisos do artigo, que indicam defeitos invalidantes das propostas e dos lances, não contêm novidade, salvo o inc. VI que, tentando ajudar, resultou infeliz e inadequado na parte final. Os incs. I a V mencionam, como irregularidades nas ofertas:

(I) existência de *vícios insanáveis*, e isso pode significar um mundo inteiro de ocorrências, a ser analisada cada qual quando ocorra frente ao edital;

(II) *descumprimento de especificações técnicas editalícias*, algo que pode estar enquadrado no inciso anterior, e em geral está;

(III) tenham *preços manifestamente inexeqüíveis*, sendo que neste caso o § 3º do artigo, em boa hora, repete a regra do art. 48, § 1º, da lei de licitações quanto a obras e a serviços de engenharia.

Nos demais objetos a *briga de foice* quanto a caracterizar o preço como inexeqüível permanece, pouco importando que a lei mencione a expressão *manifestamente inexeqüível*, já que aquela "manifesta" inexeqüibilidade nunca foi aceita como manifesta em toda a história das licitações e de seu direito, e ainda hoje persistem as mais acendradas discussões a cada momento em que uma proposta é desclassificada sob esse fundamento, o que via de regra descamba para o plano judicial e anos de disputa. O Brasil consegue ter realidades "manifestas" que são absolutamente controversas e contestáveis...;

(IV) consignar *preço acima do máximo* admitido no edital, a não ser que seja *secreto* aquele preço, como o art. 34 da lei muito infelizmente admite. Óbvio na primeira parte e, quanto ao preço secreto, eis um retrocesso lamentável como já se afirmou, lastimável que isso ainda possa existir

quanto a objetos em licitação, e que contraria o art. 3º, § 3º, da lei das licitações, que proíbe segredos em c licitações e que constitui uma *importantíssima norma geral de licitação*.

Se o preço pode ser secreto, entendemos, é porque o objeto deve também ser secreto, envolvendo segurança nacional e assuntos correlatos, e nesse caso o próprio objeto não tem como ser licitado. Mas em licitação, que é essencialmente pública e transparente, a idéia do preço secreto é anacrônica e quase patética, devendo ser evitada ao máximo por qualquer estatal que preze os mais elementares princípios de administração;

(V) que *não tenham demonstrada sua exequibilidade*, quando assim determinado no edital. Caso excepcional, cuida de ser preciso demonstrar a exequibilidade do que está sendo proposto, não bastando para tanto apenas o que está escrito. Há hipóteses em que semelhante roteiro é tecnicamente indispensável, e se o proponente não lograr demonstrar a mera exequibilidade do que propõe, merece desclassificação, e

(VI) apresentem *desconformidade com os outras exigências do edital*, a não ser que possam ser acomodadas posteriormente e sem violação ao princípio da igualdade. Ora, existem então "outras exigências do edital", que não estejam já no rol geral delas, a que se refere o inc. II ? Que terão essas outras exigências de tão notável que as impeça de serem consideradas no rol geral das exigências do edital ? E que técnica será essa, de separar exigências de um tipo de exigências de outro tipo ? Em quê um tal hiato auxilia a quem quer que seja em licitação ? Macacos nos mordam se compreendemos o motivo do discrimen.

Somente por esse motivo o inc. VI já parece inútil, porém o que vem a seguir é pior, pois que admite a possibilidade de alguém desatender o edital e depois "acomodar" sua proposta até atendê-lo ! Mas que santa ingenuidade, a de imaginar que se pode alterar a proposta sem afrontar o princípio da igualdade entre os licitantes ? Então um licitante desconforme "acomoda" sua proposta no aspecto material até a conformar ao exigido, porém e

quanto ao preço ? Também acomoda ? E os demais licitantes, também podem ir se acomodando ?

Estariamos, então, ainda na licitação, ou em uma festa do caqui ? Em uma farra do boi, ou em um churrasco na casa da sogra ? Ou, pior, em um caminhão carregando porcos, no qual a primeira *balançada* acomoda todos os viajantes ?...

A lei outra vez dá prova da inconsistência técnica do legislador, o qual abusa da inércia do papel em branco que a tudo aceita sem reação eficaz. O direito entretanto não é assim nem tem a mesma complacência do papel, e esta hipótese, do inc. VI, é outra que, muito desejavelmente, jamais deve ser exercitada em editais: exigências de categoria *a* num primeiro momento, e exigências de categoria *b*, aquelas *acomodáveis*, em um segundo momento. Ninguém se acomode a algo assim tenebroso.

O artigo tem ainda quatro parágrafos:

§ 1º - juridicamente o mesmo que nada, permite que a "verificação da efetividade das propostas" seja procedida apenas com relação às mais bem classificadas. Quantas ? Nove ? Dezessete ? De qualquer modo, sabe a lei que dificilmente será necessário apelar a mais que umas duas ou três propostas por motivo de que o primeiro na classificação, por algum motivo, não contrate. Dispositivo tão necessário quanto a *pedra na sopa* da conhecida parábola;

§ 2º - outra invenção da roda, permite a realização de diligências pela estatal, neste caso para aferir a exequibilidade das propostas.

Comentário um: não precisaria ter feito, porque a diligência sempre foi permitida a qualquer ente público, em licitação ou no que quer que seja, e com lei, sem lei ou apesar da lei. A lei de licitações já o admite, no § 3º de seu art. 43, em norma geral de licitação.

Comentário dois: não é apenas para esse fim acima que a diligência pode ser determinada e realizada pela estatal, mas para todo e qualquer fim de esclarecimento da comissão e dos julgadores do certame. É sempre um ato público, para o qual os interessados licitantes devem ser

convidados, e por vezes, mais que simplesmente facultativo ou autorizado, revela-se imprescindível para o correto e bem informado andamento do certame;

§ 3º - cópia do § 1º do art. 48 da lei de licitações, lá como cá ao menos para obras e serviços de engenharia resolve o, de outro modo quase insolúvel, problema da desclassificação da proposta com preço julgado inexeqüível.

Basta fazer as contas: é inexeqüível a proposta, quanto a esses objetos, de valor inferior a 70% (setenta por cento) do menor valor dentre os (I) da média aritmética das propostas superiores a metade do valor estimado pela estatal na licitação, ou (II) daquele próprio valor estimado pela estatal, acima referido.

Jamais se observa o valor estimado pela estatal ser o menor desses dois. É sempre maior porque se a competição é para baixo e não para cima em valor não faria muito sentido que as propostas não se desdobrassem para reduzir sua cotação até ao menos algum valor inferior ao estimado pela própria estatal, que é sempre a primeira orientação financeira aos proponentes; daí, a peleja é para baixar o preço oficial, não para superá-lo e nem mesmo para igualá-lo. A lei pode manter a alternatividade, mas na prática ela nunca ocorre;

§ 4º - este dispositivo tenta romper as amarras da subjetividade e as dificuldades de toda ordem, acima já referidas, na *briga de foice* que é o julgamento do que seja preço inexeqüível, em todo objeto que não obra ou serviço de engenharia.

A luta da Administração nesse sentido, pelo visto, continua, livre entretanto das poéticas e românticas tentativas de objetivar esse critério, como consta da parte final do inc. II do art. 48 da lei de licitações. E este parágrafo já constitui uma grande evolução, na medida em que tentar objetivar o inobjetivável é pura perda de tempo, e perigoso por fazer parecer tratar-se um roteiro sério, como não é.

Com efeito, a quem preze a arte da poesia abstrata a parte final do inc. II do art. 48 da Lei nº 8/666/93 a partir da palavra "inexeqüíveis", poderá agradar. Mas não a quem tiver mais o que fazer, e souber

o risco que corre se confiar naquela arenga, que jamais conduziu ou conduzirá o aplicador a porto seguro nenhum.

Assim, do modo como está redigido este § 4º fica evidente que a cada caso em que a estatal *desconfiar* que alguma proposta recebida é financeiramente inexecúvel, então para desclassificá-la que trate de demonstrar aquela pontual inexecüibilidade do modo como puder fazer - e por evidente *assuma a responsabilidade* por fazê-lo -, ou que desde logo mude de idéia e não a desclassifique por aquela razão.

E, como se afirma, *seja o que Deus quiser...* A situação, na prática, resulta *desconfortabilíssima* ao julgador, que no mais das vezes tem absoluta certeza de que o preço é irreal e que o contrato não será executado, mas se vê em palpos de aranha para desclassificar a proposta, com o mundo inteiro a observá-lo e aguardar que a desclassifique, para então imolar o servidor no altar da inquisição moralista, com recursos, ações, responsabilizações e repressões de toda ordem.

Mas, inobstante aquele desconforto gerado pela insegurança em matéria tão discutível quanto a inexecüibilidade de propostas, e para tentar amenizá-lo, não deixa de ser muito oportuna a menção do ilustre Sidney Bittencourt ao entendimento do Tribunal de Contas da União sobre essa exata questão:

Registre-se que, também nesse caso, aplica-se o entendimento do TCU no sentido de que não cabe declarara a inexecüibilidade de proposta ou lance sem antes facultar aos participantes do certame a possibilidde de comprovarem a exeqüibilidade de suas ofertas (Acórdãos: 2.093/2009 - Plenário 559/2009 (...)"⁽²⁾,

e o jurista indica diversos outros acórdãos no mesmo sentido.

² In *A nova lei das estatais - Novo regime de licitações e contratos nas empresas estatais*, ed. JHMIZUNO, 2.017, Leme, SP, p. 266.

Tudo isso ajuda inquestionavelmente a emprestar maior objetividade à tormentosa questão, porém a dificuldade daquela demonstração é intrínseca à matéria, e nem sempre os licitantes conseguem torná-la objetiva ao ponto de demonstrável numericamente, tantos são os fatores técnicos, estruturais e econômicos, conhecidos ou ainda desconhecidos, quase sempre muito polêmicos e discutíveis, a interferir sobre aquela demonstração, e a possivelmente instabilizá-la, ou mesmo desacreditá-la. Ou seja: subjetividades tentando resolver outras subjetividades.

Mas vale todo esforço nesse sentido, com vista a prevenir as freqüentíssimas resistências administrativas e judiciais ao julgamento, em geral movidas ou iniciadas por *maus perdedores*, muitos dos quais profissionais da ciência da *alta picaretagem* e que apenas visam atrapalhar e turvar o negócio obtido por seu competidor, que não conseguiram vencer na licitação. Vale efetivamente o esforço, sabendo-se inexistente a vacina contra o mau caráter.

Art. 57

Este artigo - e já enjoativamente - é o remate da estupidez humana em termos de elaborar legislação. Desanima qualquer comentarista, e contribui à grande para se perder a vontade de comentar legislação.

Desacredita por inteiro toda a licitação havida, caso o vencedor não aceite dar um desconto após vencer o em geral árduo certame, em que competiu de modo oficial e não como num mercado persa de galinhas ou numa feira livre.

Custa crer que o legislador acredita mesmo no que escreveu.

Inicia por repetir a grossa asneira, já indicada, da "comprovação da efetividade da oferta", algo que deve ser sempre realizado no exato momento em que a estatal conhece a oferta, e só nesse momento. Segue o *caput* estabelecendo que após aquela confirmação com o autor da proposta

vencedora deverá haver negociação entre esse e a estatal, para que ainda se tente melhorar a oferta.

Nesse momento termina o *caput* abruptamente como rabo de urutu, e entra o § 1º como um trapalhão não convidado, atropelando a ordem natural das coisas e - *sem indicar o comportamento da estatal quanto àquela negociação indicada no caput !!* - fixando que a negociação "deverá ser feita com os demais licitantes".

Pergunta-se: como isso é possível ? Como seria juridicamente factível negociar com quem não é o primeiro colocado ? Para quê serviu a classificação ? De onde saiu uma tão arrevesada idéia ? Para quê então se realizou a licitação ? Se é para negociar com qualquer um mesmo tendo havido um vencedor, então que se negocie diretamente desde o início, sem a perda de tempo e o tremendo trabalho e desgaste que é e que foi licitar !...

E como é possível negociar com os demais licitantes, se por exemplo o vencedor, após inquirido, aceitou conceder um desconto, e reduziu seu preço ? Nessa hipótese, e nesse mesmo instante, supostamente se encerra qualquer nova movimentação ou operação na licitação: afinal já há (I) um vencedor, e este (II) ainda adicionalmente melhorou seu preço. Onde e como, então, negociar o que quer que seja com mais alguém ? O *caput* se esqueceu deste detalhe ?

Figure-se outra hipótese, a de que o vencedor, instado a ainda dar um desconto sobre seu preço já vencedor, conceda esse desconto, porém que não chega ao valor estimado pela estatal. Pode por isso ser desclassificado, ele que fora classificado em primeiro lugar e com isso venceu o certame, e que ainda melhorou sua proposta ? Evidentemente não, porque nenhum motivo existe para tanto, já que "não dar desconto suficiente" não é fundamento para desclassificar quem já venceu uma licitação.

Então, poderia a estatal negociar alguma coisa com o segundo colocado, deixando de lado o vencedor, ainda classificado em primeiro lugar ? *Obviamente não !*

Será preciso crer, segundo parece pela lei, que se o vencedor não chegar ao preço da estatal estará fora da disputa ? Mesmo que o edital não tivesse estabelecido que o orçamento da estatal, anexo do edital, é o *preço máximo* aos licitantes ?

Se assim tivesse sido estabelecido, então tudo estaria equacionado corretamente desde o início e resolvido de antemão, e a disputa seria apenas numa faixa *abaixo do preço da estatal*, ou, em caso de empate, o desempate se daria na forma da lei. Mas não como a lei indica...

Repita-se: se a estatal estabelecer que o seu orçamento é o preço máximo admissível - como diversas estatais do Estado de São Paulo já fazem há décadas -, então todo este problema levantado inexistirá. Mas não navegue o edital ao sabor errante deste sesquipedal e deficiente dispositivo da lei - o qual auxiliaria imensamente a todos se fosse revogado.

Mas segue a infâmia jurídica com o § 3º, que manda revogar a licitação caso não seja obtido a final um valor igual ou inferior ao estimado. É difícil acreditar no que se lê ⁽³⁾.

Então a revogação *deixou de ser uma faculdade* da Administração após um fato superveniente ao início do certame, passando a ser uma obrigação ? *Obrigação de revogar* - alguém já terá visto algo assim, que contraria toda a teoria geral do direito ? A figura constitui a *quinta-essência do absurdo* !

O legislador, que aparenta ter aprendido direito na auto-escola ou num açougue, aqui não faz a menor idéia do que escreve, pois que se nem o Judiciário pode mandar que o poder público revogue uma licitação já que isso não compete senão ao juízo discricionário de quem licita, que então dizer da lei ?

Se a estatal erra miseravelmente no seu estimado orçamento - elogiavelmente visando economizar, porém fazendo-o de modo

³ Porém repita-se ainda outra vez: se o edital fixar o orçamento oficial como preço máximo, problema algum permanecerá.

completamente irreal e fora dos parâmetros do mercado -, então a teor disto acima precisará revogar a licitação se como se imagina não conseguir obter proposta de valor igual à do seu erro ! Errará duas vezes...

A lei, pelo que se lê, não admite que através da licitação o mercado *ensine a estatal que errou na sua orçamentação*, e que o preço do que ela quer adquirir não é bem aquele que ela indicou.

Essa correção de erros oficiais - por vezes não erros porém meros *forçamentos propositais* - acontece desde que se deu a primeira licitação no país, e ocorre a cada dia que passa nos mais variados rincões de nosso vasto território, em todo nível de governo e nos entes públicos de toda natureza, sem que anormalidade alguma se lhe possa atribuir. Orçar mal é algo bastante freqüente, e não apenas para menos.

Se o ente público não sabe orçar então que aprenda, e pode legítima e perfeitamente aprendê-lo através de receber propostas corretas em licitações alicerçadas em orçamentos irrealis; há de reconhecer, no expediente administrativo, que errou ao orçar, porém isso não será possível se o seu orçamento for o preço máximo aceitável. Nesse caso entretanto, fracassando a tentativa, não lhe restará senão revogar o certame, mas não porque alguma lei, ridiculamente, o tenha determinado, e sim porque nada mais lhe restará fazer.

É muito mais econômico, racional e proveitoso para a estatal, e para os licitantes e para o interesse público, que as estatais aprendam a orçar - se não antes, ao menos ao longo do certame e quando se dá conta de sua errônea estimativa - do que perder e fazer perder muito tempo, e despender muito dinheiro público, com licitações irrealis e fantasiosas, em nome de uma economia-fantasma e infactível que a todos tenta iludir sob color de austeridade com o dinheiro público. Austeridade é uma coisa, mas ingenuidade é bem outra.

Jamais se incentiva aqui o sobrepreço, nem o superfaturamento, nem a corrupção que grassa absolutamente solta no país sob qualquer de suas formas e em cada escaninho da Administração, em absoluto.

O que não nos faz sentido é a lei tentar transformar a licitação, após todo o seu cerimonial e a sua solenidade, em informal mercado de

peixe, sempre que a licitação não obtiver o resultado já previamente conhecido - o orçamento da estatal -, hipótese em que pela lei deverá ser revogada. Parece que ninguém na estatal tem o que fazer, e deve jogar fora seu tempo útil, e o dinheiro público que custa licitar.

Então, insista-se: num tal quadro, para quê a licitação ? Mais civilizado seria ao ente público que, ao estimar seu preço, desde logo convidasse pessoas interessadas em fornecer o objeto por aquele preço ou por menos, e daí sairá o glorioso vencedor, livre da ritualística ultraformal e dos riscos do certame licitatório, que, a esta altura, só teria servido para atrasar os programas da estatal...

Para se tentar aproveitar algo deste artigo, roga-se humildemente às estatais que *não forcem seus orçamentos* para baixo, ou então que informem que constituem o preço máximo admissível sob pena de desclassificação, tudo de molde a não fazer incidir a inconsciência da lei neste momento.

Art. 58

O assunto agora, superado o circo de horrores que é o art. 57, é habilitação.

O artigo é imensamente inovador, e tomara que seja lido com inteligência pelos aplicadores - e não com o pavor dos inseguros, o *timor reverencialis* dos pouco esclarecidos e o medo até das sombras de quem foi designado para a função de licitador sem saber sequer como se escreve essa palavra.

Sendo inteligentemente aplicado representa uma nítida evolução do direito neste sôfrego tema, verdadeiro calcanhar de Aquiles da Administração, palco e mote de tantas lágrimas, ódio e ranger de dentes.

Deixando de se reportar ao elenco dos documentos exigíveis pela lei de licitações para a habilitação dos licitantes - verdadeira provação iniciática mais ao gosto de carrascos de campos de concentração do que de pessoas mentalmente normais no serviço público -, os quatro breves incisos

do *caput* são pensadamente genéricos, e parecem deixar ao alvedrio do edital eleger documentos de habilitação sem figurinos rígidos.

É bem verdade que a liberdade de escolha, pelo autor do edital, não deve ser ilimitada nem deve poder rondar a estratosfera com aberrações ao senso comum e às práticas usuais, porém objetivamente não existem parâmetros nem limites expressos neste artigo quanto à eleição daqueles documentos habilitatórios.

Espera-se racional comedimento e moderação - por todas as razões do mundo se as espera do autor do edital -, tudo isto a convidar *exigir pouco* nas habilitações, o mínimo possível e de boa qualidade, do licitante.

A estatal, como a Administração direta e indireta, como *parte forte* na licitação e depois no contrato, em contratos administrativos tem *a faca e o queijo* nas mãos contra o licitante, como todos sabem.

Quem precisa ter cuidado contra um mau contrato, ou um contratante público que seja mau pagador, ou que passe a tecer exigências inesperadas, extracontratuais e extralegais - como é comum ocorrer se o contratado por exemplo, em dado momento da execução, deixa de poder comprovar sua regularidade fiscal - ai dele ! Com razão o poder público ou exagerando na dose fiscalista, muita vez submete o contratado a constrangimentos operacionais e financeiros que não eram da regra do certame, nem do contrato.

De outra parte, os exemplos de inadimplência do poder público são vistos a todo dia nos jornais da televisão e do rádio, e em verdade devem constituir um sério motivo de preocupação ao contratado - e não o inverso -, daí ser quase sempre despiciendo exigir exagerada documentação habilitatória nas licitações.

Esse exagero habilitatório, já se tem dito em livros, artigos e aulas, em nada ajuda a ninguém mas atrapalha bastantíssimo a eficiência das licitações, servindo como um espantalho dos fornecedores sérios e mais preocupados em prestar bom serviço que em juntar papéis. Lembrem a derrama fiscal do Brasil-colônia.

Que esta lei das estatais seja o marco inaugural de uma nova era nesta tão mal estruturada matéria, ou, de outro modo, que dê continuidade à revolução que a lei do pregão promoveu nas licitações ao inverter as fases da habilitação e do julgamento das propostas, o que reduziu significativamente com isso a própria importância da habilitação. A habilitação para nós estará reduzida ao seu tamanho ideal quando *desaparecer* do cenário jurídico. Aí, sim, estará enfim na medida perfeita.

Muito bem. Com base no laconismo destes incisos e deste artigo, entende-se que o roteiro dos arts. 27 a 31 da Lei nº 8.666/93 *não é de obrigatória observância pelas estatais*, podendo no máximo inspirar ou orientar o edital da estatal, sem jamais obrigá-lo a isto ou àquilo. Nada nesta lei da estatais remete a conclusão diferente.

O inc. I é totalmente estranho a esse ambiente, e fixa que o edital deverá exigir que o licitante comprove poder adquirir direitos e assumir obrigações (?). Deve estar querendo significar que o proponente deve poder atestar não estar impedido de licitar ou contratar com a Administração, e que pode ser sujeito a obrigar-se, bem como a receber pela execução do que realizar. Se for isso, era mesmo necessário o dispositivo ?..

Mais: como se satisfaz esta regra legal ? Que documento se pede, a este título, ao licitante ? Uma declaração de que não está impedido de licitar e contratar, e de que não tem impedimentos negociais de ordem civil ou comercial ? Parece-nos que é algo assim. A lei impõe a regra e quanto ao seu cumprimento parece indicar ao aplicar: *vire-se*.

O inc. II permite que o edital exija documentação relativa a qualificação técnica, e mesmo assim apenas com relação a parcelas técnica ou economicamente relevantes, o que, remetendo por gravitação natural ao art. 30 da lei de licitações, mesmo assim permite ampla discricionariedade ao edital para selecionar a documentação técnica que entenda necessária a cada caso, *ainda que não conste do art. 30 da lei de licitações*.

Sim, porque se a regra específica prevalece sobre a genérica, temos essa conclusão. Moderação, racionalidade e inteligência é tudo

que se recomenda ao autor do edital, que deve cuidar do interesse público e do da estatal a que serve antes que do seu próprio ego, ou do prazer patológico em espezinhar pessoas.

O inc. III menciona simplesmente *capacidade econômica e financeira*, e o aparente desdém ou descaso com que cuida do tema merece de nós o *mais sincero e desabrido elogio*. A lei colocou as coisas em seu lugar, e deu a devida importância a esta província da habilitação: praticamente nenhuma. Se a própria habilitação para pouco ou para nada na prática serve, a sua parte econômica serve para menos ainda.

Tudo o que se disse se repete: o edital escolhe o que bem entender para exigir do licitante a título de demonstração de boa situação econômico-financeira. Alguma coisa a teor da lei, entendemos, precisa ser exigida, ou ao menos é amplamente recomendável que o seja; o quê, entretanto, fica ao alvedrio do edital.

O *caput* não parece determinar claramente que o edital exija isto ou aquilo, e antes aponta na direção de que *pode* exigir, daí a recomendação acima.

Por fim, e à exaustão, reitera-se que *não entendemos obrigatório o rígido roteiro das normas gerais de licitação*, arts. 27 a 31 da lei de licitações, nas habilitações das estatais. Esta lei específica fasta a incidência das normas gerais, como determina a Constituição Federal, art. 173, § 1º, inc. III.

O inovador inc. IV estabelece que o edital ao menos pode - repita-se: não se sabe se o *caput* é mandatório ou meramente facultador - exigir um *adiantamento* do licitante, se a licitação for de maior oferta.

Trata-se para nós de uma *faculdade do edital*, que pode exigir o adiantamento, como pode não o exigir. Não se vislumbra imposição nenhuma ao edital, mas mera liberdade de fazer o que, em outra hipótese, possivelmente seria tido como proibido - e nem isso é muito seguro.

E para quê o edital exigiria adiantamento? O § 2º do artigo o esclarece.

O § 1º informa que quando o certame for por maior oferta os requisitos de qualificação técnica e econômica podem ser dispensados, o que dá a idéia de que quando o certame não for por esse critério precisarão ser exigidos. Não nos parece jurídica essa impressão.

Não é necessariamente porque se dispensa algo em dada situação que em outra situação a exigência será obrigatória. Trata-se de se lidar com *contrário e não com oposto*. O contrário de poder dispensar é nada se prever quanto a isso, e o oposto é que é *não poder dispensar*. Como o contrário de rir é *não rir*, e apenas o seu oposto é que é chorar.

É certo que na hipótese do parágrafo é sempre dispensável a exigência - o que não significa a proibição de exigir, mas a simples autorização para não exigir -, mas isso não significa que em outras hipóteses que não a do parágrafo deva dar-se o oposto, podendo dar-se apenas o contrário.

Tudo isto pode parecer jogo de palavras ou conversa de mercador, porém não é. Acontece o mesmo impasse num sem-número de leis, regulamentos, normações e atos reguladores a começar pela lei de licitações, e juridicamente é importantíssimo definir e saber quando se está diante de uma obrigação ou diante de uma simples faculdade de fazer assim ou assado, ou de nada fazer. Os efeitos da regra, e os comportamentos do aplicador a partir dessa definição, serão uns ou outros radicalmente diferentes.

O § 2º, que encerra o artigo, evidencia que aquele adiantamento (inc. IV) que o edital pode exigir dos licitantes em certames de maior oferta de preço serve como *indenização* do prejuízo que o vencedor da licitação enseja à estatal caso, após vencer e ser convocado para pagar o preço e levar o objeto em disputa, não o faça, pelo motivo que for.

Tem a mesma natureza jurídica, no campo do direito imobiliário, daquele adiantamento de parte do preço do imóvel, que o promitente-comprador paga ao compromissário-vendedor como uma segurança de que efetivamente completará o negócio e dele não desistirá - o que ensejaria prejuízos de variada natureza ao vendedor -, e que é perdido em favor do vendedor caso o comprador desista do negócio. É idéia típica do direito

imobiliário, que agora é transplantada para o direito administrativo das empresas do estado.

\