

LICITAÇÕES – A NOVA LEI – 4

Ivan Barbosa Rigolin

(abril/21)

Art. 7º

CAPÍTULO IV

DOS AGENTES PÚBLICOS

Art. 7º Caberá à autoridade máxima do órgão ou da entidade, ou a quem as normas de organização administrativa indicarem, promover gestão por competências e designar agentes públicos para o desempenho das funções essenciais à execução desta Lei que preencham os seguintes requisitos:

I - sejam, preferencialmente, servidor efetivo ou empregado público dos quadros permanentes da Administração Pública;

II - tenham atribuições relacionadas a licitações e contratos ou possuam formação compatível ou qualificação atestada por certificação profissional emitida por escola de governo criada e mantida pelo poder público; e

III - não sejam cônjuge ou companheiro de licitantes ou contratados habituais da Administração nem tenham com eles vínculo de parentesco, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, ou de natureza técnica, comercial, econômica, financeira, trabalhista e civil.

§ 1º A autoridade referida no **caput** deste artigo deverá observar o princípio da segregação de

funções, vedada a designação do mesmo agente público para atuação simultânea em funções mais suscetíveis a riscos, de modo a reduzir a possibilidade de ocultação de erros e de ocorrência de fraudes na respectiva contratação.

§ 2º O disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, inclusive os requisitos estabelecidos, também se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno da Administração.

O art. 7º infelizmente dá sequência à péssima qualidade média da lei até este momento. Ampliou rebarbativamente o que, por sintético e desprezioso, estava razoável, e inflou a norma de pequenas regras da pior qualidade.

Do *caput*: qual é a autoridade máxima do órgão: o presidente nacional da autarquia federal, o presidente estadual, o gerente ou o diretor municipal que tem competência para licitar e para contratar ? Ninguém responde.

Que é “promover gestão por competências” ? Será que o autor disto faz ideia ? Onde começa uma competência e termina outra ? Alguém sabe ?

Entrando nos incisos: inc. I – se a regra informa *preferencialmente*, então já se pode passar ao dispositivo seguinte, porque a lei não existe para dar conselhos, como se fora uma mãe zelosa.

Inc. II – a parte final é risível, patética. Alguém tem certificado de escola oficial atestando qualificação para licitação ? Um Município interiorano, saberá que isso acaso existe ?

Inc. III – este começa mais objetivo e compreensível, porém logo derrapa. Proíbe que cônjuge ou companheiro, ou parente consanguíneo ou por afinidade até o terceiro grau, de *licitantes habituais* do ente integrem a sua “comissão de licitação”, que nesta lei se transformou em equipe de apoio do agente de contratação. Que são os licitantes habituais ? Quantas vezes precisam participar por ano para serem tidos como habituais ?

Os membros da equipe de apoio do agente de contratação (v. art. 8º) também não podem manter vínculo técnico, comercial, econômico, financeiro, trabalhista ou civil com aqueles licitantes habituais, seja lá isso o que for. Aqui a lei está razoável, porque a suspeita seria absoluta por conflito de interesses: um a querer obter um grande contrato, e o outro a favorecer essa manobra contra o interesse do seu ente.

Sendo demonstrável a vinculação, proibida fica a designação do membro da comissão.

O § 1º contém uma variação do tema do *caput*, proibindo a designação do mesmo servidor para funções tecnicamente incompatíveis, e também faz todo sentido. Poderá ser anulada uma designação que o contrarie, com relativa facilidade.

O § 2º, absolutamente desnecessário, redundando no óbvio: a proibição de designações suspeitas se aplica aos órgãos de assessoramento jurídico e aos de controle interno do ente.

Quanto ao direito de fundo não se imagina pudesse ser diferente ou o simulacro de imparcialidade restaria evidente, ao se imaginar membro do controle interno, ou da consultoria jurídica, vinculado a alguém interessado em licitações conduzidas para cá ou para lá segundo sua conveniência do momento.

Art. 8º

Art. 8º A licitação será conduzida por agente de contratação, pessoa designada pela autoridade competente, entre servidores efetivos ou empregados públicos dos quadros permanentes da Administração Pública, para tomar decisões, acompanhar o trâmite da licitação, dar impulso ao procedimento licitatório e executar quaisquer outras atividades necessárias ao bom andamento do certame até a homologação.

§ 1º O agente de contratação será auxiliado por equipe de apoio e responderá individualmente

pelos atos que praticar, salvo quando induzido a erro pela atuação da equipe.

§ 2º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais, desde que observados os requisitos estabelecidos no art. 7º desta Lei, o agente de contratação poderá ser substituído por comissão de contratação formada por, no mínimo, 3 (três) membros, que responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, ressalvado o membro que expressar posição individual divergente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que houver sido tomada a decisão.

§ 3º As regras relativas à atuação do agente de contratação e da equipe de apoio, ao funcionamento da comissão de contratação e à atuação de fiscais e gestores de contratos de que trata esta Lei serão estabelecidas em regulamento, e deverá ser prevista a possibilidade de eles contarem com o apoio dos órgãos de assessoramento jurídico e de controle interno para o desempenho das funções essenciais à execução do disposto nesta Lei.

§ 4º Em licitação que envolva bens ou serviços especiais cujo objeto não seja rotineiramente contratado pela Administração, poderá ser contratado, por prazo determinado, serviço de empresa ou de profissional especializado para assessorar os agentes públicos responsáveis pela condução da licitação.

§ 5º Em licitação na modalidade pregão, o agente responsável pela condução do certame será designado pregoeiro.

Todo o *caput* deste art. 8º já constava da lei, nas definições do art. 6º.

O § 1º transforma a antiga comissão de licitação em agente de contratação mais equipe de apoio. O agente responderá pelos atos que praticar – mas que extraordinário !.. -, salvo se for induzido em erro pela equipe de apoio, diz a lei. Se entretanto o erro for inescusável, dizemos nós, nenhum agente espere ser inocentado da sua prática, tenha feito o que for a sua equipe de apoio.

O § 2º informa que nas licitações para aquisição de bens ou serviços especiais poderá constituir-se uma comissão de no mínimo três membros, que serão solidários na responsabilidade por tudo que praticarem no certame, excetuado o membro que diverja da decisão dos demais e declare em ata sua divergência, a qual, naturalmente, haverá de ser fundamentada. Correta regra da lei anterior, aqui acatada.

Justifica-se o dispositivo em face da elevada relevância – e seguramente valor – do objeto, que em princípio melhor se licita com o concurso de uma comissão e não de apenas um julgador. Se duas cabeças pensam melhor que uma, então teoricamente três pensarão ainda melhor.

Pelo § 3º as regras de funcionamento da equipe da licitação será objeto de regulamento – local a cada caso, ou regional conforme a organização administrativa do ente licitador -, no qual diploma a lei bisonhamente obriga constar que poderá valer-se de assessoramento jurídico e do controle interno.

Desnecessário, porque essa possibilidade existe sempre, já que para isso existem os órgãos de assessoramento, nada impedindo que também o controle interno informe sua experiência e suas balizas, sempre orientadoras e proveitosas.

O § 4º também é tempo perdido. Informa que em licitações de bens ou serviços especiais pouco comuns o ente poderá contratar empresa ou profissional especializado(a) por tempo certo para assessorar. Desde quando isso foi proibido, e por que motivo estaria impedida essa contratação ?

O § 5º informa que o servidor designado pregoeiro se denomina pregoeiro. Faltou informar que poderá trabalhar, e que o seu trabalho é

oficial. E a nação tupiniquim esperou vinte e oito anos pela nova lei de licitações...

Art. 9º

Art. 9º É vedado ao agente público designado para atuar na área de licitações e contratos, ressalvados os casos previstos em lei:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos que praticar, situações que:

a) comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do processo licitatório, inclusive nos casos de participação de sociedades cooperativas;

b) estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes;

c) sejam impertinentes ou irrelevantes para o objeto específico do contrato;

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamento, mesmo quando envolvido financiamento de agência internacional;

III - opor resistência injustificada ao andamento dos processos e, indevidamente, retardar ou deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa em lei.

§ 1º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução do contrato agente público de órgão ou entidade licitante ou contratante, devendo ser observadas as situações que possam configurar conflito de

interesses no exercício ou após o exercício do cargo ou emprego, nos termos da legislação que disciplina a matéria.

§ 2º As vedações de que trata este artigo estendem-se a terceiro que auxilie a condução da contratação na qualidade de integrante de equipe de apoio, profissional especializado ou funcionário ou representante de empresa que preste assessoria técnica.

Este artigo em seu *caput*, no inc. I com suas alíneas e no inc. II, mantendo importante regra igualitária e isonômica da lei anterior, nada faz senão proibir ao poder público emprestar tratamento desigual aos licitantes – agora incluídos estrangeiros e cooperativas -, por proibir a inclusão de qualquer sorte de cláusulas discriminatórias ou de privilégio em favor ou contra algum participante, ou, muito importante, algum potencial interessado.

Sim, porque a discriminação ou o privilégio podem se iniciar, e frequentemente já se iniciam, no edital que se publica, quando ainda não existem licitantes formalmente constituídos – que só são assim considerados quando se apresentam ao certame com sua documentação e suas propostas, e são admitidos à competição (porque se por alguma razão não forem admitidos também não serão licitantes).

O inc. II proíbe diferenciar moedas para pagamento, o que é bom e correto, porém quando pretende proibir diferenciações quanto a exigências documentais não significa que, nas licitações internacionais, uma empresa estrangeira presente, por exemplo, regularidade com o INSS ou o FGTS, inexistentes no país estrangeiro. Apenas o que for cabível será exigido, na licitação internacional realizada no Brasil, dos licitantes estrangeiros, porque a regra da igualdade não pode conduzir ao absurdo.

O inc. III reinventa a roda, não exige e não merece comentário, de tão bisonho.

O § 1º inicia bem, e poderia concluir na palavra *contratante*, ou pouco além. Até esse momento, impede que alguém seja licitante

e licitador, ou licitante e fornecedor, o que evidenciaria conflito de interesses e favorecimento daquele agente público.

Mas mesmo até este ponto, e como a seguir o dispositivo corretamente explicita, a Administração precisará observar se racional ou razoavelmente se caracteriza o conflito, porque um servidor que tem uma ação de uma fábrica de veículos não pode ser por isso considerado favorecido se essa fábrica vier a vencer uma licitação no ente licitador ao qual pertence, mesmo que seja ele o agente da contratação.

A conclusão é que se revela meio despicienda: se existe legislação que discipline incompatibilidades de ex-servidor com participação em licitações no ente que serviu, então a lei de licitações, quanto a isso, é desnecessária.

Seja como for, é bastante séria esta licitação, eis que com grande frequência se verificam os mais desagradáveis episódios de licitações e de contratos anulados por tráfico de influência, ou por conflito de interesses caracterizado. Deve o ente público, nesse sentido, esforçar-se por esclarecer a todo tempo, a todos os interessados e participantes, sobre o risco de se caracterizar a situação anômala, na tentativa de coibi-la a tempo.

Muitos *ótimos negócios* no momento têm se revelado péssimos negócios quando da primeira fiscalização, ou de cada vez mais comuns denúncias – ainda que formuladas por maus perdedores inconformados, invejosos e mal resolvidos de todo gênero, e pessoas do pior caráter possível - das que consideram negociata um bom negócio para o qual não foram convidadas, ou das que odeiam privilégios, quando deles não participam - como assaz de vezes acontece neste planeta, em que uma das piores consequências é a qualidade do ser humano. Nem por isso, entretanto, a regra legal pode ser negligenciada.

Encerrando o artigo, o § 2º é bem intencionado e até certo ponto implícito nas regras anteriores, porém é sempre necessário dosar a sua aplicação para não se desbordar do que é justo: que o membro da equipe de apoio esteja impedido de trabalhar em certame no qual tenha interesse é evidente,

e já está contido anteriormente no artigo; mas daí a pretender impedir que qualquer funcionário de empresa que assessora o certame possa exercer sua função na empresa mesmo tendo algum interesse no resulta... parece ir longe demais, lembrando caça a duendes ou fantasmas rondantes...

Prudência, moderação e plausibilidade é o que se recomenda a todas as fiscalizações dos certames, nesse sentido. O moralismo desenfreado, que está muito em voga nos dias que correm como verdadeira praga, causa *muito mais prejuízo* que uma fiscalização ponderada que por vezes deixa escapar alguma irregularidade – ninguém tenha a menor dúvida. Os imorais são temíveis; os moralistas são *apavorantes*.

Art. 10

Art. 10. Se as autoridades competentes e os servidores públicos que tiverem participado dos procedimentos relacionados às licitações e aos contratos de que trata esta Lei precisarem defender-se nas esferas administrativa, controladora ou judicial em razão de ato praticado com estrita observância de orientação constante em parecer jurídico elaborado na forma do § 1º do art. 53 desta Lei, a advocacia pública promoverá, a critério do agente público, sua representação judicial ou extrajudicial.

§ 1º Não se aplica o disposto no **caput** deste artigo quando:

I - (VETADO);

II - provas da prática de atos ilícitos dolosos constarem nos autos do processo administrativo ou judicial.

§ 2º Aplica-se o disposto no **caput** deste artigo inclusive na hipótese de o agente público não mais ocupar o cargo, emprego ou função em que foi praticado o ato questionado.

O art. 10, *caput*, está corretíssimo ao admitir que a advocacia pública do ente licitador defenda o servidor do mesmo ente que trabalhou na licitação de acordo com parecer jurídico interno. Vale esse direito para defesas administrativas, de controle interno e judiciais de qualquer ramo.

O servidor deverá anuir com essa defesa, pois que sempre poderá constituir seu advogado particular em vez daquilo. O que não faz sentido é se somarem as duas defesas, o que além de ilógico e antitécnico é antiético na forma da lei disciplinadora do funcionamento da Ordem dos Advogados do Brasil, devendo qualquer advogado, antes de aceitar o patrocínio, certificar-se de que o cliente está sem advogado para defendê-lo.

O § 1º, com seu inc. I vetado, exclui daquele favor o servidor que haja demonstradamente praticado atos ilícitos no certame – o que está rigorosamente correto e nada tem a ver com o parecer jurídico referido no *caput*, cujo autor por suposto não sabia daqueles atos e falou tão só com base nas regras legais aplicáveis.

Imagina-se que os atos ilícitos terão sido descobertos apenas posteriormente ao início do processamento do servidor, uma vez que se já forem previamente conhecidos pela Administração, e independentemente de qualquer parecer jurídico, a defesa pública deverá ser-lhe negada liminarmente.

Se os ilícitos forem descobertos no curso do processamento, então no momento que forem descobertos deverá o ente público fazer cessar a defesa pública, notificando-se o servidor para que dali em diante, querendo, providencie a continuação de sua defesa a suas custas.

O § 2º, também muito adequadamente, estende o direito à defesa pública a quem já tenha deixado de ocupar o cargo ou o emprego em que trabalhou na(s) licitação(ões). Também esse merece o benefício, uma vez que sua situação funcional do passado não se afetou pela só aposentação, ou por outra forma de desligamento. E eventuais prescrições processuais podem e devem ser argüidas pela defesa, se ocorrentes.

TÍTULO II
DAS LICITAÇÕES
CAPÍTULO I
DO PROCESSO LICITATÓRIO

Art. 11. O processo licitatório tem por objetivos:

I - assegurar a seleção da proposta apta a gerar o resultado de contratação mais vantajoso para a Administração Pública, inclusive no que se refere ao ciclo de vida do objeto;

II - assegurar tratamento isonômico entre os licitantes, bem como a justa competição;

III - evitar contratações com sobrepreço ou com preços manifestamente inexequíveis e superfaturamento na execução dos contratos;

IV - incentivar a inovação e o desenvolvimento nacional sustentável.

Parágrafo único. A alta administração do órgão ou entidade é responsável pela governança das contratações e deve implementar processos e estruturas, inclusive de gestão de riscos e controles internos, para avaliar, direcionar e monitorar os processos licitatórios e os respectivos contratos, com o intuito de alcançar os objetivos estabelecidos no **caput** deste artigo, promover um ambiente íntegro e confiável, assegurar o alinhamento das contratações ao planejamento estratégico e às leis orçamentárias e promover eficiência, efetividade e eficácia em suas contratações.

Este artigo, que inaugura o Título das licitações e do processo licitatório, preferiu denominar a licitação um *processo* e não um procedimento, como era na lei anterior. Por mais que tal possa desagradar aos

processualistas não se enxerga impropriedade alguma, vez que a licitação é um procedimento contraditório, o que constitui a principal característica do processo.

Os quatro incisos do *caput* poderiam inexistir, e o próprio *caput* poderia informar que a licitação de se destina a eleger o negócio mais vantajoso à Administração, ou pouco mais que isso. Todo o resto se constitui em demagógica *parolagem flácida para dormir a bovino*.

O parágrafo único é a quinta-essência da falta do que mais fazer. Nem o autor deve lembrar-se, a esta altura, de que o escreveu. Condensando-se-o, resumindo-se-o, sintetizando-se-o meticulosamente, não se obterá absolutamente nada de coisa alguma nem com microscópio eletrônico de varredura, senão um discursinho insignificante sobre nada.

Art. 12

Art. 12. No processo licitatório, observar-se-á o seguinte:

I - os documentos serão produzidos por escrito, com data e local de sua realização e assinatura dos responsáveis;

II - os valores, os preços e os custos utilizados terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 52 desta Lei;

III - o desatendimento de exigências meramente formais que não comprometam a aferição da qualificação do licitante ou a compreensão do conteúdo de sua proposta não importará seu afastamento da licitação ou a invalidação do processo;

IV - a prova de autenticidade de cópia de documento público ou particular poderá ser feita perante agente da Administração, mediante apresentação de original ou de declaração de autenticidade por advogado, sob sua responsabilidade pessoal;

V - o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade, salvo imposição legal;

VI - os atos serão preferencialmente digitais, de forma a permitir que sejam produzidos, comunicados, armazenados e validados por meio eletrônico;

VII - a partir de documentos de formalização de demandas, os órgãos responsáveis pelo planejamento de cada ente federativo poderão, na forma de regulamento, elaborar plano de contratações anual, com o objetivo de racionalizar as contratações dos órgãos e entidades sob sua competência, garantir o alinhamento com o seu planejamento estratégico e subsidiar a elaboração das respectivas leis orçamentárias.

§ 1º O plano de contratações anual de que trata o inciso VII do **caput** deste artigo deverá ser divulgado e mantido à disposição do público em sítio eletrônico oficial e será observado pelo ente federativo na realização de licitações e na execução dos contratos.

§ 2º É permitida a identificação e assinatura digital por pessoa física ou jurídica em meio eletrônico, mediante certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil).

Este artigo informa algumas providências a adotar nos processos licitatórios, de relevância variável como quase sempre.

Inc. I – documentos sempre por escrito, com local, data e assinatura. Quanto aos últimos requisitos, sempre que materialmente possível devem ser observados. Se o documento não contém campo para assinatura, nem indica local nem data, deve ter algum modo de ser comprovado, e nesse caso não se exigirá o impossível. Quanto a serem escritos, alguém

imaginaria fossem em vídeo ou em áudio ? Qualquer impressão preenche esse requisito, que atende o princípio da *formalidade*.

Inc. II – a expressão financeira nas licitações se dá em moeda nacional, salvo exceção expressa do edital. Mesmo em uma licitação internacional, o silêncio do edital implica em obedecer este inciso; sendo exceção à regra, a aceitação de moeda estrangeira precisa vir expressa no edital.

Inc. III – absolutamente correta esta previsão, afora a *batatada final*. Falhas meramente formais – como inverter numeração ou posição de folhas, fazer soma parcial errada mas com o total correto, por exemplo -, que não comprometam a inteligência da proposta ou da documentação, podem ser recebidas como inexistentes pelo agente e sua equipe de apoio, que assim o lavrarão em ata como regulares, *sem alterar o que quer que seja nos papéis do licitante. Pas de nullité snas grief* (sem gravame inexistente nulidade) asseveram os franceses de há longo tempo.

A última expressão do inciso é que não faz sentido, porque jamais documentação errada ou proposta inválida do licitante prejudicaria o próprio certame.

Inc. IV – prova de autenticidade. Correto, mas um tanto desatualizado, na medida em que quase todo documento existente sobre a terra hoje em dia é digital ou obtido eletronicamente, e deve constar também do computador da equipe da licitação, o que demonstrará a autenticidade. Em caso de impossibilidade vale o antigo sistema de exibição do original, ou, novidade, de declaração de advogado para tanto constituído, sob responsabilidade pessoal.

Inc. V – assunto cada vez menos importante, o reconhecimento de firma, quando não for inexigível por força de lei, somente será exigido em caso de dúvida sobre a autenticidade do documento apresentado.

Não depositamos muita fé no reconhecimento de firma, porque uma coisa é ser autêntico o subscritor, e outra é ser autêntico o teor do documento. E salvo no reconhecimento por autenticidade, com o subscritor assinando no cartório, mesmo o reconhecimento por semelhança é

profundamente desconfiável, porque existem falsários mais *autênticos* que os titulares... mas a lei admite essa vetusta prova.

Inc. VI – desnecessário e inútil. Em primeiro porque qualquer coisa preferencial é o mesmo que coisa nenhuma, já que dar conselhos não é papel para leis. Em segundo porque o realmente embaraçoso seria a lei exigir que o documento fosse quirográfico, datilografado, linotipado, mimeografado ou produzido fora de um computador. Quem deveria digitalizar-se, parece, é o legislador...

Inc. VII – futilidade legislativa absoluta, permite o que sempre foi permitido e jamais foi proibido: o ente público planejar suas contratações – aliás, se o ente não tiver semelhante planejamento poderá vir a ter graves problemas com a fiscalização... Ilustra a inconsciência do legislador sobre o seu papel, pois que para elaborar dispositivos como este inciso, pedra na sopa das mais inúteis, ninguém precisa de legislador nenhum, nem de lei nenhuma.

O § 1º remata a péssima qualidade do inc. VII, porque manda divulgar em sítio eletrônico o que nem sequer é obrigatório que exista... pelo inc. VII os entes apenas *podem* ter planejamento anual, e mesmo assim na forma de regulamento. Se não quiserem ter, não o terão. Então, como pode o § 1º obrigar providências a respeito de um procedimento *que não precisa existir* ?

E que, mesmo que exista, existirá na forma de um regulamento, como reza o inc. VII. E se acaso esse regulamento dispensar a publicação ?

A qualidade da lei é, em pontos assim, embaraçosa.

O § 2º, fechando o artigo, permite a identificação e a assinatura digital, por pessoa física ou jurídica, em meio eletrônico, através de certificado digital emitido em âmbito da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (ICP-Brasil). Existem inúmeros entes corporativos autorizados a expedir certificados digitais, e a obtenção dos cartões respectivos é cada vez mais facilitada.

Conveniente que a lei abrigue este instituto de autenticação eletrônica, presente já no Poder Judiciário e em inúmeros órgãos dos demais Poderes, e que em pouco tempo deverá *sepultar* a assinatura pessoal em atos e em documentos públicos. Com efeito, se o mundo tornou-se digital, por que motivo a assinatura das pessoas ficaria de fora ?