

## ***São Paulo tem Nova Lei de Licitações***

***Antônio Carlos Cintra do Amaral***

O Diário Oficial do Estado de São Paulo publicou, em 8 do último mês de julho, a Lei 13.121, de 7 do mesmo mês, que altera o art. 40 da Lei 6.544/89, implantando novas normas sobre o processamento das licitações realizadas pela Administração estadual. Passarei a elencar, brevemente, as novas normas legais.

1. As fases da licitação **poderão** ser invertidas. O julgamento das propostas poderá anteceder a habilitação dos licitantes. Nada impede, porém, que seja mantida a ordem estabelecida na Lei 8.666/93. Nesse caso, a autoridade competente deverá fundamentar sua decisão. Ou seja: a regra será a inversão das fases; a exceção será a observância da Lei 8.666/93.
2. Nas licitações de melhor técnica e técnica e preço, a abertura das propostas técnicas antecederá o conhecimento dos preços. Estes somente serão conhecidos após a avaliação e pontuação das propostas técnicas, tal como se faz atualmente. A novidade é a inversão das fases.
3. As propostas continuarão a ser classificadas de acordo com o tipo de licitação adotado no instrumento convocatório, isto é, preço, técnica ou técnica e preço.
4. Após o julgamento das propostas, será apreciada e julgada a habilitação dos 3 (três) primeiros classificados. Se o primeiro classificado for inabilitado, será proclamado vencedor o segundo, e assim por diante. Se os três primeiros forem inabilitados, abrir-se-á o envelope do quarto colocado, e assim por diante.
5. Passa a haver uma maior flexibilidade para saneamento de falhas, a ser efetuado no prazo de 3 (três) dias, e de “erros materiais irrelevantes”.
6. Será aplicada a pena de proibição de contratar com a Administração, pelo prazo máximo de 5 (cinco) anos, ao licitante que ensejar o retardamento do certame, não mantiver a proposta ou fizer declaração falsa.

7. As novas normas aplicam-se à concorrência e, no que couber, às demais modalidades de licitação.

## Observações

A inversão das fases é hoje uma tendência. Apresenta a vantagem de agilizar o procedimento, e a desvantagem de eventualmente o licitante que tenha apresentado a proposta mais vantajosa não ser habilitável. É no mínimo incômoda a posição do administrador que se vê compelido a inabilitar esse licitante.

O legislador acertou ao não incluir permissão para o oferecimento de lances pelos licitantes com as propostas mais bem classificadas. Trata-se de um procedimento perigoso, talvez cabível no Pregão, e isso mesmo em licitações para compras de bens e serviços comuns, ou seja, sem maior complexidade (voltarei a este assunto provavelmente no próximo Comentário).

A abertura, para efeito de habilitação, dos envelopes dos licitantes que tenham apresentado as 3 (três) melhores propostas é uma inovação interessante. Poderá agilizar o procedimento, ao facilitar a contratação imediata do segundo ou terceiro classificado na hipótese de inabilitação do primeiro ou dos dois primeiros, mas poderá ensejar um litígio acirrado entre os três, na fase da habilitação. Só a prática dirá se foi uma decisão acertada do legislador.

Tem sido alegado que o novo procedimento desestimulará os proponentes classificados em 2º e 3º lugares a recorrer contra a habilitação do 1º, porque se o 1º for inabilitado o 2º ou 3º deverão aceitar as mesmas condições propostas pelo 1º. Não sei de onde foi tirada essa idéia. Se foi do § 2º do art. 64 da Lei 8.666/93, não há base para tal conclusão, já que esse parágrafo aplica-se às hipóteses de o vencedor não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento contratual no prazo e condições estabelecidos. No caso, tratar-se-á de licitante que, após apresentar a melhor proposta, seja inabilitado, hipótese não contemplada no referido dispositivo da Lei 8.666. Aliás, diga-se de passagem, que esse dispositivo da Lei 8.666 é um “convite” a que o 2º classificado efetue um “mergulho” no preço, já que o preço contratual não será o que ele ofertou, fixado, presumivelmente, com base na **sua** relação “*custo mais lucro*”.

Por último, um “cochilo” do legislador. Diz o § 10:

*“§ 10 - Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.”*

Esse dispositivo, que constava do art. 40 da Lei 6.544/89, em sua redação original, perdeu qualquer sentido com a inversão das fases da licitação. Quando se diz que “*a lei não contém palavras inúteis*”, tenho buscado mostrar que esse aforismo, como de resto outros

consagrados (ver Comentário nº 104, nesta página), não condiz com a realidade jurídica. Os **textos legais** contêm, muitas vezes, palavras inúteis, erradas e até mesmo sem sentido. Este é um exemplo de dispositivo legal sem sentido. Se alguém objetar, alegando que ele terá sentido se for adotado o procedimento da Lei 8.666/93, estará ignorando que nessa hipótese seria inútil, porque ela já é prevista no § 5º do art. 43 dessa lei.

---

**(Comentário nº 155 – 01.08.2008, divulgado no site [www.celc.com.br](http://www.celc.com.br))**

*Esta página é renovada mensalmente, no dia 01 de cada mês.*