

Licitação: pontos polêmicos

TOSHIO MUKAI

SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Os pontos polêmicos.*

1. *Introdução*

A Lei n.º 8.666/93 – a denominada Nova Lei de Licitações –, com as alterações que lhe foram introduzidas, a par de conter inúmeros avanços, em especial, no sentido da moralização das licitações, contém vícios de inconstitucionalidade, regras distorcidas e conflitantes, e, ainda, normas obscuras, que tem levado os estudiosos do assunto a ter visões distintas e controvertidas sobre vários dos comandos inseridos nessa legislação.

O objeto da presente exposição, que nos foi determinado pelos organizadores deste excelente, oportuno, democrático Seminário, a quem parablenho efusivamente nesta oportunidade, por sua realização, é não só apontar e comentar os pontos polêmicos da referida legislação, como também indicar as distorções, os pontos conflitantes e as deficiências legislativas que, certamente, são encontradas na Lei n.º 8.666/93.

Por oportuno, apenas para mantermos uma metodologia razoável de indicação e análise desses pontos, esclarecemos que iremos seguir a própria ordem dos artigos e demais dispositivos da Lei.

Outro detalhe que queremos esclarecer: não teceremos críticas a autores ou articulistas, pois todos, indistintamente, merecem de nós o maior respeito científico por seus posicionamentos.

2. *Os pontos polêmicos*

Assim, vejamos tais pontos:

1) *Art. 1.º e parágrafo único* – A polêmica aqui é quanto à inconstitucionalidade da Lei, no ponto em que diz que ela estabelece normas

Toshio Mukai é Doutor em Direito – USP.

Aula magna, ministrada no 1.º Seminário Nacional de Direito Administrativo – Recife – 27.11.94 a 2.12.94 – Editora NDJ.

gerais sobre licitações e contratos administrativos (art. 1.º – *caput*) e logo declara que todas as entidades da Administração Pública, direta ou indireta, devem se subordinar ao regime (integral) da Lei (parágrafo único). Ou seja, a Lei diz simplesmente que *todas* as suas disposições são normas gerais.

Há quem tenha defendido esse comportamento do legislador.

Para nós, e temos evidenciado isso em todos os lugares em que falamos dessa Lei, essa estratégia do legislador levou ao seguinte resultado: uma lei ordinária federal a pretender legislar sobre licitações e contratos (em todos os aspectos, específicos e procedimentais) para Estados, Municípios, Distrito Federal e empresas, autarquias e fundações de qualquer nível de governo; para isso, declarou que todas as suas normas são gerais. Ora, se observarmos que a Lei n.º 8.666/93 veio substituir um Estatuto Jurídico de Licitações e Contratos, que regia, portanto, todos os aspectos das licitações e contratações, é evidente que ela também tem esse caráter, portanto, na realidade, se constitui de normas gerais, específicas e procedimentais.

No caso, as enquadrando todas como sendo gerais, a pretexto de se fundar na competência exclusiva da União para baixar normas gerais sobre licitações e contratações (art. 22, inc. XXVII da CF). Ora, aí, exatamente porque o constituinte falou apenas em normas gerais, é porque ele deixou de fora as normas específicas e procedimentais. O legislador, ao trazer estas últimas para o campo das normas gerais, à evidência, infringiu a Constituição.

Além disso, quando declarou, na ementa, que a Lei n.º 8.666/93 regulamenta o art. 37, inc. XXI, da CF, declarou-se agindo inconstitucionalmente, posto que, à evidência, quando o constituinte ali falou “... nos termos da lei”, não poderia estar dando ao legislador ordinário da União competência para regulamentar matéria puramente administrativa (que é o caso das licitações e contratos) através de lei nacional.

Não. Sendo o Brasil uma Federação, com Estados e Municípios autônomos política, legislativa e administrativamente (art. 1.º – *caput* e art. 18, da CF), a lei ali mencionada só pode ser federal para as licitações e contratações federais, estadual para as dos Estados e municipal para as dos Municípios. Além disso, o *caput* do art. 37 fala que os Poderes da União, Estados, Distrito Federal e dos Municípios obedecerão aos incisos que indica.

2) Art. 5.º – Controvérsia quanto ao significado da expressão “fonte diferenciada de recursos”.

Ao início da vigência da Lei n.º 8.666/93 entendíamos que essa expressão apontava para as diversas dotações orçamentárias indicadas nos próprios contratos, por onde correriam as despesas (obras e serviços públicos, serviços de terceiros, fornecimentos); contudo, outros lhe deram diferentes significados: por exemplo, fontes de recursos para a merenda escolar, relativos aos SUDS, etc. Hoje entendemos que este último entendimento é o correto.

3) Art. 7.º, § 3.º – Controvérsia sobre a expressão “explorados sob o regime de concessão”. Alguns têm entendido que sob essa expressão cabem as concessões de serviços públicos. Entendemos que a ressalva só se justifica para as concessões de obras públicas, porque é da natureza delas que os recursos para a implantação da obra pública sejam do concessionário.

4) Art. 7.º, § 4.º – Veda o contrato “guarda-chuva” (aquele em que os serviços e fornecimentos são fixados por estimativa).

Entendem alguns que a norma veda a estimativa em contratos de fornecimento ou de serviços. Entendemos nós que o § 4.º do art. 7.º somente trata de contrato de execução de obra pública, pois somente aqui há fornecimento de *materiais e serviços concomitantemente*.

5) Art. 12 – Consideração do requisito “impacto ambiental” para a elaboração do projeto básico.

A norma labora em erro, mas não chega a ser inconstitucional.

É que o § 1.º, inc. IV, do art. 225 da CF exige, na forma da lei, para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de *significativa degradação do meio ambiente* estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Portanto, não é qualquer obra que está a exigir estudo prévio de impacto ambiental.

A controvérsia: poderia a lei ordinária, no caso, exigir mais do que a Constituição exigiu? Temos para nós que sim.

6) Art. 15 – inc. IV – As compras, sempre que possível, deverão “ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade”.

A norma parece indicar que o legislador está a induzir a "picotagem" das compras, fazendo com que sejam sempre utilizados os convites.

Será isto que a Lei pretende?

Se formos ao art. 23, em especial, aos seus §§ 1.º e 2.º, teremos, infelizmente, a resposta positiva, pois o primeiro dispositivo repete, com redação mais detalhada, o inc. IV referido, e o segundo dispõe que, no caso do § 1.º, "a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação".

Verifica-se que a retirada da expressão "do total do" antes do vocábulo objeto, constante da redação original (art. 8.º), promovida pela Lei n.º 8.883/94, deu à regra aquele sentido.

7) Art. 15, § 7.º, I – Vedação da indicação de marca.

Tem-se, algumas vezes, admitido a indicação de marca, nesses casos, com argumentos frágeis.

O certo é que, talvez dificultando a aquisição de certas mercadorias como remédios, por exemplo, a norma existe e não pode ser violada.

Observe-se que aqui a norma veda expressamente a "indicação de marca", enquanto que, no inc. I do art. 25 (que fundamenta a padronização), veda-se a "preferência de marca", o que significa que não se pode escolher a marca pela marca.

8) Arts. 17 e 18 – Alienação de bens. Inconstitucionalidade.

A despeito de vozes tímidas que ao início pretenderam (pasmem!) defender a constitucionalidade dessas disposições (que pretenderam legislar a respeito dos bens públicos, de maneira uniforme para todas as entidades políticas), já o STF, em cautelar (decisão provisória), declarou inconstitucionais tais normas em relação aos Municípios.

E com inteira razão, posto que, num sistema federativo como o nosso, é inconcebível que uma lei ordinária federal vá dizer ao Município de que modo ele vai administrar os seus bens (públicos) e, em especial, em que condições ele pode aliená-los.

9) Art. 21 – inc. II – Trata da publicação de avisos das concorrências e tomadas de preços dos Municípios no *Diário Oficial* do Estado.

Temos registrado que nenhuma voz (salvo engano nosso), na doutrina, se levantou con-

tra tal aberração jurídica, ou seja, o fato de uma lei ordinária federal vir mandar que os Municípios publiquem seus avisos de licitações, não nos seus Diários Oficiais ou em jornais locais que lhes façam as vezes, mas sim no *Diário Oficial* do Estado.

É mais uma flagrante inconstitucionalidade da Lei, como tantas outras que se contém nela.

10) Art. 21, § 3.º – Contagem dos prazos de apresentação dos envelopes a partir da última publicação do edital resumido.

A Lei n.º 8.666/93 exigia, na sua redação original, três publicações. As MPs reduziram para uma publicação e a Lei n.º 8.883/94 alterou a redação do dispositivo para dizer que não era da primeira publicação que se contava o prazo, mas sim da última; esqueceu-se o legislador que só há uma publicação.

11) Art. 22 – §§ 2.º e 9.º – Conceito de Tomada de Preços.

O § 2.º do art. 22 da Lei, desde a redação original, conceituava a Tomada de Preços como a modalidade de licitação "realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação".

Ocorre que a Lei n.º 8.883/94 incluiu o § 9.º ao art. 22, expressando que "na hipótese do § 2.º deste artigo, a Administração somente poderá exigir do licitante não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto da licitação, nos termos do edital".

Portanto, a segunda parte do § 2.º (do conceito de tomada de preços), embora tenha o legislador se esquecido de subtraí-la do texto, está revogada por esse § 9.º, posto que, segundo a LICC (§ 1.º do art. 2.º do Decreto-Lei n.º 4.657, de 4.9.42), está revogada disposição de lei anterior por disposição de lei nova: "... quando expressamente a declare, quando suas disposições são incompatíveis, ou ...".

No caso, à evidência, o disposto no § 9.º é inteiramente incompatível com o que se contém no § 2.º do art. 22, segunda parte. Portanto, esta disposição está revogada.

12) Art. 23, §§ 1.º e 2.º – Impõem a divisão em tantas parcelas quantas necessárias se comprovem técnica e economicamente viáveis, das obras, serviços e compras (§ 1.º), bem como que a cada etapa ou conjunto de etapas deles,

corresponda licitação distinta, preservada a modalidade cabível para cada etapa ou conjunto de etapas (§ 2.º).

O § 1.º, com o acréscimo das “compras”, foi transportado do § 1.º, art. 8.º da Lei n.º 8.666/93 (redação original), pela Lei n.º 8.883/94.

O § 1.º do art. 8.º dizia que as obras, serviços e fornecimentos seriam divididos em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, *a critério e por conveniência da Administração* ...

O § 1.º do art. 23 (pela redação da Lei n.º 8.883/94) excluiu do texto esta parte final, com o que a estatuição tornou-se imperativa (As obras, serviços e compras ... *serão divididas* ...).

Assim, toda vez que estivermos perante objetos licitatórios cindíveis por natureza devemos, de regra, proceder a licitações distintas, não podendo (salvo se, comprovadamente, isto não for viável técnica e economicamente) efetuar mais, como antigamente a uma só licitação com julgamento cindido ou por itens.

13) *Art. 24, inc. VIII da Lei n.º 8.666/93 – Operações entre órgãos e entidades públicas.*

A redação original do inciso VIII do art. 24 era: “quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, exceto se houver empresas privadas ou de economia mista (*sic*) que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que ficarão sujeitos à licitação”.

A redação dada pela Lei n.º 8.883/94 foi totalmente diferente: “VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado”.

Com essa redação amplíssima (as contratações podem agora ser tanto na horizontal, ou seja, no âmbito do mesmo Governo, como na vertical, ou seja, entre órgãos e/ou entidades da União, Estados e Municípios; e a exceção quanto à possibilidade do oferecimento do bem ou do serviço pela iniciativa privada foi excluída do texto) a norma ofenderá, em muitos casos concretos, o princípio da licitação.

É que a exceção referida é em respeito ao princípio da livre iniciativa, inserto no texto constitucional, e não poderá ser afastada sem

mais pela norma infraconstitucional.

Portanto, se em determinado caso o objeto da contratação estiver ao alcance da iniciativa privada (como ocorreu no caso do R.E. n.º 87.347, 1.ª T. – 4.3.1980, Rel. o Ministro Xavier de Albuquerque: “Não cabe dispensa de licitação, em favor da Petrobrás, para instalar postos de gasolina e de socorro mecânico em estrada estadual” – *Vox-legis*, v. 137, pp. 20 e s. – maio de 1980), sem dúvida que caberá a licitação, não obstante a redação atual do inc. VIII do art. 24 omita aquela exceção.

14) *Art. 25, “caput” – Inviabilidade de competição.* Comparecimento de apenas um interessado.

Não obstante haja entendimentos no sentido de que, em comparecendo apenas um interessado na licitação e em atendendo ele a todas as condições do instrumento convocatório, é lícita a sua contratação, temos entendido que não há fundamento legal para tal.

Aliás, pela ausência da competitividade, princípio fundamental da licitação, inscrito no inc. I do § 1.º do art. 3.º da Lei n.º 8.666/93, tal não será possível.

Mas, por outro lado, se, aberto um certame, em que se deu ampla divulgação, compareceu apenas um interessado, pelo menos nesse caso específico, ficou exatamente comprovada a inviabilidade de competição, daí por que caberá a contratação com base no art. 25, *caput*, da Lei n.º 8.666/93. Para tal, formar-se-á, com os elementos extraídos do processo do certame licitatório, um processo específico de inexigibilidade de licitação, com a observância das formalidades do art. 26 da Lei, e contratar-se-á diretamente a única empresa que compareceu ao certame.

15) *Art. 30 – Qualificação técnica:* comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível com o objeto da licitação.

Sabe-se que a Lei n.º 8.666/93 veio, quanto às exigências técnicas, dizer que a comprovação de aptidão referida no inc. II do art. 30, no caso de obras e serviços, seria feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, *limitadas as exigências a:*

a) quanto à capacitação técnico-profissional –

.....

b) vetado.

O veto recaiu sobre a exigência de apresentação de prova de capacitação *técnico-operacional*, constituída por *atestados fornecidos em nome da empresa*, limitados os quantitativos das obras e serviços executados a 50% (cinquenta por cento) do objeto da licitação.

Quando da aprovação da Lei n.º 8.883/94, o Congresso aprovou novamente os itens *a* e *b*, agora como incisos I e II, tendo este segundo sido novamente vetado.

A nossa posição a respeito dessas exigências, desde o início, foi no sentido de que, se as comprovações de aptidão por desempenho técnico anterior eram: I – a capacidade técnico-profissional (o acervo técnico do profissional) e II – a capacidade técnico-operacional (os atestados em nome da empresa) e tendo esta última sido vetada, só se poderia exigir, nos editais de obras e serviços de engenharia, a *capacitação técnico-profissional*, ficando vedada a exigência de atestados em nome da empresa.

Entretanto, analisando os argumentos de outros estudiosos, em especial os que nos foram apresentados pelo Prof. Carlos Ari Sundfeld, curvamo-nos ao acerto da tese oposta, ou seja, aquela pela qual é possível, mesmo após o veto, exigir-se nos editais de obras e serviços de engenharia atestados de desempenho anterior, em nome da empresa.

E o argumento jurídico para tal entendimento nos parece irrepreensível.

Entende-se que a exigência de comprovação de aptidão por desempenho anterior está prevista, antes de mais nada, no inc. II do art. 30 e melhor especificado, para o caso de obras e serviços de engenharia, no § 1.º do art. 30.

Tendo o Sr. Presidente vetado o inc. II do § 1.º do art. 30 da Lei n.º 8.666/93, o que acabou sendo extirpado do texto legal não foi a possibilidade de se exigir atestados de desempenho anterior em nome da empresa, que estes já são exigidos naquelas disposições citadas foi simplesmente eliminada a limitação (a 50% do objeto da licitação, em termos de quantitativos), pois a parte final do § 1.º do art. 30 referia-se aos incisos I e II como sendo limitações (“... limitadas as exigências a:”).

Assim, o veto recaiu sobre a limitação da exigência, não sobre a exigência em si que continua a existir no inciso II do art. 30 e no § 1.º do mesmo artigo.

16) *Art. 31, inc. I – Balanços.*

A norma previu que deverá ser apresentado o balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, *vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios...*

Diante dessa regra, vínhamos entendendo que ela era simplesmente inconstitucional, posto que não admite que empresas com menos de um ano de existência possam participar das licitações, violando o princípio da igualdade.

Entretanto, Marcos Juruena Villela Souto e Flavio Amaral Garcia, recentemente, publicaram artigo intitulado “Qualificação econômico-financeira das empresas recém-constituídas” no *Repertório IOB – Jurisprudência* – n.º 20/94, p. 407, concluindo que “aquela vedação da Lei somente se aplica às empresas já constituídas há mais de um ano e que, portanto, estariam compelidas a apresentar a documentação relativa à qualificação econômico-financeira, não significando que as empresas recém-constituídas estariam dispensadas da apresentação de qualquer tipo de documentação relativa à qualificação econômico-financeira. É preciso que elas também comprovem a sua idoneidade financeira, cabendo, nesta hipótese, a substituição por balancetes ou balanços provisórios. Aí a vedação do art. 31, inc. I, da Lei n.º 8.666/93 não incide (posto que seu balanço de exercício ainda não é exigível)”.

Essa interpretação do texto nos parece bastante razoável, a salvá-lo da eiva de inconstitucionalidade.

17) *Art. 38, VII, em face do art. 43, VI – Competência para adjudicar e homologar.*

Há quem pretenda que a Lei n.º 8.666/93 tenha alterado o iter final do procedimento licitatório, entendendo que a Comissão de Licitação apenas classifica as propostas, sendo que a autoridade superior, após homologar a licitação, é quem adjudicaria o objeto correspondente. Esse entendimento tem base na interpretação isolada do inciso VI do art. 43, que reza:

“deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.”

Ocorre que o inc. VII do art. 38 dispõe:

“VII – atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação.”

Como se verifica, esta última regra contém dois comandos claros: a) determina que o ato

de adjudicação é de competência de um órgão inferior à autoridade homologante; b) determina que a adjudicação seja anterior à homologação e que esta recaia também sobre aquela e não só sobre o procedimento licitatório até a classificação.

Portanto, ante essa aparente antinomia entre as duas disposições, ao intérprete resta a missão de tentar harmonizá-las.

E, para isso, se dermos prevalência ao inc. VI do art. 43, restará violado o comando do inc. VII do art. 38, pois a adjudicação será posterior à homologação e a própria autoridade superior estará adjudicando o objeto da licitação, em fronteiras descompassos com o inc. VII do art. 38.

Ao contrário, se dermos prevalência a esta última norma, será possível, harmoniosamente, eliminar o conflito, pois o texto do inc. VI do art. 43 permite uma interpretação razoável para tal, ou seja, no sentido de que essa norma apenas indica que a autoridade superior, recebendo o processo, deliberará se homologa ou não o procedimento, inclusive a adjudicação (“deliberação quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”).

Com essa interpretação eliminaremos o aparente conflito entre as duas normas.

18) *Art. 40, inc. X* – Critério de aceitabilidade dos preços unitário e global.

Com a redação original, nos casos de obras e serviços, onde há, obrigatoriamente, o “orçamento detalhado em planilhas”, era fácil fixar, legalmente, os limites máximos e mínimos (critérios de aceitabilidade) dos preços. Havia dúvidas se se poderia fixar o limite mínimo, pois o tipo de licitação seria de menor preço. Entendíamos perfeitamente possível tal fixação, pois o § 3.º do art. 44 da Lei dizia expressamente. ... *ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos ...*, com o que a Lei admitia o preço mínimo.

Ocorre que a Lei n.º 8.883/94 veio dar redação diferente ao referido inciso X do art. 40 da Lei n.º 8.666/93, nestes termos:

“critério de aceitabilidade dos preços unitários e global, conforme o caso, vedada a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência” (grifei).

No artigo 48, II, previu a possibilidade de se

fixar nos instrumentos convocatórios valor global máximo como limite.

Portanto, embora aquela regra do § 3.º do art. 44 permaneça no texto atual, ela está revogada porque é incompatível com a nova redação do inc. X do art. 40, dada pela Lei n.º 8.883/94 (§ 1.º do art. 2.º da LICC), não se podendo fixar limites mínimos para os preços. Entretanto, existe um limite mínimo genérico na Lei: preço simbólico, de valor zero ou irrisório, incompatível com o preço de mercado, acrescido dos respectivos encargos (§ 3.º do art. 44).

Além disso, o preço máximo global pode ser fixado em valores de reais e não em percentual sobre o orçamento detalhado em planilhas.

19) *Art. 45 – § 4.º* – Contratação de bens e serviços de informática.

A referência ao art. 3.º da Lei n.º 8.248, de 23 de outubro de 1991, e a obrigatoriedade do tipo de licitação de técnica e preço foram regras que levaram à ilegalidade das disposições do Decreto n.º 1.070, de 2 de março de 1994, exatamente no ponto em que criou forma diferente de julgamento para o tipo de licitação de técnica e preço daquele previsto na Lei n.º 8.666/93 (e um decreto não poderia fazê-lo), e, ainda, no ponto em que, após o julgamento, dá preferência, ainda sem empate, a empresas em determinadas condições (por exemplo, empresas brasileiras de capital nacional).

20) *Art. 49* – Caráter motivado da revogação.

Muitos ainda teimam em ver na revogação do procedimento licitatório, como ocorria antes do Decreto-Lei n.º 2.300/86, um ato puramente discricionário, dependente, para a sua efetivação, apenas dos critérios de oportunidade e conveniência.

Ocorre que já o Decreto-Lei n.º 2.300/86 exigia que a revogação se fundasse no interesse público.

Portanto, a revogação, ainda que discricionária, deveria ser ato motivado no interesse público demonstrado.

Com o advento da Lei n.º 8.666/93, a revogação de uma licitação não pode mais se basear em critérios de conveniência e oportunidade, e, sendo assim, trata-se de um ato obrigatoriamente motivado e comprovado o interesse público.

Segundo o art. 49, vinculada à ocorrência de um interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificá-la, a revogação

aí, na realidade, é quase que um ato vinculado.

Essa disposição, ainda, deixa claro que a revogação da licitação é exceção (a expressão "somente poderá revogar" é indicativa dessa condição), sendo a regra, a contratação. Quem vence uma licitação, em princípio, salvo essa exceção, tem direito subjetivo ao contrato. Além disso, deixa expresso que o fundamento básico é, ainda, o interesse público, este, entendido como interesse público primário (da coletividade) ou secundário (do órgão ou entidade públicos).

21) *Art. 51 – Competência da Comissão. Membros "qualificados". Condição jurídica dos membros.*

O art. 51 traça a competência da Comissão de Licitação, deixando claro que lhe compete *julgar as propostas* e não apenas classificá-las.

Julgar exige resultado, o vencedor. Daí a adjudicação ter que ser ato de competência da Comissão, pois adjudicar é declarar o vencedor da licitação, resultado final do julgamento, sem o que não há falar nem neste nem naquele.

A adjudicação é ato inerente ao julgamento, pois este exige o resultado final, que é a indicação do vencedor, e esta indicação já é a adjudicação.

A norma fala, ainda, que 2 (dois) dos membros da Comissão deverão ser *servidores qualificados* pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração. A expressão *qualificados* é de difícil compreensão. A nós tem parecido que o legislador pretendeu que duas vagas de membros não fossem preenchidas, sendo que isso ocorreria em e para cada licitação, dependendo do objeto da licitação.

Assim, se se tratar de licitação de obra ou serviço de engenharia, as duas vagas seriam preenchidas somente para essa licitação, por dois engenheiros. Em outros casos ocorreria o mesmo.

Por outro lado, como o § 3.º do art. 51 dispõe que os membros das Comissões de Licitações responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, entende-se que todos os membros das Comissões devem ser funcionários do órgão ou entidade, posto que, a não ser assim, não há possibilidade de punição com o caráter solidário.

22) *Art. 51, § 4.º – Recondução dos membros da Comissão.*

O § 4.º do art. 41 do Decreto-Lei n.º 2.300/86 dispôs, pela vez primeira, que:

"A investidura dos membros das Comissões Permanentes não excederá de um ano, vedada a recondução, para a mesma Comissão, no período subsequente" (grifei).

Qual teria sido a *mens legis* dessa regra?

Evidentemente, salta aos olhos que a disposição exigindo, a cada ano, a renovação completa da Comissão, pretendeu evitar a formação de feudos que dominassem *ad aeternum* as comissões de licitações.

Essa, sem dúvida, a finalidade da norma.

O § 4.º do art. 51 da Lei n.º 8.666/93 trouxe a mesma regra, mas com alteração de redação, talvez com outra intenção do legislador:

"A investidura dos membros das Comissões Permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente" (grifei).

Essa regra pode levar à seguinte interpretação: se a totalidade é que está proibida de ser reconduzida, a maioria pode ser. Ou seja, se tenho uma Comissão de 7 (sete) membros, posso reconduzir 6 (seis) ou 5 (cinco).

Essa interpretação não pode ser aceita, a nosso ver, porque:

a) repousa numa visão privatista do princípio da legalidade, ou seja, o que não está proibido, está admitido, não passível de acatamento em Direito Público;

b) viola o princípio da finalidade administrativa, corolário essencial do princípio da legalidade, no dizer de Caio Tácito, posto que, se posso reconduzir, de sete, seis, está formado o feudo, o que a Lei procura evitar. Haveria, aí, portanto, flagrante desvio de finalidade.

Portanto, a interpretação mais consentânea com o Direito Público é aquela que vê, na norma referida, a vedação de recondução de qualquer membro da Comissão, interpretando-se a expressão "totalidade de seus membros" no sentido de todos e cada um.

23) *Art. 57, incisos I, II e IV – Duração dos contratos.*

Algumas dúvidas surgiram com as novas redações dadas, pela nova legislação, aos incisos I, II e IV do art. 57. A regra continuou a mesma do art. 47 do Decreto-Lei n.º 2.300/86: a duração dos contratos é adstrita aos respectivos créditos.

Quanto ao inciso I, que trata de projetos

cujos produtos estejam contemplados nas metas fixadas no Plano Plurianual, a principal dúvida já não mais existe, ou seja, se os 5 (cinco) anos de que falava o inciso I do art. 47 se referia ao prazo máximo de duração do contrato ou da prorrogação. Nós entendíamos que era da prorrogação. O TCU, por mais de uma vez, entendeu que era do contrato.

Agora a regra inexistente, razão por que o prazo é livre, para ser fixado pelo edital, de acordo com o vulto da obra. A prorrogação é discricionária (a única que restou, com tal característica), mas a sua admissão e o seu prazo devem vir fixados também no edital.

Quanto ao inciso II, serviços contínuos, havia quem continuasse entendendo, na redação original da Lei n.º 8.666/93, que o primeiro período devesse ser de, no máximo, um ano (adstrito ao respectivo crédito) e a prorrogação seria de mesmo prazo. Discordávamos desse entendimento, pois a Lei n.º 8.666/93 não repetia as expressões do inc. II do art. 47 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, ou seja: "estender pelo exercício seguinte ao da vigência do respectivo crédito". Entendíamos que o primeiro período era livre, podendo ser de dois, três anos ou mais, porque a norma falava em prorrogação por igual período, e só. Tínhamos receio de abusos e, exatamente por isso, o legislador, preocupado com esse aspecto, limitou tais contratações a 5 (cinco) anos (modificação da Lei n.º 8.883/94).

Outra modificação é que o inc. II, com a redação atual, não mais admite prorrogação contratual discricionária. Ele impõe a fixação do prazo total do contrato e uma vez ele fixado não prevê qualquer prorrogação; esse prazo pode ir a 5 (cinco) anos, como dito, no máximo.

Qualquer prorrogação somente será possível se ocorrer uma das 6 (seis) hipóteses previstas, de prorrogação, no § 1.º do art. 57.

Quanto ao inc. IV, a dúvida ficou por conta da expressão "ao aluguel de equipamentos...". Tratar-se-á de qualquer equipamento ou somente o de informática?

De início entendíamos que ali se enquadraria qualquer equipamento. Entretanto, posteriormente, soubemos que essa norma adveio de solicitação do setor de informática, para que os prazos de locação ou utilização de programas de informática, pelos trabalhos que dão a implantação dos equipamentos no local onde funcionarão e também os prazos de retirada que são razoáveis, fossem longos, fixando-os em 48 (quarenta e oito) meses.

Entendemos, portanto, que a locação de equipamentos se refere aos de informática somente.

A locação de outros bens móveis pode ser enquadrada no inciso II, já que o inc. II do art. 6.º da Lei n.º 8.666/93 enquadra a locação de bens como sendo serviço e, evidentemente, há de ser serviço contínuo.

24) Art. 61, §§ 2.º e 3.º – vetados na Lei n.º 8.666/93 (não indicados após a Lei n.º 8.883/94) – Proibição de efeitos financeiros retroativos.

O art. 61, na redação original da Lei n.º 8.666/93, repetia o § 2.º do art. 51 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, proibindo atribuição de efeitos financeiros retroativos aos contratos regidos pelo Decreto-Lei e às suas alterações. O § 3.º repetia o § 3.º do art. 51 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, ou seja, abria uma exceção àquela proibição.

Ambos os dispositivos foram vetados e não foram recriados pela Lei n.º 8.883/94.

Tendo havido o veto e inexistindo a proibição na legislação, indaga-se se é possível dar-se efeitos retroativos aos contratos. Evidente que não, pois trata-se, no caso, mais uma vez, da aplicação do princípio da legalidade pública, ou seja, o que não está autorizado está vedado.

25) Art. 61, parágrafo único – Publicação resumida do contrato. E quanto aos "outros documentos hábeis?"

O Parágrafo único determina a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial.

O art. 62 dispõe que o instrumento é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigências cujos preços estejam compreendidos nos limites dessas duas modalidades de licitação, facultando nos demais casos a substituição do instrumento contratual por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

A dúvida é se tais outros documentos hábeis também devem ser publicados, resumidamente ou não.

Temos entendido, desde o Decreto-Lei n.º 2.300/86, ser necessário, sob pena de ineficácia jurídica de tais documentos, as suas publicações na imprensa oficial.

É que tanto o art. 37, caput, da CF quanto o art. 3.º da Lei n.º 8.666/93 exigem que seja obser-

vado, dentre outros, o princípio da publicidade. Por outro lado, se esses outros documentos hábeis substituem o termo de contrato (art. 62) e se este deve ser publicado, aqueles devem ser publicados, pois estão no lugar, fazendo de as vezes, daquele.

26) Art. 72, em face do art. 78, inc. VI.

O art. 72 da Lei n.º 8.666/93 reza:

“O contratado, na execução do contrato, sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração” (grifei).

Essa norma, como se verifica, prescreve dois comandos importantes: a) não admite a sub-rogação das responsabilidades, das obrigações, do contratado para o subcontratado; b) não admite a subcontratação total do objeto do contrato.

Nessas condições, como ficaria a interpretação do disposto no inc. VI do art. 78, que diz ser motivo de rescisão contratual:

“a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato” (grifei).

Se lida isoladamente do contexto, tal regra, poderíamos entender que, se o edital e o contrato admitissem, seria possível a subcontratação, a cessão ou a transferência totais do contrato, o que seria um absurdo, primeiro porque o contrato administrativo é sempre *intuitu personae*, máxime quando decorrente de licitação, e segundo porque, então, uma empresa que sequer tenha participado da licitação, executaria o total do contrato.

Como vimos, por outro lado, o art. 72 impede aquele entendimento, pois ele somente admite a subcontratação se parcial.

Destarte, a única interpretação possível para o inc. VI do art. 78 é no sentido de que será motivo de rescisão do contrato o fato de o contratado ceder, subcontratar ou transferir o contrato totalmente a terceiro, sem dar conhecimento do fato à Administração. O edital jamais poderá prever a cessão, a subcontratação ou a transferência, totais, do contrato.

Já a cessão, a transferência ou a subcontratação parciais, estas, sim, poderão ser efetua-

das, desde que admitidas e nos limites autorizados pela Administração (art. 72), nas condições previstas no edital e no contrato (parte final do inc. VI do art. 78).

27) Art. 82 da Lei n.º 8.666/93.

Essa disposição contém uma redação que poderia levar os menos avisados a um entendimento enganoso do seu conteúdo.

Reza ele:

“Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta Lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta Lei e nos regulamentos próprios, *sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar*” (grifei).

A Lei n.º 8.666/93, em termos de sanções administrativas, somente as prevê para a empresa concorrente (art. 87), não as contemplando para o agente administrativo.

Assim, poder-se-ia pensar nas sanções penais.

Entretanto, isso não ocorre, eis que, para que só o fato do descumprimento de alguma das disposições da Lei, se constituísse em crime, tal estatuição teria que ter sido feita na Seção III – Dos crimes e das penas, em termos de tipificação penal, que os especialistas denominam de norma penal em branco.

Como isso não ocorre, com certeza o art. 82, com a redação que contempla, ficou inócuo em termos de comando legal. A corroborar a nossa interpretação, veja-se a parte final da referida disposição, que diz: ... *sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar*.

Portanto, somente quando o descumprimento de alguma disposição da Lei n.º 8.666/93 for considerado pelos arts. 89 ou seguintes, como sendo crime, é que haverá a pena. Fora daí, não.

28) Art. 87 – Competência para a aplicação das sanções de suspensão temporária para licitar e contratar com a Administração e de inidoneidade.

Tem surgido opiniões errôneas quanto à abrangência ou âmbito de validade dessas sanções.

A Lei n.º 8.666/93 não fixa a competência para a aplicação da primeira sanção (a mais leve), fazendo-o apenas quanto à segunda, no § 3.º

do art. 87 ("A sanção estabelecida no inc. IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso ...").

Os incisos III e IV do art. 87 definem as duas sanções administrativas:

"III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade ...".

No primeiro caso, já que a Lei silencia quanto à autoridade que aplica a pena, subentende-se que esta seja a autoridade superior do órgão e/ou entidade que homologa as licitações. Portanto, a abrangência da penalidade se esgota no âmbito do órgão.

Quanto à sanção de declaração de inidoneidade, embora o inc. IV do art. 87 fale em "declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública...", evidentemente, essa expressão genérica não pode levar à conclusão de que a sanção estenderia seus efeitos a toda a Administração, posto que, à evidência, sanção supõe competência para a sua aplicação e, nesse sentido, o âmbito de sua validade está limitado pela competência (atribuições) do agente. É impossível que uma sanção aplicada a uma empresa por prefeito do interior da Bahia, por exemplo, tenha validade perante qualquer outro Município ou Estado, ou perante órgãos federais.

A doutrina é quase unânime nesse sentido. Dissemos nós a respeito:

"Já aquela prevista no inc. IV valerá para o âmbito geral, abrangendo a entidade política que a aplicou ..." (*O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos*, Ed. Rev. Tribs. – 2.ª ed., p. 84).

No mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles:

"... a declaração de inidoneidade não é, a rigor, uma penalidade contratual, mas, sim, uma sanção administrativa genérica, imposta por determinada entidade estatal, com a finalidade de impedir o acesso de pessoa física ou jurídica, com-

provadamente inidônea, às suas licitações ou contratações, ..." (*Licitação e Contrato Administrativo*, RT – 10.ª ed., pp. 250/251).

E mais:

"A inidoneidade só opera seus efeitos em relação à Administração que a declara, pois sendo uma restrição a direito, não se estende a outras Administrações".

Com a mesma orientação, vejam-se Wolgran Junqueira Ferreira (*Licitações e Contratos na Administração Pública*, Edipro, 1994, p. 285), Raul Armando Mendes (*Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, Saraiva, 2.ª ed., p. 221), Carlos Ari Sundfeld (*Licitação e Contrato Administrativo*, Malheiros, p. 117) e Marcos Juruena Villela Souto (*Licitações & Contratos Administrativos*, Esplanada, p. 170).

E é assim porque, como lecionou Hely Lopes Meirelles,

"a competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade de Administração" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 19.ª ed., Rev. Tribs., 1994, p. 134).

Finalmente, a propósito do ato sancionatório que pretenda extrapolar o âmbito da competência do agente sancionador, o antigo TFR, pela palavra do Relator de acórdão específico sobre o tema (in RDA 144/42), Min. Romildo B. de Souza, deixou registrado:

"Ao invés de sugerir ao Sr. Presidente da República que baixasse ato específico declarando a inidoneidade das empresas para licitar na Administração Pública Federal, sua Excia., o Sr. Ministro da Saúde atribuiu a si a prerrogativa que é exclusiva do Chefe da Nação e baixou ato relativo a toda a Administração Pública Federal, quando deveria ater-se o mesmo aos órgãos do seu Ministério."

"Todos os tratadistas que discorreram sobre a declaração de inidoneidade para licitar prevista no Decreto-Lei n.º 200/67, são unânimes em afirmar que no alcance do ato limita-se aos órgãos subor-

dinados à autoridade que o baixou.”

“Na verdade, tal como se acha formalizado, o ato ministerial impugnado solicita acatamento de toda a administração pública federal, e, neste sentido, é exorbitante. Deveria restringir-se ao âmbito do Ministério da Saúde.

Ao ampliar a extensão do ato sancionatório, a ilustre autoridade coatora ultrapassa os limites postos pelo art. 20 do Decreto-Lei n.º 200/67, com as alterações do Decreto-Lei n.º 900/69.”

Destarte, nenhuma razão assiste aos que pensam estender os efeitos da declaração de inidoneidade para além do âmbito de competência do agente sancionador.

29) *Art. 109, I e § 5.º* – Contagem inicial dos prazos recursais.

Aqui, apontamos apenas distorções da Lei, quando o legislador impôs nova data inicial de contagem dos prazos dos recursos e se esqueceu de alterar disposição que indicava outra data.

Com efeito, desde o Decreto-Lei n.º 2.300/86, existia regra que contemplava o “direito a recurso, no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata ...” (art. 75, I).

A Lei n.º 8.666/93, no inc. I do art. 109, reproduzira, nesse aspecto, aquela disposição:

I – *recurso*, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata ...” (grifei).

Ocorre que esta Lei contemplou um novo dispositivo, o § 5.º, dizendo que

“nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se inicia ou corre sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado” (grifei).

Portanto, a contagem do prazo de recurso não é feita da intimação do ato ou da lavratura da ata, como diz o inc. I do art. 109.

Podemos (e devemos) dar prevalência ao disposto no § 5.º do art. 109, afastando o inc. I do mesmo artigo, em homenagem ao direito à ampla defesa (inc. LV do art. 5.º da CF), já que o conteúdo do referido § 5.º, pela sua simples leitura, deixa demonstrada a intenção do legislador em prestigiar a ampla defesa.

Essas as considerações que tínhamos a fazer, a propósito dos pontos polêmicos, das distorções, lacunas e conflitos existentes na nova legislação sobre licitações e contratações públicas.