

Licitação: Pontos em Debate

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado Assistente da Procuradoria Administrativa, Advogado, Professor de Direito Administrativo da Universidade Estácio de Sá, Presidente da Comissão de Licitações da PGE

S U M Á R I O

1. Noções gerais — Sede Constitucional. Princípios. Norma infraconstitucional. Norma geral. Empresas estatais. Convênio. Moralidade administrativa. Tratamento preferencial. Publicidade. 2. Atos preparatórios — Requisição. Pesquisa de Mercado. Sistema de administração de material. Formalidades de dispensa de licitação. Tribunal de Contas. Previsão orçamentária. Assessoria Jurídica. Edital. Modalidades de licitação. 3. Exceções à regra geral da licitação — Hipótese de não-realização da licitação. Licitação Dispensada. Licitação dispensável. Licitação inexigível. Licitação vedada. 4. Fase externa da licitação — Publicação do Edital. Habilitação. Microempresas. Documentação. Registro Cadastral. Débitos. Previdência Social e FGTS. Exame de propostas. Sigilo das propostas. Julgamento. Vinculação ao Edital. Comissão de Licitação. Adjudicação. Homologação. 5. Permissão de serviço público — O artigo 175 da Constituição Federal. 6. Licitações internacionais — Noção. Peculiaridades. 7. Conclusão — A necessidade de se cumprir a lei existente.

1. Noções gerais

1.1. *Sede Constitucional* — Licitação é o procedimento administrativo através do qual a Administração seleciona, por meio de habilitação de proponentes e julgamento de propostas, candidatos que com ela estão aptos a celebrar contratos. A determinação para a realização desse procedimento tem sede constitucional no art. 37, XXI do Texto Federal, onde se exige prévia licitação pública para a contratação de obras, serviços, compras e alienações, devendo ser assegurada igualdade de condições entre os participantes. Igualmente, a qualificação técnica e a capacidade econômica para o cumprimento das obrigações previstas no contrato são condições exigidas pela própria Lei Maior para a participação no certame (sem

detrimento da capacidade jurídica e regularidade fiscal, das quais aquelas são conseqüentes).

No mais, o constituinte reservou ao legislador ordinário a disciplina das exceções à regra da licitação, bem como as condições da contratação.

1.2. PRINCÍPIOS — Vale lembrar que os princípios que regem a Administração Pública (art. 37, *caput*, CF) devem estar invariavelmente presentes no processo licitatório e na legislação que a regular. São eles a legalidade, moralidade, publicidade e impessoalidade.

1.3. NORMA INFRACONSTITUCIONAL — A licitação deve atender ao princípio da legalidade, traçando-se na lei o procedimento a ser adotado, as hipóteses de sua obrigatoriedade e dispensa, os direitos dos licitantes, as modalidades de licitação e os princípios para contratação.

1.3.1. Tal lei, atualmente, é, o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21-11-86, que veio a substituir os arts. 125 a 144 do Decreto-Lei n.º 200, de 25 de fevereiro de 1967, que tratava da matéria. A nível estadual — CF, art. 24, I, c/c §§ 1.º e 2.º — disciplinam as licitações a Lei n.º 287, de 4-12-79, e seu regulamento, o Decreto n.º 3.149, de 28-4-80.

1.3.2. Antes do advento da Constituição Federal de 5-10-88 muito se discutia sobre a obrigatoriedade da observância de tais diplomas federais por Estados e Municípios, havendo quem sustentasse que as licitações e contratos administrativos eram matéria de Direito Administrativo e, portanto, na esfera de autonomia de organização e gestão de cada ente federativo. Outras, com acolhida do Eg. Supremo Tribunal Federal (Rep. n.º 1.057, Rel. Min. RAFAEL MAYER), que a matéria era caracterizada como Norma Geral de Direito Financeiro, envolvendo gestão patrimonial e, portanto, imperativa àquelas entidades por força do art. 8.º, XVII, *c*, da Carta de 1967. Ademais, o tema tradicionalmente era tratado no Regulamento Geral de Contabilidade Pública de 1922.

Com a nova ordem constitucional, tornou-se meramente acadêmica a discussão, porquanto o art. 22, XVII, CF atribuiu competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a Administração Pública, Direta e Indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo e empresas sob seu controle.

1.3.3. Vê-se, assim, que se esgotou também a discussão sobre a obrigatoriedade do procedimento licitatório para as entidades da Administração Indireta e Fundacional. O próprio art. 85 do DL n.º 2.300/86 frisou a necessidade de seu cumprimento por tais entidades até que editados os respectivos regulamentos próprios, sempre com observância das *normas gerais* nele traçadas. A Exposição de Motivos também menciona tal intenção.

1.3.3.1. NORMA GERAL — Daí já surgem duas novas questões. A primeira delas pouco esclarecida pelos doutrinadores no que concerne à definição dessas *normas gerais*. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO assim as posiciona:

“A ordem jurídica positiva compreende, de modo amplo, atos que expressam a vontade cogente do Estado em vários níveis de abstração e de generalidade. Num extremo de concreção e de particularização estão os atos jurídicos (ato legislativo, ato administrativo e ato judiciário) e, no outro extremo de abstração e de generalização, estão os princípios. Entre ambos, situam-se as normas, em sentido lato, menos abstratas e gerais que os princípios, porém sem as características de concreção e particularização dos atos jurídicos.” (*In Curso de Direito Administrativo*, 7.^a ed., p. 66, Forense, Rio de Janeiro, 1989).

São características da norma geral ser ela de caráter nacional, traçar uma diretriz e ser informativa, dando o conteúdo indispensável do ato que vai concretizá-la.

Aliás, a expressão “normas gerais” deveria constar do art. 1.^o do Estatuto, como é o espírito do art. 22, XVII, CF, o qual também deveria mencionar a expressão “Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional”, dando outras providências na esfera específica da Administração Federal. A despeito de mais técnicas, evitaria algumas polêmicas ainda não sanadas (como a da sua obrigatoriedade às empresas estatais — arts. 85 e 86 e aos convênios estaduais e municipais — art. 82).

Procurando identificar tais normas no próprio texto do Decreto-Lei n.º 2.300/86, TOSHIO MUKAI — in “Licitações: Normas Gerais e a Constituição de 1988”, *Boletim ADCOAS Legislativo*, v. 24, n.º 15, maio 90, p. 464 — em classificação não pacificamente aceita, elenca os seguintes dispositivos:

- “1 — art. 2.^o — obrigatoriedade da licitação;
- 2 — art. 3.^o, §§ 1.^o a 3.^o — resguardam o cumprimento dos princípios da licitação;
- 3 — art. 6.^o, §§ 1.^o e 2.^o, art. 7.^o — Normas uniformizadoras;
- 4 — art. 8.^o, e §§ — visa a concretizar o princípio da igualdade;
- 5 — art. 12 — norma essencial (diz respeito à inexistência da licitação);
- 6 — art. 13 — norma uniformizadora;
- 7 — art. 18, § 2.^o — salvaguarda do princípio da igualdade;
- 8 — art. 20, *caput* — modalidades da licitação (norma geral essencial);

- 9 — *art. 21* — limites máximos das diversas modalidades;
- 10 — *arts. 22 a 24* — dispensa a inexigência de licitação (normas essenciais);
- 11 — § 12 do *art. 25* — visa a resguardar o princípio da igualdade;
- 12 — *art. 31* — indicação dos recursos próprios na abertura da licitação (norma uniformizadora);
- 13 — § 2.º do *art. 32* — publicidade (norma essencial);
- 14 — § 5.º do *art. 32* — prazo da publicidade (norma essencial);
- 15 — § 6.º do *art. 32* — capital mínimo — visa a resguardar o princípio da igualdade (norma essencial);
- 16 — *art. 33* — visa a resguardar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (norma essencial);
- 17 — § 1.º do *art. 33* — visa a resguardar o princípio da moralidade administrativa (norma essencial);
- 18 — *art. 34* — concorrências internacionais (norma uniformizadora);
- 19 — § 5.º do *art. 35* — preclusão e segurança das relações jurídicas (norma uniformizadora);
- 20 — *arts. 36, §§ 1.º a 3.º, e 37, caput* — visam a resguardar o princípio do julgamento objetivo (norma essencial);
- 21 — *art. 38* — visa a resguardar os princípios da vinculação ao edital e o da probidade administrativa (norma essencial)."

Trata-se de uma exemplificação didática, pois, como dito, não aceita sem reservas.¹

1.3.3.2. EMPRESAS ESTATAIS — A outra polêmica diz respeito à exigência de licitação para as empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem *atividade econômica*, as quais, por força do art. 173, § 1.º, CF, "sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas *privadas*", das quais não se exige tal procedimento.

1.3.3.2.1. Aliás, o próprio conceito de empresa estatal exploradora de atividade econômica já é polêmico.

O Procurador do Estado do Rio de Janeiro e eminente administrativista DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em "Visto" ao

1 Sobre "normas gerais" devem ser consultados os Ofícios nºs 1/88 — DFMN, exarado pelo Procurador DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO no Processo nº E-14/35886/87, e 21/87, da lavra do Procurador EUGENIO NORONHA LOPES, no Processo nº E-12/7352/87.

Parecer n.º 22/91 — MTWM, proferido no Processo n.º PRES — 225/91 METRÔ, sustenta que:

“Com efeito, é preciso ter igualmente em linha de conta a distinção clássica e incontestada entre *serviço público* e *serviço de utilidade pública*: o primeiro, *pró-comunidade* e o segundo, *pró-cidadão*, na tersa lição de HELY LOPES MEIRELLES, conformando esta, a “atividade econômica que só poderá ser explorada pelo Poder Público” caracterizada pela “produção de renda para quem os presta” (DAB, RT, SP, 14.^a ed., 1989, pp. 290 e 291).

Se assim não fosse, as concessionárias privadas de serviço público perderiam também a sua condição empresarial.

E mais ainda. Nenhuma sociedade de economia mista poderia dedicar-se à exploração de atividade tida como serviço público, considerando que o Decreto-Lei n.º 200/67, com a redação que lhe foi dada pelo Decreto-Lei n.º 900/69, define-a como a entidade cujo objeto se encontra ligado à exploração de atividade econômica.

Observa-se, ademais, que a própria forma jurídica da sociedade anônima seria, no caso, de impossível adoção, uma vez que a Lei n.º 6.404/76 (art. 2.º) restringe o objeto da companhia a “qualquer empresa de fim lucrativo”.

Deve-se, pois, assentar que a sociedade anônima, de economia mista ou não, e qualquer que seja o seu objeto, desenvolve sempre e necessariamente uma atividade econômica.

Conseqüentemente, o sadio princípio constitucional inaugurado no art. 173, § 1.º, da Constituição Federal, aplica-se a todas as sociedades de economia mista, as quais, por isso mesmo, se regem pela legislação privada.

Acrescente-se que esse avanço da Constituição de 1988 é uma conquista da racionalidade pública, de vez que trata de afirmar a absoluta necessidade de que esses serviços *sejam prestados com eficiência econômica*, não pesando sobre os cofres do ESTADO, como seria, então, aceitável, no já ultrapassado *Welfare State* Keynesiano, e, hoje, um claro indicativo de desgo-
verno.

Assim sendo, não vejo como aplicar à hipótese regras e preceitos inerentes à administração financeira do ESTADO, tais como os que tratam de previsão orçamentária, empenho e tramitação burocrática, os quais, inclusive, são incompatíveis com a dinâmica empresarial, e, muito menos, reconhecer, a uma entidade de

direito privado, o *privilège du préalable*, apanágio intransferível do ESTADO (*vide conclusão 13*).”

Já CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em parecer publicado na RDP n.º 97, pp. 30/36, faz a devida distinção entre empresa exploradora de atividade econômica — destinada a intervir no domínio econômico, atuando em esfera constitucionalmente reservada a empresa *privada* por força do princípio da livre iniciativa (CF art. 170) — e empresa prestadora de serviço público — mera descentralização administrativa, por questão de conveniência na delegação e personalização (por lei) de um serviço que cabe ao Poder *Público*.

Diz o renomado mestre, *verbis*:

“Com efeito, é preciso distinguir as sociedades de economia mista e empresas públicas em duas distintas espécies, a saber: prestadoras de serviços públicos e exploradoras de atividade econômica, pois o regime de uma e outra não é idêntico. Ambas, pelas razões já expostas, inobstante sejam constituídas sob forma de direito privado, sofrem o impacto de regras de direito público. As primeiras, entretanto, são alcançadas por estes preceitos com uma carga mais intensa do que ocorre com as segundas, o que é perfeitamente compreensível.

Deveras, as prestadoras de serviço público desenvolvem atividade em tudo e por tudo equivalente aos misteres típicos do Estado e dos quais este é o senhor exclusivo. Operam, portanto, numa seara estatal por excelência, afeiçoadas aos seus cometimentos tradicionais e que demandara, bastas vezes, o recurso a meios publicísticos de atuação...

Já as exploradoras de atividade econômica protagonizam seu empenho em um campo que é, por definição, o terreno próprio dos particulares, das empresas privadas, e ao qual o Estado só por exceção pode acorrer na qualidade de personagem empreendedor, ainda assim, este papel lhe é facultado apenas quando houver sido aceitado por motivos de alta relevância.”

Ainda à respeito da matéria, manifestou-se o eminente jurista ADILSON ABREU DALLARI, em parecer publicado na RDP n.º 94, fls. 94 a 108, *in verbis*:

“Em resumo, as entidades privadas criadas pelo Estado para o desempenho de serviços públicos, as pessoas jurídicas de direito privado criadas pelo próprio Poder Público para desenvolver atividade tipicamente pública, podem e devem ter um regime muito mais assemelhado ao das entidades públicas; podem ter, sim, indubitavelmente um tratamento privilegiado, inclusive quanto aos aspectos tributários, porque não concorrem com as

empresas privadas, não concorrem com os particulares em sentido estrito.

A doutrina e a jurisprudência já haviam entendido estas distinções quando do advento da Constituição Federal de 1988. Pode-se dizer que o constituinte de 1988 percebeu claramente a existência de dois tipos de empresas estatais, as que desenvolvem atividades econômicas e as que prestam serviços públicos, motivo pelo qual em uma série de dispositivos cuida de situações que são comuns a qualquer uma dessas espécies de empresa estatal, mas, cientes da distinção, quando quis se referir à empresa estatal exercente de atividade econômica em sentido estrito deixou expressamente consignada essa referência.”

No mesmo parecer, destaca-se a posição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, às fls. 104/105, abaixo transcrito:

“Tenha-se presente essas distinções para a compreensão da natureza e limites das empresas estatais; pois sob o ponto de vista de sua função diferenciam-se em dois tipos: as prestadoras ou exploradoras de serviços públicos (como a CESP, a CEMIG, a Companhia do Metrô, a Telebrás, a Rede Ferroviária Federal, a VASP, etc.), e as exploradoras de atividade econômica (como a Petrobrás, a Vale do Rio Doce, o Banco do Brasil, a Embraer, a Cosipa, etc.). O regime jurídico dessas empresas é diferente. As primeiras entram no conceito de descentralização de serviços pela personalização da entidade prestadora. O modo de gestão desses serviços públicos, entre outros, não só de competência da União, mas também dos Estados, Distrito Federal e Municípios, entra no regime da discricionariedade organizativa, ou seja, cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a uma empresa estatal (pública ou de economia mista) ou por concessão (autorização ou permissão a uma empresa privada).”

No mesmo sentido, confira-se a lição de TOSHIO MUKAI, em estudo denominado “A Empresa Pública na Nova Constituição”, publicado no *Boletim Legislativo ADCOAS*, n.º 9, de 30 de março de 1989, p. 324:

“O Estado não tem outra missão senão a de buscar a satisfação do interesse público.

Isto ele o faz precisamente ao executar os serviços públicos, mas, mesmo quando explore atividade econômica, ele só pode fazê-lo escudado também num critério de interesse público.

Entretanto, a noção de interesse público pode ser entendida como expressão do valor público que em si mesmas têm certas coisas, ou bem como expressão daquilo que interessa ao público.

Assim, podemos dizer que “serviço público industrial ou comercial é aquele em que o Estado, ao elegê-lo como tal, exerce-o diretamente ou por interpostas pessoas, e que, por atender a necessidade essencial ou quase essencial da coletividade, apresenta um interesse público objetivo em sua gestão. E atividade econômica do Estado é aquela que ele resolve assumir, dentro de sua política econômica, observados os princípios constitucionais da ordem econômica, por julgar que tal atividade consulta ao interesse público da mesma ordem (interesse público subjetivo). (Cf. nossa ob. cit., p. 183.)

E, como consequência, podemos ter, no Brasil, empresas públicas que exercem serviços públicos comerciais ou industriais, e empresas públicas que explorem atividades econômicas.

Daí termos traçado os regimes jurídicos de uma e outras (diferentes), as primeiras como substrato jurídico administrativo saliente, e as segundas, como substrato jurídico de direito privado preponderante.” (Cf. nossa ob. cit., p. 185 e segs. e 237 e segs.)

O próprio Decreto-Lei n.º 2.300/86 faz, no art. 86 e seu § 1.º, a distinção em relação às estatais destinadas ao exercício de política industrial.

Diante de tais entendimentos, parece-nos que a polêmica permaneceria apenas em relação às empresas destinadas à intervenção na atividade econômica, posto que as prestadoras de serviço público, que não se submetem à regra excepcional do art. 173, § 1.º, CF, devem preceder suas contratações de licitação, nos moldes do Decreto-Lei n.º 2.300/86.

Mais uma vez, o tema não é tranqüilo na doutrina.

LUCIA VALE DE FIGUEIREDO, in *Direito dos Licitantes*, Ed. Revista dos Tribunais, SP, 1985, p. 40, assim leciona:

“Parece-nos, todavia, que tal regra é sobretudo dirigida ao legislador ou ao aplicador da lei, no sentido de que não se outorguem benefícios às empresas estatais ou mistas, que venham exatamente desfigurar o sentido da norma do artigo 170 que, abrigando o regime capitalista, atribuiu à atividade privada a exploração da atividade econômica.

Entretanto, ao se estender a obrigatoriedade de proceder às licitações, ainda que por um procedimento mais elástico, de modo algum estar-se-ia vulnerando o Texto Constitucional, vez que a intervenção estatal não deve ir além da suplementação da atividade privada, quando esta for insuficiente. O Texto Constitucional pretende uma igualdade de regime, quando esta igual-

dade possa garantir, exatamente, o não aniquilamento da iniciativa privada.

A regra, pois, é de aplicação voltada de imediato à proteção da atividade privada.

Demais disso, não são as empresas públicas e as sociedades de economia mista comparáveis, em tudo e por tudo, às empresas particulares, haja vista que: *a)* submetem-se a controle pelos Tribunais de Contas; *b)* não podem falir; *c)* os atos de seus diretores são passíveis de mandado de segurança; *d)* a ação popular é exercitável como remédio jurídico, caso celebrem contratos lesivos aos seus patrimônios.”

Por outro lado, o não menos douto comercialista e Procurador do Estado JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, em sua famosa obra *Direito Societário* — Ed. Liv. Freitas Bastos — adota posição diversa, *verbis*:

“Uma questão que se coloca é a de saber em que extensão os vários incisos do art. 37 da Constituição Federal são aplicáveis à economia mista e à empresa pública.

Esse artigo deve ter a sua exegese conjugada com a do art. 173, § 1.º, a fim de superar-se a aparente contradição que envolveria essas disposições. Ora, o art. 173, § 1.º, manda aplicar à sociedade de economia mista e à empresa pública o mesmo regime jurídico da empresa privada, enquanto o art. 37 as submeteria a toda a sistemática própria e peculiar à Administração Pública.

Afigura-se evidente que o art. 37 não tem, em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista, a extensão que lhe pretendem atribuir.

A regra, nessas entidades de natureza empresarial, é a legislação privada. O art. 37 refere-se genericamente à Administração Direta, Indireta e Fundacional, mas, quando pretende atingir efetivamente a economia mista e a empresa pública, o faz de forma específica, como é o caso da acumulação de cargos: “a proibição de acumular estende-se a empregos e funções e abrange autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações mantidas pelo Poder Público (art. 37, XVII).”

Assim, entre os vários incisos do art. 37, apenas alcançam a economia mista e a empresa pública aqueles que as referam de modo expresso ou que com elas guardem adequação.

Há um princípio, todavia (art. 37, *caput*), que é o da moralidade, cuja aplicação se impõe, como uma constante, a toda a Administração Pública.

O processo de licitação, por exemplo, não se aplica indiscriminadamente às empresas do governo, mesmo porque, em muitos casos, seria impraticável. Não teria cabimento promover uma licitação para que uma empresa industrial ou comercial do Estado vendesse o seu produto. A licitação seria, contudo, pertinente para a venda de um imóvel da empresa.

O que deve nortear a decisão é o princípio da moralidade. A licitação, quando compatível com o interesse da empresa, deve ser realizada. Não havendo adequação para a licitação, a empresa deverá agir segundo as práticas do mercado, por elas pautando a sua ação."

No âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, a questão encontra-se pacificada em favor desta última tese (sem considerar as distinções) desde que a empresa estatal exploradora de atividade econômica interventiva esteja exercendo a sua *atividade-fim*, i. e., atuando para a realização do seu objeto social. Preserva-se, assim, a maleabilidade da forma privada escolhida pela Administração para a consecução de objetivos inerentes ao atendimento de relevante interesse coletivo ou à segurança nacional. Não se conceberia, por exemplo, que a Cia. Siderúrgica Nacional ou a Vale do Rio Doce, abrissem licitação para a venda de aço ou minério, respectivamente, eis que tais atos são a própria razão de suas existências. Já se o tema é a contratação de obras internas, compras de material de expediente, contratação de serviços de limpeza das instalações, *atividades-meio*, devem sujeitar-se ao princípio licitatório previsto no Decreto-Lei n.º 2.300/86, para a escolha da proposta mais vantajosa (já que, aí, não agem no desempenho de política industrial).

Frise-se, por oportuno, que as empresas ficam dispensadas do procedimento licitatório do Decreto-Lei n.º 2.300/86, mas não dos *princípios* da licitação, aplicando-se o mesmo raciocínio às empresas coligadas e controladas.

1.4. CONVÊNIOS — Muito se questiona se é necessária a realização de licitação para a celebração de convênios. Parece-nos que não, já que o convênio é uma cooperação de esforços, de livre adesão, para a consecução de objetivos comuns; os interesses vão na mesma direção.

O que, entretanto, não pode ocorrer é, através de convênio, atribuir-se à entidade conveniada competências típicas do Poder Público que exigiriam licitação, tais como a compra de materiais, a contratação de serviços e alienação de bens. Tenha-se presente que, no convênio, a Administração busca um parceiro para com ela colaborar e não um executor de suas tarefas (que, num regime de cooperação, permanecem diretamente a cargo da Administração). Raciocinar o contrário seria admitir a burla ao princípio da licitação.

O art. 50 do Decreto n.º 3.149/80 determina que suas normas aplicam-se a todo ato de natureza convencional, tais como acordos, convênios, convenções, etc.

1.5. MORALIDADE ADMINISTRATIVA — No mais, e já voltando aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública, a questão é de moralidade administrativa, que deve guiar os atos de todos os agentes públicos (entre os quais situam-se os dirigentes de órgãos de paraestatais).

É essa moralidade administrativa, que, ao lado da impessoalidade, deve nortear um processo isento de escolha dos contratantes da Administração, em igualdade de condições.

Muitas vezes podem ser declarados nulos, por desvio de finalidade, contratos celebrados em final de governo que comprometem receitas do sucessor da oposição, em flagrante violação ao princípio da moralidade administrativa. Assim se posicionou o Procurador do Estado AMILCAR MOTTA, em seu Ofício n.º 3/88 — AM, exarado no Processo n.º E-24/04/12112/87, *verbis*:

“Com efeito, é de sabença trivial que a atividade administrativa repousa sobre um substrato ético-jurídico que representa, em última análise, um dos fundamentos de validade da própria ação administrativa.

Dentro dessa perspectiva, um contrato, firmado pela administração estadual prestes a se despedir, mas destinado a produzir efeitos pecuniários futuros em face de um governo que lhe é politicamente hostil, não sendo sequer precedido de licitação, obrigatória por força de lei, parece, por certo, não atender às exigências da moralidade administrativa, cuja intangibilidade incumbe ao próprio Poder Público preservar e resguardar.”

A moralidade administrativa tem íntima relação com o princípio da probidade administrativa, expressamente enunciado no art. 3.º do Estatuto.

1.6. TRATAMENTO PREFERENCIAL — Esclareça-se que a igualdade preconizada no Estatuto não é radical; o próprio Texto Constitucional, no seu art. 171, § 2.º estabelece, de forma imperativa que, “na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento *preferencial*, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional” (definida, no inciso II do mesmo dispositivo, como sendo aquela cujo controle efetivo esteja em caráter permanente sob a titularidade direta ou indireta de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País, ou de entidades de direito público interno).

1.6.1 O Decreto-Lei n.º 2.300/86, regulamentando o preceito (que não era auto-aplicável), assegura — como facultam os dispositivos constitucionais citados — a preferência aos bens produzidos em território nacional (art. 3.º, § 2.º).

1.6.2. Não há que se confundir *preferência* com *privilegio*; daí entender-se que a *preferência* dar-se-á como critério de desempate de propostas colocadas em igualdade de condições. Constitui fator de *juízo*, devendo, portanto, figurar no edital (Decreto-Lei n.º 2.300, art. 32, VII c/c

36, V). Nessa preferência, cabe optar (em situação de igualdade) pelas empresas brasileiras de capital nacional que produzam o objeto do contrato em território nacional, pois foi assim que o preceito constitucional foi regulamentado.

1.7. PUBLICIDADE — Por fim, a publicidade dos atos administrativos em geral, e na licitação especificamente, é princípio fundamental para o exercício do controle desses atos, quer pela própria administração, quer pelo Poder Legislativo, nas hipóteses constitucionalmente previstas (item 12 infra) e, ainda, pelo Poder Judiciário quando provocado por algum interessado em razão de lesão ou ameaça a algum direito.

Dentre os princípios da licitação, além dos já mencionados (por sua genérica sede constitucional), do princípio do julgamento objetivo e da vinculação ao ato convocatório (adiante desenvolvidos nos capítulos que tratam dessas etapas do procedimento) resta citar o do procedimento formal, que implica no reconhecimento de que a licitação é um conjunto de atos necessariamente sequenciais, onde cada etapa exige a superação (e a preclusão) de questões anteriores. A inversão dos atos procedimentais referentes à licitação acarreta a sua nulidade.

Por procedimento formal não se entenda formalismos excessivos. Só são invalidados os atos que, não observando rigorosamente a forma prevista, deixam de atingir os objetivos prescritos na lei.

Sobre o tema, assim se manifestou DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em *Visto* ao Ofício n.º 9/88 — ENL (Processo n.º E-09/16189/850/87):

“Irregularidades que não ofendem aos princípios administrativos consubstanciados nas normas federais (gerais) e estaduais (específicas), não levam à invalidação do ato administrativo.”

Igualmente, leia-se o Ofício n.º 7/88 — AHW, do ilustre Procurador do Estado AUGUSTO HENRIQUE WERNECK MARTINS, exarado no Processo n.º E-02/013032/88, *verbis*:

“Nessa esteira, os vícios de forma devem ser analisados sob a ótica da possibilidade, maior ou menor, de comprometerem o procedimento como um todo. O juízo de validade, no aspecto parcial, foi muito bem explicitado por ADILSON ABREU DALLARI, dando o exato contorno da abrangência da falta dos requisitos em face do ritual licitatório:

“A existência de um vício em qualquer dos atos formadores torna-o inepto para produzir os efeitos que lhe são próprios, acarretando a nulidade de todos os atos subseqüentes, pois, com o ato defeituoso, rompeu-se a relação causal. *Daqui se infere que a anulação pode ser apenas parcial*; (in *Aspectos Jurídicos da Licitação*. Ed. RT, 2.ª ed., p. 105.)”

2. *Atos preparatórios*

2.1. REQUISIÇÃO — processo administrativo que dará origem à licitação ou à sua dispensa tem início através da *requisição* do bem ou serviço a cargo dos departamentos de administração das diversas unidades orçamentárias.

2.2. Este momento é o que irá definir o objeto do contrato, (que deve constar do edital) razão pela qual exigirá a devida caracterização do bem ou serviço desejado pela Administração. Por *caracterização* não se deve confundir com individualização ou singularização (que frustrariam o caráter seletivo do processo).

Na requisição do material o objeto do contrato deve ser correto e precisamente descrito de modo a estabelecer o universo dos proponentes interessados em oferecê-lo.

2.3. Cabe, pois, ao órgão requisitante, necessitado do material, individualizá-lo para dar-se início ao procedimento que levará à sua aquisição. Trata-se de um poder discricionário que, entretanto, não é, absoluto, valendo citar orientação traçada no Ofício n.º 30/87-SLC exarado no Proc. interno s/n.º GAB, em 16-12-87, onde o ilustre Procurador do Estado SABINO LAMEGO DE CAMARGO expõe, *verbis*:

“Todavia, há um limite administrativo para a fixação de critérios que levam à individualização do produto ou serviço, isto é, não pode a Administração pretender uma especificação tal que converta em singulares bens que evidentemente não o sejam, de modo a excluir da competição todos os demais bens ou serviços do mesmo gênero.”

O ensinamento encontra apoio na melhor doutrina, conforme se verifica da lição de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, in *Licitação*, 1.ª ed., p. 36, Ed. *Revista dos Tribunais*, S.P., 1985, *verbis*:

“Tem, outrossim, um limite máximo, isto é, a elasticidade da ingerência do critério administrativo não é determinada unicamente pela vontade ou juízo do administrador, sob pena de arbitrariedade. A dizer: não cabem especificações despojadas de pertinência lógica com a necessidade pública a ser satisfeita.

Edital que circunscreva excessiva e desnecessariamente o objeto, alija do certame quem poderia disputar a licitação trazendo propostas suscetíveis de atenderem ao interesse administrativo. Neste caso, também seria adversado o preceito da isonomia.”

É certo que o artigo 14 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, em seu inciso I, recomenda a padronização; entretanto, não é menos exato que, para adoção da mesma, gerando a vinculação da Administração a determinado

produto e seu fornecedor, é necessário um procedimento prévio onde se justifiquem as vantagens dessa opção.

Assim leciona DIOGENES GASPARINI, in *Boletim de Licitações e Contratos*, abril/91, pp 134 e 135 (Ed. NDJ Ltda), *verbis*:

“A padronização, por todas essas razões, deve ser objeto de competente *processo administrativo*, aberto e instruído com toda a transparência possível e conduzido por uma comissão de alto nível. Tudo o que for importante para a entidade se ver convencida da necessidade da padronização e para comprovar a vantagem da estandardização, como os estudos, laudos, periódicos, pareceres técnicos, atestados, relatórios de experiências e testemunhas, deve fazer parte da instrução desse processo. Nada impede, até será útil, que a instrução também contenha informações sobre os vários produtos similares ao que se quer ter como padrão em razão da necessidade do serviço ou da qualidade que se quer obter, existentes no mercado, de modo a se poder comparar as vantagens e desvantagens de cada um.

O ato que decide pela padronização deve ser publicado para que possa produzir efeitos externamente e para propiciar aos interessados em geral a sua apreciação e a possibilidade, se for o caso, de defender os seus direitos.”

Singularizado o objeto, sem a devida justificação, é nulo o processo a partir desse momento, eis que os atos seguintes partem, em regra, de premissa viciada.

2.4. PESQUISA DE MERCADO — PREÇOS. Com a requisição do bem ou serviço deverá ser anexada ao processo a pesquisa de mercado, realizada, no mínimo, entre três firmas do ramo pertinente ao objeto (a previsão do custo será a média dos três valores encontrados). No Estado do Rio de Janeiro, a Superintendência de Material da Secretaria de Estado de Administração tem atribuição de fazer publicar mensalmente no *Diário Oficial* listagens indicando os preços máximos e mínimos dos artigos adquiridos, o que é feito mediante remessa a este órgão da lista dos preços praticados em cada licitação (Decreto n.º 14.945, de 18-6-90).

Essa fase permitirá a adequação dos preços ao mercado, orientando a fiscalização de superfaturamentos já comuns nas licitações; a adequada instrução do feito permitirá, até mesmo, a repressão ao abuso de poder econômico, caracterizado pela elevação artificial dos preços e pela formação de cartéis, principalmente. A coleta de preços definirá, também, a modalidade de licitação a se adotar.

A estimativa de preços também norteará a desclassificação de propostas que dela destoem (na licitação por preço-base) desde que compatível a estimativa com a realidade do mercado (daí a importância das pesquisas).

2.5. SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DE MATERIAL — A requisição de material (em três vias) deve ser encaminhada ao órgão responsável pelas compras, a quem cabe centralizar tais requisições, de modo a padronizar as aquisições, obter melhores preços e condições, etc. Evita-se, assim, o parcelamento vedado no art. 7.º do Decreto-Lei n.º 2.300/86 e a contratação em pequenos lotes, que, não raro, geram a dispensa da licitação em razão do valor. Daí existir no Estado do Rio de Janeiro um SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO DE MATERIAIS, com essa idéia de coordenação e articulação, tendo como atribuições básicas (art. 5.º do Decreto n.º 1.064/76) a normatização, a classificação de material, previsão de controle de estoque, aquisição, movimentação e alienação de material.²

Para evitar fraudes, um maior planejamento das compras, ou através da centralização ou através da criação de um calendário, conciliando possibilidades de estoques com as cotas orçamentárias liberadas, deveria ser imposto a nível de legislação estadual específica. Esta, por ora, só prevê que, quando os recursos disponíveis só permitirem a execução parcial, cada etapa será objeto de licitação distinta, pela modalidade que regeria a totalidade da obra (Dec. n.º 3.149/80, art. 3.º, § 3.º), e, em havendo recursos, só motivos técnicos autorizam o parcelamento.

Igualmente, a definição de objetos de maior complexidade deveria exigir (por via de aprimoramento da lei) um projeto técnico, semelhante ao que existe para as obras públicas. É o caso de equipamentos de informática ou de telecomunicações, que exigem um sistema integrado entre todos os órgãos.

O prudente seria, no mínimo, solicitação de um laudo sobre as necessidades do órgão com vistas à elaboração do edital. No caso de bens de informática, por exemplo, existe o Decreto estadual n.º 10.881, de 18-12-87, que criou o Conselho Estadual de Política de Informática e o Conselho Técnico de Informática, em cujas atribuições situam-se, respectivamente, estabelecer a política e supervisionar a utilização de recursos na área de informática (art. 2.º) e decidir sobre a aquisição, a qualquer título, de equipamentos e programas de computadores para os órgãos e entidades da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional (art. 5.º).

Não havendo um órgão técnico para cada área de compras (o que seria uma utopia), a contratação de uma empresa de consultoria de confiança que, com toda isenção, diagnosticasse o ambiente e emitisse um laudo conclusivo em muito contribuiria, não apenas para em edital preciso e sem

² Sobre o tema vide nosso Parecer n.º 3/92-AJVS, Proc. Adam n.º E.3/008840/91, consulte-se a Resolução da Secretaria de Estado de Administração n.º 450, de 28-12-77 sobre requisição de material; Portaria n.º 103/SECIM, publicada no D.O. de 4-1-89, sobre despesas; Decreto n.º 178, de 24-6-75 sobre classificação de materiais; e Decreto n.º 153, de 9-6-75, sobre disponibilidade de material todos atos do Estado do Rio de Janeiro.

vícios, mas, também, para a contratação atingir aos seus fins. É o que se depreende da interpretação do art. 14, I do Estatuto, que recomenda a compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho.

Ultrapassada a fase de definição do objeto, o roteiro ideal de uma licitação só deixará de exigí-la se for dispensável ou inviável a competição: *O princípio da licitação* se opõe ao “princípio da livre escolha”. Conforme se verá adiante, só a lei pode dispensar ou não exigir a licitação, desde que esta não seja viável ou possível.

2.6. FORMALIDADES DE DISPENSA DE LICITAÇÃO — Surge, então, a questão da formalidade da dispensa ou inexigibilidade, ou, mais especificamente, a maneira pela qual é feito esse controle e as autoridades envolvidas na questão.

2.6.1. A Lei Federal — Decreto-Lei n.º 2.300/86 — é omissa a respeito, caracterizando hipótese deixada ao tratamento de cada esfera de governo, de acordo com a respectiva organização administrativa. Divergem as posições: uma, cometendo a tarefa à Comissão de Licitações do órgão, que teria as atribuições técnicas para o julgamento dos proponentes, com a vantagem da imparcialidade em relação ao ordenador de despesas; outra sustenta que deve tal dispensa caber, exatamente, àquele que tem poderes para autorizar a despesa, que, por sua vez, submete-se ao regime de controle externo de fiscalização financeira e orçamentária, através de prestação de contas ao Tribunal de Contas; uma terceira possibilidade, que parece ser a mais adequada, é cometer-se tal tarefa à autoridade que tem poderes para homologar o procedimento licitatório.

2.6.2. No Estado do Rio de Janeiro, estas duas últimas figuras, na maioria das vezes, se confundem na pessoa dos Secretários de Estado, por força do que dispõe o Código de Administração Financeira e Contabilidade Pública — Lei estadual n.º 287, de 4-12-79 — art. 82, que define os ordenadores de despesa, e o Decreto n.º 10.058, de 29-6-87, que comete às Secretárias de Estado o dever de homologar e fiscalizar as licitações em órgãos sob sua subordinação ou supervisão. O art. 35 do Decreto n.º 3.149/80 define que são competentes para a prática de todos os atos do procedimento licitatório os ordenadores de despesas (Lei n.º 287, art. 82, § 1.º).

2.7. TRIBUNAL DE CONTAS — Têm causado polêmica as normas do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro que impõem a remessa dos contratos a serem celebrados com dispensa de licitação à aprovação prévia daquele órgão de controle externo. É que a Constituição Federal atribuiu aos Tribunais de Contas poderes para a fiscalização *a posteriori* dos atos da Administração.

2.7.1. Sobre o tema, assim se manifestou o ilustre Procurador do Estado DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, no seu Ofício n.º 19/89 — DFMN, exarado no Proc. Adm. n.º E-14/32.287/89:

“A Constituição de 1988 não discrepa dessa doutrina e, com precisão, delimita essa modalidade de atuação *a posteriori* da gestão financeiro-orçamentária nos incisos do art. 71, que tratam exaustivamente da competência do Tribunal de Contas da União, paradigma obrigatório dos similares dos Estados (art. 75).

Com efeito, é suficiente apreciar o conteúdo dos verbos utilizados nesses incisos para concluir que a regra do controle *a posteriori* dos atos (no sentido amplo) que impliquem em despesa (ou renúncia de receitas — art. 70) não tem exceções, respeitando-se, portanto, o princípio da presunção de legalidade e de legitimidade dos atos do Poder Público.

Em nenhum deles se sujeita a celebração de contratos a prévio exame da sua legalidade pelo Tribunal de Contas. Aliás, no que respeita aos contratos, esse órgão não tem sequer poderes para sustá-los, ainda que os considere ilegais, pois tal competência está expressamente reservada ao Poder Legislativo (art. 71, § 2.º). Ora, se o Tribunal de Contas não pode sustar a sua execução, muito menos a sua celebração.”

2.7.2. São, pois, inconstitucionais as Deliberações n.ºs 107/87 e 117/89 do Colendo Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que estabelecem controle exorbitante de suas constitucionais atribuições.³

2.8. PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA — A aprovação da licitação implica, automaticamente, no reconhecimento da: necessidade do objeto, em termos qualitativos, quantitativos e na oportunidade para a sua aquisição; adequada descrição do objeto do contrato a ser submetido à licitação; existência de previsão orçamentária e de recursos disponíveis para a aquisição. No Estado do Rio de Janeiro esta verificação compete à Inspeção Seccional de Fazenda, a quem deve ser remetido o processo; em caso afirmativo será reservada a verba; e após autorizada a licitação, retorna-se o processo àquele órgão para fins de empenho. Então, materializa-se a despesa pública, através do *empenho*, do qual se extrairá a respectiva nota; em outras palavras, compreende dois momentos iniciais, a autorização e a formalização; a autorização é o consentimento da autoridade competente para a realização do gasto; a formalização é a dedução do valor da despesa, feita no saldo disponível da dotação ou do crédito apropriado comprovada pela *nota-empenho*.

O art. 6.º do Estatuto só admite a abertura de licitação ante a existência de previsão orçamentária, enquanto que o art. 47 esclarece que a direção do contrato ficará adstrita à vigência do respectivo crédito, salvo

³ Sobre Tribunal de Contas, consulte-se Ofício n.º 10/91 — ATUA — Proc. n.º E-10/130695/91.

os de previsão plurianual (caso de bens de capital, por exemplo) e os de trato sucessivo — vide CF, art. 165, § 1.º

Há quem queira introduzir alteração no Decreto-Lei n.º 2.300/86, para exigir, além da mera previsão orçamentária, o atestado de bloqueio da verba, de modo a não só garantir o pagamento como, também, fazê-lo (como no sistema de precatórias judiciais) na ordem de apresentação dos documentos. A providência, contudo, pertence à execução orçamentária, devendo vir através de lei complementar, conforme exige o art. 165, § 9.º, II, CF, modificando os arts. 64 e 65 da Lei n.º 4.320, de 17-3-64, que tratam do tema “pagamento” (os Estados podem fazê-lo enquanto não vier tal lei em face da autorização do art. 24, § 3.º c/c I, CF).

Ressalte-se, porém, que tal idéia pode retirar a malcabilidade da execução orçamentária, posto que a “previsão” de receita pode não se consumir, devendo, então, atender-se, com os recursos disponíveis (não bloqueados) aquilo que, de acordo com os critérios de conveniência e oportunidade da Chefia do Poder Executivo, for prioritário. Ademais, haverá sempre a via judicial para eventuais inadimplementos.

Posteriormente (aqui mencionada apenas para ilustração), essa despesa passará por um segundo momento, que será a *liquidação*, onde se verificará o direito do credor mediante exame do contrato (ou instrumento que o valha), da nota de empenho e o comprovante de cumprimento das obrigações contratual (entrega do material, execução da obra, prestação do serviço etc.) e fiscal do credor (relativa ao objeto do contrato); finalmente, dar-se-á a *ordem de pagamento* mediante despacho da autoridade competente.

2.9. ASSESSORIA JURÍDICA — Passa-se, então, à elaboração e exame do edital ou do convite, que não prescindem da atuação do corpo jurídico do órgão. O Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 31, parágrafo único menciona a necessidade de opinamento da Advocacia Consultiva da União. Sem dúvida, não se trata de norma geral; porém, a legislação especial das entidades federadas deve acolher a orientação. Por ora, a norma é de prudência para os Estados e Municípios.

2.9.1. No Estado do Rio de Janeiro, tais funções devem caber às Assessorias Jurídicas das Secretarias de Estado, autarquias e entidades paraestatais, cabendo à Procuradoria Geral do Estado, como órgão de consultoria, o controle *a posteriori* (Decreto estadual n.º 10.443/87, art. 2.º, IV). O art. 52, § 1.º do Dec. n.º 3.149/80 determina que a Procuradoria examine as minutas de todos os contratos, salvo os já padronizados por ela ou por órgão competente da União, quando esta for parte.⁴

O art. 2º do Dec. n.º 4.022, de 14-4-81, esclarece que se a minuta oriunda de órgão federal for omissa de cláusula de cumprimento obrigatório face a legislação estadual, todos os procedimentos administrativos próprios serão adotados pelo Estado após a assinatura do ajuste, para cumprimento da aludida legislação estadual.

2.9.2. É que, no âmbito da advocacia do Estado, a Constituição Federal estabeleceu como *privativas* do Procurador do Estado as funções de *consultoria* jurídica e representação judicial — CF, artigo 132 — não fazendo o mesmo quanto às funções de *assessoria* jurídica.

2.9.3. O renomado jurista e ilustre Procurador do Estado Chefe da Procuradoria Administrativa da Procuradoria Geral do Estado, Dr. DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em tese aprovada no XV Congresso Nacional de Procuradores do Estado, realizado em 1988 na cidade de Natal-RN, assim distingue a *consultoria* jurídica do *assessoramento* jurídico:

“Acresce que, o *assessoramento jurídico* como terceira modalidade de atuação do profissional de Direito, prevista no Estatuto das funções do advogado (artigo 71 da Lei n.º 4.215, de 27 de abril de 1963) embora *privativas* todas do bacharel com inscrição na Ordem, não se confunde com as duas outras, a representação e a consultoria do Estado (a nível constitucional — a quarta função advocatícia, a *diretoria jurídica*, só tem cabimento na advocacia privada).

O que as distingue é a expressão da vontade estatal, essa *função orgânica de direito público*, que a representação judicial e a consultoria têm e a assessoria não.

Observe-se, incidentalmente, que não é necessário que o Procurador do Estado emita uma *vontade final* do Estado, da mesma forma que não é necessário que um juiz emita uma decisão final, da qual não caiba recurso, para que sua manifestação vincule o Estado. A decisão de uma Comissão da Assembleia Legislativa pode ser vinculativa sem ser final. São conceitos distintos. Tanto no exercício do procuratório como da consultoria, o Procurador do Estado poderá praticar atos finais ou não, mas serão *sempre* a expressão da vontade do Estado, atividade que, como se expôs, cabe sempre a um *órgão*.

Bem distintamente, o assessoramento jurídico não contém um ato de vontade estatal, jamais podendo ser vinculatório nem final, mas, como o nome indica, um *ato* a que sejam cometidas funções de assessoramento jurídico; mas não da mesma forma que aos Advogados da União, pois, se as tiverem, serão cometimentos que receberão *enquanto agentes* e não *enquanto órgãos*, pois através delas não vincularão o Estado.”

2.9.4. Sobre o tema é importante lembrar que ao órgão central do sistema jurídico estadual não existe a obrigatoriedade de serem *previamente* submetidas as minutas relativas a editais, contratos e convênios das entidades da Administração Indireta e Fundacional, já que a Constituição Estadual — art. 173, § 3.º — e a Lei Complementar estadual

n.º 15/80 — art. 2.º, IV — atribuem a este órgão funções de consultoria para a Administração Direta e do Poder Executivo. Raciocinar em sentido diverso seria estabelecer tutela sem lei, em flagrante violação da autonomia de tais entidades. Nada impede, porém, que, mediante provocação do Estado, dos Secretários de Estado ou do Governador, a Procuradoria Geral atue em casos concretos, o que fará por força do art. 173 da Carta Estadual, que lhe atribui um poder de supervisão do sistema jurídico.

2.10. EDITAL — A elaboração do edital ou convite, conforme o caso, deve observar o disposto no art. 32 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, indicando as seguintes informações:

número de ordem em série anual;

nome da repartição interessada;

finalidade e modalidade de licitação;

local, dia e hora de recebimento da documentação e/ou proposta, assim como para início da abertura dos envelopes; descrição sucinta e clara do objeto do contrato, deixando para os anexos eventuais detalhes ou especificações;

prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada do instrumento, inclusive a possibilidade de prorrogação (e não renovação) do contrato.

2.10.1. Sustenta IVAN BARBOSA RIGOLIN que, embora não previsto no art. 32 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, os editais devem, ainda, prever o critério de desempate do julgamento, eis que, do contrário, não haverá como se decidir objetiva e impessoalmente, restando violado, assim, princípio basilar da licitação (salvo se ocorrer um “sorteio”). Adverte que o rol do dispositivo mencionado é mínimo e não máximo, pelo que devem os editais, no caso concreto, ir além, definindo as peculiaridades que auxiliarão a comissão julgadora.

2.11. MODALIDADES DE LICITAÇÃO — A escolha da modalidade de licitação, e mesmo a sua realização ou não, tem a ver com o valor estimado do objeto, conforme se verifica do art. 21, I e II do Decreto-Lei n.º 2.300/86.

2.11.1. Tais valores, por força da atualização monetária periódica a que se refere o art. 87, ato exclusivamente Federal, que cabe ao Presidente da República; não é dado aos Estados e Municípios inovar tais valores, do mesmo diploma legal, que se encontram dispostos na Portaria n.º 2.680, de 23-12-91 e são os seguintes:

I — Para obras e serviços de engenharia

a) convite — até Cr\$ 120.000.000,00;

b) tomada de preços — acima de Cr\$ 1.200.000.000,00;

c) concorrência — acima de Cr\$ 1.200.000.000,00;

II — Para compras e serviços não referidos no item anterior:

a) convite — até Cr\$ 30.000.000,00;

b) tomada de preços — até Cr\$ 800.000.000,00;

c) concorrência — acima de Cr\$ 800.000.000,00.

2.11.2. Observe-se que a pesquisa de mercado e a estimativa de preços são fundamentais para a validade da licitação na modalidade escolhida.

Ocorrendo cotação superior à inicialmente estimada, que extrapole o limite estipulado para a modalidade escolhida, a licitação não deve ser homologada. É o que ensina LEON FREJDA SZKLAROWSKY — in *Boletim de Licitações e Contratos* n.º 1/90, p. 2 — ao dizer que “a expressão *valor estimado da contratação*, desenhada pelo legislador no art. 21, não pode servir de estímulo para que se observem os limites sacramentados nesse mesmo dispositivo, sob pena de, indiretamente, violar-se a vontade da lei”. Logo, se não houver pelo Presidente da República (ou seu delegatário na esfera Federal) a revisão dos valores a que se refere o art. 87 do Decreto-Lei n.º 2.300/86, há que se fazer nova licitação em modalidade distinta da escolhida, posto que, sabiamente, assim se encontra autorizado no § 2.º do art. 21 do Decreto-Lei n.º 2.300/86.

2.11.3. Sobre as modalidades de licitação, cuja definição consta, com clareza, dos parágrafos 1.º a 5.º do art. 20 do DL n.º 2.300/86, vale apenas observar a inovação em relação ao artigo 127 do DL n.º 200/67, que não previa expressamente o leilão e o concurso, tal qual fizeram a Lei n.º 287/79, art. 216 e o Decreto n.º 3.149/80, art. 16, ambos do Estado do Rio de Janeiro.

3. Exceções à regra geral da licitação

3.1. HIPÓTESE DE NÃO-REALIZAÇÃO DA LICITAÇÃO — O artigo 2.º do Decreto-Lei n.º 2.300/86, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, no uso da competência que lhe confere o art. 37, XXI c/c 22, XXVII desta Lei Maior, estabelece que a regra geral é que as obras, serviços, compras, concessões e alienações da Administração, quando contratados com terceiros, serão necessariamente precedidos de licitação. Prevê, contudo, exceções, que são, na lição de HELY LOPES MEIRELLES, de quatro ordens, a saber: licitação dispensada (pela própria lei); licitação dispensável (a lei faculta à autoridade administrativa dispensar a licitação); licitação inexigível (em hipóteses em que não há possibilidade de competição); e, licitação vedada (quando houver possibilidade de com-

prometer-se a segurança nacional). AMÉRICO SERVIDIO, em obra denominada *Dispensa de Licitação Pública* (Ed. RT. 1979), fala em “dispensa legal” e “dispensa discricionária”.

3.2. LICITAÇÃO DISPENSADA — Os casos de licitação dispensada são os mencionados no art. 15, I e II do Decreto-Lei n.º 2.300/86, relacionados com a dação em pagamento, doação e permuta de bens; nestas hipóteses, o destinatário é certo, não havendo razão para instaurar-se o processo seletivo, pelo que a própria lei encarregou-se de dispensá-lo, sem que haja aí qualquer violação aos princípios da moralidade ou da isonomia. Há, ainda, a alienação de títulos, prevista em lei especial, e a alienação de ações, que, nos pregões das bolsas de valores, atingem, com vantagem, os objetivos de qualquer procedimento licitatório. Da mesma forma, as compras de gêneros alimentícios perecíveis em centro de abastecimento, poderão ser realizadas diretamente com base no preço do dia — Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 21, § 3.º

Observe-se que, na dação em pagamento e permuta, os bens já devem ser de propriedade do devedor, não cabendo, no contrato, definição genérica dos bens ou cláusula em que o devedor se obrigue a ainda adquiri-los; do contrário, estar-se-á burlando a licitação que precederia a aquisição de tais bens pela Administração, além de criar nova fórmula de vinculação de receita a órgão.

3.3. LICITAÇÃO DISPENSÁVEL — Cuidou-se, também, de quebrar a rigidez do processo, para não emperrar a Administração, elegendo hipóteses em que a autoridade administrativa, diante do fato concreto, poderia excepcionar a regra da licitação, mais uma vez, sem desrespeito aos princípios da moralidade e da isonomia. São os casos de licitação dispensável, enunciados no art. 22 do DL n.º 2.300/86, sendo desnecessária a sua transcrição. Contudo, algumas observações são pertinentes, tendo em vista a frequência com que ocorrem determinadas situações:

3.3.1. Os valores abaixo dos quais é dispensável a licitação, segundo a atualização a que se refere o art. 87 do Decreto-Lei n.º 2.300/86 são, em 23 de dezembro de 1991, de Cr\$ 8.000.000,00 para obras e serviços de engenharia e Cr\$ 1.200.000,00 para outros serviços e compras.

3.3.2. Os casos de guerra, grave perturbação da ordem e calamidade pública não dispensam a declaração do Poder Executivo, que deve delimitar o momento, a área abrangida e os riscos envolvidos.

3.3.3. As situações de emergência são de valoração subjetiva do administrador, não cabendo tal avaliação nem ao Poder Legislativo (e seu auxiliar técnico, o Tribunal de Contas), nem ao Poder Judiciário. Entretanto, como adverte HELY LOPES MEIRELLES, tal situação há que estar baseada em fatos consumados ou iminentes, comprovados ou previstos, que justifiquem a exceção. Sobre esses fatos é que poderá incidir o controle, verificando-se a existência ou não do dano ou ameaça.

3.3.3.1. A discricionariedade do administrador sofre sempre a limitação da razoabilidade e da moralidade administrativas. Portanto, a simples inexistência de previsão e/ou disponibilidade orçamentárias não pode, isoladamente, justificar a providência; igualmente, as contratações diretas em final de exercício, sob pena de perda da dotação específica.

3.3.3.2. O estado de emergência só se caracteriza quando ocorre ameaça de dano *ad rem* e *ad personam* por ato ou fato ligado à coisa de onde ela se irradia (Of. n.º 26/87-AM — Proc. EMOP n.º E-07/434852/87 — Procurador do Estado AMILCAR MOTTA). Há, pois, que se vislumbrar risco à incolumidade de pessoas ou de coisas. É o caso de obras para evitar desabamentos, quedas de barreira, fornecimento de energia, etc. Na lição de ANTONIO CARLOS CINTRA DO AMARAL, citada por SERGIO FERRAZ — “Dispensa de Licitação”, Ed. RT. 1980 — a emergência caracteriza-se pela inadequação do procedimento formal ao caso concreto, que reclama solução imediata incompatível com as formalidades que a licitação exige; portanto, onde não há essa incompatibilidade não se justifica a dispensa da licitação.

3.3.3.3. SERGIO FERRAZ aduz ainda que o momento da aferição da emergência é o da contratação e não o da dispensa, exemplificando que, muitas vezes, os contratos ficam semanas ou meses aguardando tramitações burocráticas após a dispensa de licitação para então serem celebrados (quando a situação já não mais autoriza a contratação direta).

3.3.3.4. O art. 51, § 3.º do Estatuto, fixa a noção jurídica temporal de urgência como o risco da demora superior a 48 horas para a celebração do contrato.

3.4. As hipóteses de contratação direta para complementação do objeto têm o limite de 25% do valor inicial do contrato nos casos de obras, serviços ou compras e, no caso particular de reforma de edifício ou equipamento esse limite eleva-se para 50%. Cumpre não confundir esta hipótese de licitação dispensável com a de licitação inexigível prevista no art. 23, § 2.º do Decreto-Lei n.º 2.300/86. Nesta se busca a conclusão de algo inacabado por força de rescisão contratual, ficando a Administração condicionada a oferecer aos demais licitantes anteriormente vencidos, o objeto do contrato rescindido; desde que estes, na ordem classificatória, aceitem as condições propostas pelo vencedor que teve o contrato rescindido, naquela, há um acréscimo no valor do contrato em proporções tão pequenas que não justificam novo procedimento licitatório, prosseguindo-se com o atual contratante, que é obrigado a aceitar tais acréscimos (artigo 55, § 4.º, do Decreto-Lei n.º 2.300/86) nas mesmas condições inicialmente pactuadas.

No que concerne aos acréscimos previstos no art. 55, § 4.º do Estatuto, onde se admite a ultrapassagem dos limites do art. 55, § 1.º, desde que não haja alteração do objeto, a dispensa de licitação também fica

no âmbito do poder discricionário do administrador, limitada essa margem de liberdade a dois fatores: em primeiro lugar o acrescido não pode ser maior que o principal (do contrato a prorrogação não terá fim); em segundo, a equação econômica há de ser mantida no pacto, não podendo ser majorados os custos unitários (já que, se admitido, poder-se-ia estar diante de proposta menos vantajosas da que se obteria em licitação).

3.5. Tema que não tem sido abordado com maior seriedade pelos legisladores e administradores é o sentido nos incisos VI e IX do art. 22, que tratam da dispensa de nova licitação quando a anterior restou frustrada, respectivamente, pela ausência de interessados ou pela apresentação de propostas com preços manifestamente superiores aos praticados no mercado.

3.6. Limitou-se o Decreto-Lei n.º 2.300/86 a autorizar a contratação direta, sem qualquer determinação para que as autoridades administrativas envolvidas na licitação providenciem a apuração da ocorrência de abuso de poder econômico, definido no art. 173, § 4.º da Constituição Federal como sendo a dominação de mercados, a eliminação de concorrência e o aumento arbitrário de lucros, cuja repressão deve ser feita consoante a disposição de Lei Ordinária.

3.7. Destarte, foram editadas as Leis n.º 4.137, de 10-9-62, que criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE e, posteriormente, a n.º 8.158, de 8-1-91, que, revendo a citada norma, definiu as figuras abusivas de poderio econômico (art. 3.º), cometendo à Secretaria Nacional de Direito Econômico — SNDE o poder de apurar tais práticas, mantendo o CADE como órgão julgador das infrações assim apuradas. Paralelamente, a Lei n.º 8.137, de 27-12-90 tipificou o abuso de poder econômico como crime contra a ordem econômica e as relações de consumo (art. 4.º).

3.7.1. Dentre as práticas ali relacionadas (sem adentrar na questão da constitucionalidade da enumeração exemplificativa de infrações ou do congelamento e tabelamento de preços, objeto de estudo publicado no *Boletim Legislativo ADCOAS* n.º 28/91 pp. 967 a 972) destaca-se o conluio entre empresas na fixação de preços ou na adoção de condutas comerciais uniformes ou paralelas entre concorrentes, na utilização de meios artificiosos para majoração das margens de lucro. Sequer há necessidade de formalização do ato, ajuste ou acordo. Basta que se prove, pelos diversos meios em direito admitidos, a combinação, a ação concertada.

3.7.2. São esses fatores que, geralmente, levam a frustração de uma licitação.

3.7.3. Em ocorrendo tais situações, mais do que o simples prejuízo à Administração, deve se determinar a apuração do crime e punição do infrator. A tipificação penal não é recente, e já constava do art. 335

do Código Penal, que prevê, inclusive, pena para aquele que se “abstém de concorrer ou licitar em razão de vantagem oferecida”.

3.7.4. A punição administrativa também é prevista no art. 7.º, *a*, da Lei n.º 8.158/91, consistente na declaração da inidoneidade do agente para fins de habilitação em licitação ou contratação.

3.7.5. É preciso, porém, que essas infrações cheguem ao conhecimento da SNDE, do CADE e do Ministério Público para as providências cabíveis, não podendo o administrador público omitir-se em tal dever de zelar pelo erário, mormente quando o art. 5.º, § 3.º do Código de Processo Penal dispõe que “qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública, poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito”.

3.7.6. Não seria demais se um simples decreto regulamentador da atuação dos agentes administrativos no cumprimento da Lei de Licitações, esclarecendo o tema, impusesse o procedimento de remessa dos autos à Procuradoria Jurídica da Administração para que essa traçasse a orientação adequada, com vistas à repressão do abuso de poder econômico. A via legal seria ainda mais interessante, para estabelecer a punição do servidor infrator do seu comando.

3.7.7. É claro que não se prega presumir a má-fé; entretanto, des-cabe acreditar que, sempre, as empresas deixam de se interessar por contratos com o Estado por ser ele mal pagador ou por exigir muitas facilidades, ou acreditar que os superfaturamentos existem como forma de defesa para eventuais atrasos.

3.8. A intervenção no domínio econômico é de competência da União e, geralmente, não ocorre contratação direta, que pressupõe acordo de vontades, mas a via desapropriação; assim ocorreu por ocasião do Plano Cruzado, com a desapropriação dos bois gordos, ante a provocada falta de carne no mercado, e, freqüentemente surge a ameaça de desapropriação de estoques em excesso que, pressionando a demanda ante a escassez da oferta, elevam artificialmente os preços. Mais uma vez, a hipótese é regulada pelo Direito Antitruste, ramificação do Direito Administrativo que regula a intervenção estatal na economia. A matéria tem sede constitucional no citado artigo 173, § 4.º, CF, e no art. 170, III, que estabelece o princípio da função social da propriedade. A despeito de não ser objeto do presente trabalho, é mister salientar nossa posição contrária às práticas demagógicas de congelamento e tabelamento de preços, quando feitos de forma genérica e fora das hipóteses de excepcional anormalidade (instabilidade econômica). É que o tabelamento de preços, igualando competidores, viola o princípio da livre concorrência assegurado no art. 170, IV, da Lei Maior. Já o congelamento é ainda mais injusto, pois trata desigualmente situações idênticas, estabelecendo preços diversos

para os mesmos produtos e serviços. A Constituição Federal, no art. 173, § 4.º, só repudia o lucro *injusto*, assegurando, pois o lucro *justo*, objeto do princípio constitucional da livre iniciativa. Portanto, para repressão do lucro *injusto*, necessário é observar-se o princípio da ampla defesa — CF, art. 5.º, LV — o que se faz em cada caso concreto e não genericamente.

Assim, temos entendimento que se o objetivo da contratação direta ou desapropriação for regular preços com objetivos supra, a intervenção e os atos dela decorrentes devem ser reputados inconstitucionais.

3.9. Polêmica tem sido a dispensa de licitação nos casos em que a operação envolver entidades da própria Administração — o inciso X do Decreto-Lei n.º 2.300/86 fala em “pessoas jurídicas de direito público interno, ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário”; é que a dispensa só pode ocorrer se *não* houver empresas privadas que possam prestar ou oferecer os mesmos bens ou serviços.

3.9.1. Não pode, por exemplo, o Município de Niterói dispensar licitação para escolha de construtor de prédio público para fazê-lo com a EMOP, empresa pública do Estado do Rio de Janeiro, já que existem outras empresas que podem fazê-lo, devendo instaurar-se a competição onde todas as empresas, mesmo as estatais, estariam em igualdade de condições.

3.9.2. Todavia, diversa é a situação prevista no parágrafo único do art. 22, que autoriza tal dispensa, mesmo havendo empresas privadas capazes de oferecer o mesmo bem ou serviço. Nesse dispositivo trata-se de dispensar a licitação quando o fornecedor é entidade da própria Administração.

3.9.3. Aliás, o artigo 2.º é claro ao dispor que a Administração só está obrigada a licitar quando contratar com *terceiros*; a expressão “terceiros” foi empregada exatamente para designar pessoas estranhas à Administração (Direta, Indireta ou Fundacional); do contrário seria inteiramente inútil (não se presumindo, na interpretação das leis, que o legislador tenha feito uso de termos ou expressões desnecessárias). Daí não ser obrigada a licitar quando contratar com entidades dela integrantes.

3.9.4. Assim, por exemplo, a Secretaria de Estado de Educação do Estado do Rio de Janeiro, desejando construir uma escola, não necessitará de licitação, porque há no Estado uma empresa estatal para tanto; o mesmo se diga em relação à publicação da Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado, entregue, sem licitação, à imprensa Oficial.

Os exemplos foram propositais para que se adentrasse em outro ponto; é que, nos casos citados, o administrador estadual não tinha margem de escolha; a faculdade conferida pela norma geral federal, no âmbito do

Estado do Rio de Janeiro foi restringida a nível de legislação especial, criando-se entidades na Administração Indireta com *exclusividade* para o fornecimento de certos bens ou serviços. Em outras palavras, aquilo que é dispensável, a critério, de qualquer administrador, no Estado do Rio de Janeiro já está dispensado em favor da entidade estatal, não podendo, nesse caso, o administrador optar por abrir licitação.

Assim é o caso da EMOP, quanto à construção de prédios públicos (art. 3.º, I, a, do Estatuto da EMOP, aprovado pelo Decreto n.º 15.122, de 19 de julho de 1990), da Imprensa Oficial na execução de serviços gráficos (art. 45 do Estado aprovado pelo Decreto n.º 14.496, de 7-3-90), do PRODERJ quanto aos serviços de processamento de dados (art. 2.º, Decreto n.º 5.220, de 1.º-2-82), e da FESP quanto ao recrutamento, seleção e treinamento de servidores civis da Administração Direta (Decreto-Lei n.º 339, de 22-12-76).

Já, por exemplo, a SIAGRO — RIO, empresa pública estadual criada para a comercialização de insumos básicos para a agricultura no Estado do Rio de Janeiro, não tem essa exclusividade, ficando ao livre alvedrio do administrador estadual com ela contratar, sem licitação, para desenvolvimento de programas de fomento agrícola ou abrir licitação.

Poder-se-ia argumentar que, com tais dispensas, restaria violado o Princípio da Impessoalidade da Administração (CF, art. 37, *caput*) com favorecimento de determinada pessoa jurídica; ou ao princípio da livre iniciativa (CF, art. 170), que veda a intervenção do Poder Público na economia concorrendo com iniciativa privada fora das hipóteses previstas na Lei Maior.

Nada disso ocorre. Ao descentralizar um *serviço administrativo* a Administração está optando por uma maior eficiência no seu desempenho através de uma especialização. Vale transcrever a lição de HELY LOPES MEIRELLES, *in verbis*:

“A desconcentração é uma técnica administrativa de simplificação e aceleração do serviço dentro da mesma entidade, diversamente da *descentralização*, consistente na retirada do serviço de uma entidade e transferida a outra para que a execute com mais perfeição e autonomia.”

Portanto, a existência de tais entidades, enquanto personificação de serviços e necessidades administrativas não é inconstitucional, não o sendo, via de consequência, as dispensas de licitação daí resultantes. Dá-se, por delegação, o exercício de atribuições próprias do Estado, que, por meio de tais entidades, atinge o interesse público.

Nesse sentido tem se posicionado a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, conforme pode se verificar do Ofício n.º 2-92/NND, exa-

rado pelo ilustre Procurador do Estado NELSON NASCIMENTO DIZ, no Processo Administrativo n.º E-14/032431/91, ao dizer, *verbis*:

“O vedar-se ao Estado a exploração de atividade econômica não é sinônimo da impossibilidade do Estado de executar serviços, ou produzir bens, também executados ou produzidos pelos particulares, quando tais serviços ou bens se destinam, unicamente, ao atendimento de suas necessidades, e não a serem ofertados ao mercado, em concorrência com a iniciativa privada.

Assim, não é atividade econômica proibida constitucionalmente ao Estado o fabricar carteiras escolares a serem utilizadas na rede oficial de ensino. Será, todavia, atividade econômica vedada ao Estado o produzir carteiras escolares para serem ofertadas no mercado se este estiver em condições de ser regularmente abastecido, a preços justos, pela iniciativa privada.

É com esta interpretação do art. 173 da Carta Federal que vejo compatível o parágrafo único do art. 22 do Decreto-Lei n.º 2.300/86.

Assim, a licitação será dispensável apenas quando a entidade paraestatal, sendo prestadora de serviço ou fornecedora de bens que possam ser prestados ou fornecidos por empresas privadas, houver sido criada para o fim específico de prestá-los ou fornecê-los ao Estado, e a *tanto se limitar, não concorrendo no mercado privado.*”

Não há sequer a necessidade de se demonstrar que a proposta da entidade estatal é a melhor que se poderia obter no mercado (exigência do Tribunal de Contas rejeitada pela Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro no Ofício n.º 01/91 — ENL, no Processo n.º E-19/001 954/90-6). Nesses casos, sustenta o Procurador do Estado EUGENIO NORONHA LOPES que a Administração não cuida de escolher o melhor executor ou prestador do serviço, muito menos o que lhe cobrasse o menor preço, pretendendo, isto sim, atingir a meta de interesse público que tinha em vista ao criar tais organismos. A lei criadora dessas entidades já elegeu-as como a “melhor” opção.

Como última hipótese de licitação dispensável tem-se a autorização para contratação direta para gêneros padronizados ou uniformizados por órgão oficial, que, como visto, deve ser precedida de um processo administrativo onde se decida pela padronização, ante as vantagens nele constatadas. Do contrário, caracterizar-se-á a preferência de marcas, repudiada pelo próprio Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 23, I, *in fine*, como pelos princípios constitucionais da impessoalidade e da isonomia.

3.10. LICITAÇÃO INEXIGÍVEL — A licitação inexigível ocorre nas hipóteses em que a competição é inviável ante a inexistência de concorrentes ou a impossibilidade de serem comparados itens heterogêneos;

Assim, por exemplo, não se compara um quadro de DI CAVALCANTI com um de PORTINARI, ou um parecer de CELSO RIBEIRO BASTOS com um de CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO. Não havendo como se instaurar a competição, não tem sentido o procedimento licitatório. O bem singular não pode ser oferecido por mais de uma pessoa, logo, não há como haver confronto.

Ao contrário do que ocorre na licitação dispensada (pela lei), e na licitação dispensável (pela autoridade com previsão na lei), as hipóteses de licitação inexigível não estão taxativamente previstas no estatuto, cabendo ao administrador justificar à autoridade superior a inviabilidade da competição. A enunciação contida nos cinco incisos do art. 23 é exemplificativa, como se vê da expressão “em especial” da parte final do *caput*.

3.10.1. Daí por que a Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, no Processo n.º E-14/34814/88, onde se discutia o reequipamento da CONERJ, reconheceu essa inviabilidade da competição, autorizadora de contratação direta com o estaleiro EMAQ — Engenharia de Máquinas S/A, eis que ali existia a singular vantagem de um “concurso de objetivos administrativos vinculados entre si”.

O Ofício n.º 40/88 — DFMN, da lavra do ilustre Procurador e jurista DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, demonstrou a peculiaridade da questão, expondo que a EMAQ, em processo falimentar, tinha um seleto grupo de servidores, de alto gabarito técnico, que seriam dispensados, com difícil absorção, em tempos de crise, por outras empresas. Por tal razão, o BNDES estaria disposto a abrir linha de crédito para financiamento ao Estado, facilitando a transação que beneficiaria ao BANERJ, principal credor do estaleiro e síndico da massa falida da EMAQ. Concluiu, então o douto Procurador que tais fatores conjugados, envolvendo questões sociais, o reequilíbrio financeiro do BANERJ e a facilidade de obtenção do crédito, inviabilizaram qualquer competição, de vez que tudo girava em torno de “valores que transcendem a licitação”, não estando em jogo apenas o reequipamento da CONERJ, que poderia ser feito regularmente utilizando-se o processo licitatório. Nem se tratava, apenas, de interesse público para admitir empresas em regime de concordata contratarem com o Estado, como autoriza o art. 25, § 2.º do Estado.

Cuidou o jurista de fazer a distinção entre o concurso *formal* e o *material* de objetivos administrativos, merecendo a transcrição, *in verbis*:

“Mas há que se distinguir o concurso formal do material. No concurso formal, existe *conveniência* da Administração em consolidar, num único ato ou contrato, o atendimento de vários objetivos conexos. No concurso material, existe imprescindibilidade de se os vincular, para satisfação simultânea; há um complexo de interesses administrativos a serem atendidos.

A guisa de exemplo, no Parecer n.º 3/86 (publicado no RDPG, n.º 38, 1986, p. 259 e ss.), tive ocasião de examinar

um concurso *formal* em que se pretendia a realização de uma licitação única para selecionar contratantes que deveriam atender a diversos objetivos. Eram, no caso, quatro, os objetos visados, qualitativamente distintos e perfeitamente autônomos, mas inseridos no mesmo contrato. Nesse caso, a licitação era obrigatória, pois cada um dos objetos, em separado, a exigiam.

Outra e distintíssima hipótese está no concurso obrigatório de objetivos administrativos que culminam num contrato administrativo que não pode desvincular-se e ser tratado separadamente dos atos que o antecederem. A conexão obrigatória, a incidibilidade do negócio jurídico integrado, fariam o contrato final, no caso entre a CONERJ e a EMAQ, uma fase vinculada e, por isso, dependente das demais, pois os objetivos devem ser atendidos em *conjunto*."

3.10.2. Adentrando na exemplificação contida no art. 23, tem-se, no primeiro caso, a questão da exclusividade do fornecedor.

3.10.2.1. O conceito de fornecedor traçado pelo Código de Defesa do Consumidor — Lei n.º 8.078, de 12-4-90, em seu artigo 3.º, engloba tanto produtor, fabricante, como o comerciante. O Decreto-Lei n.º 2.300/86, no inciso I do artigo 23 fala em produtor, empresa ou representante comercial exclusivo.

3.10.2.2. Se a exclusividade do bem (corretamente individualizado) é do produtor, a inviabilidade da licitação é absoluta; de contrário, a inexigibilidade de licitação só ocorrerá se houver inviabilidade de fornecimento por quem comercialize o produto, ou seja, o vendedor. HELY LOPES MEIRELLES observa que a exclusividade do comerciante, no convite, dá-se na praça, na tomada de preços, no cadastro, na concorrência, no país, e nas hipóteses de concorrência internacional só se configura a exclusividade para a dispensa da licitação se o produtor, vendedor ou representante comercial for o único na área de comércio exterior do Brasil.

3.10.2.3. O que não raro ocorre em contratações internacionais (muitas vezes por evidente má-fé) é não fazer o negócio com o fabricante, mas através de "trading Company", instituição que, na lição de JOSÉ MARCOS DOMINGUES DE OLIVEIRA, in "O Empório Global-Trading Companies Japonesas"; *Revista OAB/RJ* n.º 16/1981, pp. 155/156, dedica-se à *intermediação* de bens e serviços no comércio internacional contemporâneo, servindo de elo de ligação entre o produtor e o consumidor, tendo como uma de suas funções organizar a atividade industrial.

Ora, o objetivo das "trading companies" no comércio internacional é estimular uma economia de escala, onde essas companhias adquirem os bens em grandes quantidades direto dos produtores e as revendem no exterior. Essa instituição, contudo, não aniquila as possibilidades de venda pelos próprios produtores. Ademais, outras "trading companies" de outros

países, representando outros fabricantes, também podem se habilitar a oferecer os bens desejados.

Não há, pois, o fato inequívoco da exclusividade de fornecedor mundial.

Antes de se contratar como *exclusiva* uma “trading company” de determinado país (para produtos eletrônicos japoneses, equipamentos militares israelenses ou americanos, equipamentos óticos alemães, de telecomunicações franceses) deve se oferecer o objeto do contrato, com igualdade, aos fabricantes, sempre com o cuidado de preservar a preferência da indústria de capital nacional (CF, art. 171, § 2.º), se o país não tiver acordos internacionais em contrário e a cautela de analisar o não atendimento dessa oferta por parte desses produtores.

Quer a hipótese de desinteresse dos fabricantes pela livre concorrência (caracterizando *divisão* de mercado pelos concorrentes), quer a hipótese de impossibilidade jurídica (em razão de exclusividade contratual para revenda ou representação, caracterizando *dominação* de mercado pelo revendedor) são repudiadas pela legislação antitruste brasileira, que pune tais práticas como abuso de poder econômico — Lei n.º 4.137/62 e Lei n.º 8.158/91.

3.10.2.4. A exclusividade deve ser comprovada através dos contratos de exclusividade (distribuição, representação, licenciamento etc), de declaração das Associações Comerciais, entidades sindicais patronais (sindicatos, federações, confederações) e, no caso de contratos internacionais, declarações de consulados e de Câmaras internacionais de Comércio.

3.10.2.5. Outro alerta que se deve ter é com os licenciados *exclusivos* para, mediante contratos de transferência de tecnologia, exploração de *determinada* marca ou patente. A exclusividade atinge *aquele* direito (marca ou patente), mas não todas as marcas ou todas as patentes. O INPI — INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL, autarquia federal encarregada da averbação dos contratos de transferência de tecnologia e da expedição de carta-patentes e registros de marcas, dispõe de um amplo banco de dados onde pode se obter, com bastante convicção, se há bens semelhantes que atendam às necessidades da Administração, sem que haja a ilusão de um “licenciado exclusivo” (mesmo com previsão).

3.10.2.6. O art. 22 do Decreto n.º 3.149/80 exige justificativa pormenorizada da excepcionalidade da hipótese, que comprove a exclusividade ou a notória especialização quanto à natureza do material, equipamento ou serviço, bem como da seleção do fornecedor ou executante.

3.11. O inciso II do art. 23 menciona a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços *técnicos*, enumerados no art. 12 do Decreto-Lei n.º 2.300/86 de *natureza singular*, desde que a avença tenha como parte profissional empresa de *notória especialização*.

3.11.1. Portanto, três são as condições justificadoras da contratação direta:

- O serviço ser técnico;
 - ter natureza singular;
 - notória especialização do contratado.
- Ausente qualquer uma delas, viciado está o contrato.

A definição dos serviços técnicos não oferece maiores indagações, posto que o próprio dispositivo remete o intérprete ao art. 12, que os enumera como estudos, planejamentos, projetos, pareceres, perícias, avaliações, assessorias, consultorias, auditorias, controle e gerenciamento de obras, patrocínio de causas, treinamento e aperfeiçoamento de pessoal.

O mesmo art. 12, em seu parágrafo único, define "notória especialização" como o conceito adquirido no campo da especialidade profissional ou empresarial, decorrente de experiência anterior, estudos, experiência, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica etc. (títulos, cursos, por exemplo). Não há necessidade de que o profissional ou a empresa sejam únicos no ramo; para auferir este conceito é preciso que tenha havido um destaque positivo na sua área de atuação. O art. 23 do Decreto Estadual n.º 3.149/80 menciona "um grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo licitatório".

Entretanto, frise-se, não basta que a administração, tendo necessidade de um serviço técnico, contrate um profissional de notória especialização; é necessário que esse serviço seja *singular*, i.e., que, pelas suas características, exija um profissional de notória especialização.

3.11.2. Por exemplo, no caso do Estado do Rio de Janeiro, contratou-se o renomado arquiteto Oscar Noemeyer para projetar os CIEPs; o mesmo arquiteto já fora contratado pelas Administrações Federal e Municipal para projetar a Capital Federal e a Passarela do Samba. São, sem dúvida, projetos de monumentos, prédios, cidades, que fogem à rotina e exigem o que há de melhor no mercado. O mesmo não se poderia dizer da construção de um simples muro, ou de um prédio público qualquer, que não exigem tamanha experiência e especialização. Enfim, aquilo que pode se obter, satisfatoriamente, de mais de uma pessoa, deve ser licitado.

3.11.3. O que a Administração não pode e não deve esperar é que esses profissionais de notória especialização participem de processos seletivos, daí a autorização para que os entes públicos contratem diretamente com aqueles que têm a melhor proposta (não o melhor preço).

3.11.4. Não há aí violação ao princípio da isonomia, pois em situações singulares não há parâmetro de comparação nem, via de consequência, de competição. Já dizia RUI BARBOSA que constitui inconstitucionalidade flagrante igualar desiguais ou desigualar os iguais. O comentário é perfeito

à hipótese em tela, pois não há como proceder ao confronto de qualidades distintas.

O que muitas vezes tem ocorrido é a contratação direta do fabricante de determinado equipamento para serviços técnicos de manutenção e assistência (no caso de elevadores e refrigeradores de ar); está-se diante da típica hipótese de existência do primeiro requisito (serviço técnico) e ausência dos dois outros. Não há, portanto, no caso, qualquer singularidade, nem muito menos, serviço técnico *especializado*.

É bem verdade que a licitação poderá ser inviável se for ele o único técnico do ramo — incidindo no art. 23, I do Estatuto, que trata da exclusividade — ou dispensável, nos limites de valor de 25% a 50% do art. 55, § 1.º do Estatuto, como uma complementação do contrato de compra, locação, arrendamento etc. — dando-se a hipótese do art. 22, V (Ainda assim devem ser demonstradas — justificadas — as vantagens em relação à licitação, comprovando-se a necessidade de tal complementação). O que não cabe é invocar aí notória especialização e/ou singularidade do serviço.

Não cabe é presumir a oneração pelo fato de terceiro adquirir peças do fabricante para executar o serviço, devendo sempre se cotejar os orçamentos e não presumir a inviabilidade.

3.11.5. Outro caso não menos comum é a contratação direta de escritórios de advocacia para o patrocínio de causas de municípios, autarquias, fundações e entidades paraestatais (à União e aos Estados estão constitucionalmente vedadas tais contratações por disporem, respectivamente, da Advocacia-Geral da União e dos Procuradores do Estado; o mesmo se diga quanto aos municípios que, na sua legislação, tenham criado suas Procuradorias), invocando-se, mais uma vez, a necessidade de profissional de notória especialização para a realização de um serviço técnico.

Nesses casos, não havendo órgão jurídico próprio nessas entidades, deve se definir, com precisão, a esfera de atuação do contratado. Como bem observou o Procurador do Estado J. M. A. VELLOSO, no Proc. Adm. n.º E. 14/036813/91 (Of. 40/91 — JAV), “a contratação de consultoria indeterminada ao longo do tempo, embora sobre assunto específico, ou o patrocínio de causas hipotéticas, entretanto, não se qualificariam para aquela exceção, pois a falta de especificidade do objeto impede, inclusive, a justificação da escolha, justificação esta que não poderia ser simplesmente a de serem os contratados notoriamente competentes na matéria em geral, pois tal condição a têm, inegavelmente, outros profissionais ou sociedades de profissionais disponíveis para a contratação”.

Tem sido polêmica, entretanto, tal contratação de advogados pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, especialmente quando envolvendo advogados da área trabalhista. Nosso ponto de vista, não aceito unanimemente, é no sentido exposto acima (vide também item 3.3.2 supra), considerando-se, especialmente, a distinção entre as empresas estatais

de intervenção na atividade econômica e as destinadas à prestação de serviços públicos.

Reconhece-se como mérito do argumento contrário, que as empresas privadas, quer em razão do volume, quer em razão de evitar coleguismos, quer em razão da conveniência de manter demandas trabalhistas fora do contato direto dos demais empregados, têm como praxe a contratação de escritórios externos. Todavia, em se tratando de entidades subordinadas ou vinculadas ao Poder Público, seria, mais que um desestímulo à realização de concursos e processos seletivos, um incentivo à criação dessas empresas, para, por essa via, romper as exigências do art. 37, II e XXI, CF (prática essa que não seria inédita no país e resultou no agigantamento da máquina estatal, hoje em vias de privatização).

Tem-se, aí, uma atividade-meio da empresa, onde ela não age no desempenho de uma política industrial ou de desenvolvimento, não se justificando o tratamento diferenciado do parágrafo único do art. 86 do Estatuto (que só se aplica às estatais de intervenção na atividade econômica).

O inciso III do art. 23 menciona a contratação de artista consagrado, pela crítica especializada ou pela opinião pública; mais uma vez, renova-se o comentário de que não há como proceder à comparação de situações ou qualidades heterogêneas.

O inciso IV do dispositivo menciona a compra ou a locação de imóvel destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a escolha.

Ao contrário dos três incisos anteriores, onde o art. 24 do Estatuto exige a justificção para a situação de inexigibilidade, a norma geral aqui não demanda tal motivação. Ocorre que o § 4.º do art. 21 do Decreto Estadual n.º 3.149/80 torna indispensável tal justificção, o que, em se tratando de norma supletiva, da competência estadual, deve ser atendido sob pena de impugnar-se a despesa. Ademais, deve ser demonstrado, de alguma forma, o atendimento da *condição* "cujas necessidades de instalação ou localização condicionem a sua escolha". Logo, a aquisição de imóvel para o serviço público deve ser precedida de licitação quando as necessidades do referido serviço não obriguem a Administração a se fixar num prédio determinado.

3.11.6. Encerrando os exemplos do art. 23, reconhece-se, expressamente, a inviabilidade de licitação para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade. Não se vislumbra no texto legal a exigência de serem os bens tombados. O que se exige é a afinidade entre o bem e a atividade do órgão (caso típico de museus, bibliotecas, fundações artísticas ou culturais, por exemplo). Destarte, a aquisição de tais objetos para decorar mansão ministerial, como recentemente foi divulgado pela imprensa, exige licitação. O mesmo se diga com,

relação à aquisição pelos órgãos de fomento à cultura com vistas ao posterior repasse a terceiros da Administração, que caracterizam simulação, repudiada pelo Direito Civil pátrio.

3.12. LICITAÇÃO VEDADA — Para finalizar o capítulo, resta mencionar a quarta exceção à regra geral da licitação, que é a da licitação vedada, a qual ocorrerá sempre que, a juízo do Chefe do Poder Executivo, houver possibilidade de comprometimento da segurança *nacional*. Melhor teria dito o Estatuto se utilizasse a expressão segurança *pública*, a juízo, também, dos Chefes dos Executivos Estaduais e Municipais. Foi o que fez o art. 217, § 3.º, *b*, que, ainda atrelado à legislação anterior ao Decreto-Lei n.º 2.348/87, trata como “dispensa” uma hipótese de licitação “vedada”. Nem se diga que o Estado está violando norma geral, criando nova hipótese de dispensa de licitação; trata-se, apenas, de dar concreção a um aspecto específico da questão estadual em relação à lei federal. Do contrário estar-se-ia a retirar do Estado a possibilidade de legislar supletivamente, o que é, segundo DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, de sua competência residual.

Ora, a compra de equipamento de telecomunicações para as polícias estaduais, com as especificações do objeto e suas respectivas frequências, por exemplo, não pode se submeter a um processo público, que deixe desguarnecida a transmissão de mensagens secretas inerentes às investigações e ações de tais órgãos. A hipótese é de segurança *pública* mas pode não atingir à segurança *nacional*; ainda assim, a licitação deve ser vedada.

Esclareça-se, por derradeiro, que, em não ocorrendo a licitação por hipótese que não tenha resultado em adiantamento (que, por si só, já caracteriza uma excepcionalidade), devem constar do processo os seguintes elementos:

- caracterização da situação excepcional que justifique a dispensa;
 - indicação do dispositivo legal aplicável;
 - razão da escolha do contratante;
 - justificativa do preço.
- (Salvo se a contratação direta for em razão do pequeno valor.)

4. Fase externa da licitação

4.1. PUBLICAÇÃO DO EDITAL — O primeiro momento em que a Administração leva a terceiros a sua pretensão é com a publicação do edital (exceto no convite, onde, dispensada a divulgação, esta dá-se por carta aos interessados); a ampla publicidade é, pois, condição essencial para assegurar a competição, ensejando a possibilidade de, chegando ao conhecimento geral o interesse da Administração, obter-se o maior número de proponentes, ampliando-se o universo da escolha da oferta mais vantajosa.

Dito isto, tem-se que é nula a licitação que não tenha observado os critérios para publicação do edital, os quais constam dos arts. 19 e 32 § 5.º do Estatuto. A publicação deve ocorrer no *Diário Oficial* local ou órgão que exerça tal função e ainda noticiada no *Diário Oficial* da União; para as concorrências promovidas pela Administração Federal, exige-se a publicação por três dias consecutivos no *Diário Oficial* da União, sem prejuízo da publicação na imprensa oficial local caso a licitação não ocorra no Distrito Federal.

Sobre o tema, assim lecionou o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro EUGENIO NORONHA LOPES, em seu Ofício n.º 21/87 — ENL, exarado no Processo n.º E-12/7352/87 (que traz, também, noções sobre “normas gerais”), *verbis*:

“Sem que seja necessário, para o exame que se faz, analisar o disposto nesse parágrafo único, sua leitura permite desde logo a conclusão de que o problema da *divulgação* dos atos licitatórios propriamente ditos, especificamente quanto a *em que órgãos de publicidade fazê-la*, foi tratado apenas para a Administração Federal. Os Estados farão essa divulgação, sob tal aspecto, como lhes parecer mais adequado, regulando a matéria em sua legislação sobre o assunto, é claro que *sem que jamais possam, ao fazê-lo, violar o princípio básico da publicidade*, adotando, por exemplo, uma prática que pudesse comprometer, restringir ou frustrar o caráter competitivo do procedimento licitatório, para usarmos as expressões do art. 3.º, § 1.º, I.

Quanto a esse aspecto, aliás, a Lei 287 e seu Regulamento determinam a publicação no órgão oficial e na imprensa diária local (arts. 218, I e 17, I, respectivamente), enquanto a regra do Decreto-Lei 2.300/86, para os contratos da administração federal, dispensa a publicação na imprensa não oficial, como já se viu antes. À parte essa divergência, o § 2.º do art. 32 exige a publicação no órgão oficial por três dias consecutivos, enquanto a legislação estadual se contenta com uma publicação, aspectos que o Estado poderá considerar ao rever sua legislação, embora a isso não obrigado.

No que diz com os Municípios, estão eles também obrigados a obedecer às *normas gerais* sobre licitação e contratos, contidas no Decreto-Lei 2.300. No que se refere, porém, ao ponto objeto do processo, definido logo no início deste pronunciamento, nosso entendimento, como já visto, é no sentido de que a publicação dos editais em tais ou quais órgãos de publicidade, por uma ou mais vezes, não constitui matéria enquadrável como norma geral.”

Não se exige a publicação integral do edital, bastando o resumo, desde que, é claro, sejam fornecidas as informações indispensáveis à obten-

ção dos dados completos a respeito da licitação, especialmente data, local e hora onde os interessados devem comparecer para adquirir a pasta completa.

O edital deve, ainda, consignar o preço do material informativo da licitação; os emolumentos cobrados devem ser proporcionais ao custo da confecção (impressão, cópia, desenhos, plantas) desse material, não devendo resultar lucros demasiados para a Administração; do contrário, pode-se interpretar como restritiva da licitação a cobrança de valor exorbitante pelo fornecimento da íntegra do edital e seus complementos ou, no mínimo, eivada de nulidade por desvio de finalidade (eis que o objetivo da cobrança é ressarcir custos e não auferir lucros pela não publicação integral do edital).

Publicado o edital, deve se aguardar o prazo mínimo para a apresentação das propostas, que será, segundo a norma geral do art. 32, § 5.º do Estatuto, de 30 dias para a concorrência e concurso, e de 15 dias para a tomada de preços e leilão, contados da primeira publicação e de 3 dias úteis do recebimento da carta na licitação por convite. Sendo norma geral, não podem os Estados, Municípios e Distrito Federal reduzi-lo (o prazo); faculta-se-lhes, assim como à União, ampliá-los, sempre que o grau de complexidade do objeto da contratação o aconselhar.

Nesse caso, a discricionariedade do administrador sofre, apenas, o limite da razoabilidade, conceito hoje amplamente difundido no campo do Direito Público. Não é razoável, por exemplo, um prazo de trinta dias para apresentação de propostas para a construção de uma usina atômica, de uma hidrelétrica, de uma vila olímpica ou de uma cidade universitária.

Para contratações de grande vulto, especialmente as que exigem projeto prévio ou as que demandam previsão no plano plurianual, deve ser concedido um prazo maior. Neste passo, o Decreto-Lei n.º 2.300/86 poderia evoluir em sua redação, aumentando esse prazo mínimo, com conseqüente redução dessa margem de discricionariedade, já que num país de dimensões continentais não cabe esperar esclarecimento e boa-fé de todos os administradores envolvidos; nem sempre a autoridade está bem assessorada para perceber a necessidade de dilação do prazo mínimo; muitas vezes essa não dilação é proposital, viabilizando apenas a apresentação de ofertas por aqueles que, previamente e por meios alheios à moralidade, tenham conhecimento da abertura da licitação.

Assim como o prazo para apresentação das ofertas, o grau de publicidade estabelecido no Estatuto também é o mínimo; nada impede, pois, que os administradores divulguem, na imprensa comum ou por outros meios, a licitação. Renova-se, aqui, a observação quanto à necessidade de se aprimorar a redação da lei, distinguindo as exigências em razão da complexidade do objeto do contrato.

ADILSON DE ABREU DALLARI, in *Boletim de Licitações e Contratos*, sugere, até mesmo, a obrigatoriedade de arquivo no órgão local de registros públicos, para plena ciência de seus termos por qualquer interessado.

Uma vez publicado o edital, a ele se vincula a Administração em todos os seus termos, o que não implica, de forma alguma, uma imutabilidade do referido ato, nem, menos ainda, em um direito adquirido ao edital — até porque o Eg. Supremo Tribunal Federal, no Verbete n.º 473, da sua Súmula, já consolidou entendimento de que a Administração pode rever seus próprios atos, anulando-os quando eivados de vícios de legalidade ou revogando-os, quando contrariarem o interesse público.

A alteração do edital, a qual não está vedada à Administração, só deve ocorrer, como em qualquer ato administrativo, se houver interesse público envolvido, implicando a obrigação de se renovar o prazo para nova apresentação das propostas, se a inovação for significativa, sob pena de quebrar-se a isonomia que deve reinar entre os licitantes. O mesmo se diga em relação à publicidade da alteração, que deve ocorrer pelos mesmos processos e meios da divulgação original.

Após a abertura das propostas, em que conhecidas as ofertas financeiras e técnicas de cada licitante, só deve se aceitar a alteração, sempre justificada, se houver relevantíssimo interesse público envolvido, que venha a motivar uma eventual revogação de todo o procedimento. Isto porque é possível que, de má-fé, o edital venha a ser reeditado dirigido ao encontro de uma das propostas. Daí entendermos que tal modificação deveria merecer a prévia aprovação da autoridade encarregada de homologar o procedimento.

Qualquer impugnação ao edital deve ser feita antes da apresentação da documentação, sob pena de decair do direito de fazê-la. A entrega da proposta é manifestação inequívoca de aceitação dos termos do edital, sendo claro o disposto no art. 33, § 1.º, do Estatuto (que não é norma geral, mas acolhido o seu preceito pacificamente pela jurisprudência) no sentido de que “decairá do direito de impugnar, perante a Administração, os termos do edital de licitação aquele que, tendo-o aceito sem objeção, venha apontar, depois do julgamento, falhas ou irregularidades que o viciariam, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso”. Semelhante redação tem o art. 33, § 1.º, do Estatuto, que, entretanto, deveria ser clara no sentido de fixar a preclusão no momento da entrega da documentação e não após a habilitação ou julgamento.

Assim, regularmente publicado o edital e não tendo sofrido impugnações, fica ele, juntamente com a legislação, fazendo parte integrante do contrato.

4.2. HABILITAÇÃO — Passa-se, então, ao início da relação da Administração para com os interessados, que, ao entregarem suas propos-

tas, assumem o *status* de licitantes, destacando-se, assim, dos demais que não acudiram aos termos do edital.

A habilitação é uma fase típica da licitação por concorrência (Estatuto, art. 20, § 1.º, e art. 35), já que na tomada de preços esse procedimento é anterior ao processo, por ocasião do cadastramento, por categorias, dos interessados; no convite a habilitação é presumida, visto que a Administração chama no mínimo três pessoas, físicas ou jurídicas, idôneas, para apresentarem a proposta; no leilão a habilitação só é exigível se a venda não for à vista, esclarecendo o art. 16 do Estatuto que esta limitar-se-á à comprovação do recolhimento de quantia nunca inferior a 10% da avaliação; e no concurso, no caso de necessidades de comprovação de inscrição profissional.

Para tal fase, o que normalmente se exige é a apresentação de envelopes distintos, um para a documentação e outro para a proposta; nas licitações que envolvam técnica e preço é comum ainda demandar-se o desmembramento da oferta, apresentando-se um envelope para a proposta técnica e outro para a proposta financeira.

Para a habilitação nas licitações somente exigir-se-á dos interessados documentação relativa à capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade fiscal. Tais exigências têm por objetivo preservar a execução do contrato cujo contratado é escolhido na licitação; não basta selecionar a proposta mais vantajosa; é preciso que ela seja exequível, o que tem ligação direta com a pessoa do candidato — sua habilitação profissional, a situação econômico-financeira da empresa, suas instalações, suas experiências anteriores, seus compromissos atuais; daí a importância dessa fase.

O que andou ocorrendo é que, muitas vezes, faziam-se exigências excessivas e até absurdas, tais como inexistência de ações contra a Administração, regularidade eleitoral, quitação militar, certidão de já ter servido a outras Administrações, e até garantias reais, situações que restringiam o caráter competitivo e, via de consequência, não resultavam na escolha da melhor proposta.

Foi por esta razão que, com o advento do Decreto-Lei n.º 2.300/86, houve a preocupação de, já no art. 3.º, § 1.º, I, repudiar-se inclusão de cláusulas ou condições que possam comprometer a competição, frisando-se este princípio da universalidade no art. 25 com o uso da expressão “exigir-se-á dos interessados, *exclusivamente*...”.

O princípio da universalidade ganhou sede constitucional com o advento da Lei Maior promulgada em 5-10-88.

Com a inovação introduzida pela parte final do inciso XXI do art. 37 do novo Texto Federal, no sentido de que o processo de licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indis-

pensáveis à garantia do contrato, poder-se-ia interpretar que não poderiam ser impostas exigências relativas à capacidade jurídica e regularidade fiscal.

Na verdade, o que pretendeu o constituinte foi exatamente restringir as exigências de ordem técnica e econômica, limitando-as àquilo que for indispensável ao cumprimento do contrato, nada dispondo (não restringindo, portanto) sobre as exigências ligadas a capacidade jurídica e regularidade fiscal, que permanecem legítimas. Com isso, não mais são aceitas as exigências de garantia para participar da licitação, ou de ter capital mínimo superior ao valor do contrato, ou atestados de bons serviços diversos ou mais complexos que os contratados, etc. Isto só é admissível para contratações de vulto (exceção prevista no art. 32, § 3.º, Decreto-Lei n.º 2.300/86).

Entretanto, TOSHIO MUKAI — in *Boletim de Licitações e Contratos* n.º 5/90, p. 167 — sustenta caberem as duas interpretações do texto, devendo seguir-se a orientação de CARLOS MAXIMILIANO para que se adote aquela que “for mais consentânea com o fim transparente da norma positiva”, não se admitindo inferir-se do dispositivo que o constituinte silenciaria sobre as exigências de capacidade jurídica e regularidade fiscal, concluindo que, mesmo em relação a estas (não mencionadas) existe a vedação de fazer exigências não necessárias e suficientes para o cumprimento do contrato.

4.3. MICROEMPRESAS — Outra inovação introduzida pela Constituição de 1988 diz respeito ao tratamento diferenciado às micro, pequenas e médias empresas, preconizado pelo seu art. 179, onde se determina que os entes federados incentivem tais empresas através da simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou, até mesmo, pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

4.3.1. Diante disso, o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas e as Câmaras de Vereadores foram inundadas de projetos de lei determinando que nas licitações fossem reservados percentuais do objeto (que, em regra, variavam 10% e 20%) para as microempresas. Não se teve notícia de alguma dessas propostas ter vingado formalmente; diz-se formalmente porque materialmente tal lei não existe para o Direito, não devendo produzir efeitos em face de sua manifesta inconstitucionalidade.

O que pretendeu o constituinte foi simplificar as obrigações das pequenas empresas (geralmente as exigências para habilitação); tratamento diferenciado não é sinônimo de tratamento favorecido ou tratamento privilegiado; não tem sentido, pois, essa inequívoca “reserva de mercado”, que desnatura o processo licitatório. Com efeito, a licitação destina-se à seleção da melhor proposta, qualquer que seja o proponente, desde que habilitado. O princípio é da universalidade, garantindo a igualdade entre os licitantes; excetua-se a “preferência” à empresa brasileira de capital

nacional e os bens produzidos no País. Mais uma vez, preferência não é privilégio, e só ocorre em caso de igualdade de condições. Aí sim pode-se admitir uma “preferência” aos bens e serviços produzidos pelas pequenas empresas.

4.3.2. No mais, a simplificação fica por conta da habilitação dessas empresas, que, não raro, fica inviabilizada pela impossibilidade de atender às inúmeras exigências; daí a redução do número de documentos exigidos.

Claro que essa simplificação não pode colocar em risco a execução do contrato, e só deve ocorrer quando o seu objeto comportar empresas de menor porte.

4.3.3. Essa facilitação foi prevista no art. 225 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, que, em seu inciso III, estabelece “habilitação sumária e procedimentos simplificados para participação em licitações públicas, bem como preferência na aquisição de bens e serviços de valor compatível com o porte das micro e pequenas empresas”.

4.3.4. Diante disso, foi editado o Decreto Estadual n.º 16.672, de 28-6-91, que, em dispositivo de duvidosa constitucionalidade (pelos motivos expostos) — parágrafo único do art. 1.º — assegurou a essas empresas o fornecimento de 30% da licitação, somente admitindo a participação das “chamadas grandes empresas” se consorciadas com as empresas de menor porte. É oportuno lembrar que a matéria é de *lei* (não é de ato, nem exclusivo do Legislativo — a Constituição — nem de ato exclusivo do Executivo — Decreto).

4.3.5. Por outro lado, bem andou o art. 2.º do decreto ao dispor que a documentação necessária ao Registro Cadastral de Micro e Pequenas Empresas será originalmente recebida, organizada e atualizada pela Associação Fluminense da Pequena e Média Empresa — FLUPEME, sem ônus para os cofres estaduais, cabendo ao órgão Central do Sistema de Administração de Material do Estado receber as pastas com a documentação de cada requerente e, se devidamente regular, aprovar o seu cadastro e expedir o respectivo Certificado com validade de um ano. Poderá o referido Órgão Público verificar, a qualquer tempo, a validade da documentação apresentada.

4.3.6. Destarte, para cadastramento das microempresas serão exigidos os seguintes documentos:

I — Capacidade Jurídica:

a) cédula de identidade;

b) registro comercial, no caso de empresa individual;

c) ato constitutivo ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais;

d) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhado de provas da diretoria em exercício.

II — Capacidade Técnica:

a) registro ou inscrição na entidade profissional competente.

III — Idoneidade Financeira:

a) demonstrações contábeis do último exercício que comprovem a boa situação financeira da empresa;

b) certidão negativa de pedido de falência ou concordata, ou execução patrimonial, expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica ou domicílio da pessoa física.

IV — Regularidade Fiscal;

a) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas — CPF ou no Cadastro Geral de Contribuinte — CGC;

b) prova de quitação com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal.

No caso de empresa criada no mesmo exercício deve ser exigido, quanto à idoneidade financeira, somente o balancete correspondente ao mês imediatamente anterior.

4.4. DOCUMENTAÇÃO — Quanto às empresas que não se enquadram no conceito de pequenas empresas, o Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 25, nos quatro primeiros parágrafos, as define com clareza, esclarecendo, em seu § 5.º, serem admitidos tanto os originais quanto as cópias autenticadas.

O exame dessa documentação caberá à Comissão de Licitação ou à Comissão de Cadastramento, se houver. Não é necessário que a Comissão tenha, obrigatoriamente, um contador para exame dos balanços demonstrativos da regularidade financeira. Poderá tal órgão solicitar parecer técnico, se necessário, em qualquer das áreas envolvidas na licitação. O importante é frisar que a comissão é soberana, não estando (como o Juiz) vinculada a qualquer parecer ou laudo pericial, devendo, contudo, justificar a divergência.

A Comissão poderá exigir relação dos compromissos assumidos pelos candidatos, de modo a verificar se, em razão deles, a capacidade operativa real está mantida, não ameaçando o cumprimento do contrato.

A criação de consórcios deve ser prévia, exigindo-se apenas a formalização com a adjudicação; o Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 26, § 2.º, não permite tal postergação, especialmente como cláusula contratual, em virtude de ser inexequível exigir o cumprimento da obrigação de consorciar-se com outrem.

4.5. REGISTRO CADASTRAL — A documentação prevista para a fase de habilitação poderá ser substituída pelo Certificado de Registro Cadastral, expedido pelo órgão encarregado do controle desses dados. Esse Certificado, periodicamente atualizado na repartição encarregada da sua expedição e controle, comprova a aptidão do interessado para contratar com a Administração, entretanto poderá a qualquer tempo, ser suspenso ou cancelado se o inscrito deixar de atender às exigências para a habilitação.

No Estado do Rio de Janeiro, tal cadastramento cabe à Superintendência de Material da Secretaria de Estado de Administração, órgão central do Sistema de Administração de Materiais (art. 6.º IV, do Decreto número 1.064/76), valendo, também, para habilitação perante as entidades da Administração Indireta e Fundacional, podendo, até mesmo, firmar-se convênios com os Municípios para a sua aceitação (Decreto n.º 2.715, de 20-9-79).

No registro cadastral será anotada a atuação do licitante no cumprimento das obrigações assumidas (Lei n.º 287/79, art. 232).

4.6. DÉBITOS — A Constituição Estadual, em seu art. 213, § 3.º, veda a contratação com pessoas jurídicas em débito para com o fisco, com obrigações trabalhistas ou com o sistema da seguridade social. Não pode, pois, ser fornecido o competente cadastro.

Há quem sustente que a exigência contraria o espírito da Lei Maior, onde se vedam exigências que não sejam indispensáveis ao cumprimento do contrato, sob o argumento de que somente o débito comprometer do patrimônio (onde não se incluíam os débitos não ajuizados, motivadores de penhora) é que deveria resultar na inabilitação do candidato.

Data venia, a existência de débito fiscal poderia ser um fator que influiria no julgamento, negativamente, como forma de perseguição, ou positivamente, beneficiando o erário, que poderia compensar o seu crédito com a despesa contratada. Daí o acerto do dispositivo, que encontra no princípio da isonomia um dos seus fundamentos. Seria, aliás, um desestímulo à pontualidade e à adimplência admitir-se o contrário.

É claro que, muitas vezes, os débitos são oriundos de exigências inconstitucionais do Poder Público, mas a presunção, até manifestação em contrário do Poder Judiciário, é de que os atos e leis do Estado são legítimos.

4.7. PREVIDÊNCIA SOCIAL E FGTS — Uma última palavra sobre habilitação cabe em relação à caracterização de irregularidade financeira — impeditiva de participação no certame — de empresas em débito para com a Previdência Social — CF, art. 195, § 3.º — e FGTS — Lei n.º 8.036, de 11-5-90, art. 27, *a*, que, geralmente, têm passado despercebida aos administradores e aos próprios proponentes, que limitam-se a obter quitações da Secretaria da Receita Federal, que não administra as contribuições para tais fundos (a cargo do INSS e CEF).

O alerta serve para lembrar que as certidões negativas de débito fiscal expedidas por órgãos da Administração só abrangem os tributos e contribuições por ela fiscalizados.

4.8. EXAME DAS PROPOSTAS — Concluída a fase de habilitação, através do exame da documentação dos interessados, e ultrapassados os eventuais recursos dessa etapa, passa-se ao exame das propostas dos licitantes que não tenham sido excluídos do certame.

Até então julgava-se a idoneidade do licitante para contratar com a Administração; aqueles que não mereceram tal conceito são considerados inabilitados e recebem de volta as propostas, podendo oferecer o competente recurso.

4.9. SIGILO DAS PROPOSTAS — Não se adentrava no teor das propostas, que deveriam permanecer lacradas e invioláveis até o momento do julgamento. O Código Penal, em seu art. 326, inclui entre os crimes contra a Administração Pública a violação de sigilo da proposta. O sujeito ativo é sempre o funcionário público (ou quem a ele se equipare nos termos da Lei Penal). A descrição do tipo envolve “devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.

Dúvida pode residir na possibilidade de enquadrar-se como crime a violação do sigilo das propostas em licitações que não sejam por concorrência pública.

A questão é pacífica na doutrina, no sentido de que o princípio da legalidade estrita que norteia a interpretação da Lei Penal veda a aplicação analógica de tal pena a violações outras que não às propostas de concorrência pública. Em sentido contrário, apenas HELENO FRAGOSO — in *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, IV/1.134; 1965, que, contudo, menciona a possibilidade de extensão às “concorrências administrativas”, excluídas as “coletas de preços”, expressões não utilizadas pela legislação.

Portanto, a punição só deverá ocorrer na esfera administrativa, se assim dispuser o competente estatuto.

Ainda sobre a responsabilidade criminal, observa CELSO DELMANTO que só se pune o devassamento em tempo útil, ou seja, que ainda dê ensejo a fraude na concorrência. Também não haverá o delito se a concorrência for anulada por motivo diverso do devassamento.

De qualquer forma, o art. 325 do Código Penal pode permitir o enquadramento do funcionário que revela segredo de que tem ciência em razão do cargo.⁵

Abertas as propostas, rompe-se a possibilidade de surgir esse crime, tornando-se as mesmas obrigatórias para os seus proponentes.

⁵ O art. 325 do Código Penal prevê, ainda, o crime da perturbação ou fraude à concorrência.

O ato de abertura dos envelopes com as propostas (assim como a fase de habilitação) é público, devendo ser designada data para tanto, procedendo-se à lavratura da ata do evento, devendo ser rubricados todos os envelopes "proposta" pelos licitantes presentes e pela Comissão de Licitação.

4.10. JULGAMENTO — O julgamento é ato privativo da Comissão e será objetivo, de acordo com os parâmetros fixados no edital, considerando-se os fatores qualidade, rendimento, preço e prazo, entre outros previstos no ato convocatório (tais como descontos, garantias, condições especiais de pagamento, manutenção gratuita etc.). O fundamental é que só sejam considerados no julgamento os fatores mencionados no edital, tendo-se como não escritas as vantagens oferecidas que ali não tenham sido previstas.

A desclassificação da proposta que não atenda aos termos do edital só deve ser aplicada se não houver possibilidade de aproveitamento.

Serão igualmente desclassificadas as propostas com preços manifestamente inexequíveis ou com preços excessivos. Nesta hipótese, como dito anteriormente, deve a Administração investigar a ocorrência de alguma das figuras elencadas como crime de abuso de poder econômico.

4.11. VINCULAÇÃO AO EDITAL — Sendo o edital a lei interna da licitação, onde se expressa o desejo da administração em relação aos proponentes, não se pode fugir aos termos e condições ali propostos; nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital; ali estão fixadas as condições em que devem ser elaboradas as propostas, cabendo, portanto, julgá-las em estrita conformidade com tais condições.

Se a Administração não observa o edital, enseja a correção da anomalia através de recurso hierárquico, ou mesmo a invalidação do procedimento através do controle externo, via Tribunal de Contas ou Poder Judiciário.

Em contrapartida, se o desatendimento ao edital parte do candidato, sua proposta deve ser desclassificada, eis que a discordância em relação à vontade da Administração frustra a comparação com as demais propostas, o que é da essência da licitação.

A vinculação ao edital não significa a imutabilidade do mesmo; entretanto, deve ser oferecido prazo para adequação das propostas às alterações, dando-se igual publicidade à modificação em relação ao texto original.

É no edital que se vai buscar o julgamento objetivo, isto é, impessoal e criterioso, isento de qualquer subjetivismo; um dos princípios da licitação é propiciar igualdade nas oportunidades de contratar com o Poder Público, o que significa não só o conhecimento prévio e completo do desejo da Administração e das condições de participação no certame, como também os limites em que os participantes devem situar essas ofertas e o respeito a

esses limites por parte da Administração, a qual não pode, na lição sempre atualizada de HELY LOPES MEIRELLES, levar em conta vantagens ou desvantagens não previstas.

O edital deverá fixar o peso de cada item no julgamento, não cabendo nele se inserir a genérica admissão de "vantagens complementares".

Entretanto, frise-se, a impugnação a eventuais irregularidades do edital deve ser oferecida antes da entrega da documentação; não pode o concorrente "guardar o trunfo" para o caso de um insucesso de sua oferta, sob pena de preclusão: "O Direito não socorre aos que dormem".

Vale esclarecer que não são consideradas vantagens não previstas no edital situações ligadas ao preço, tais como prazo para pagamento, descontos, carência, juros, financiamento e impostos. A matéria, contudo, não é pacífica.

Questiona-se, por exemplo, a existência de cláusulas que preferem o preço oferecido por licitante que recolherá imposto para a Administração que realiza a licitação. O Eg. Supremo Tribunal Federal repudia tal prática regionalista, que quebra o princípio da unidade nacional, (STF, Pleno, Representação n.º 1.147-O-RJ/1983), favorecendo-se um licitante em razão de fatores estranhos à licitação (tais como a geração de ICMS no Estado ou manter sede ou filial no mesmo).⁶ Esses aspectos seriam inerentes à pessoa do candidato e não à proposta. Destarte, sustenta-se que, uma vez admitido o candidato pela abertura de sua proposta, não mais pode ser discutida, quer a sua idoneidade quer outros fatores de ordem pessoal (salvo a ocorrência de fato superveniente). A licitação visa à proposta e não ao proponente.

Em oposição a tal tese, admite-se que, sendo a licitação um procedimento destinado a escolher a proposta mais vantajosa para a Administração, não haveria como deixar de reconhecer a vantagem no recolhimento no Estado de impostos incidentes sobre o objeto. Ademais, haveria a facilidade do contato com os empresários locais, facilitando a execução do contrato.

Parece-nos, numa posição intermediária, que tal vantagem só poderia ser considerada (com previsão no edital) em caso de igualdade entre as propostas, a título de "preferência" como critério de desempate, tal como é admitida a preferência às empresas brasileiras de capital nacional e às pequenas e médias empresas. Seria uma solução alternativa ao sorteio (mesmo essas preferências, antes da Constituição de 1988, eram repudiadas pela doutrina com base nos mesmos argumentos supra-expostos — cf. HELY LOPES MEIRELLES, Estudos e Pareceres de Direito Público — VI, pág. 42).

⁶ O Eg. STF, na Rep. n.º 11.308-RJ declarou a inconstitucionalidade dos §§ 2º, 3º, 4º e 6º do art. 37 do Dec. n.º 3.149/80, que estabelecia tratamento diferenciado para as empresas com sede no Estado do Rio de Janeiro.

O julgamento deve adjudicar apenas à *melhor* proposta, e não às primeiras colocadas, a serem contempladas com o objeto do contrato; do contrário, poder-se-ia resultar na 5.^a colocada exercendo, em lugar da primeira, o objeto do contrato; este só pode ser adjudicado à primeira colocada, que, querendo e havendo anuência do contratante, pode subrogar partes do contrato (Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 62).

4.12. COMISSÃO DE LICITAÇÃO — O julgamento caberá a uma Comissão de Licitação, composta de três membros, cuja investidura (e não mandato, pois não há representação) não excederá a um ano, vedada a recondução para a mesma comissão no período subsequente (art. 41, § 4.º do Estatuto).

Esse julgamento é soberano, não podendo ser modificado nem mesmo pela autoridade encarregada de homologar o procedimento; esta poderá determinar novo julgamento ou revogar a licitação (justificando o ato), mas não poderá mudar juízo de valor técnico da comissão.

Esclareça-se que não tendo a Comissão técnicos em todas as áreas, poderá promover diligências e solicitar pareceres, conforme se infere do permissivo contido no § 3.º do art. 35, do Estatuto; somente no caso de Comissão de Julgamento de pedidos de inscrição em registro cadastral é que a composição será feita com profissionais legalmente habilitados, nos casos de obras, serviços e equipamentos (Estatuto, art. 41, § 2.º).

Os votos dos membros da Comissão são contados individualmente, não se admitindo voto de qualidade do Presidente, daí sugerir-se que a sua composição tenha número ímpar (já que a norma do art. 41 do Estatuto não é tida como geral).

No Estado do Rio de Janeiro, tal comissão é prevista nos artigos 4.º e 8.º do Decreto n.º 1.064, de 31-12-76, com composição de três membros sendo um deles representantes da Superintendência de Material da Secretaria de Estado de Administração, a quem compete remeter a tal órgão a lista dos preços praticados em cada licitação com vistas ao serviço de registro de preços e pesquisas de mercado.

4.13. ADJUDICAÇÃO — A conseqüência natural do julgamento é a adjudicação do objeto do contrato àquele que apresentar a melhor proposta, sendo, pois, ato da Comissão de Licitação, após classificar as propostas em ordem de preferência. Melhor proposta, para fins de adjudicação, é aquela que, independentemente do valor, apresente-se, por motivos relevantes e justificados, mais adequada, favorável e conveniente ao interesse público, observadas, dentre outras (que devem constar do edital) as condições de quantidade, rendimento, pagamento de preço e prazo, não se prestigiando, necessariamente, o menor preço, como asseverou SAULO RAMOS, então Consultor-Geral da República, na Exposição de Motivos que acompanhou o projeto de decreto-lei, aduzindo ainda que o menor preço, por si só, qualifica qualquer das propostas uma melhor ou mais vantajosa.

HELY LOPES MEIRELLES, didaticamente, aponta os seguintes efeitos jurídicos da licitação homologada:

— aquisição do direito de contactar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a Licitação;

— a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na proposta;

— sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas;

— impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário.

Note-se que, assim como o aprovado em concurso público não tem direito à investidura, o adjudicatário não tem direito ao contrato, cuja celebração fica sujeita aos critérios de conveniência e oportunidade da Administração.

Sendo a licitação um procedimento formal, com todas as etapas definidas em lei, firmou-se entendimento jurisprudencial, através de acórdão da lavra do eminente Ministro FRANCISCO REZEK (*DJV* 5-6-87, p. 11.115, RE n.º 0107552-DF), no sentido de que “o vencedor da concorrência, em hipótese onde a sua proposta reponta, segundo os critérios do edital, a um só tempo como a mais vantajosa e a mais satisfatória, tem direito à adjudicação e não apenas legítimo interesse”.

Já na Exposição de Motivos, SAULO RAMOS anunciava o direito público subjetivo à observância das normas e rituais e à correta aplicação do direito objetivo, o que implica na observância da seqüência legal prevista, ainda que se revogue a licitação.

4.14. HOMOLOGAÇÃO — Após a adjudicação, os autos do procedimento são remetidos à autoridade superior para, exercendo função inerente ao controle hierárquico, verificar se o feito teve tramitação adequada, com vistas à aposição de sua chancela.

A homologação encerra o procedimento licitatório, aprovando-se o resultado apresentado pela Comissão de licitação.

Relembre-se que, sendo a comissão soberana no julgamento, cuja função é prevista na norma geral, não pode a autoridade encarregada do julgamento modificar os seus critérios, mas, tão-somente, determinar o retorno dos autos àquele colegiado para correção de eventuais irregularidades.

Após esse momento, a licitação poderá, ainda, ser anulada, por vício de legalidade, ou revogada, se houver interesse público para tanto. Aliás,

essas hipóteses de desfazimento da licitação podem ocorrer a qualquer tempo, e, em ocorrendo, deverá o feito voltar ao órgão controlador das finanças para retorno à dotação orçamentária do valor deduzido.

No Estado do Rio de Janeiro, a competência para aprovar licitações foi cometida aos Secretários de Estado através do Decreto n.º 10.058, de 24-6-87, englobando, até mesmo, as entidades supervisionadas e vinculadas (e não apenas as subordinadas). Nesse passo, o decreto parece contrariar boa parte da doutrina, que preconiza que não há tutela sem lei; a norma é típica de controle hierárquico (o Decreto-Lei n.º 2.300/86, no art. 24, chega a usar a expressão “autoridade superior”) e não de controle finalístico, que é exercido em relação às entidades da Administração indireta, cuja autonomia deve ser preservada (sob pena de essas entidades perderem a razão de existir).

Aprovada a licitação com a homologação, cujo ato deve ser publicado, e não sendo ela anulada, por outras vias, nem revogada, cumpre ao adjudicatário aguardar a convocação para a assinatura do contrato (art. 54 do Estatuto), encerrando-se, assim, o procedimento prévio indispensável à celebração.

5. *Permissão de serviço público*

5.1. O ART. 175 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL — Uma breve observação deve ser feita em relação ao fato de que o Decreto-Lei n.º 2.300/86 só menciona as licitações como precedentes dos contratos (atos bilaterais). Ocorre que, com o advento da Constituição de 1988, também os atos administrativos (unilaterais) de permissão de serviço público devem ser precedidos de licitação.

Dispõe o art. 175, CF, que a lei disporá sobre:

“— o regime das empresas concessionárias e *permissionárias* de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

— os direitos dos usuários;

— política tarifária;

— a obrigação de manter serviço adequado.”

Note-se que, pelas normas constitucionais expressas, a licitação só é obrigatória para as contratações e permissões de serviço público, não se mencionando as permissões de uso de bem público. Entendemos, data vênica de entendimento firmado na Procuradoria-Geral do Estado do Rio de

Janeiro (Ofício n.º 4/90-JTA — Processo n.º E-14/030535/92) que, vigorando para a Administração o princípio da impessoalidade, está vedada a livre escolha dos destinatários do uso especial de bem público, pelo que, ao menos, os “princípios” de licitação deveriam ser utilizados nesses atos de atribuição.

Impõe-se, pois, a revisão do Decreto-Lei n.º 2.300/86, tão anunciada, ao menos para adaptar os seus termos no que concerne às licitações que precederão as permissões de serviço público (muito comuns no transporte coletivo municipal).

6. *Licitações internacionais*

6.1. NOÇÃO — Já foi visto que a licitação caracteriza-se por ser um procedimento que tem por objetivo a obtenção da melhor proposta em favor da Administração, proporcionando a todos igualdade de oportunidades em com ela contratar. Nas licitações internacionais a diferença está em que elas admitem a participação de empresas estrangeiras, em concorrência com as nacionais, existindo algumas peculiaridades nessa competição. MANOEL DE OLIVEIRA FRANCO SOBRINHO, in *Comentário à Reforma Administrativa Federal*, Saraiva, SP, 1975, faz a distinção entre concorrência internacional e concorrência nacional que admite a participação estrangeira.

“Na primeira hipótese é desnecessário que as firmas lá de fora estejam autorizadas a operar no Brasil, não obstante “a obrigação de se cumprir, nas modalidades previstas, o que é exigível taxativamente por força de lei”.

Na segunda, a autorização de funcionamento no Brasil é essencial, pois o que se quer proteger são os similares aqui produzidos pela indústria brasileira ou bens comercializáveis de origem e procedências nacionais.”

A primeira das peculiaridades, já vista, tem sede constitucional — CF, art. 171, § 2.º — e assegura à empresa brasileira de capital nacional, nos termos da lei, a preferência da aquisição de bens e serviços pelo Poder Público, preferência essa interpretada como fator de desempate no julgamento (devendo constar do edital). Trata-se de uma exceção ao princípio da isonomia, razão pela qual deve ser interpretada restritivamente, não se admitindo, como se tem visto, privilégios e reservas de mercado em relação a percentuais de objetos do contrato.

Igualmente de duvidosa constitucionalidade são as normas que exigem a nacionalização da empresa prestadora de serviços de engenharia, o que, *a priori*, vedaria, por ato administrativo (e não por lei), a abertura de licitação internacional. Tenha-se em mente que eventuais reservas de mer-

cado devem vir por ato do Poder Legislativo e de caráter temporário; mesmo a preferência exige lei; também à lei cabe a disciplina do capital estrangeiro — CF, art. 172, não se admitindo a previsão de algum tratamento diferenciado por via de decreto, como, *in casu*, fazem os Decretos n.ºs 64.345/69, 66.717/70 e 66.864/70. HELY LOPES MEIRELLES adverte, ainda, que a legislação societária brasileira (assim como o inciso do art. 171, CF) atribui nacionalidade brasileira às sociedades comerciais aqui constituídas em conformidade com as normas vigentes, sendo vedada a discriminação do capital estrangeiro aqui investido (Lei n.º 6.404/76, art. 300 e Lei n.º 4.131/62, art. 2.º).

6.2. PECULIARIDADES — No Decreto-Lei n.º 2.300/86, a primeira das peculiaridades envolvendo licitações internacionais vem traçada no § 2.º, art. 3.º, que assegura preferência aos bens produzidos no País, critério suplementar de desempate em relação às empresas brasileiras de capital nacional ou se todas as empresas forem estrangeiras. A preferência, entretanto, só será dada se atendidas as condições *satisfatórias* (poder discricionário) de desempenho, qualidade, prazo de entrega e garantia. Trata-se de interpretação ao preceito constitucional supra, que não é auto-aplicável.

Outra exigência específica das licitações internacionais em relação às empresas estrangeiras diz respeito à sua habilitação nas licitações. Esta será feita mediante apresentação de documentos equivalentes em seus países de origem a aqueles exigidos no art. 25, §§ 1.º a 4.º do Decreto-Lei n.º 2.300/86, com autenticação consular e tradução por tradutor juramentado.

Inobstante tais exigências, devem, ainda, estar consorciadas com empresas nacionais, às quais caberá a liderança do consórcio, ou ter representação legal no Brasil, com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente. No caso de não haver o consórcio com a empresa nacional, a autoridade contratante deverá fixar um índice de nacionalização do objeto do contrato.

Da minuta de contrato, que constará do edital, deverá figurar cláusula que declare competente o foro do Distrito Federal para dirimir qualquer questão de contrato em que a União Federal ou suas autarquias façam parte. Nos contratos celebrados com a Administração Estadual, o art. 237, parágrafo único da Lei n.º 287/79 exige cláusulas declarando competente o foro da Capital do Estado para dirimir qualquer questão contratual, bem como nomeação de procurador com poderes especiais para receber citação inicial, acordar, transigir, comprometer-se em árbitro e dar quitação.

Essas exigências só não ocorrerão em duas hipóteses:

— concorrências internacionais para a aquisição de bens ou serviços cujo pagamento seja feito com o financiamento de organismo internacional do qual o Brasil faça parte;

— compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que tenha havido prévia autorização do Presidente da República.

Nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária (do Conselho Monetário Nacional e BACEN) e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes. Destarte, fatores como o limite de endividamento externo, a forma de pagamento (moeda, prazo, financiamento, por exemplo), as eventuais preferências a grupos econômicos dos quais o Brasil faça parte ou com os quais tenha firmado acordo de cooperação, ou o tratamento semelhante ao conferido à empresa nacional (como é o caso do Tratado do MERCOSUL — Mercado do Cone Sul, envolvendo Brasil, Argentina, Uruguai e Paraguai) devem obrigatoriamente figurar no edital, sempre com observância das normas de Direito Internacional introduzidas no Direito Positivo Pátrio.

Não devem passar despercebidas ao administrador as normas do GATT — *General Agreement on Trade And Tariffs*, especialmente no que concerne aos padrões mínimos de proteção à propriedade intelectual, às normas da ONU sobre conduta das corporações transnacionais e sobre defesa do meio ambiente, no que concerne ao produto adquirido ou técnica empregada, que devem ter pesado no julgamento.

Não é demais lembrar que o Código de Defesa do Consumidor exige assistência técnica e manuais apresentados em língua portuguesa para os produtos de origem estrangeira, esta última atenuada pela prevalência das normas de Direito Internacional vigentes no Brasil (Decreto-Lei n.º 2.300/86, art. 25, § 13 e Lei n.º 8.078, de 11-9-90, art. 7.º).

Sobre a prevalência das normas do Direito Internacional em relação ao Direito Pátrio, cumpre mencionar o magnífico Parecer n.º 20/88-MFV exarado pela ilustre Procuradora do Estado do Rio de Janeiro MARIA FERNANDA VALVERDE, no Processo n.º E-14/34.306/88.

Dito parecer analisou as incompatibilidades entre a legislação financeira federal e estadual e as exigências do BIRD — Banco Interamericano de Desenvolvimento e Reconstrução (conhecido como Banco Mundial), as quais, se inatendidas, resultariam na não assistência financeira daquela entidade.

Cuidou a ilustre parecerista de elencar as três diretrizes de requisitos exigidos pelo Banco:

a) a necessidade de atender a critérios de economia e eficiência na execução do projeto, inclusive na contratação para a aquisição de bens e para a execução das obras que o viabilizem;

b) o interesse do Banco, como instituição cooperativa, em dar a todos os licitantes que reúnam as condições pré-fixadas a oportunidade de com-

petir no fornecimento de bens e na execução das obras financiadas pelo Banco;

c) o interesse do Banco, como instituição de desenvolvimento, em estimular o progresso dos contratantes e fabricantes locais do país beneficiário do empréstimo.

Sendo o BIRD uma pessoa jurídica de Direito Internacional pode editar atos dessa ordem em relação aos países membros (aqueles que promulgarem as Convenções a ele aderindo), entre os quais situam-se as normas para aquisição de empréstimos. São, pois, normas de Direito Internacional que, introduzidas no Direito Interno, sobre ele prevalecem (2.300/86).

(com a própria autorização do § 13 do art. 25 do Decreto-Lei n.º

É por esse raciocínio que soluciona incompatibilidades aparentes no que concerne aos limites mínimos para o tipo de licitação, a exigência pelo Banco de pré-qualificação dos licitantes; a contratação em moeda estrangeira (o Banco não financia a parcela do pagamento em moeda nacional); idioma do contrato, em sendo estrangeiro o vencedor; a não aceitação de faixa-limite para oferta de propostas.

Sobre o tema, FRANCISCO REZEK, em sua obra intitulada *Direito dos Tratados*, leciona que, sendo a Constituição Federal o vértice do ordenamento jurídico de um país, e tendo em vista o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica, é corrente que se preserve a autoridade da Lei Fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito no plano externo.

Aduz ainda que, no Brasil, há um tratamento paritário entre as leis internas de estitura infraconstitucional e os tratados, não se colocando em dúvida, porém, a prevalência dos tratados sobre leis internas anteriores à sua promulgação (*lex posterior derogat priori*).

Contudo, se a lei posterior contraria o tratado internacional, ao qual é atribuída, no direito interno, a hierarquia de lei ordinária, não se opera a sua derrogação. O Direito Internacional tem, na denúncia, o mecanismo próprio da exclusão de suas normas de direito interno; sujeita, porém, o denunciante às sanções expressas no tratado ou convenção, e, ainda, às conseqüências nas relações internacionais (não escritas no instrumento, especialmente no que concerne ao comércio exterior).

A validade e eficácia da licitação internacional ficam subordinadas a algumas condições suspensivas:

1 — autorização do empréstimo, pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, inciso V, da CF;

2 — autorização da Assembléia Legislativa para endividamento internacional;

3 — aprovação dos contratos pelas autoridades brasileiras competentes, com a imediata ciência por escrito ao contratado;

4 — sujeição dos contratos às normas dos convênios firmados entre os governos brasileiros e estrangeiros para o desenvolvimento do intercâmbio comercial e a integração econômica entre ambos os países, inclusive a cláusula do juízo arbitral;

5 — emissão de licença de importação pela CACEX — o art. 61, parágrafo único do Decreto n.º 3.149/80 dispõe que cabe ao órgão fiscal do Estado determinar, em face do cronograma aprovado para execução da obra ou serviço, a ocasião em que o adjudicatário deverá garantir a importação do material ou equipamento.

Relacionadas as peculiaridades das licitações e contratações administrativas internacionais, aplicam-se, quanto ao restante, os princípios e normas das licitações em geral.

7. Conclusão

Como se vê, o Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos, insculpido no Decreto-Lei n.º 2.300/86, é uma norma que dispensa maiores comentários. A lei, em vários momentos, é conceitual e auto-explicativa.

É claro que há lacunas, como ocorre em todas as normas; igualmente, há falhas, como em toda obra humana. Nada, porém, que impeça que a relevante figura do advogado atue como fiel cumpridor da lei, guardião da moral da liberdade e dos princípios gerais do Direito.

A crise de moralidade é evidente. Todavia, o advogado a ela não está alheio; e é neste momento de crise que a sua presença se realça, com vistas à prevenção e à repressão das transgressões às normas do convívio social — Constituição Federal, art. 133.

Na advocacia pública, esses cuidados devem ser ainda maiores, posto que interesses acima dos individuais estão em jogo. Busca-se a preservação do bem-estar social, razão da própria existência do Estado, que tem no papel do advogado uma função essencial para alcançar a Justiça — Constituição Federal, art. 132.

Na advocacia privada, a atenção deve voltar-se ao melhor atendimento da empresa, precavendo-a para assinar contratos em conformidade com a lei, assegurando a justa remuneração e não lançando-a em aventuras arriscadas.

De nada adiantam novas leis se não há quem as cumpra, nem quem zele pelo seu fiel cumprimento.