

# Licitação pública (inovações decorrentes da Lei nº 8.666)

VITOR ROLF LAUBÉ

## SUMÁRIO

1. *Introdução.* 2. *Fundamento constitucional e legal da licitação.* 3. *Competência para legislar sobre licitação.* 4. *A questão das normas gerais sobre licitação.* 5. *Inovações.* 6. *Considerações finais.*

### 1. *Introdução.*

É fato sobejamente conhecido que a administração pública, diversamente da área privada, fica integralmente submetida à norma legal. Não possui ela o mesmo grau de liberdade de ação que os administrados, que podem tudo fazer desde que não exista vedação legal.

À administração pública, pois, apenas é permitido agir em conformidade com o que a lei lhe autorizar; daí ser um traço peculiar seu o exercício de atividades *sub lege*, ou seja, sob a lei. Neste sentido, importa ressaltar, são os escólios de mestres da maior envergadura tanto do direito pátrio, como do direito estrangeiro. Fritz Fleiner, por exemplo, pontificou que "administração legal significa (...) administração posta em movimento pela lei e exercida nos limites de suas disposições"<sup>1</sup>. Já Otto Mayer, ao conceituar a função administrativa, averbou que consistia ela na satisfação dos fins do Estado *sob a lei*<sup>2</sup>. Ainda na mesma trilha palmilhou Renato Alessi, afirmando que "la administracion sólo puede hacer *aquello que*

<sup>1</sup> FLEINER, Fritz. *Principes Généraux du Droit Administratif Allemand*, 1933, p. 87, apud BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Elementos de Direito Administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988, São Paulo, Ed., Revista dos Tribunais, 1990, p. 27.

<sup>2</sup> MEYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*, Buenos Aires, Ed. Depalma, 1949, v. 1, p. 15.

Vitor Rolf Laubé é Procurador do Município de São Bernardo do Campo. Pós-graduado em Direito, em nível de mestrado, pela PUC-SP.

la ley permite"<sup>3</sup>. Entre nós, impossível é olvidar as lições dos saudosos mestres Seabra Fagundes e Hely Lopes Meirelles, que esclareceram, o primeiro, que "administrar é aplicar a lei de ofício"<sup>4</sup>, e o segundo, que "enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na administração pública só é permitido fazer o que a lei autorizar"<sup>5</sup>. Ora, destes ensinamentos se extrai, com luminar clareza, que o exercício da atividade administrativa fica estremado pelo sistema legal, sendo inválidos os atos que nesse sistema não se fundarem, seja por com ele contrastarem, seja por ausência de norma norteadora do comportamento administrativo. Por fim, necessário se faz apontar que esta completa subordinação da ação administrativa à lei se traduz no princípio da legalidade, o qual encontra assento constitucional, conforme se verifica do contido no art. 37 da Lei Suprema de 1988.

Disso sucede, entre outros aspectos, que a administração, ao pretender contratar com algum particular a realização de uma obra, a compra de um bem, a execução de um serviço etc., não pode fazê-lo ao seu talante, como é permitido ao administrado, que livremente elege com quem contrata o pretendido, pagando o preço que bem entender.

Assim sendo, certo é que a administração pública, com o fito de celebrar um contrato dispondo acerca de um bem objetivo, deverá se submeter a um procedimento prévio legalmente estabelecido, pelo qual buscará realizar o negócio que melhor satisfaça o interesse público, propiciando a participação de qualquer particular que deseje contratar tal bem com a administração. Por conseguinte, deverá a administração se submeter à realização de um procedimento denominado *licitação pública*, nos moldes em que é preestabelecido pelo sistema jurídico positivo.

## 2. Fundamento constitucional e legal da licitação

Entre nós, impende aclarar, a licitação con-

<sup>3</sup> ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ed. Bosch, 1970, p. 12.

<sup>4</sup> FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5.ª ed., rev. e atual., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979, p.p. 4-5.

<sup>5</sup> MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 14.ª ed., atual. pela Constituição de 1988, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 78.

ta com previsão tanto no plano constitucional como no legal.

Assim é que a Constituição da República de 1988 sobre ela aludiu expressamente em três passagens: no art. 22, inciso XXVII, para estabelecer que "compete privativamente à União 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 o seu controle"; no art. 37, inciso XXI, para assentar que essas mesmas pessoas, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, deverão observar que, "ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações"; e no art. 175, para consignar que a concessão ou a permissão da prestação de serviços públicos sempre se dará através de licitação.

Ressalve-se, contudo, que, mesmo implicitamente, o constituinte de 1988, em dois outros dispositivos, dispôs sobre matéria concernente à licitação pública. Primeiro, no art. 171, § 2.º, ao prever que o poder público, na aquisição de bens e serviços, deverá dar tratamento preferencial à empresa brasileira de capital nacional. Depois, no art. 195, § 3.º, para vedar a contratação pelo poder público de pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei.

Por seu turno, no plano subconstitucional, existe a Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que recentemente revogou o Decreto-Lei n.º 2.300, de 21 de novembro de 1986. Este novo "Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos", segundo o seu art. 1.º, estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, assim como dos Municípios, além do que deixa claro, no parágrafo único deste mesmo artigo, que ao regime que institui se subordinam a administra-

ção direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas pessoas de direito público com capacidade política, vale dizer, pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

### 3. Competência para legislar sobre a licitação

Sem margem de dúvida, por se tratar a licitação de matéria eminentemente de direito administrativo, possuem competência para sobre ela legislar a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. Anote-se que tal competência decorre da própria autonomia conferida a essas pessoas com capacidade política pelo *caput* do art. 18 da Lei Fundamental.

Todavia, conforme o já entrevisto, a edição de *normas gerais* sobre licitação e contratos administrativos compete privativamente à União, *ex vi* do insculpido no art. 22, inciso XXVII, da Constituição Federal.

Em conseqüência, cumpre à União o estabelecimento das referidas normas gerais sobre licitação e contratação, sobrando às demais pessoas políticas competência para legislar sobre estes temas no que lhes for peculiar. Destarte, Estados, Distrito Federal e Municípios devem editar as suas próprias leis sobre licitações e contratos administrativos, com o fito de suplementar as normas gerais traçadas pela União, porém adaptando suas leis às peculiaridades regionais ou locais.

### 4. A questão das normas gerais sobre licitação

Como divisado, a União já exercitou a sua competência respeitante à edição das “normas gerais sobre licitação” com a promulgação da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. A própria lei deixa evidente esse fato no seu primeiro dispositivo.

Sem embargo disso, não se afigura razoável concluir que os seus 125 artigos constituam “normas gerais sobre licitações e contratos administrativos” e, portanto, de obrigatória observância pelas diversas pessoas políticas. Assim se assevera porque se trata de texto legal que detalha a matéria minuciosamente; isso sem prejuízo de outros temas regulados e que se relacionam com a fase de planejamento do procedimento licitatório, assim como sobre regras penais, tanto de natureza substantiva,

como de natureza adjetiva. E, se assim se apresenta, óbvio fica que não se cingiu ela tão-só à edição de normas gerais. Entretanto, certo é que, se contrária for a *mens legis*, dúvida alguma restará em se categorizar o seu artigo 1.º de inconstitucional, já que aí estará indubitavelmente desbordando dos lindes permitidos pela Constituição de 1988.

O certo é que essa *complexa conformação* da Lei n.º 8.666 implica em que os legisladores estaduais, distritais e municipais acabaram por ficar sem qualquer orientação acerca daqueles dispositivos que realmente constituem normas gerais sobre licitação, pois, na verdade, o novo “Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos” de par de conter *normas de âmbito nacional* — aquelas que instituem normas gerais — também abriga *normas de âmbito federal* — regras que se dirigem aos entes da administração federal. De melhor técnica legislativa se afiguraria que o legislador federal tivesse tratado, conforme o âmbito a que se destinassem as regras de caráter licitatório, em diplomas distintos, as normas gerais sobre licitação e as normas especiais de licitação dirigidas aos órgãos federais.

Mas qual o verdadeiro sentido dessas “normas gerais de licitações”? A resposta a esta indagação, todavia, não é fornecida no plano do direito positivo, haja vista que inexistente estatuição legal a respeito. Já no patamar da ciência do Direito, certo é que alguns poucos doutrinadores pátrios já encetaram algumas opiniões sobre o tema, sem contudo, lograrem convergência de entendimentos.

José Afonso da Silva, por exemplo, ao se referir à competência legislativa da União acaba por abordar a questão concernente às normas gerais, para ao lado das diretrizes e bases, caracterizá-las como *legislação principiológica*<sup>6</sup>.

Para fins de licitação, leciona Hely Lopes Meirelles,

“... deve-se entender por *normas gerais* todas aquelas que estabelecem princípios ou diretrizes aplicáveis indistintamente a todas as licitações e contratos administrativos em todo o território na-

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 5.ª ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 434.

cional”<sup>7</sup>.

Toshio Mukai, vale ressaltar, converge com este conceito de norma geral, além de identificar diversos dispositivos desta categoria no hoje revogado Decreto-Lei n.º 2.300<sup>8</sup>.

Diógenes Gasparini sustenta que são normas gerais aquelas que estabelecem princípios, ao que aduz:

“A nosso ver, esses princípios (normas gerais) aplicáveis a todas as licitações realizadas em nosso País são apenas a obrigatoriedade da licitação para os negócios de interesse das pessoas públicas e governamentais, a obrigatoriedade de buscar a melhor proposta e a observância dos princípios que regem a licitação”<sup>9</sup>.

Em estudo específico sobre as normas gerais nas licitações e contratos administrativos, Alice Gonzalez Borges as rotula como diretrizes que só podem ser *sobredireito* (direito sobre direito), *comandos genéricos* (normas de leis), “despidos de minudências e detalhes”, dirigidos à competência do legislador local”<sup>10</sup>.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, à sua vez, alerta *inexistir um conceito satisfatório sobre “normas gerais”*, mas sim aproximações doutrinárias, sendo que, após citar as teorias que procuram explicar a natureza jurídica destas normas, aponta para uma conclusão comum:

“ora, as normas gerais comportam-se como princípios, estabelecendo pautas para a legislação preceitual, ora comportam-se como preceitos, prescindindo de qualquer legislação complementar para serem aplicadas direta ou indiretamente

aos fatos concretos que devem reger”<sup>11</sup>.

Sem embargo desses douts entendimentos, óbvio parece se exsurgir que as precitadas normas gerais constituem regras principiológicas, visto que estabelecem princípios, diretrizes ou conceitos fundamentais. Não possuem elas o mesmo grau de abstração dos princípios, nem tampouco o mesmo grau de concreção das normas ordinárias; situam-se, sim, num patamar intermediário, disso decorrendo, como já alhures referido, a sua categorização como *sobredireito*.

É evidente, porém, que o fato de o legislador federal haver reunido num único diploma as normas gerais nacionais e as normas especiais federais em muito dificultará a missão dos legisladores das ordens subalternas em identificar as referidas regras principiológicas, a fim de editarem as respectivas leis de licitações e contratos administrativos.

#### 5. Inovações.

Sem embargo do já aludido acerca da constitucionalidade da Lei n.º 8.666, mormente do seu art. 1.º, inquestionável é que este diploma legal representa um grande progresso em relação ao Decreto-Lei n.º 2.300, ao estabelecer *normas destinadas a moralizar uma seara* muito suscetível à incidência de corrupção.

Exemplos dessa intenção moralizadora encontram-se permeados em todo o texto da nova Lei de Licitações, valendo ressaltar dentre eles a eleição do critério do menor preço como o principal para a seleção das propostas dos licitantes; a abolição da possibilidade de adoção do sistema de preço-base ou preço-referência, que dava margem a eventuais abusos; a imposição de um maior rigor na hipótese de dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública; a profusão de dispositivos atinentes tanto à responsabilidade administrativa, civil e criminal dos servidores públicos e dos licitantes que perpetrem atos ou ações irregulares nas licitações ou contratações, assim como às formas de controle popular etc..

Visto isso, cumpre que se detenha efetivamente no objeto deste estudo, qual seja a identificação de, senão todas, da maioria das inovações introduzidas no sistema jurídico-posi-

<sup>7</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, 5.ª ed. atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 34.

<sup>8</sup> MUKAI, Toshio. *Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1988, pp. 10-14.

<sup>9</sup> GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1989, p. 210.

<sup>10</sup> BORGES, Alice Gonzalez. “Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos (contribuição para a elaboração de uma lei nacional)”, *Revista de Direito Público*, n.º 96, pp.84-87, out./dez. 1990.

<sup>11</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “Licitações (considerações em torno de alguns aspectos constitucionais)”, *Revista de Informação Legislativa*, n.º 113, pp. 255-256, jan./mar. 1992.

tivo com o advento da Lei n.º 8.666 e consequente revogação do Decreto-Lei n.º 2.300 e das normas legais que lhe sobrevieram, modificando-o.

Frise-se, porém, que, por questões metodológicas, proceder-se-á à explicitação de tais inovações agrupando-as como previstas nas respectivas seções dos capítulos que compõem o novel texto legal.

#### 5.1. Princípios.

a) Além das obras, serviços, compras e alienações da administração, quando contratados com terceiros, passam também a ser obrigatoriamente precedidos de licitação os *serviços de publicidade*, as *concessões e permissões de serviços públicos* (CF, art. 175), bem como as *locações* (art. 2.º).

b) A observância do *princípio da isonomia* passa a ser referida expressamente como finalidade da licitação, assim como o processamento e o julgamento deste procedimento deverá ser pautado pelos princípios à administração pública impostos pelo *caput* do art. 37 da *Constituição Federal*, mais os da *igualdade e da proibição administrativa*, além daqueles que lhe são peculiares e correlatos (art. 3.º, *caput*).

c) Dentre as *vedações aos agentes públicos*, fica acrescida a de estabelecer tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras (art. 3.º, § 1.º, II).

d) Como *critério de desempate* é assegurada preferência (CF, art. 171, § 2.º), sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; produzidos no País; ou produzidos ou prestados por empresas brasileiras (art. 3.º, § 2.º), sendo que, se mesmo assim ainda persistir o empate, realizar-se-á o sorteio (art. 45, § 2.º).

e) Fica facultado a qualquer cidadão o *acompanhamento do desenvolvimento do procedimento licitatório*, desde que não perturbe ou impeça a *realização dos trabalhos* (art. 4.º, *caput*).

f) Estranhamente, o procedimento licitatório passa a ser caracterizado como *ato administrativo formal* (art. 4.º, parágrafo único), uma vez que, é notório, o procedimento é constituído, sim, de uma série de atos administrativos.

g) Fica imposta à administração a observância estrita da *ordem cronológica para os*

*pagamentos das obrigações contratuais decorrentes de uma mesma fonte de recursos* (art. 5.º).

#### 5.2. Obras e serviços.

a) A existência de *orçamento detalhado em planilhas* que expressam a composição de todos os custos unitários de obras e serviços, bem assim a *contemplação dos produtos* destas em metas estabelecidas no *Plano Plurianual* (CF, art. 165), tornam-se pressupostos para as respectivas licitações (art. 7.º, § 2.º, II e IV).

b) Passa a ser vedada a inclusão no objeto da licitação, tanto da possibilidade de *obtenção de recursos financeiros* para a sua realização (art. 7.º, § 3.º), como do fornecimento de materiais e serviços sem previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo (art. 7.º, § 4.º).

c) Em princípio, fica também proibida a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas (art. 7.º, § 5.º).

d) É vedado, para o fito de julgamento de proposta, o *cômputo*, como valor da obra ou serviço, da *atualização monetária* das obrigações de pagamento desde a data final de cada período de aferição até a do respectivo pagamento (art. 7.º, § 7.º).

e) Qualquer cidadão poderá requerer à administração os quantitativos das obras e preços unitários de determinada obra executada (art. 7.º, § 8.º).

f) Fica proibido o *retardamento imotivado* da execução de obra ou serviço, se existente previsão orçamentária, exceto se houver insuficiência financeira de recursos ou comprovado motivo de ordem técnica (art. 8.º, § 2.º).

g) Quanto aos regimes de execução de obras e serviços, foi suprimido o de *administração contratada* e acrescentado o de *empreitada integral* (art. 10).

h) Em adequação ao exigido pela Constituição da República, passa a constituir requisito dos projetos básico e executivo o conernente ao *impacto ambiental* (art. 12, VII).

#### 5.3. Serviços técnicos profissionais especializados.

a) Às costumeiras hipóteses é aduzida a de trabalhos de restauração de *obras de arte e bens de valor histórico* (art. 13, VII).

b) Deverão os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados, ressalvados os casos de licitação inexigível, ser preferencialmente celebrados mediante a *realização de concurso* (art. 13, § 1.º).

c) As empresas de prestação de serviços técnicos especializados ficam obrigadas a garantir que os integrantes de seus quadros realizem pessoalmente os serviços contratados (art. 13, § 3.º).

#### 5.4. Compras

a) Sempre que possível, as compras deverão ser processadas pelo sistema de *registro de preços*, o qual passa a possuir amplo detalhamento legal (art. 15, II e §§).

b) Deverão ainda as compras balizarem-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública (art. 15, V).

c) O recebimento de material de valor superior ao estabelecido no art. 23, II, *a*, deverá ser confiado a uma comissão composta por, no mínimo, três membros (art. 16).

#### 5.5. Alienações

a) Somente no caso de alienação de bens imóveis de sociedades de economia mista e empresas públicas fica dispensada a autorização legislativa (art. 17, I).

b) A doação de bem imóvel passa a ser admitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo (art. 17, I, *b*); ocorrendo, todavia, a cessação das razões que justificaram a doação, reverterá o bem ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada a sua alienação pelo beneficiário (art. 17, § 1.º).

c) A permuta de bem móvel fica apenas permitida entre órgãos ou entidades da administração pública (art. 17, II, *b*).

d) A alienação de bens móveis não necessitará de licitação tanto na hipótese de venda de bens produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da administração pública, em virtude de suas finalidades (art. 17, II, *e*), como na de venda de materiais e equipamentos para outros órgãos ou entidades da administração pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe (art. 17, II, *f*).

e) A concessão de direito real de uso de bem imóvel a outro órgão ou entidade da administração pública dispensa a realização de

concorrência (art. 17, I c.c. § 2.º).

#### 5.6. Modalidades, limites e dispensa de licitação

a) Fica contemplada a publicidade dos editais de concorrências e de tomadas de preços através de *avisos* contendo o resumo daqueles, assim como passam a ser explicitados os pertinentes veículos para a publicação de tais avisos (art. 21).

b) O prazo mínimo até o *recebimento de propostas* ou da realização do evento será de 45 dias tanto para o *concurso*, como para a licitação do tipo *melhor preço* ou *técnica e preço*, ou quando o contrato objetivado contemplar a modalidade de empreitada integral; já para o *convite* tal prazo será de 5 dias úteis (art. 21, § 1.º, II, IV e V, respectivamente).

c) Na tomada de preços também poderão participar todos aqueles que, até o terceiro dia anterior ao fixado para o recebimento de propostas, atenderem às condições exigidas para o cadastramento, observada a necessária qualificação (art. 22, § 2.º).

d) Torna-se obrigatória a *publicidade do convite* através da afixação de cópia da respectiva convocação em quadro próprio da unidade licitante, que o estenderá aos demais interessados, os quais deverão manifestar o seu interesse até 24 horas antes do fixado para o recebimento das propostas; porém fica proibida a repetição de carta-convite a licitante para certame imediatamente subsequente e com objeto idêntico ou semelhante, quando existam mais de três possíveis interessados na praça (art. 22, §§ 3.º e 6.º).

e) Previstas as *modalidades de licitação* de concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão, fica expressamente vedada a criação de qualquer outra (art. 22, § 8.º).

f) Os Municípios e entidades e órgãos a eles subordinados, conforme a sua população, passam a contar com valores determinantes da modalidade de licitação a ser adotada diverso daqueles uniformemente estabelecidos (art. 23, § 1.º).

g) Fica permitida a *tomada de preços internacional*, desde que a unidade licitante possua cadastro internacional de fornecedores (art. 23, § 3.º, parte final).

h) A hipótese de dispensa de licitação por *calamidade pública* deixa de possuir previsão

específica e passa a ser contemplada juntamente com a de *emergência*, sendo que somente fica admitida a dispensa para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras ou serviços que possam ser concluídos em 180 dias, contados estes do fato do qual derivou a calamidade ou a emergência, proibida a prorrogação dos respectivos contratos (art. 24, IV).

i) Deixam de estar elencados nos desdobramentos do dispositivo que trata da licitação inexigível, como acontecia no art. 23 do Decreto-Lei n.º 2.300, e passam a integrar o rol de hipóteses de *licitação dispensável* os casos em que houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional; a compra ou locação de imóvel destinado ao serviço público, cujas necessidades de instalação ou localização condicionem a sua escolha; a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço; e a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade (art. 24, IX, X, XI e XV).

j) Fica também acrescida a *licitação dispensável* das hipóteses seguintes: compras eventuais de gêneros alimentícios perecíveis; contratação de instituição nacional sem fins lucrativos e de inquestionável reputação ético-profissional, incumbida de pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico; e para os casos de aquisição de bens e serviços por intermédio de organização internacional, desde que o Brasil dela seja membro e nos termos de acordo específico (art. 24, XII, XIII e XIV).

l) *A comprovação da exclusividade* de produtor, empresa ou representante comercial exclusivo nas aquisições de materiais, equipamentos ou gêneros, hipótese de licitação inexigível, deve ser feita através de *atestado* fornecido por órgão de registro do comércio, por sindicato, federação ou confederação patronal, ou ainda por entidades equivalentes (art. 25, I).

m) Fica vedada a inexigibilidade de licitação para *serviços de publicidade e divulgação* (art. 25, II, parte final).

n) Havendo comprovação de *superfatura-*

*mento* em decorrência de licitação dispensada ou inexigível, responderão solidariamente pelos danos causados à Fazenda Pública o contratado e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art. 25, § 2.º).

o) As licitações dispensadas, salvo as pelo pequeno valor, e as inexigíveis, assim como os retardamentos de execução de parcela de obra ou serviço, deverão ser ratificadas pela autoridade competente em 3 dias e objeto de publicação na imprensa oficial no prazo de 5 dias, como condição de eficácia dos atos (art. 26).

p) Os processos de dispensa, inexigibilidade ou de retardamento deverão ser instruídos, no que couber, com a *caracterização da situação emergencial ou calamitosa* que justifique a dispensa, com as *razões de escolha* do fornecedor ou executante e com a *justificativa do preço* (art. 26, parágrafo único).

#### 5.7. Habilitação

a) As exigências concernentes à documentação respeitante à *habilitação jurídica* persistem substancialmente inalteradas (art. 28).

b) No atinente à documentação referente à *regularidade fiscal*, fica também dos interessados exigida prova de inscrição no *cadastro de contribuintes estadual ou municipal*, se existir, relativo ao domicílio ou sede do licitante e pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual (art. 29, II), assim como de regularidade respeitante à *seguridade social*, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei (art. 29, IV).

c) Quanto à documentação tocante à *qualificação técnica*, fica acrescida a comprovação do *peçoal técnico disponível*, bem como a qualificação de todos os membros da *equipe técnica* que se responsabilizará pelos trabalhos contratados (art. 29, II).

d) Ainda quanto a essa qualificação, é estabelecido que a comprovação da aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em característica, quantidades e prazos com o objeto do certame, no caso de licitações de obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente certificados pela entidade profissional competente, limitadas as exigências quanto à capacitação técnico-profissional à comprovação do licitante em pos-

suir em seu quadro permanente, na data da licitação pública, profissional de nível superior detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos (art. 30, § 1.º).

e) Por fim, quanto à documentação relativa à *qualificação econômica-financeira*, passa também a poder ser exigido, além das demonstrações contábeis, o *balanço patrimonial* do último exercício social (art. 31, I), assim como *garantia* limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação (art. 31, III).

f) Poderá, ainda, ser exigido *capital mínimo*, desde que não ultrapasse a 10% do valor estimado da contratação (art. 31, §§ 2.º e 3.º), bem como *relação de compromissos assumidos* que importem diminuição da capacidade operativa ou absorção de disponibilidade financeira (art. 31, § 4.º).

#### 5.8. Registros cadastrais

Os registros cadastrais destinados à habilitação serão *válidos por, no mínimo, um ano*, além do que, de par de deverem ser *amplamente divulgados*, terão que estar permanentemente *abertos aos interessados*, obrigando-se a unidade por eles responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a *atualização* dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados (art. 34, *caput* e parágrafo único).

#### 5.9. Procedimento e julgamento

a) Não mais é exigido no início do procedimento licitatório, como acontecia desde a vigência do Decreto-Lei n.º 200, a juntada aos respectivos autos do comprovante de comunicação do certame às *entidades de classe*, porém passa a ser necessária a juntada do *ato de designação*, conforme o caso, da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou, ainda, do responsável pelo convite (art. 38, III).

b) Torna-se obrigatória a realização de *audiência pública* aos eventuais interessados, sempre que o valor estimado da licitação, ou para o conjunto de licitações simultâneas e sucessivas, for superior a 100 vezes o limite previsto no art. 23, I, c, devendo ainda tal se verificar pelo menos 15 dias úteis antes da publi-

cação do pertinente edital e pelos mesmos meios previstos para a publicidade deste, além de divulgado ao menos 10 dias antes de sua realização (art. 39).

c) O *edital* deverá conter em seu preâmbulo, além de outras informações que já eram obrigatórias, aquelas respeitantes ao regime de execução e o tipo de licitação (art. 40, *caput*), demais, deverá também passar a indicar, entre outros, o local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico (inc. IV) e, se houver disponível na oportunidade, o projeto executivo (inc. V); o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso (inc. X); o critério de reajuste desde a data da proposta e a do efetivo adimplemento (inc. XI); e condições de pagamento prevendo: o prazo de pagamento em relação à data final a cada período de aferição não superior a 30 dias; cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros; critério de atualização financeira dos valores a serem pagos entre cada medição e o efetivo pagamento; compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por possíveis antecipações de pagamento; e exigências de seguros, quando o caso (inc. XIV e alíneas).

d) Fica estabelecido que constituem *anexos do edital*, dele fazendo parte integrante, o projeto básico e/ou o projeto executivo, completos; o demonstrativo do orçamento estimado em planilhas de quantitativos e custos unitários; a minuta do contrato a ser firmado; e as especificações complementares, bem como as normas de execução pertinentes à licitação (art. 40, § 2.º).

e) Qualquer cidadão poderá *impugnar edital* que contrarie a Lei de Licitações, fazendo-o em até 5 dias antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, garantida a sua apreciação no prazo de 3 dias (art. 41, § 1.º).

f) A *concorrência de âmbito internacional* passa a contar com uma disciplina muito mais detalhada que a pretérita, ficando previsto, por exemplo, que o respectivo edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes (art. 42, *caput*); será permitido ao licitante brasileiro cotar preço em moeda estrangeira, quando tal for permitido ao licitante estrangeiro (art. 42, § 1.º); nesse



caso, o pagamento feito a licitante brasileiro contratado será feito em moeda brasileira à taxa de câmbio vigente na data do efetivo pagamento (art. 42, § 2.º).

g) Para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas no respectivo procedimento licitatório, mantidos os princípios fundamentais da Lei de Licitações brasileira, as normas e procedimentos daquelas entidades e as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais, aprovados pelo Congresso Nacional (art. 42, § 5.º).

h) A licitação deverá ser processada e julgada com observância, dentre outros aspectos, da conformidade de cada proposta com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, desclassificando-se as propostas desconformes ou incompatíveis (art. 43, III).

i) Fica vedada a *desistência de proposta* após a fase de habilitação, exceto por motivo justo derivado de fato superveniente aceito pela comissão julgadora (art. 43, § 6.º).

j) Constituem *tipos de licitação* a de menor preço, a de melhor técnica e a de técnica e preço, ficando *proibida a de preço-base ou preço-referência* (art. 45, §§ 1.º e 5.º).

l) Somente para serviços de natureza predominantemente intelectual poderão ser adotados os tipos de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço (art. 46, *caput*), as quais passam a contar com detalhada disciplina (art. 46, §§ 1.º e 2.º).

m) É assegurado o *contraditório* e a *ampla defesa* em caso de desfazimento do procedimento licitatório por *revogação* ou por *anulação* (art. 49, § 3.º).

n) São nulos os contratos celebrados pela administração com preterição da ordem de classificação ou com terceiro estranho ao procedimento licitatório (art. 50).

o) A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas, serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de

no mínimo 3 membros (art. 51, *caput*).

p) Na hipótese de convite, a comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e ante a exiguidade de pessoal, poderá ser substituída por servidor designado pela autoridade competente (art. 51, § 1.º).

q) Os *membros* das comissões de licitação *responderão solidariamente* por todos os atos praticados pelo órgão pluripessoal, exceto se houver voto divergente registrado em ata da reunião em que tomada a decisão (art. 51, § 3.º).

r) Em caso de *concurso*, o julgamento será realizado por *comissão especial* integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria (art. 51, § 5.º).

#### 5.10. Contratos administrativos

a) Além das *cláusulas contratuais necessárias* até então exigidas, passam a também ter que integrar o contrato aquelas que versem sobre os critérios de *atualização monetária* entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento; a *vinculação ao edital* da licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor; a *legislação aplicável à execução do contrato* e mormente aos casos omissos; e a obrigação do contratado de manter todas as condições de habilitação e qualificação exigidas no certame (art. 55, III, XI, XII e XIII).

b) Fica admitida a exigência de *garantia*, a critério da autoridade competente, nas contratações de obras, serviços e compras, a qual não poderá exceder a 5% do valor do contrato, vedada a modalidade seguro-garantia (art. 46, § 1.º, 3, do Decreto-Lei n.º 2.300), sendo certo que, ao final da execução do contrato, deverá ela ser liberada ou restituída e, quando em dinheiro, corrigida monetariamente (art. 56, *caput* e §§).

c) A *duração dos contratos* regidos pela nova Lei de Licitações fica adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, salvo quanto aos relativos aos projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no plano plurianual, os quais poderão ser prorrogados desde que exista previsão no edital e haja interesse da administração; à prestação de serviços a serem executados de forma contínua, os quais poderão ter a sua duração estendida por igual período; e ao aluguel de equipamentos e à utilização de programas de

informática, podendo a sua duração estender-se pelo prazo de até 48 meses após o início da vigência do contrato (art. 57, *caput* e incisos).

d) Fica expressamente vedado o contrato com prazo de vigência indeterminado (art. 57, § 3.º).

e) Passa a ser prevista como prerrogativa da administração decorrente do regime jurídico dos contratos administrativos, nos casos de serviços essenciais, a ocupação provisória de bens móveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem assim na hipótese de rescisão do contrato administrativo (art. 58, V).

f) Somente poderá haver alteração das cláusulas econômico-financeiras e monetárias após concordância do contratado (art. 58, § 1.º)

#### 5.11. Formalização dos contratos

a) Deixa de haver expressa previsão, tal qual ocorria sob a égide do Decreto-Lei n.º 2.300, da vedação de atribuição de efeitos financeiros retroativos aos contratos administrativos, bem assim às suas alterações, além da admissibilidade de exceção a esta regra quando a demora para a formalização desses ajustes, em caso de extrema e comprovada urgência, não for superior a 48 horas; ressalte-se que a referida falta de previsão se dá em razão de veto aos parágrafos segundo e terceiro do art. 61 do novo Estatuto de Licitações e Contratos Administrativos.

b) Fica, nesta sede, uma vez mais ratificada a imposição de que a minuta do futuro contrato deverá sempre integrar o edital ou o ato convocatório da licitação (art. 62, § 1.º).

#### 5.12. Alteração dos contratos

a) É vedada, na alteração contratual da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de execução de obra e serviço ou fornecimento (art. 65, II, c).

b) Nenhum acréscimo ou supressão de obras, serviços ou compras poderá exceder a 25% do valor inicial atualizado do contrato, ou a 50% deste para o caso particular de reforma de edifício ou de equipamento (art. 65, §§ 1.º e 2.º), ficando garantido, na primeira hipó-

tese, no caso de supressão, o pagamento ao contratado dos materiais já adquiridos e postos no local dos trabalhos pelos custos da aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, sem prejuízo de indenização por outros danos eventualmente provocados (art. 65, § 4.º).

c) Torna-se admissível a simples apostila em substituição ao termo de aditamento, por não caracterizar alteração do contrato, nos casos de variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, de atualizações, compensações ou penalizações financeiras derivadas das condições de pagamento nele previstas, assim como de empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido (art. 65, § 8.º).

#### 5.13. Execução dos contratos

a) É facultada a contratação de terceiros para assistir e subsidiar, com informações pertinentes à atribuição, o representante da administração especialmente designado para o acompanhamento e fiscalização da execução do contrato (art. 67).

b) Quanto ao recebimento definitivo do objeto contratual executado, fica o seu prazo máximo reduzido de 120 para 90 dias, salvo em casos excepcionais, devidamente justificados e previstos no edital (art. 73, § 3.º).

c) Na hipótese de o termo circunstanciado ou a verificação propiciadores dos recebimentos provisórios e definitivos, conforme o caso, do objeto de obras e serviços ou de locação de equipamentos, não serem, respectivamente, lavrado ou procedida dentro dos prazos fixados, reputar-se-ão como realizados, desde que comunicados à administração nos 15 dias anteriores à exaustão dos mesmos (art. 73, § 4.º).

d) Dentre as hipóteses que dispensam o recebimento provisório, deixa de existir a de "outros materiais", que acompanhava os casos de gêneros perecíveis e alimentação preparada (art. 74, I).

#### 5.14. Inexecução e rescisão dos contratos

a) O pedido de concordata do contratado não mais constitui motivo para a rescisão do contrato administrativo, tal qual também passa a acontecer com os casos de protesto de título ou a emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos, que caracterizavam a insolvência do contratado e também ensejavam a rescisão contratual quando da vigência do De-

creto-Lei n.º 2.300.

b) Passa também a constituir motivo para a rescisão do contrato as *repetidas suspensões da sua execução* impostas pela administração que totalizem mais de 120 dias, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente imprevisíveis desmobilizações e mobilizações e outras previstas, garantido o direito do contratado de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação (art. 78, XIV, 2ª parte), direito este também assegurado ao contratado na rescisão admitida pelo atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos em face da execução do objeto ou de suas parcelas (art. 78, XV).

c) Fica garantido o *contraditório* e a *ampla defesa* nos casos de *rescisão contratual* (art. 78, parágrafo único).

d) Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual período (art. 79, § 5.º).

#### 5.15. Sanções administrativas

A promoção da *reabilitação* facultada nos casos de aplicação a contratado da sanção de declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a administração em decorrência de inexecução total ou parcial, passa a ser melhor disciplinada, eis que aclarado que será concedida sempre que o contratado ressarcir a administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo de 2 anos (art. 87, IV e § 3.º).

#### 5.16. Crimes e respectivas penas e procedimento judicial

Sem margem a qualquer dúvida, é nesta seara que houve a maior inovação nas regras atinentes à licitação e contratação, haja vista que não existia similar disciplina no Decreto-Lei n.º 2.300. Qualquer irregularidade nesse âmbito, pois, deveria basicamente ser resolvida mediante a tentativa de subsunção do fato incomum às hipóteses legais previstas pela legislação penal comum, assim como, uma vez caracterizada a conduta típica, seguir o curso traçado pela pertinente legislação adjetiva.

É principalmente nos arts. 89 a 108 que fica irrefragavelmente evidente o aspecto moralizador que se encontra subjacente na nova disciplina das licitações e contratações, pois se nota que o legislador federal procurou esgo-

tar, ante o minucioso regramento, todo o ressaltante aos respectivos crimes, penas, processo e procedimento judiciais, sem haver, inclusive, se olvidado da estatuição de severas normas dispondo sobre a responsabilidade e as sanções de natureza administrativa, o que fez, aliás, em grande profusão ao longo de todo o texto legal objeto deste estudo, consoante o já precedentemente entrevisto.

#### 5.17. Recursos administrativos

Nesta sede foram introduzidas três importantes inovações, a saber: a possibilidade de impetração de recurso também em face do ato da administração impositivo da aplicação das penas administrativas de *advertência*, *suspensão temporária* ou de *multa* (art. 109, I, f); a atribuição de *efeito suspensivo* aos recursos nos casos que atacarem, além da habilitação ou inabilitação de licitante, fizerem-no em relação ao julgamento das propostas (art. 109, § 2.º); e a estatuição de que nenhum prazo de recurso, representação ou pedido de reconsideração se iniciará ou fluirá sem que os autos do processo estejam com *vista franqueada* ao interessado (art. 109, § 5.º).

#### 5.18. Disposições finais e transitórias da lei

a) Fica assegurado o direito de qualquer licitante, contratado ou pessoa natural ou jurídica de *representar* contra irregularidades no tocante ao controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos com mesmo fim, além de ao Tribunal de Contas, aos órgãos integrantes do sistema de controle interno da administração (art. 113, § 1.º).

b) Tanto o Tribunal de Contas como os órgão integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar, para exame, antes da abertura das propostas, cópias de edital de licitação já publicado, assim como determinar, após exame, medidas corretivas desse instrumento (art. 113, § 2.º).

c) De par com a previsão de que se aplicam as disposições da nova lei, no que couber, aos *convênios*, *acordos*, *ajustes* e *outros instrumentos congêneres* celebrados por órgãos e entidades da administração pública, passa a haver minucioso detalhamento quanto aos convênios, além da imposição de todos conterem, no mínimo, as seguintes informações: identificação do objeto a ser executado; metas a serem atingidas; etapas ou fases de execução; plano de aplicação dos recursos financeiros; crono-

grama de desembolso; e previsão de início e fim da execução do objeto, bem como da conclusão das etapas ou fases programadas (art. 116).

d) As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou diretamente pelo poder público deverão editar *regulamentos próprios*, devidamente publicados, os quais se sujeitarão às disposições da lei em apreço (art. 119, *caput*).

e) Na hipótese de concessão de linha aérea, observar-se-á *procedimento licitatório específico* a ser estabelecido pelo Código Brasileiro de Aeronáutica.

f) Por fim, fica estabelecido que as *repartições sediadas no exterior* observarão nas suas licitações e contratações administrativas as peculiaridades locais e os princípios básicos da lei em apreço, na forma de regulamentação específica (art. 123).

#### 6. Considerações finais

À vista de todas as inovações decorrentes da edição da Lei n.º 8.666, as quais acima se tentou destacar, óbvia se erige a proposição preambularmente citada e consistente na preocupação moralizadora da lei, visando coibir a prática de irregularidades nas licitações e contratações. Mais ainda: de tais inovações facilmente também se divisa a vontade do legislador em propiciar uma ampla participação de proponentes nos certames licitatórios, um acentuado municiação dos administrados para um efetivo controle desse tipo de procedimento, bem assim uma indelével intenção de estirpar das licitações o subjetivismo na apreciação das ofertas que a elas acudirem.

Todavia, além disso tudo, e da questão da necessária e tormentosa identificação de suas normas gerais, para a edição das pertinentes leis pelos demais entes federados que não a União, e sem prejuízo da questão da aparente inconstitucionalidade que se encontra radcada no seu art. 1.º, certo é que a sua aplicação não se apresentará despida de dificuldades, visto se evidenciar ela muitíssimo minuciosa e, por assim dizer, burocratizante.

#### Bibliografia

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Barcelona, Ed. Bosch, 1970.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. 2.ª ed. rev., ampl. e atual. com a Constituição Federal de 1988. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1990.

BORGES, Alice Gonzalez. "Normas Gerais nas Licitações e Contratos Administrativos (contribuição para a elaboração de uma lei nacional)", *Revista de Direito Público*, 96:81-93, out./dez., 1990.

FAGUNDES, Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 5.ª ed., rev. e atual. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1979.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1989.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14.ª ed. atual. pela Constituição de 1988. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1989.

\_\_\_\_\_. *Licitação e Contrato Administrativo*. 5.ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo e Célia Marisa Prendes. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1991.

MEYER, Otto. *Derecho Administrativo Alemán*. Buenos Aires, Ed. Depalma, 1949, v.1.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. "Licitações (considerações em torno de alguns aspectos constitucionais)", *Revista de Informação Legislativa*, 113:243-56, jan./mar., 1992.

MUKAI, Toshio. *Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1988.

SILVA, José Afonso da. *Direito Constitucional Positivo*. 5.ª ed. rev. e ampl. de acordo com a nova Constituição. São Paulo, Ed. Re-