



**CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU
METODOLOGIA DA PESQUISA EM DIREITO**

THIAGO BUENO DE OLIVEIRA

O CARÁTER REGULATÓRIO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

BRASÍLIA

2010

THIAGO BUENO DE OLIVEIRA

O CARÁTER REGULATÓRIO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do título no curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em Direito Administrativo, do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Orientador: Prof. Cristiana Fortini.

BRASÍLIA

2010

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	4
1. DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	8
1.1 DEFINIÇÃO E ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO.....	8
1.1.1 A NOÇÃO DE ESTADO	9
1.1.2 ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO	13
1.1.3 ORIGEM DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO BRASIL	26
1.1.4 CONCEITO DE DIREITO ADMINISTRATIVO.....	28
1.1.5 NOVA PERSPECTIVA DO DIREITO ADMINISTRATIVO, ANTE A EXISTÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	33
1.2 ATIVIDADE DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	36
1.2.1 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E ATIVIDADE ADMINISTRATIVA	39
1.2.2 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA E FUNAÇÃO DE GOVERNO	40
1.2.3 Os TIPOS DE FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	40
1.3 POLÍTICA PÚBLICA.....	41
2. LICITAÇÃO PÚBLICA	45
2.1 BREVE EVOLUÇÃO NORMATIVA	45
2.2 CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA.....	53
2.3 OBJETIVOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA	56
2.4 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA	60
2.5 DEVER DE LICITAR OU LIBERDADE DE CONTRATAR? REGRA OU EXCEÇÃO?.....	69
2.6 MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO PÚBLICA	72
2.7 PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS	75
2.7.1 FASE INTERNA.....	76
2.7.2 FASE EXTERNA.....	77
3. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E INTERVENÇÃO INDIRETA	82
3.1 A ORDEM ECONÔMICA	82
3.2 ATIVIDADE ECONÔMICA	84
3.3 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA (APLICÁVEIS)	85
3.4 INTERVENÇÃO INDIRETA.....	90

4. O CARÁTER REGULATÓRIO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS	96
4.1 EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 123/06	96
4.1.1 <i>BENEFÍCIOS RELATIVOS À ETAPA DE HABILITAÇÃO</i>	100
4.1.2 <i>BENEFÍCIOS RELATIVOS À ETAPA DE JULGAMENTO DAS PROPOSTAS COMERCIAIS</i>	103
4.1.3 <i>TRATAMENTO DIFERENCIADO E SIMPLIFICADO DISPENSADO ÀS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE NAS CONTRATAÇÕES PÚBLICAS</i>	104
4.2 EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 495/10	107
4.3 TRATAMENTO DIFERENCIADO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA	113
4.4 LICITAÇÃO PÚBLICA: CARÁTER REGULATÓRIO?	116
CONCLUSÃO.....	118
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	121
ANEXO I.....	126
ANEXO II.....	161
ANEXO III.....	190
ANEXO IV	224

INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo é o conjunto das normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e à organização e ao funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.

As normas de Direito Administrativo produzem um regime de direito público, que traduz uma sistemática normativa distinta daquela que disciplina a atividade de satisfação de interesses privados, egoísticos e individuais.

O regime de direito público se caracteriza pela supressão de certas alternativas, pela redução da autonomia individual e pela imposição de deveres e faculdades de grande relevo. A aplicação do regime de direito público destina-se a reduzir o risco de não serem atendidas certas necessidades ou de sacrifício dos valores fundamentais vigentes.

De outra sorte, possui o Direito Administrativo íntima conexão com o conceito de atividade. Isso conduz a colocar em segundo plano a figura do ato administrativo e destacar a natureza procedimental da atuação estatal. Ambos os temas – atividade e procedimento – serão tratados minuciosamente no desenvolvimento do Capítulo 1 deste trabalho.

Quanto ao aspecto de vinculação do Direito Administrativo à realização dos direitos fundamentais, definidos a partir da dignidade humana, pode-se afirmar, conforme elucidada Marçal Justen Filho, que essa vinculação se exterioriza em dois planos distintos.

Para este autor, o Direito Administrativo disciplina um setor de atividades e um conjunto de organizações estatais e não estatais para produzir a limitação dos poderes que são gerados por sua existência. O Direito Administrativo visa a evitar que a concentração de poderes políticos e econômicos, relacionados com as atividades de satisfação de interesses coletivos, produza o sacrifício da liberdade e de outros valores fundamentais. Sob esse

ângulo, o Direito Administrativo é um instrumento de limitação do poder (estatal e não estatal). Essa é uma faceta que se poderia qualificar como de atuação negativa ou omissiva¹.

Sob outro prisma, o Direito Administrativo tem um compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos. Há valores fundamentais a serem realizados, cuja afirmação é inquestionável e cuja produção não pode ser deixada às escolhas individuais e egoísticas. É necessário produzir organizações estatais e não estatais para promover esses valores fundamentais. Nessa seara, o Direito Administrativo é o instrumento jurídico e social para a atuação dessas organizações e para a realização dessas atividades. Essa é a faceta que se diria de atuação positiva ou comissiva².

Com efeito, a partir de um panorama superficial, poder-se-ia afirmar que a licitação pública possui tanto a faceta negativa, quanto positiva, na medida em que evita a concentração de poderes políticos e econômicos, relacionados com as atividades de satisfação de interesses coletivos, bem como tem o compromisso com a realização dos interesses coletivos e com a produção ativa dos valores humanos, evitando escolhas individuais e egoísticas do administrador.

No Brasil, como se verá no Capítulo 2 deste trabalho, a licitação pública obrigatória foi imposta por diversos diplomas legislativos ao longo do tempo, e é essa a tendência verificada no direito comparado. A título de exemplo, pode-se frisar a “Rodada do Uruguai”, de 1996, da Organização Mundial do Comércio, onde se produziu Acordo sobre Contratos Administrativos, firmado por 22 países, dentre os quais os integrantes da União Européia, os EUA e o Japão, prevendo a adoção de procedimentos seletivos prévios às contratações administrativas. Mesmo antes disso, a Comunidade Européia já adotara a licitação como regra, por meio de inúmeras Diretivas (as principais das quais dos anos de 1992 e 1993).³

Em razão dessa tendência mais que mundial, este trabalho envolverá ao longo do seu Capítulo 2, a análise do conceito, princípios, modalidades, tipos e procedimentos dentro de um certame, até porque a ampliação das vantagens para a Administração Pública por meio de licitação pública depende não apenas da técnica da licitação, mas também das condições e do regime jurídico do próprio contrato.

¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ed .rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 3/4.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. *Ob cit.*, p. 3 /4.

³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. *Ob cit.*, p. 373.

Assim, ao ser a licitação pública garantidora da competitividade e da isonomia, a partir do momento em que alguma alteração legislativa implica na previsão de tratamento jurídico diferenciado em razão de coisas, pessoas ou situações, natural repensar o emprego dos princípios norteadores da licitação pública, em especial à luz da Constituição Cidadã de 1988 e seus princípios.

Por essas razões, há de se realizar questionamento no sentido de saber se o tratamento jurídico diferenciado para determinado grupo de administrados (microempresas, empresas de pequeno porte, empresas nacionais ou empresas detenham tecnologia desenvolvida no país) seria compatível com as normas principiológicas constitucionais, em especial a isonomia e as da ordem econômica? Estaria a licitação pública servindo de instrumento para implantação de política pública? Em caso positivo, tratar-se-ia de uma função regulatória? São desses pontos de discussão que se desenvolverá toda a pesquisa, a fim de se concluir se podemos afirmar ou não que existe um caráter regulatório nas licitações públicas.

Verificar-se-á no Capítulo 3, por exemplo, que parte da doutrina entende ser o tratamento diferenciado à microempresas e empresas de pequeno porte, princípio orientador da ordem econômica, encontrando fundamento nos artigos 170, inciso IX, e 179, da Constituição Federal que, visando a incentivá-las, determina aos entes da federação a simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias.⁴

De pronto, tende-se a afirmar que a Constituição Federal preconiza a necessidade de uma política voltada a conferir benefícios às pequenas empresas, no intuito de reduzir a desigualdade existente entre essas e as grandes empresas, o que legitimaria a diferenciação.

Dessa forma, para imprimir maior assertividade, o Capítulo 4 irá analisar pontualmente todos os benefícios previstos nos dois normativos mais recentes que impactaram os processos licitatórios e compará-los com a cláusula igualitária.

Ao analisar o espírito da Constituição sobre o tema em foco, Jessé Torres Pereira Júnior assevera que a história do direito consigna a adoção, volta e meia, de

⁴ VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Repercussões da Lei Complementar 126/06 nas licitações públicas: de acordo com o Decreto 6.204/07. Curitiba: JML, 2008, p. 2.

estratégias compensatórias entre situações ontologicamente desiguais, sendo, assim, políticas legítimas, embora sempre suscitem reações⁵.

Enfim, é essa análise que o presente trabalho tentará propor, de forma a demonstrar se as licitações públicas possuem ou não caráter regulatório e assim poder se revelar como um excelente argumento para ser utilizado pelos órgãos licitantes na elaboração de um edital ou até mesmo na resposta de eventuais recursos administrativos, por serem situações comumente vivenciadas na prática licitatória.

⁵ PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Comentários à lei das licitações e contratações da Administração Pública. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

1. DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Esse capítulo se reservará a abordar, de forma sucinta, a origem do Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito, a partir da noção da Teoria Geral do Estado, traçando também o seu conceito. Na evolução, tratar-se-á da evolução no tratamento da função administrativa do Estado e a identificação do instituto jurídico da Política Pública.

1.1 Definição e origem do Direito Administrativo

Uma das chaves para a melhor compreensão do Direito Administrativo está no conhecimento dos aspectos fundamentais do Estado. Para o estudo desse ramo do direito, é essencial entender o Estado a partir de seu conceito jurídico, seus elementos característicos e forma de organização, visto que seria inconcebível estudar o Direito Administrativo como um conjunto de normas e princípios jurídicos que disciplina uma das atividades do Estado, sem tal percepção.⁶

Nesse sentido, relembra Gabriel Campos que a abordagem do Direito Administrativo a partir da noção de Estado é o modo mais inteligente e frutífero de compreensão do tema.⁷

Assim, com o intuito de tornar claro que o Direito Administrativo não flutua num espaço vazio, mas liga-se ao quadro social, político, econômico e institucional do País⁸, se fará neste capítulo evolução histórica de forma a permitir o melhor enquadramento técnico-jurídico quanto ao conceito de Direito Administrativo.

⁶ O saudoso Themistocles Brandão Cavalcanti já lecionava que o estudo do direito administrativo pressupõe, antes de tudo, o conhecimento geral da estrutura do Estado e de sua organização constitucional, devendo, por isso, como introdução ao direito administrativo, fixar primordialmente as idéias fundamentais sobre o Estado. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de direito administrativo. 2ª ed.rev.aum.Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 11/12.

⁷ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 19.

⁸ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

1.1.1 A noção de Estado

O que se nota na evolução da vida do Estado é uma complexidade crescente de suas atribuições. Até porque a sua criação já foi consequência da necessidade de uma organização política da sociedade civil, até então amorfa e ineficiente, que só encontrava alguma força nas organizações primitivas da família e da *gens*.⁹

Ao se realizar breve digressão histórica, verificar-se-á que o agrupamento de pessoas vivendo em sociedade sempre potencializou eventuais choques de interesses, seja em razão de motivos pessoais, econômicos e religiosos, dentre outros. Essa é a experiência da humanidade.¹⁰

Dessa premissa surgiu a necessidade de disciplinar a vida em sociedade com um conjunto mínimo de regramentos que a tornasse possível¹¹, formando-se as elementares formas primitivas de organização social.¹²

Na história do mundo, a concepção do Estado, em seu sentido atual, é relativamente recente, porém definir o momento em que surgiu o Estado, ou a partir de que momento se pode falar em sua existência é tema árduo, cujo tratamento apropriado pertence

⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de direito administrativo. 2ª ed.rev.aum.Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 13.

¹⁰ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 32.

¹¹ A esse conjunto de regramentos denomina-se Direito. CAMPOS, Gabriel de Brito. *Ob cit.*, p. 32.

¹² A evolução dessas organizações, a explicação dos fatos sociais que provocaram as transformações da sociedade, e a organização dos grupos humanos, principalmente do Estado, são outros tantos aspectos da teoria do Estado que escapam ao conteúdo propriamente jurídico da matéria aqui tratada, mas que não deixam, por isso, de oferecer interesse, motivo pelo qual se mencionará a título de informação complementar. Nesse sentido, Themistocles Brandão Cavalcanti ensina com maestria que a progressão em busca da forma embrionária de Estado, iniciou-se com a família, passando pelo clã e posteriormente pelas tribus. Em sua obra, disserta que se verificou a existência, nas sociedades primitivas e ainda na Idade Média, de uma forma de organização baseada na autoridade do chefe masculino, autoridade que de muito excedia à dos laços permanentes de sangue. Era o chamado patriarcado, isto é, um regime em que predominava a autoridade do homem, o mais forte e o mais sábio, transferindo-se assim uma idéia de poder, autoridade e, conseqüentemente, de proteção. Na evolução do direito, especialmente do direito romano, esta tendência foi desaparecendo, e a transformação do conceito de pátria potestas acompanhou o desaparecimento do patriarcado como instituição orgânica da sociedade primitiva. Em substituição, deu-se azo à teoria do matriarcado, caracterizada pelo cenário de promiscuidade, em que a confusão dos sexos e de suas relações, resultava no desconhecimento da paternidade, em oposição à maternidade sempre certa. Essa perspectiva implicou na supremacia da autoridade da mulher, na ginecocracia, no direito maternal. Na evolução, surgiu o clã como organização familiar de forma ágnata, nascida segundo a opinião predominante, da união indispensável para atender às necessidades de defesa e outras imposições naturais de desenvolvimento. De forma mais expansiva, formou-se a tribu, entendida como um estado intermediário de organização, que poderia ser colocado entre a família, o clã, e o Estado, porque geralmente nela existia um poder político oriundo do chefe. A organização das tribus varia e são conhecidas numerosas formas, desde as primitivas, selvagens, até aquelas que existiram em Roma ou na Grécia. Frisa-se que os celtas, os gauleses, os germanos, se organizaram primitivamente em tribus guerreiras, nômades e conquistadoras. E, por assim dizer, uma forma embrionária, primitiva do Estado, que representavam a verdadeira unidade política nas organizações sociais primitivas. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Ob cit.*, p. 34/40.

definitivamente à sociologia e à teoria geral do estado, não cabendo ao estudo de Direito Administrativo.¹³¹⁴

Todavia, convém mencionar, em apertada síntese, as principais teorias que tentaram apontar as origens do Estado, a saber: Teoria de Aristóteles, Kant, Hobbes, Locke e Rousseau.

Nesse passo, deve-se ter em mente que para Aristóteles, a sociedade nada mais é que um fato natural. Para esse filósofo, o homem é um ser naturalmente político, destinado a viver em sociedade. Por isso, defende que a criatura que permanece selvagem por condições orgânicas e não por circunstâncias ocasionais, é certamente um ente degradado, ou um ente superior à espécie humana.¹⁵

Em complemento, afirma ainda o supracitado filósofo que o homem é naturalmente sociável, onde a vida em comum é uma exigência de sua própria organização física. Para Aristóteles, a família¹⁶ e o Estado¹⁷ são também organizações naturais da sociedade, tendo o homem chegado a essas formas por instinto e por necessidade.

Nessa linha de raciocínio, conclui ser evidente que toda Cidade¹⁸ está na natureza e que o homem é naturalmente feito para a sociedade política. Na ótica do filósofo,

¹³ CAMPOS, Gabriel de Brito. *Ob cit.*, p. 20.

¹⁴ Não há dúvida da importância da sociologia na formação das instituições jurídicas, nem da política na direção da ação dos homens na vida do Estado. Contudo, deve-se frisar também que é inegável a influência do direito na evolução social. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 2ª ed.rev.aum.Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 16.

¹⁵ Aquele que fosse assim por natureza só respiraria a guerra, não sendo detido por nenhum freio e, como uma ave de rapina, estaria sempre pronto para cair sobre os outros. Assim, o homem é um animal cívico, mais social do que as abelhas e os outros animais que vivem juntos. A natureza, que nada faz em vão, concedeu apenas a ele o dom da palavra, que não devemos confundir com os sons da voz. Aquele que não precisa dos outros homens, ou não pode resolver-se a ficar com eles, ou é um deus ou um bruto. O homem civilizado é o melhor de todos os animais, aquele que não conhece nem justiça nem leis é o pior de todos. O discernimento e o respeito ao direito foram a base da vida social. ARISTÓTELES. *La politique/A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 5/6.

¹⁶ A principal sociedade natural, que é a família, formou-se, portanto, da dupla reunião do homem e da mulher, do senhor e do escravo. O poeta Hesíodo tinha razão ao dizer que era preciso antes de tudo a casa, e depois a mulher e o boi lavrador, já que o boi desempenha o papel do escravo entre os pobres. Assim, a família é a sociedade cotidiana formada pela natureza e composta de pessoas que comem, como diz Carondas, o mesmo pão e se esquentam, como diz Epimênides de Creta, com o mesmo fogo. Com efeito, toda família, sendo governada pelo mais velho como que por um rei, continuava a viver sob a mesma autoridade, por causa da consangüinidade. Este é o pensamento de Homero, quando diz: Cada um, senhor absoluto de seus filhos e de suas mulheres, distribui leis a todos. ARISTÓTELES. *Ob cit.*, p. 3/4.

¹⁷ Como sabermos, todo Estado é uma sociedade, a esperança de um bem, seu princípio, assim como de toda associação, pois todas as ações dos homens têm por fim aquilo que consideram um bem. Todas as sociedades, portanto, têm como meta alguma vantagem, e aquela que é a principal e contém em si todas as outras se propõe à maior vantagem possível. Chamamo-la Estado ou sociedade política. ARISTÓTELES. *Ob cit.*, p. 1.

¹⁸ Sociedade formada pela reunião de várias aldeias, que tem a faculdade de se bastar a si mesma, sendo organizada não apenas para conservar a existência, mas também para buscar o bem-estar.

as sociedades domésticas e os indivíduos não são senão as partes integrantes da Cidade, todas subordinadas ao corpo inteiro, todas distintas por seus poderes e suas funções, e todas inúteis quando desarticuladas semelhantes às mãos e aos pés que, uma vez separados do corpo, só conservam o nome a aparência, sem a realidade, como uma mão de pedra.

Como se vê, a teoria de Aristóteles tem sobrevivido a todas as construções sociológicas, pela pureza e precisão dos seus conceitos.¹⁹

De outra sorte, os pensadores contratualistas como Kant, Hobbes, Locke e Rousseau, tentaram explicar a origem do Estado a partir da idéia de contrato social²⁰, tendo como premissa, o fato de os homens viverem originalmente em um estado de natureza sem conhecimento de um poder organizado.

Dessa forma, ao mesmo tempo em que gozavam de liberdade plena, estavam sujeitos a toda ordem de intempéries e infortúnios. Buscando a conjugação de esforços para realização de interesses comuns, teriam celebrado um pacto por meio do qual abririam mão de parte de sua liberdade em favor da organização estatal, incumbida de realizar os interesses comuns aos membros do grupo.²¹

Contudo, na particularidade de cada filósofo contratualista, verifica-se as diversas acepções do chamado contrato social.

Na perspectiva de Kant, haveria um estado primitivo, de natureza, onde prevaleceriam as mesmas leis e normas que regulam, na sociedade civil, as relações entre os indivíduos. Entretanto, seria um estado privado de garantias legais (*status justitia vacuus*), onde não existiria justiça distributiva nem uma coação exterior.²²

Sob o enfoque de Thomas Hobbes, antes de firmado o pacto social, os homens viviam em estado de guerra (*homo homini lúpus*) e de luta (*bellum omnium contra omnes*), devendo cada um se defender contra a agressão dos outros. Assim, defende que em virtude de um acordo, todos cederam os seus direitos ao Estado, tendo essa renúncia proporcionado a harmonia e a possibilidade social.²³

¹⁹ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. Tratado de direito administrativo. 2ª ed.rev.aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 26.

²⁰ São Tomaz de Aquino, Hobbes, Kant e Rousseau, e tantos outros falam desse contrato social sem que, entretanto, se conciliem quando cogitam de fixar as condições em que foi o mesmo concluído. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Ob cit.*, p. 26.

²¹ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 20.

²² CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Ob cit.*, p. 26.

²³ A teoria de Hobbes é absolutista e atendeu aos interesses da política inglesa no momento, sob Carlos I e Cromwell, para justificar a transformação do homem selvagem, inteiramente livre, no indivíduo disciplinado por

Em contraposição à doutrina totalitária de Hobbes, John Locke fundamentava-se na noção de governo consentido dos governados diante da autoridade constituída e no respeito ao direito natural do ser humano de vida, liberdade e propriedade. Em razão desse posicionamento, foi considerado defensor do governo representativo.²⁴

Por fim, para a teoria de Jean-Jacques Rousseau, antes do contrato social, a humanidade vivia em estado de natureza²⁵, não existindo a sociedade civil, organizada sob um regime de direito.

Nesse cenário, o referido estado primitivo foi se transformando, tendo o homem adquirido novas faculdades, que aperfeiçoaram seus conhecimentos e apuraram seus sentidos. E esse desenvolvimento humano, baseado na necessidade de se recorrer ao próximo, na visão de Rousseau, é que criou a desigualdade, por ter aperfeiçoado as qualidades de cada um.

Como solução à preocupante desigualdade e em razão da real necessidade de associação do ser humano, os homens se viram compelidos a realizar o intitulado contrato social, onde se concretizou a alienação total dos direitos de cada associado em benefício da comunidade.²⁶

Com efeito, independentemente da teoria adotada, constata-se nitidamente que o Estado foi uma determinante da evolução e do aperfeiçoamento do homem em suas concepções políticas, talvez levado por contingências econômicas e sociais já então preponderantes.^{27,28}

um regime totalitário que suprime a liberdade em suas expressões mais vivas. Hobbes é por isso considerado o precursor da filosofia e de políticas totalitárias. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Ob cit.*, p. 26/27.

²⁴ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 2ª ed.rev.aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948, p. 26/27.

²⁵ O estado de natureza apresentava-se como de paz absoluta, primitivismo completo, isto é, tudo para todos. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Ob cit.*, p. 29.

²⁶ CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Ob cit.*, p. 30.

²⁷ Por isso, Themistocles Brandão afirmar que o homem não é um produto da sociedade, sendo esta uma consequência direta da existência do homem. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Ob cit.*, p. 19.

²⁸ O tema é fascinante, mas o seu aprofundamento, lamentavelmente, foge ao objeto de nosso estudo. Sobre Teoria Geral do Estado, consultar, por todos, dentre os nacionais e internacionais, BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 5ª Ed. Brasília: UnB, 1983, v.I Verbetes: Estado Contemporâneo, p.401. BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.17. MACHIAVELLI, Nicoló. *O príncipe*. São Paulo: Athena, 1956, p. 17. VITTA, Cino. *Dirito admmministrativo*. 3ª Ed., Turim: UTET, 1949, v. I p. 3. KELSEN, Hans. *Teoria geral do Direito e do Estado*. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992, p.250. DEL VECCHIO, Giorgio. *Teoria do estado*. São Paulo: Saraiva, 1957, p.106. WEFORT, Francisco. *Os clássicos da política*. São Paulo: 2003, v.1, p.87. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.110. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p.63. MALUF, Sahid. *Teoria geral do estado*. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.177. QUEIROZ, Ari Ferreira. *Direito Constitucional*. 9ª Ed. Goiânia: IEPC, 1999, p. 55.

Formado o Estado, constatou-se a necessidade de se criar um conjunto de regras a fim de reger as relações internas, garantida pelo próprio poder estatal. A esse conjunto de regramentos denominou-se: Direito.²⁹ Essa concepção é bem assimilada por Rudolf Ihering³⁰ para quem o Direito, no sentido objetivo, é o conjunto de princípios jurídicos aplicados pelo Estado à ordem legal da vida.

Dentre os povos antigos, os romanos, por terem exercitado mais o Direito, simplificaram essa sistemática operação com o princípio: *ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi ius*, ou seja, onde estiver o homem, aí estará a sociedade; onde houver sociedade aí estará o direito. Assim: Homem, Sociedade e Direito.³¹

1.1.2 Origem do Direito Administrativo

Com o surgimento do Estado, criaram-se embrionariamente normas administrativas destinadas à imposição da ordem pública e regulação das funções administrativas primitivas.³²

Até então, o que se observava era a existência de normas legais esparsas que de forma genérica disciplinavam principalmente as atividades do Estado, a competência de seus órgãos, os poderes do fisco e o povo.

São dessa época os sistemas jurídicos desenvolvidos no Código de Hamurabi (2000 a.C), na Legislação Mosaica (1400 a.C), no Código de Manu (1000 a.C) e na Legislação Grega de Drácon e Sólon (século VI a.C).³³

Tais normas não se lastreavam em um conjunto de princípios informativos próprios que lhe imprimissem autonomia e postulados que lhe garantissem unidade e funcionamento, muito menos em um arcabouço teórico e doutrinário que lhe proporcionasse sustentação.³⁴

Nesse sentido, na trajetória em busca de sua independência e maturidade, o Direito Administrativo teve que sofrer influxos da Teoria Geral do Estado, no seu aspecto

²⁹ É essa noção básica e simples de Direito que permitirá continuar o estudo do Direito Administrativo.

³⁰ IHERING, Rudolph Von. *A luta pelo Direito*. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p.3.

³¹ CAMPOS, Gabriel de Brito. *Curso de Direito Administrativo*. Brasília: Fortium, 2006, p. 32.

³² Onde quer que exista o Estado, existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 23.

³³ Embora não se reconheça um direito administrativo pré-revolucionário, não podemos negar a existência desde tempos remotos, dessas normas de funcionamento de atividades do Estado. Como exemplos, podemos citar os arts. 26 e 27 do Código de Hamurabi que disciplina os deveres dos oficiais, e no séc. V a.C, a Lei das XII Tábuas, que trazia na Tábua XI questões referentes ao direito público. CAMPOS, Gabriel de Brito. *Ob cit.*, p. 33.

³⁴ CAMPOS, Gabriel de Brito. *Ob cit.*, p. 33.

filosófico³⁵ e sociológico³⁶, que ao serem absorvidos, permitiram afirmar que o Estado deveria realizar seus fins por meio de atividades.

Assimilando esse progresso, Aristóteles, ainda no Séc. III a.C, definiu que o Estado tinha que realizar seus fins por três atividades básicas, aos quais denominou de deliberação sobre negócios do Estado. Segundo ele, em todo governo existe três funções ou poderes básicos e essenciais, e quando as três partes estão bem acomodadas, em harmonia, o governo vai bem. O primeiro dos três poderes é o Deliberativo. O segundo compreende todas as Magistraturas, ou seja, Executivo. E o terceiro abrange os cargos de jurisdição.³⁷

Dessa forma, pelo fato de as funções básicas do Estado serem conhecidas desde Aristóteles, tornou-se forçoso saber quem era seu titular, como e de que modo o poder seria exercido.

A experiência histórica mostra que, junto às formas básicas embrionárias de Estado³⁸, o poder era exercido por uma só pessoa, fosse o patriarca ou pelo guerreiro mais audaz, conforme se desse a organização do grupo social. Também quando surgiram os reinos locais em torno de cidades, ou mesmo quando surgiram os grandes impérios da Antiguidade (Egípcio, Babilônia, Pérsia, Macedônia)³⁹, o poder foi originalmente exercido por um só órgão

³⁵ Como bem leciona o saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, a filosofia tem por objeto a crítica dos postulados das ciências particulares, isto é, das proposições discutíveis, embora aceitas sem discussão, como ponto de partida das ciências particulares, que se reduzem, em última análise, ao estudo da essência e existência do ser. A partir desse pressuposto, pode-se ter a concepção de que a filosofia do Estado refere-se ao conhecimento do Estado pelos seus primeiros princípios, quer dizer, do Estado enquanto Estado, ou, melhor, da essência e existência do Estado – postulados que são aceitos, sem maior prova, pelas várias ciências particulares que se preocupam com o Estado. Por isso, indaga-se da sua origem, ou melhor da sua causa eficiente. É a sociedade política fruto da vontade livre dos homens que, através de um contrato, resolveram constituí-la e depois geri-la segundo o seu alvedrio? Ou, ao contrário, oriunda da violência entre eles, através de luta de classes, ante o imperativo de um instinto associativo dos homens que os leva à vida em comum e os sujeita ao determinismo da vida social, como peças de uma máquina? Ou, afinal, é a resultante desses dois elementos, instinto social e vontade social, aquele provocando a vida em comum e esta conduzindo-a? MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I-Introdução. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 105/107. Para responder tais indagações, remete-se o leitor ao item 1.1.1 deste mesmo capítulo.

³⁶ A exigência de uma definição sociológica do Estado surge da impressão que se formula quando se diz: “Afinal de contas, o Estado é um fato altamente real.” Contudo, se, por meio da análise científica, somos levados a concluir que não existe um conceito sociológico de Estado, que o conceito de Estado é jurídico, não negamos ou ignoramos, de modo algum, os fatos que a terminologia pré-científica designa pela palavra “Estado”. Esses fatos não perdem nada de sua realidade caso se afirme que sua qualidade de “Estado” nada mais é que o resultado de uma interpretação. Esses fatos são ações de seres humanos, e essas ações são atos do Estado apenas na medida em que sejam interpretadas de acordo com uma ordem normativa cuja validade tem de ser pressuposta. KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 272.

³⁷ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 23.

³⁸ Mencionadas no item 1.1.1 deste mesmo Capítulo.

³⁹ Datados do Século III a. C e enquadrados na história como Idade Antiga.

ou pessoa, originalmente entendido como uma concessão divina.⁴⁰

Tal fato marcou toda a história antiga e se perpetuou além da Idade Média⁴¹, caracterizada por monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano, e onde sua vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados servos ou vassallos. O direito público se esgotava num único preceito jurídico, que estabelecia um direito ilimitado para administrar, estruturado sobre princípios segundo os quais *quod regi placuit Lex est, the king can do no wrong, lei roi ne peut mal faire*.⁴²⁴³

Tal poder, centralizado na pessoa do monarca, foi personificado na frase atribuída à Luís XIV, da França, que teria afirmado “o Estado sou eu”. Como bem lembra Gabriel Campos⁴⁴, mesmo após sua extinção, o absolutismo fez escola, seduzindo governantes com a possibilidade do exercício do poder de forma ilimitada, tendo, inclusive, chegado à nossa Constituição imperial.⁴⁵

Percebe-se, claramente, que durante toda essa fase histórica da humanidade, havia na realidade a constituição de uma dogmática a serviço dos donos do poder. No intuito de romper com essa doutrina totalitária, alguns filósofos contratualistas como John Locke e Jean-Jacques Rousseau se imiscuíram, de modo ainda incipiente, em cuidar do tema da separação de atividades ou funções do Estado, sem, no entanto, avançar ou trazer qualquer novidade sobre o assunto.

Somente no século XVIII, mais precisamente em 1748, sob inspiração da teoria do exercício do poder estatal de Charles-Louis de Secondat, ou simplesmente Charles de Montesquieu, também chamado de Barão de Montesquieu, exposta em seu livro “O espírito das leis”, passou-se a conceber uma nova forma de exercício do poder do Estado.

Charles de Montesquieu propôs, basicamente, que o poder do Estado fosse exercido por meio de órgãos que se identificassem com suas funções. Nesse sentido, alicerçava sua teoria em três postulados fundamentais.

O primeiro consistia na diferenciação de estruturas organizacionais estatais. Sob esse prisma, haveria de existir uma separação “estrutural” de Poderes, expressão que

⁴⁰ CAMPOS, Gabriel de Brito. *Ob cit.*, p. 24.

⁴¹ Na linha do tempo, a Idade Média vai da tomada do Império Romano do Ocidente pelos povos bárbaros em 476 d.C até o fim do Império Romano do Oriente, com a queda de Constantinopla em 1453.

⁴² Na tradução livre dos idiomas, temos: “Que a vontade do rei simboliza a lei suprema” e “O rei não pode errar”.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 23.

⁴⁴ CAMPOS, Gabriel de Brito. *Curso de Direito Administrativo*. Brasília: Fortium, 2006, p. 24.

⁴⁵ BRAZIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*, Rio de Janeiro: 1824. **Art. 99** – A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma.

atribui os poderes do Estado à organizações de pessoas e bens diversas e autônomas entre si.

O segundo estava na diferenciação entre as funções estatais, em razão de sua consistência material. Concebidas desde Aristóteles, são atualmente denominadas de função legislativa, jurisdicional e executiva ou administrativa.

O terceiro postulado consistia em atribuir a cada estrutura organizacional (poder) um tipo diverso de função. Assim, cada estrutura orgânica seria titular de competências diversas e, em princípio, não exercitaria uma única função.⁴⁶

Desse modo, a idéia de aparente simplicidade consistia no exercício de tais funções por órgãos distintos, independentes e harmônicos entre si. Independentemente, pois cada Poder exerceria sua função principal sem intervir na função principal do outro, e harmônicos, porque o exercício desse poder tem como finalidade única o bem-estar da coletividade.⁴⁷⁴⁸

Ao final, Charles de Montesquieu havia solucionado a forma de organização e exercício do poder do Estado, dando-lhe feição jurídica, cujas idéias logo foram acatadas pela intelectualidade da segunda metade do século XVIII com grande alvoroço⁴⁹, servindo como impulso decisivo na caminhada final para a formação do Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito.

Isso porque, até então, o absolutismo reinante e o enfeixamento de todos os poderes governamentais nas mãos do soberano não permitiam o desenvolvimento de quaisquer teorias que vissem reconhecer direitos aos súditos, em oposição às ordens do rei, príncipe, haja vista a existência do dogma cristalizado na vontade onipotente do Monarca.⁵⁰

Deve-se lembrar que o Estado absolutista, em especial no século XVIII, envolvia toda a vida social, que estava sob seu controle, realizando profunda e opressiva intromissão na vida dos indivíduos.

Como reação a esse quadro, deu-se início ao movimento amplamente

⁴⁶ A visão dos postulados mencionados é construção escorreita de JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4.ed.rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 25.

⁴⁷ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 25.

⁴⁸ É importante notar que, embora o Legislativo exerça funções atípicas de caráter administrativo e judiciário, e o Judiciário exerça atividades atípicas de caráter administrativo e legislativo, exercendo ambos os Poderes atividades dos outros dois, o mesmo não se passa com o Executivo, que exerce atividade atípica de caráter legislativo, mas não exerce atividade atípica de caráter jurisdicional. Embora alguns autores afirmem que o Executivo possua atividade julgadora na solução de conflitos, não podemos aceitá-la como atividade atípica, pois lhe falta caráter de definitividade, isto é, as decisões e os julgamentos administrativos, estando sujeitos ao controle judicial, não constituem coisa julgada. CAMPOS, Gabriel de Brito. *Ob cit.*, p. 27.

⁴⁹ A concepção de Montesquieu foi inicialmente acolhida com a independência dos Estados Unidos da América em 1776, tendo sido expressamente acolhida nos arts. 1º, 2º e 3º da Constituição de 1787.

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16.ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 35.

conhecido como Iluminismo, Esclarecimento ou Ilustração, definido sinteticamente como uma atitude geral de pensamento e de ação, que serviu como fermento intelectual de eventos políticos que se revelariam de extrema importância para a constituição do mundo moderno.⁵¹

Com efeito, formularam a concepção de que o povo é o titular do poder do Estado, e para o seu bem estar, deve todo o poder estatal ser utilizado. Nascia aí, o primeiro capítulo do episódio central da história administrativa desenvolvida ao longo do século XIX, cujo roteiro se foca na subordinação do Estado ao regime de legalidade.

Esse foi o estopim para a eclosão da Revolução Francesa em 1789, cujo lema era liberdade, igualdade e fraternidade.⁵² Surgia a concepção do Estado liberal ou Estado abstencionista, que pretendia o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos como garantia de independência da sociedade às junções do Estado.

Na época, essa divisão significou uma reação ao enfeixamento de poderes na figura do monarca, significou um freio ao poder e, sobretudo uma garantia aos direitos dos indivíduos.⁵³

Por ocasião da Revolução Francesa houve a consagração de uma nova vertente da teoria sobre a legitimidade do poder pelo povo. Com muita maestria, Marçal Justen Filho⁵⁴ leciona que é essencial reconhecer a legitimação democrática do direito administrativo, o que envolve, em última análise, uma avaliação da legitimidade do próprio poder político.

Nesse aspecto, o referido autor inicia o tratamento da legitimidade com o monopólio da violência. Afirma que a centralização do poder político produziu a assunção pelo Estado dos meios de coação física, afirmando-se a sua soberania interna e externa. Como decorrência, o aparato estatal foi investido no poder de combater e eliminar qualquer obstáculo por meio de força.⁵⁵

⁵¹ REILL, Peter Hanns. *Encyclopedia of the Enlightenment*. New York: Facts on File, 2004, p. 10/11.

⁵² Tradução livre de: *Liberté, Egalité, Fraternité*.

⁵³ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 30/31.

⁵⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 5/8.

⁵⁵ O Estado existe e o direito obriga, mas não porque sejam instrumentos da força física e psicológica de opressão dos mais fortes contra os mais fracos. A violência e a força bruta podem dar sustentação a um regime político e impor a observância de normas jurídicas, mas apenas temporariamente. A médio ou longo prazo, toda organização de poder político e todo direito somente podem manter-se por outra via, relacionada com sua legitimidade. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. *Ob cit.*, p. 5.

Imergindo nas considerações de Weber⁵⁶, identifica ser possível diferenciar três formas diversas de legitimação: a tradicional (religiosa), a carismática e a racional.

A legitimação religiosa é aquela que se verifica nos primórdios das organizações estatais, em que a atribuição de poder a determinadas estruturas de governo se funda em motivos de ordem metafísica. Os poderes políticos e religiosos são concentrados pelos mesmos sujeitos. O povo reconhece a legitimidade do governante por ser ele um escolhido pela divindade.

De outra sorte, a legitimação carismática, diferentemente da religiosa, não se fundamenta em crenças metafísicas, mas na capacidade de um indivíduo para polarizar a esperança de implementar os projetos comuns do povo.

A terceira forma de legitimação é a racional, em que a dominação se funda na existência de leis impessoais e de um aparato administrativo burocrático. A dominação se funda, então, na despersonalização do poder político. Obedece-se não a um deus nem a um líder, mas a um conjunto de instituições constituídas como resultado dos esforços comuns do povo.

Não há dúvida que o percurso do Direito Administrativo rumo a sua autonomia, retrata a lenta e inevitável transição do autoritarismo para a democracia, uma vez que emerge a idéia de que o valor da democracia depende também do modo pelo qual as decisões são tomadas e executadas.⁵⁷

Assim, no século XIX veio à luz a concepção do Estado de Direito, vinculada ao contexto das idéias políticas então existentes. Em sua formulação originária, revestia-se de significado polêmico contra o Estado Absolutista tardio, visando, na essência, limitar o poder de direito, como garantia dos indivíduos contra o arbítrio do monarca. É com o Estado de Direito que os governantes e autoridades públicas passaram a se submeter ao direito e a serem objeto de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima ou fora do Direito.⁵⁸

Em um paralelo com a teoria sobre a legitimidade do poder pelo povo, constata-se que a consagração do Estado de Direito refletiu a tendência em eliminar os critérios religiosos e carismáticos como fundamento da legitimação do poder político.

⁵⁶ WEBER, Max. *Economy and society*. v.1. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1978, p.26 e seguintes; p.212 e seguintes.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. *Ob cit.*, p. 29.

É também nessa virada do século XVII para o século XIX, com a Revolução Francesa e o desenvolvimento do Estado de Direito⁵⁹ que o Direito Administrativo começou a ser formado.

Nesse ponto, é uníssona a melhor doutrina. Senão vejamos as palavras do douto e saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello:

O Direito Administrativo é disciplina própria do Estado Moderno, ou, melhor, do chamado Estado de Direito, porque só então se cogitou de normas delimitadoras da organização do Estado-poder e da sua ação, estabelecendo balizas às prerrogativas dos governantes, nas suas relações recíprocas e, outrossim, nas relações com os governantes.⁶⁰

Na concepção de José Cretella Júnior:

Incontestável a profunda modificação que a Revolução de 1789 produziu todas as instituições francesas e, em particular, no ordenamento jurídico, pois, antes daquele movimento, o que existia na França era “uma administração complicada e centralizada”, um bastante diferenciado Direito de Polícia, “mas não havia Direito Administrativo nem uma verdadeira legislação que lhe dissesse respeito.”⁶¹

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

A formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o princípio da legalidade (em decorrência do qual até mesmo os governantes se submetem à lei, em especial à lei fundamental que é a Constituição) e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre estes e o Estado.⁶²

Na dicção de Gabriel de Britto Campos:

O que efetivamente fez nascer o Direito Administrativo na França, após a Revolução Francesa, foi a adoção da teoria de Montesquieu com a separação das funções de Estado em atividades executivas, legislativas e judiciais, com

⁵⁹ Na ótica de Marçal Justen Filho, a idéia de Estado de Direito resultou do esforço da doutrina alemã do século XIX, com forte conotação formalista, e se traduziu, originalmente, na conjugação de quatro postulados fundamentais, a saber: a supremacia constitucional, a tripartição de poderes, a generalização do princípio da legalidade e a universalidade da jurisdição. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ed .rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 9.

⁶⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I-Introdução. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 76.

⁶¹ JÚNIOR, José Cretella. Direito administrativo do Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, 138.

⁶² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 24.

a conseqüente especialização de tais atividades. Ora, a efetiva especialidade das atividades administrativas fez nascer a necessidade de controle do exercício de tais atividades.⁶³

Do ponto de vista pragmático, sobreleva revelar o ponto inicial da aplicação concreta do então novo ramo do Direito, retratado na *Loi des 16 et 24 août 1790*, isto é, na Lei 16- 24 de agosto de 1790⁶⁴, mais especificamente em seu art. 13, ao dispor que:

As funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas. Não poderão os juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar diante de si os administradores por motivo das funções que exercem.⁶⁵

Envolvida nesse clima, a Constituição Francesa de 1791 consignou que: “os tribunais não podem invadir as funções administrativas ou mandar citar, para perante eles comparecerem, os administradores, por atos funcionais”.⁶⁶

Como se vê, o apego ao princípio da separação dos poderes e a desconfiança em relação aos juízes do antigo regime serviram de fundamento para a criação, na França, do sistema do administrador-juiz, posteriormente transformado, com a criação do Conselho de Estado em 1799⁶⁷⁶⁸, em jurisdição administrativa, também chamada de contencioso

⁶³ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 34.

⁶⁴ A lei de 16 e 24 de agosto de 1790 foi aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte em 16 de agosto 1790 e que culminou em 24 de agosto na seguinte numeração na França: A AE 3075 ou II 22/578, em pergaminho, grande selo de cera marrom. Esta é considerada a primeira legislação importante sobre a justiça votada pela Assembléia Constituinte Francesa. Tem-se hoje como a base da dualidade das ordens do tribunal.

⁶⁵ Tradução livre de: *Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.*

⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16.ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 44.

⁶⁷ O Conselho de Estado foi criado por Napoleão Bonaparte em 1799, oriundo do Golpe de Estado de 18 Brumário. A propósito, Brumário era o segundo mês do calendário revolucionário francês que esteve em vigor na França de 22 de setembro de 1792 a 31 de dezembro de 1805. Os demais meses do referido calendário eram: Vendimiário; Frimário; Nivoso; Pluvioso; Ventoso; Germinal; Florial; Pradial; Messidor; Termidor; Fructidor. Fazendo correspondência com o calendário gregoriano em uso na atualidade, corresponderia a data de 09 de Novembro de 1799. O mencionado golpe marcou o início da primeira parte do governo de Napoleão chamada de consulado.

⁶⁸ De início, a decisão em relação às demandas em que a Administração Pública era parte cabia originalmente aos órgãos administrativos superiores, e afinal ao chefe do Executivo. Tornava-se, entretanto, a Administração Pública juiz e parte no mesmo processo. Então, para evitar esse inconveniente, criou-se o Conselho de Estado, com o encargo de redigir os projetos de lei do governo e opinar sobre sua atividade administrativa. Entre os cometimentos consultivos, cabia-lhe o de propor solução nos litígios de particulares com a Administração Pública. É o chamado sistema de justiça retida, pois a decisão final pertencia ao chefe do Executivo. Contudo, em matéria contenciosa, este acolhia suas proposições, que prevaleciam. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I-Introdução. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 123.

administrativo, que ao lado da jurisdição comum, instituía o sistema da dualidade de jurisdição.⁶⁹⁷⁰

Com efeito, os constituintes franceses pós-revolucionários deram alcance mais amplo à teoria da separação de poderes, entendendo que a solução dos litígios nos quais a Administração Pública é parte não poderia ser atribuída ao Poder Judiciário, sob pena de criar-se subordinação de um poder ao outro. Essa concepção do princípio da separação de poderes traduzia uma visão política herdada da experiência do velho regime baseado na desconfiança em relação ao Poder Judiciário, pois a sua resistência ao poder real e às reformas que ele pretendia promover foi uma das principais causas do imobilismo que acabou por provocar a Revolução.⁷¹⁷²

Paralelamente à concepção do Conselho de Estado, foram criados os Conselhos de Prefeitura como parte da Administração local, munidos com funções judicantes em matéria local, especificada por lei, porém sem decisão definitiva, pois dela cabia recurso ao Conselho de Estado, que na estrutura criada, funcionava como Tribunal de Apelação, de justiça retida.⁷³

Em seguida da criação do Conselho de Estado e de Prefeitura, editou-se a Lei 28, do mês pluvioso, do ano VIII, correspondente à 28 de fevereiro de 1800, onde se organizou a Administração Pública na França e se partiu para reafirmação do Direito Administrativo como ramo independente do Direito ao longo de todo o Século XIX.

Nesse sentido, somente em 1872 o Conselho de Estado passou a exercer função verdadeiramente jurisdicional, quando se tornou independente e suas decisões

⁶⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 26.

⁷⁰ Em resumo, pela fundamental do sistema francês, os atos da Administração se sujeitam unicamente à jurisdição especial do contencioso administrativo que gravita em torno da autoridade suprema do Conselho de Estado. Essa orientação foi conservada na reforma administrativa de 1953, sendo mantida pela vigente Constituição de 4.10.1958.

⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 27.

⁷² Essa perspectiva histórica é bem relatada pelo saudoso Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, em trecho de sua obra Princípios Gerais de Direito Administrativo, onde afirma que: “havia funda hostilidade e desconfiança contra os Tribunais Judiciários, provindas do antigo regime – em que os Parlamentos, como eram então denominados, perturbavam o desenvolvimento da atividade administrativa, procurando nela intervir – , os arquitetos do novo regime político da Nação, após a Revolução Francesa, proibiram os Tribunais, mediante texto legal, de conhecer de demandas em que a Administração Pública fosse parte”. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I-Introdução. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 122.

⁷³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Ob cit.*, p. 123.

deixaram de submeter-se ao chefe de Estado.⁷⁴

Entretanto, a consagração da autonomia do Direito Administrativo, ou seja, a consolidação de sua posição como ciência dotada de objeto, método, institutos, princípios e regime jurídico próprios, ocorreu a partir do julgamento do famoso caso Blanco, ocorrido em 1873.

O referido caso envolvia o incidente com a menina Agnès Blanco que, ao atravessar uma rua da cidade francesa de Bordeaux, foi atropelada por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo.

Naquela oportunidade, seu pai promoveu, na jurisdição comum, ação civil de indenização, com base no princípio de que o Estado seria civilmente responsável por prejuízos causados a terceiros, em decorrência de ação danosa de seus agentes.

Afastando sua competência, a Corte de Cassação declinou a análise do caso para o Conselho de Estado, que por sua vez, também se julgou incompetente para resolução do mérito da questão.

Dessa forma, uma vez suscitado conflito negativo de competência entre o Conselho de Estado e a Corte de Cassação, o Tribunal de Conflitos – a quem cabia dirimir os conflitos dessa natureza entre a jurisdição comum e a administrativa – passou a ter a responsabilidade de tomar a decisão baseada no seguinte questionamento: Qual jurisdição possui competência para conhecer das ações de indenização contra o Estado?

Nesse aspecto, o Tribunal de Conflitos decidiu que a controvérsia deveria ser solucionada pelo Tribunal Administrativo (jurisdição administrativa), porque se tratava de apreciar a responsabilidade decorrente de funcionamento do serviço público. Entendeu-se que a responsabilidade do Estado não poderia reger-se pelos princípios do Código Civil, uma vez que esta se sujeitava às regras especiais que variavam conforme as necessidades do serviço e à imposição de conciliação dos direitos do Estado com os direitos privados.⁷⁵

O voto proferido pelo conselheiro relator do caso (conselheiro Davi), teve como argumento central o afastamento da aplicação do Código Napoleão, já que o Estado era parte na relação jurídica. Afirmava-se assim, pela primeira vez, o equacionamento e a solução da responsabilidade civil do Estado em termos publicísticos, o que representou o

⁷⁴ Estabelecia-se, em definitivo, a justiça delegada. Esse triunfo se deu por meio da edição da Lei de 24.5.1872, quando ficaram absolutamente independentes as câmaras consultivas das contenciosas. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Ob cit.*, p. 123.

⁷⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 27.

deslocamento do instituto da responsabilidade do campo do Direito Civil, como então era tratado, para mergulhar no campo do Direito Administrativo, onde a relação entre preposto e preponente era diversa dessa mesma relação no Campo do Direito Civil.⁷⁶

No campo fértil do Século XIX, não se pode deixar de mencionar o início acadêmico do Direito Administrativo. Insurgindo no meandro do assunto, José Cretella Jr.⁷⁷ narra com detalhes que a inauguração da primeira cátedra de Direito Administrativo, na Universidade de Paris, em 1828, imprimiu considerável impulso aos estudos de Direito Público, atraindo a atenção dos juristas e professores de todo o mundo.⁷⁸

O regime francês de jurisdição sofreu poucas modificações até a Lei de 30.9.1953, que representou um novo marco por ter transformado os Conselhos de Prefeitura em Tribunais Administrativos, com jurisdição de direito comum, em primeira instância, em matéria administrativa em geral, salvo as de competência originária, atribuídas ao Conselho de Estado, que, em princípio, retornou à posição de Tribunal de segunda instância, como juiz de apelação.⁷⁹⁸⁰

A organização atual do contencioso administrativo francês⁸¹ é precisamente descrita na imorredoura obra de Hely Lopes Meireles, ao afirmar que o Conselho de Estado,

⁷⁶ Embora a decisão apenas confirmasse, quanto à competência da jurisdição administrativa, jurisprudência anterior do Conselho de Estado, adotada nos casos Rotschild (1855) e Dekeister (1862), ela inovava em dois pontos: quando definia a competência da jurisdição administrativa pelo critério do serviço e quando resolvia a questão com base em princípios autônomos, distintos daqueles adotados pelo Código Civil para as relações entre particulares. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob cit.*, p. 27.

⁷⁷ JÚNIOR, José Cretella. *Direito administrativo do Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, 140.

⁷⁸ Em 1829, o famoso Barão de Gérando foi convidado para ser o primeiro professor da cadeira recém-criada, ocasião na qual escreveu as *Institutes du Droit administratif Français*, livro esgotado em tempo relativamente curto. Quando preparava nova edição, intitulada *entièrement refondue et considérablement augmentée*, a morte o surpreendeu, ficando a revista final a cargo de seus antigos discípulos, Boulatignier e Alfred Blanche. No dia 15 de novembro de 1842, o Conselheiro de Estado Macarel passa a reger a cátedra, três dias antes vaga, com a morte de De Gérando. JÚNIOR, José Cretella. *Ob cit.*, 1956, 140.

⁷⁹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I-Introdução. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 124.

⁸⁰ No sistema francês todos os tribunais administrativos se sujeitam direta ou indiretamente ao controle do Conselho de Estado, que funciona como juízo de apelação (*judge d'appel*), como juízo de cassação (*judge de cassation*) e, excepcionalmente, como juízo originário e único de determinados litígios administrativos (*judge de premier et dernier ressort*), pois que supõe de plena jurisdição em matéria administrativa. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16.ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 44.

⁸¹ Em contraposição, encontra-se o sistema judiciário ou de jurisdição única, também conhecido por sistema inglês, e, moderadamente, denominando sistema de controle judicial. É aquele em que todos os litígios – de natureza administrativa ou de interesses exclusivamente privados – são resolvidos judicialmente pela justiça comum, ou seja, pelos juízes e tribunais do Poder Judiciário. Estruturou-se em 1701, a partir da independência da justiça inglesa, com o advento do Act of Settlement, que desligou os juízes do poder real e deu-lhes estabilidade no cargo, conservando-lhes a competência para questões comuns e administrativas. Era a instituição do Poder judicial independente do Legislativo (Parlamento) e do Administrativo (Rei), com jurisdição única e plena para conhecer e julgar todo procedimento da Administração em igualdade com os litígios privados. Tal sistema é

no ápice da pirâmide da jurisdição especial, revê o mérito das decisões, como corte de apelação dos Tribunais Administrativos (denominação atual dos antigos Conselhos de Prefeitura) e dos Conselhos do Contencioso Administrativo das Colônias; e, como instância de cassação, controla a legalidade das decisões do Tribunal de Contas do Conselho Superior da Educação Nacional e da Corte de Disciplina Orçamentária (Lei de 25.9.1948).⁸²

Embora caiba à jurisdição administrativa o julgamento do contencioso administrativo – *ensemble des litiges que peut faire naître l'activité de l'Administration* – certas demandas de interesse da Administração ficam sujeitas à justiça comum desde que se enquadrem numa destas três ordens: a) litígios decorrentes de atividades públicas com caráter privado; b) litígios que envolvam questões de estado e capacidade das pessoas e de repressão penal; c) litígios que se refiram à propriedade privada.⁸³

Como a delimitação da competência das duas justiças está a cargo da jurisprudência, freqüentes são os conflitos de jurisdição, os quais são solucionados pelo Tribunal de Conflito, integrado por dois ministros de Estado (*Garde des Sceaux et Ministre de la Justice*), por três Conselheiros de Estado e por três membros da Corte de Cassação.⁸⁴

No que toca à composição e funcionamento do Conselho de Estado, cumpre ressaltar que são complexos. Primeiro órgão do Estado, o Conselho de Estado compreende cerca de 300 membros recrutados por concurso ou pela via externa. Em média, cinco cargos de auditor são propostos cada ano aos alunos mais bem classificados ao término da Escola Nacional de Administração (ENA). Ao final de quatro anos neste cargo, os auditores são promovidos a *maîtres des requêtes* e, doze anos após esta primeira promoção, passam a conselheiros de Estado. O único critério de promoção é a antiguidade, regra que constitui outra importante garantia de independência.⁸⁵

Além da via do concurso, o recrutamento pode advir da via externa: um quarto dos *maîtres des requêtes* e um terço dos conselheiros de Estado são escolhidos pelo governo entre personalidades externas ao Conselho. Uma parte das nomeações pela via externa é reservada aos membros dos tribunais administrativos e das cortes administrativas de apelação, após proposta do vice-presidente do Conselho de Estado. Além disso, o Conselho

originário da Inglaterra, de onde se transportou para os Estados Unidos da América do Norte, Bélgica, Romênia, México, Brasil e outros países. MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob cit.*, p. 46/47.

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob cit.*, p. 44.

⁸³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16.ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 44.

⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob cit.*, p. 44.

⁸⁵ Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/cde/pt/os-membros/>. Acesso em: 18 de julho de 2010.

de Estado conta com conselheiros em serviço extraordinário, nomeados por quatro anos e que são membros apenas das seções administrativas. A via externa e o serviço extraordinário enriquecem o Conselho de Estado com uma valiosa diversidade de experiências e de competências.⁸⁶

O fato de o profundo arcabouço histórico do Direito Administrativo perpassar muito de seu tempo na França⁸⁷, induz vários doutrinadores afirmarem que este ramo do Direito é produto exclusivo da situação gerada pela Revolução Francesa, só existindo nos países que adotaram os princípios por ela defendidos. Assim, acabam por construir o seguinte pressuposto: Onde não houve a mesma luta que convergiu para a mudança brusca de regime, não existe Direito Administrativo.

De outra sorte, como bem frisa Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸⁸, não se afigura verdadeira a assertiva de que o Direito Administrativo só exista nos sistemas europeus formados com base nos princípios revolucionários do século XVIII, a exemplo do Direito Alemão⁸⁹ e do Direito Italiano⁹⁰.

Na realidade, deve-se admitir o fato de que nem todos os países tiveram a mesma história nem estruturaram pela mesma forma o seu poder, uma vez que o Direito varia no tempo e no espaço⁹¹. Em consequência lógica, o Direito Administrativo teve origem

⁸⁶ Disponível em: <http://www.conseil-etat.fr/cde/pt/os-membros/>. Acesso em: 18 de julho de 2010.

⁸⁷ A tentativa inicial de obter dos julgados regras aplicáveis à Administração Pública, tanto no seu sentido subjetivo como objetivo, assim como depor a matéria em cátedra de ensino, de coligir as leis que lhe fossem pertinentes e de discutir os problemas jurídicos por ela suscitados coube, sem dúvida, à França. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I-Introdução. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 77.

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 25.

⁸⁹ Na Alemanha, predominou a elaboração sistemática e científica, mais abstrata, a cargo dos doutrinadores. No direito alemão, a influência do direito civil foi muito maior na elaboração do Direito Administrativo do que ocorreu no direito francês, haja vista ter herdado idéias do Estado de Polícia, seguindo uma orientação adotada pelos pandecistas na interpretação do Código Civil. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob cit.*, p. 31.

⁹⁰ Na Itália não houve o mesmo rompimento brusco com o regime anterior como na França. Conseguiu-se uma feliz harmonia entre as duas tendências opostas verificadas no direito francês e no direito alemão, na medida em que o primeiro apegou-se excessivamente ao caso concreto tal como estudado pela jurisprudência; e o segundo pecou pela excessiva abstração e distanciamento da realidade. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob cit.*, p. 33.

⁹¹ Comprovação desse raciocínio pode ser verificada no chamado Estado de Polícia, em que a finalidade é apenas a de assegurar a ordem pública e o objeto do Direito Administrativo é bem menos amplo, porque menor é a interferência estatal no domínio da atividade privada. De outra forma, o Estado do Bem-estar é um Estado mais atuante, não se limitando a manter a ordem pública, por desenvolver inúmeras atividades na área da saúde, educação, assistência e previdência social, cultura, sempre com o objetivo de promover o bem-estar coletivo. Nesse caso, o Direito Administrativo amplia o seu conteúdo, porque cresce a máquina estatal e o campo de incidência da burocracia administrativa. O próprio conceito de serviço público amplia-se, pois o Estado assume e submete a regime jurídico publicístico atividades antes reservadas aos particulares. Além disso, a substituição do Estado liberal, baseado na liberdade de iniciativa, pelo Estado-Providência ampliou, em muito, a atuação estatal do domínio econômico, criando novos instrumentos de ação do poder público, quer para disciplinar e fiscalizar a

diversa e desenvolvimento menos em alguns sistemas, como o anglo-americano, onde, por ser menos desenvolvido o Direito Administrativo, maior é a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado.⁹² Contudo, é claro que a exteriorização mais relevante da autonomia do Direito Administrativo se deu na França.

1.1.3 Origem do Direito Administrativo no Brasil

Não se poderia deixar de retratar como o Brasil absorveu toda essa revolução mundial do Direito, com a criação do Direito Administrativo.

Foi em 11 de agosto de 1827 que o Curso de Ciências Jurídicas foi criado oficialmente no Brasil por meio da Lei de 11.8.1827, na qual restou determinada a instalação das Faculdades de Direito de São Paulo e de Olinda, não tendo sido o Direito Administrativo incluído no currículo das cadeiras a serem objeto de estudo especializado.⁹³

Em 1833, o então Ministro do Império, o senador Nicolau Pereira de Campos Vergueiro, apresentava às Câmaras projeto para a inclusão do Direito Administrativo dentre as matérias dos programas escolares. Porém, apenas em 16 de agosto de 1851, 24 anos após a criação do curso de Direito, por meio do Decreto 608 da Assembléia-Geral Legislativa, referendado pelo Visconde de Porto Alegre, tal sugestão tornou-se realidade.

Depurando esse fator histórico, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello relata que havia três artigos no decreto. O primeiro autoriza o Governo a dar novos estatutos aos Cursos Jurídicos (e também à Escola de Medicina); o segundo, criar mais duas cadeiras nos Cursos Jurídicos – uma de “Direito Administrativo” e outra “Direito Romano”, continuando, porém, a ser feito nos mesmos cinco anos; o terceiro, a executar os novos estatutos logo que publicados, devendo, porém, ser aprovados pela Assembléia-Geral Legislativa, bem como qualquer aumento de despesa.⁹⁴

Para a nova cadeira “Direito Administrativo” da Faculdade de Direito de São Paulo foi escolhido José Ignácio Silveira da Motta, professor catedrático de “Teoria e Prática do Processo”, que, assim, para ela se transferiu. Instalou a cátedra no ano de 1855, mas não a exerceu, pois, nomeado Senador do Império no mesmo ano, foi substituído pelo

iniciativa privada, com base no poder de polícia do Estado, quer para exercer atividade econômica, diretamente, na qualidade de empresário. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob cit.*, p. 25.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob cit.*, p. 25.

⁹³ Inteiro teor disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-11-08-1827.htm. Acesso em 18 de julho de 2010.

⁹⁴ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I-Introdução. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 139.

então professor substituto Antônio Joaquim Ribas, posteriormente catedrático de Direito Civil, que só nesse ano e parte do seguinte a regeu.

Isso porque, requerendo Silveira da Motta sua jubilação, por Decreto de 31.5.1856, foi nomeado para a Cadeira “Direito Administrativo” Francisco Maria de Sousa Furtado de Mendonça, na qual tomou posse logo a seguir, em 2 de junho, e desde então lecionou a matéria até o fim do ano de 1882. Em seu lugar foi nomeado o então professor substituto José Rubino de Oliveira, que este à sua frente até seu falecimento, em 4.8.1891.

Para a mesma cadeira da Faculdade de Direito do Recife, em 1855, foi nomeado João José Ferreira Aguiar. Contudo, em 1856, passou a ser regida pelo então professor substituto Vicente Pereira do Rêgo, que em 1859 foi nomeado catedrático⁹⁵.

Consubstanciado na assertiva de que o Direito varia no tempo e no espaço, conforme demonstrado no item 1.1.2 deste Capítulo, a preocupação científica do Direito Administrativo no Brasil, desde a queda da Monarquia aos tempos atuais divide-se em duas fases nítidas, como expressão de posições distintas do Estado.

Pode-se falar em período da 1ª República, que vai de 1889 até a Revolução de 1930, e da 2ª República, dessa data em diante. Naquele o regime administrativo desenrolou-se sob a inspiração da Constituição de 1891, de caráter nitidamente liberal, individualista. Então, regulamentava a vida jurídica de um país organizado, sob o ponto de vista social, em moldes feudais e com economia predominantemente agrícola.⁹⁶

Já o regime administrativo após o movimento revolucionário de 1930, de caráter político, deu início a uma transformação social e econômica da vida nacional e constituiu o marco da nova República. Nessa época, verifica-se um país subdesenvolvido em busca de sua independência econômica, através da industrialização manufatureira.⁹⁷

Substituiu-se, nitidamente, a ordem constitucional vigente por outra, de feição socializante, de intervenção crescente na ordem social, em especial mediante o

⁹⁵ Antes disso, em 1857, Vicente Pereira do Rêgo em 1857 editou a primeira obra sistematizada de Direito Administrativo, intitulada de “Elementos de Direito Administrativo Brasileiro”. A esse livro, que, no dizer de Caio Tácito, foi o primeiro a ser publicado na América Latina (O primeiro livro sobre Direito Administrativo na América Latina. RDA 27/428), sucederam-se, durante o Império, as obras de Veiga Cabral, Direito administrativo brasileiro, Rio, 1859; Visconde do Uruguai, Ensaio sobre o direito administrativo brasileiro, Rio, 1862, 2 volumes; A.J. Ribas, Direito administrativo brasileiro, Rio, 1866; Rubino de Oliveira, Epítome do direito administrativo pátrio, São Paulo, 1884. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 39.

⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob cit.*, p. 142.

⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob cit.*, p. 142.

dirigismo econômico-financeiro da Nação. Como resultado, houve o aumento da atividade administrativa.

Em resumo, tomando-se em consideração a evolução histórica, pode-se dizer que a fase monárquica (1851 a 1889) representou maior esforço científico no estudo do Direito Administrativo que a da 1ª República (1889 a 1930), por esta fase não ter produzido muitos trabalhos sistemáticos a respeito, enquanto aquela se pode constatar alguma prosperidade. No que tange à 2ª República (1930 até os dias atuais), verifica-se a rica produção de obras de Direito Administrativo.⁹⁸

1.1.4 Conceito de Direito Administrativo

Especialmente após a revolução francesa, inúmeros autores se esforçaram em definir o objeto do Direito Administrativo e, conseqüentemente, a ele mesmo. Nesse passo, surgiram diversas escolas/critérios de definição, tendo a doutrina especializada no tema enumerado, entre as principais: a legalista, do poder executivo, das relações jurídicas, do serviço público, das atividades jurídicas e sociais do Estado, negativista ou residual, teleológica e escola da Administração Pública.

Descurando de minúcias, para nos ater somente ao que se nos afigura principal, vejamos em apertada síntese as conceituações atreladas a cada um das escolas/critérios acima mencionados.⁹⁹

Nesse sentido, a Escola ou Critério Legalista, também conhecida como escola francesa ou clássica, surgiu na França após a Revolução de 1789. Para os defensores desta escola, capitaneada por Ducrocq, Batbie e Gianquinto¹⁰⁰, o Direito Administrativo era a mera compilação das leis que tratassem da atividade do Poder Executivo, ou na melhor das hipóteses, a interpretação das leis e normas administrativas.

Não demorou para que esse critério fosse abandonado, já que a sua principal bandeira, a negativa do caráter científico do Direito Administrativo (pois invertia a posição da Ciência do Direito) e sua redução a uma mera ordenação de textos legais, já era insustentável àquela época.

⁹⁸ Nesse sentido, sugere-se a leitura da obra *Direito administrativo do Brasil*, de autoria de José Cretella Jr.

⁹⁹ Para aprofundamento do conhecimento, sugere-se o estudo pormenorizado realizado por Oswaldo Aranha Bandeira de Melo, na obra *Princípios gerais de direito administrativo*, 3ª Ed. Vol. I, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 147/217.

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16.ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 20.

Na sequência, estruturou-se a Escola ou Critério do Poder Executivo, também chamada de escola italiana ou subjetivista, integrada, dentre outros, por Meucci, Ranelletti, Zanobini e Raggi, e que segundo Hely Lopes Meireles, só concedia ao Direito Administrativo o estudo dos atos do Poder Executivo. O pressuposto balizador dos arautos dessa escola partia do sujeito de onde emanava o ato administrativo e não do ato em si mesmo.¹⁰¹ Dessa forma, o Direito Administrativo era simplesmente uma teoria dos atos do Poder Executivo, exaurindo esse Poder, toda a atividade administrativa.

Essa escola teve grande aceitação entre os administrativistas, tendo adeptos até a metade do século XX, como por exemplo, Ruy Cirne Lima.

Por óbvio, houve grande quantidade de críticas a esse critério, pois, apesar de caberem ao Executivo as principais atividades administrativas, nele não se exaurem tais atividades.

Outra tentativa de definição foi a exposta pela Escola ou Critério das Relações Jurídicas, na qual o Direito Administrativo passou a ser considerado como um conjunto de regras por meio das quais são disciplinadas as relações jurídicas entre a Administração e os particulares. Como maior expoente desse critério, pode-se citar o alemão Otto Mayer.

A crítica unânime em relação a essa Escola é a sua própria imprecisão, pois outros ramos do direito também se prestam a disciplinar as relações jurídicas entre a Administração e os administrados, como, por exemplo, o direito tributário, processual, constitucional e ambiental.¹⁰²

De cunho bastante expressivo, a Escola ou Critério do Serviço Público via o Direito Administrativo como o conjunto de regras que disciplinavam a prestação dos serviços públicos pelo Estado, que a propósito resumia todas as atividades do Estado.

A referida escola teve como maiores defensores, Léon Duguit e Gaston Jèze. É claro que sendo o próprio tema “serviço público” de difícil definição, tornou-se vulnerável às críticas na busca do conceito de Direito Administrativo.

De outra sorte, a Escola ou Critério das Atividades Jurídicas e Sociais do Estado, tentava definir o Direito Administrativo a partir das atividades jurídicas não

¹⁰¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16.ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 21.

¹⁰² CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 35.

contenciosas exercidas obrigatoriamente pelo Estado e das atividades administrativas exercidas supletivamente pelo Estado.

No Brasil, alguns autores importantes como Mário Masagão, adotaram o referido critério para definir o Direito Administrativo como sendo o “conjunto dos princípios que regulam a atividade jurídica do Estado, excepto a judiciária, e a instituição dos meios e órgãos de sua ação em geral”.¹⁰³

Outro teórico deste critério foi José Cretella Júnior¹⁰⁴, para quem o Direito Administrativo é o “ramo do direito público interno que regula a atividade jurídica não contenciosa do Estado e a constituição dos órgãos e meios de sua ação em geral”. A ausência de precisão na definição do objeto do Direito Administrativo foi seu ponto frágil.

Outro enfoque foi dado pela Escola ou Critério Negativista ou Residual, pela qual excluída a atividade judiciária e a legislativa, o resíduo seria o objeto do Direito Administrativo, ou seja, tudo aquilo que não é legislação ou jurisdição, por certo, será Administração Pública.

A crítica a esse critério é semelhante àquela realizada em face do critério do Poder Executivo, pois, ao definir o Direito Administrativo a partir de um critério negativista ou residual, esqueceu-se das atividades administrativas exercidas pelo próprio Poder Judiciário e Legislativo.¹⁰⁵

Surgiu-se também a Escola ou Critério Teleológico, a qual partia do pressuposto de que o Direito Administrativo compreende normas que disciplinam a atividade concreta do Estado para a consecução de fins de utilidade pública.

São adeptos dessa teoria, dentre outros, Recaredo F. de Velasco Calvo, José Gascon y Marin, Carlos Garcia Oviedo, Sabino Alvarez Gendim, Arnaldo de Valles¹⁰⁶ e, no Brasil, Oswaldo Aranha ressaltando que o Direito Administrativo é “tão somente a forma de ação do Estado-poder, quer dizer, a ação de legislar e executar, e a sua organização para efetiva essa forma, quer dizer, os meios de sua ação”.¹⁰⁷

Por fim, adveio a Escola ou Critério da Administração Pública, atualmente a considerada mais aceitável para explicar o conceito e conteúdo do Direito Administrativo.

¹⁰³ MASAGÃO, Mário. Curso de Direito Administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1959, p.49.

¹⁰⁴ JÚNIOR, José Cretella. Direito administrativo do Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956, p. 84.

¹⁰⁵ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 37.

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 50.

¹⁰⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I-Introdução. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 76/77.

Com efeito, por esse critério procura-se definir o Direito Administrativo como o ramo do direito que rege a atividade administrativa, seja tal atividade realizada pelo Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.

É fundado nesse critério que foi construído o conceito mais aceito e adotado na doutrina brasileira, emanado de Hely Lopes Meireles, para quem o Direito Administrativo é o “conjunto harmônico dos princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar direta, concreta e imediatamente os fins do Estado”.¹⁰⁸

Depurando o conceito acima, verifica-se a definição precisa do Direito Administrativo, por determiná-lo como um conjunto harmônico de princípios, não simplesmente um conjunto de leis, que regem os órgãos e agentes, isto é, a estrutura organizacional denominada de sentido subjetivo da Administração, na realização da atividade administrativa, que denota o sentido objetivo da Administração, consubstanciada na expressão fins concretos, diretos e imediatos do Estado, já que tais expressões já afastam a ingerência desse ramo de Direito na atividade estatal abstrata (função legislativa), quanto na atividade indireta (função judicial), bem como na atividade mediata (ação social do Estado).¹⁰⁹

Sob o enfoque da doutrina nacional, cumpre trazer à baila as melhores definições. De plano, registram-se as escuras palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

In verbis:

Direito Administrativo é o ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.¹¹⁰

Nos ensinamentos do nobre professor Celso Antônio Bandeira de Mello, encontra-se conceito extremamente sintético, mas não por isso juridicamente incorreto, até porque aborda tanto os aspectos subjetivos quanto objetivos, quando define o Direito Administrativo como “ramo do direito público que disciplina o exercício da função administrativa e dos órgãos que a desempenham”.¹¹¹

Na dicção de Marçal Justen Filho:

¹⁰⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16.ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 24.

¹⁰⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob cit.*, p. 24.

¹¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 52.

¹¹¹ DE MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 37.

Direito Administrativo é o conjunto de normas jurídicas de direito público que disciplinam as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais e a organização e o funcionamento das estruturas estatais e não estatais encarregadas de seu desempenho.¹¹²

No escólio de Gabriel de Brito Campos:

Direito Administrativo é o ramo do direito público, constituído por um conjunto de regras e princípios jurídicos dispostos harmonicamente que disciplina a atividade dos agentes, dos órgãos e das entidades públicas no exercício da função administrativa do Estado.¹¹³

Imiscuindo-se na doutrina alienígena, destacam-se, entre outros, as definições de Marcello Caetano, Eduardo Garcia de Enterría, Rafael Bielsa e Agustín Gordillo. Senão vejamos.

Em Portugal, Marcello Caetano define Direito Administrativo como:

Sistema das normas jurídicas que regulam a organização e o processo próprio de agir da Administração Pública e disciplinam as relações pelas quais ela prossegue interesses coletivos podendo usar de iniciativa e do privilégio de execução prévia.¹¹⁴

Na Argentina, Rafael Bielsa afirma ser o Direito Administrativo:

O conjunto de normas positivas e de princípios de direito público de aplicação concreta nas instituições e no funcionamento dos serviços públicos e, por consequência, no controle jurisdicional na Administração Pública.¹¹⁵

O conceito de Bielsa tem o caráter subjetivo quando se refere às instituições, referindo-se às autarquias e às demais pessoas administrativas, e o caráter objetivo ao se referir ao serviço público, como uma das mais importantes matérias do direito administrativo.

Ainda na Argentina, focando em um aspecto mais objetivo, Agustín Gordillo define Direito Administrativo como “o ramo do direito público que estuda o exercício da função administrativa e da proteção judicial contra ela existente”.¹¹⁶

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ed .rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 1.

¹¹³ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 39.

¹¹⁴ CAETANO, Marcello. Manual de Direito Administrativo – Tomo I.8ª ed. Lisboa: Coimbra, 1968, p.42.

¹¹⁵ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo I. 6ª ed. Buenos Aires: La ley, 1964, p. 37. Tradução livre de: *El conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la Administración Pública*.

¹¹⁶ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. V-19/20. Tradução livre de: *La rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta*.

Por derradeiro, na Espanha, temos o eminente Eduardo Garcia de Enterría, para quem Direito Administrativo:

Não é um direito próprio de alguns órgãos ou de um poder, nem tampouco um direito próprio de uma função, mas um direito de natureza legal, na medida em que se destina à regulação das diversas espécies de indivíduos que se encontram sob o nome da Administração Pública, retirando esses indivíduos do foco do direito comum.¹¹⁷¹¹⁸

Como se vê, constata-se como ponto de convergência em todos os conceitos apresentados, o enquadramento desse ramo do Direito no âmbito do direito público¹¹⁹, assim como a abordagem dos aspectos subjetivos e objetivos do Direito Administrativo.

1.1.5 Nova perspectiva do Direito Administrativo, ante a existência do Estado Democrático de Direito

Ao longo do século XX, reconheceu-se que a consagração jurídica e política da limitação do poder estatal e a submissão do Estado ao direito eram insuficientes para assegurar a plena realização da pessoa e a fruição dos direitos fundamentais.

Isso porque, grandes parcelas da população não dispunham de condições pessoais para promoverem a própria satisfação de suas necessidades essenciais. Fatores sociais, ambientais, econômicos e individuais impediam que o indivíduo se realizasse como sujeito autônomo e usufruísse de sua dignidade, motivo que exigiu a implantação e o

¹¹⁷ GARCIA ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 43-44. Tradução livre de: *Derecho Administrativo no es ni el derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el derecho propio de una función, sino un derecho de naturaleza estatutária, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del derecho común.*

¹¹⁸ Para melhor compreensão do supracitado conceito, deve-se ressaltar que o referido autor parte da premissa da diferenciação entre direitos gerais e direitos legais. Na visão de Enterría *Un derecho general se refiere y es aplicable a toda clase de sujetos. Este es el caso, por ejemplo, del derecho civil. Hay otros derechos, en cambio, que sólo regulan las relaciones de ciertos aspectos al imperio del derecho común. A estos derechos se les puede denominar derechos estatutários, revalorizando así convencionalmente la vieja terminología medieval.* GARCIA ENTERRIA, Eduardo. *Ob cit.*, p. 43.

¹¹⁹ Interessante relembrar que foram os romanos que dividiram o direito em público e privado a partir da relação de interesses vistos em questão. Reservava-se ao primeiro a disciplina dos direitos concernentes aos negócios romanos, em que predominava o direito do Império; ao direito privado, por consequência, restava a disciplina dos direitos em que predominavam os interesses particulares. A fórmula de Ulpiano dizia que o direito público era o que objetivava o interesse do Estado (*quod ad statum rei Romanae spectat*), e o privado, a tutela dos interesses individuais (*quod ad singulorum utilitatem pertinet*). CAMPOS, Gabriel de Brito. *Curso de Direito Administrativo*. Brasília: Fortium, 2006, p. 29.

desenvolvimento de serviços públicos e de atividades empresariais desenvolvidas a partir de investimentos estatais, por isso também chamado de Estado Providência.¹²⁰¹²¹

Por outro lado, as Revoluções Industriais produziram a concentração econômica e tornou-se imperiosa a intervenção reguladora do Estado para assegurar a defesa dos economicamente mais fracos. Por isso, com a evolução da Civilização impõe que esse Estado de Direito incorpore instrumentos de realização de valores essenciais – o que é indicado pela expressão Estado Social e Democrático de Direito.¹²²

Com se vê, o conceito original de Estado de Direito foi sendo enriquecido pela evolução histórica. E nesse sentido, interessante tentar vislumbrar quais as perspectivas do Direito Administrativo, levando-se em consideração o Estado Democrático de Direito.

Em aprofundada obra dedicada ao tema (Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno), o eminente doutrinador Diogo de Figueiredo Moreira Neto identifica dois paradigmas gerais que se destacam como os mais influentes mega-princípios juspolíticos da pós-modernidade e fundamentos essenciais do Estado Democrático de Direito: 1. Os direitos do homem, e 2. A democracia substantiva.¹²³

Afirma o referido autor que o pós-modernismo repôs a pessoa como necessário protagonista da Política e do Direito, ditando uma revisão radical do estatuto moderno dos direitos do homem para elevá-lo aos princípios fundamentais, informadores das Ciências Sociais em todos os seus ramos.¹²⁴

¹²⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 10.

¹²¹ Hoje a concepção de Estado de Direito liga-se a um contexto de valores e à idéia de que o direito não se resume na regra escrita. Seus elementos básicos são os seguintes: sujeição do poder público à lei e ao direito (legalidade); declaração e garantia dos direitos fundamentais; funcionamento de juízos e tribunais protetores dos direitos dos indivíduos; criação e execução do direito como ordenamento destinado à justiça e à paz social. MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

¹²² O Estado Democrático de Direito caracteriza-se pelo compromisso com a realização da dignidade dos indivíduos, inclusive por meio de uma atuação ativa e interventiva. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

¹²³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.19.

¹²⁴ Desse modo e agora sob enfoque estritamente jurídico, institui-se uma dupla funcionalidade para o que se poderia denominar de estatuto pós-moderno dos direitos fundamentais, a saber: 1. Como um sistema de valores substantivos, síntese contemporânea tanto de valores liberais, referidos à liberdade da pessoa humana e a sua promoção individualmente considerada, como de valores sociais, referidos à solidariedade e a sua promoção, coletivamente considerada: uma função declarativa. 2. Como um sistema de valores adjetivos, ou seja, um quadro de garantias de direitos subjetivos públicos destinados à proteção de valores substantivos: uma função constitutiva. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Ob cit.*, p.19.

Esta mencionada reposição do homem como protagonista central da Política e do Direito não reduziu, porém, o papel do Estado como instrumento fundamental da Sociedade, uma missão que continua a ser desempenhada, embora tendo perdido a sua prístina essência unitária em contínuos desdobramentos e abotoamentos de entes e de órgãos, senão que ganhando um a dimensão pluralista, enriquecida pela progressiva complexidade das relações sociais entre os dois atores.

Realmente, os tradicionais e necessários vínculos de legalidade – que caracterizavam suficientemente o Estado de Direito – cederam espaço para a inclusão de novos vínculos de legitimidade – sem os quais não se viabilizaria a sua caracterização como Estado Democrático de Direito.¹²⁵

Assim, o referencial de legitimidade, para cuja satisfação o modernismo democrático se havia limitado a exigir uma investidura legítima dos representantes do povo, ganhou um novo conteúdo no pós-modernismo democrático, passando a demandar, além da investidura legítima no poder (legitimidade pelo título), também um exercício legítimo do poder (legitimidade pelo exercício) e, ainda, um resultado legítimo do emprego do poder (legitimidade pelo resultado).

Para tornar efetiva essa tríplice legitimação estatal referida a seus agentes, o próprio conceito de democracia se transformou. Até recentemente, a ação administrativa era juridicamente qualificada pelos paradigmas vigentes no Estado Moderno, segundo três fundamentos: por sua existência (realidade), por sua validade (legalidade) e por sua eficácia (aptidão para produção de efeitos jurídicos pretendidos).¹²⁶

Essas três referências paradigmáticas¹²⁷ se incorporaram à dogmática do Direito Administrativo e constituem um patrimônio científico universalizado do Direito Administrativo. Em relativamente poucos anos, considerando a elaboração bi-secular do Direito Administrativo, esses paradigmas se mostraram insuficientes para caracterizar a atividade administrativa do Estado pós-moderno, harmonizada com os novos valores

¹²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 20.

¹²⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Diogo de Figueiredo. *Ob cit.*, p. 28.

¹²⁷ São elas: a existência, caracterizada pela presença de todos os elementos juridicamente necessários; a validade, pela perfeição jurídica de cada um deles e a eficácia, pela possibilidade jurídica da produção dos efeitos visados pela Administração.

introduzidos no Direito Público, notadamente os macro-paradigmas dos direitos fundamentais e da democracia integral.

Por isso, a nova perspectiva do Direito Administrativo dentro do Estado Democrático de Direito deve acrescer quatro novas referências paradigmáticas em relação às tradicionais, a fim de pautar a ação do Estado administrador público, a saber: legitimidade, finalidade, eficiência e resultado.

1.2 FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

A definição de função administrativa não é simples, especialmente em virtude da evolução histórica¹²⁸. A doutrina, como um todo, tem dificuldade para explicitar o conteúdo material da função atribuída preponderante ao Poder Executivo, mas também exercida atipicamente pelo Poder Legislativo e Poder Judiciário.

A grande dificuldade em definir o que é função administrativa reside na extensão e heterogeneidade do conceito, uma vez que a modificação das concepções quanto aos modelos de Estado, traduziu-se preponderantemente na alteração do conteúdo da função administrativa.¹²⁹

Contudo, pondera Lúcia Valle Figueiredo¹³⁰ que no conceito de função administrativa há muito maior divergência de ordem semântica entre os autores do que, realmente, quanto ao seu conteúdo.

De forma a poder melhor estabelecer sintética comparação entre os diversos conceitos, cabe trazer à baila o pensamento de alguns doutrinadores europeus, latino-americanos e nacionais.

Nesse passo, dentre os europeus, destaca-se a colocação de Renato Alessi, para quem a função administrativa é a “emissão de comandos complementares, ou de atos integrativos, aos preceitos normativos abstratos, com a finalidade de lhes dar completa e imediata operatividade”.¹³¹

Na análise do conceito claro e preciso de Alessi, Lúcia Valle Figueiredo ressalta ser tal definição material e não orgânica, na medida em que não exclui a possibilidade

¹²⁸ Retratada nos itens 1.1.1 e 1.1.2 deste Capítulo.

¹²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

¹³⁰ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 29.

¹³¹ ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1971, p. 12.

de outros órgãos, que não administrativos, atipicamente, praticarem também atos administrativos.

A outro giro, registra-se também a definição de Guido Zanobini, que entende ser a função administrativa “a atividade operativa do Estado, que tutela, de modo imediato, o interesse público. Por conseguinte, seus traços característicos emergentes são: 1) espontaneidade; 2) discricionariedade; 3) concreção”.¹³²

Como se vê, constata-se que cada um dos Poderes do Estado não vai executar de modo exclusivo, mas apenas preferencialmente, a atividade que lhe seja característica.

Nas palavras de Marcello Caetano, a função administrativa é “a função jurídica com as características de parcialidade (no sentido de partes), iniciativa e submissão total à lei”.¹³³

Entre os argentinos destacam-se Agustín Gordillo e Juan Carlos Cassagne. Com muita propriedade, Gordillo inovou no tratamento dado à função administrativa, ao repelir o conceito orgânico, assim como o material, e propor um conceito orgânico-material, na tentativa de chegar ao conceito lógico-jurídico da função administrativa.

Consoante o autor, existem diversos critérios para conceituar a função administrativa. O primeiro seria o orgânico, isto é, função administrativa seria a desempenhada pelo órgão próprio. O segundo, seria o critério material que se atém à atividade desenvolvida pelo Estado para cuidar, de modo imediato, os interesses públicos que assume como fins próprios. Por fim, o critério orgânico-material aliará o órgão, que desempenha, e a respectiva função exercida.

Gordillo faz crítica das três conceituações para também descartar a residual, ou seja, o conceito negativo (administração é o que não é nem legislação, nem jurisdição). Todavia, chega à seguinte conclusão: “O conceito de função administrativa é assim o mais indefinido de todos, pois não tem, diferentemente das outras funções, um conteúdo único”.¹³⁴

¹³² ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*, v. I. 8ª ed. Milano: Giuffrè, 1958, p. 14/15.

¹³³ CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 12/13.

¹³⁴ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003, p. IX-5, IX6, IX-7.

Com efeito, afirma que a função administrativa é: a) em primeiro lugar, toda a atividade que realizam os órgãos administrativos; b) em segundo lugar, toda a atividade que realizam o órgão legislativo, excluída a função (em sentido material e orgânico) que lhe é própria; c) em terceiro lugar, toda a atividade que realizam os órgãos judiciais, excluída a função jurisdicional (em sentido material e orgânico), que especificamente desempenham. Por derradeiro, conclui o autor sobre a inutilidade de critérios, pois nenhum vai esgotar a função administrativa.

Na concepção de Juan Carlos Cassagne¹³⁵, o crescimento progressivo do Direito Administrativo fez com que se rompesse a equação Administração Pública - Direito Administrativo, o que legitima argüir que o sentido material da função administrativa não esgota o conteúdo do Direito Administrativo, muito mais abrangente. Por essa razão o autor aceita a concepção objetiva de função administrativa, incorporando-lhe feição teleológica.

Na doutrina brasileira há de se destacar as posições singulares de Seabra Fagundes, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Marçal Justen Filho e Lúcia Valle Figueiredo. Senão vejamos.

Entendia Seabra Fagundes¹³⁶ haver duas funções fundamentais do Estado: a ligada ao fenômeno de formação do Direito (atrelada à função legislativa), e outra encarregada da execução do Direito (vinculada à função administrativa e de jurisdição). Com efeito, para o festejado mestre, legislar era editar o Direito Positivo, enquanto administrar correspondia aplicar a lei de ofício, e por fim, julgar era aplicar a lei contenciosamente. Portanto, aglutinava Seabra Fagundes administração e jurisdição como execução da lei, enquanto à legislação caberia inovação no mundo jurídico.

De outra sorte, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello¹³⁷ considerava a função legislativa ao lado da função executiva, ou seja, duas expressões distintas de uma mesma faculdade. Em sua concepção, o Estado exerceria três funções, a saber: 1) integrativa, ou seja, a destinada à criação da lei (norma geral, abstrata e inovadora); 2) administrativa, responsável pelo cumprimento da lei; 3) reintegradora, capaz de dizer o Direito.

¹³⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974, p. 55-77.

¹³⁶ FAGUNDES, Miguel Seabra. *O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p.2/3.

¹³⁷ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, vol. I-Introdução. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007, p. 53/58.

Nas escuras palavras de Marçal Justen Filho, função administrativa é:

O conjunto de poderes jurídicos destinados a promover a satisfação de interesses essenciais, relacionados com a promoção de direitos fundamentais, cujo desempenho exige uma organização estável e permanente e que se faz sob regime jurídico infralegal e submetido ao controle jurisdicional.¹³⁸

Em completa definição, Lúcia Valle Figueiredo assevera ser a função administrativa:

Dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos sob o regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.¹³⁹

Como se vê, verifica-se nitidamente que os autores citados são unânimes em tratar o exercício da função administrativa sob o aspecto legal, bem como em versar sobre o caráter teleológico da função administrativa, encampado pelo próprio ordenamento jurídico.

Em resumo, depreende-se das conceituações propostas, que a função administrativa, quer se lhe dê conceito orgânico, material ou misto (orgânico-material), não vai exaurir a complexidade dos atos materialmente administrativos praticados pelos diversos órgãos da Administração, motivo pelo qual, para melhor assimilação da função administrativa, deve se reconhecer que existe apenas uma preponderância de atuação.

1.2.1 Função Administrativa e Atividade Administrativa

Por ser detalhe praticamente esquecido pela doutrina, cumpre salientar essa sutil diferença terminológica, de forma a alijar qualquer tipo de interpretação equivocada quanto ao correto emprego das duas expressões.

Nesse sentido, impende destacar, mais uma vez, o escólio de Marçal Justen Filho, que ensina ser a função administrativa um conjunto de competências, e a atividade administrativa, a seqüência conjugada de ações e omissões por meio das quais se exercita a

¹³⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 37.

¹³⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 34.

função e se persegue a realização dos fins que a norteiam e justificam sua existência. Portanto, a função administrativa se traduz concretamente por meio da atividade administrativa.

1.2.2 Função Administrativa e função de governo

Outra diferenciação significativa está atrelada à distinção entre função administrativa e de governo, pois esta indica um conjunto de competências atinentes à existência do Estado e à formulação de escolhas políticas primárias.¹⁴⁰

Com efeito, Governo não se confunde com Administração Pública. Enquanto o Governo é a expressão da soberania, o Estado, mediante a fixação de comandos e metas a serem alcançadas pelo Estado; a Administração Pública é o instrumental organizacional e humano disposto à realização das atividades, decorrentes das opções políticas do governo.¹⁴¹

1.2.3 Os tipos de função administrativa

Conforme demonstrado alhures, há atualmente uma complexidade das competências atribuídas à Administração Pública, motivo pelo qual se torna didaticamente interessante tentar identificar, sem qualquer pretensão exaustiva, quais os principais tipos de função administrativa exercida pelo Estado.

Nesse sentido, pode-se mencionar a função administrativa conformadora ou ordenadora, que compreende o dever de proteção (relacionado à eficácia horizontal dos direitos fundamentais), e pode ser definida como o conjunto de poderes para editar regras, produzir decisões e promover sua execução concreta visando a conformar, dentro de certos limites, liberdades e direitos individuais.¹⁴²

Portanto, percebe-se nitidamente que esta função está traduzida no instituto do poder de polícia.

Tem-se também a função administrativa regulatória, correlacionada com a função prestacional do Estado, isto é, atendimento diretamente pelo Estado de necessidades coletivas, seja por meio de medidas jurídicas de permissão e proibição, seja por mecanismos

¹⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 41.

¹⁴¹ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. 1ª ed. Brasília. Ed. Fortium, 2006, p. 29.

¹⁴² JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob cit.*, p. 42.

de incentivo. Busca-se disciplinar o desempenho pela iniciativa privada de atividades de interesse coletivo.¹⁴³

Outra função administrativa é a prestacional, composta dos poderes para promover a satisfação concreta de necessidades coletivas relacionadas a direitos fundamentais, traduzida, por exemplo, pelo instituto do serviço público e da intervenção direta do Estado no domínio econômico.

Por fim, pode-se sugerir a função administrativa de controle, para indicar uma atuação formal e institucionalizada direcionada a verificar a correção formal e material da atuação dos próprios órgãos estatais, desempenhada no âmbito externo pelos Tribunais de Contas e internamente pelas controladorias de cada ente e de cada órgão, reflexo da complexidade e especialização das funções administrativas, bem como da demanda por transparência na atuação dos órgãos estatais.

Em essência, podemos identificar tais funções administrativas como as principais exercidas pelo Estado, lembrando que outras várias manifestações da função administrativa podem ser identificadas, criando-se assim novos tipos.

1.3 POLÍTICA PÚBLICA

De forma pragmática, devemos ater nossa atenção à definição do que vem a ser política pública, para que se consiga identificar se há ou não alguma conexão com o processo licitatório e, assim, saber se este é instrumento idôneo para viabilização daquela.

De plano, deve-se ressaltar que política pública é uma locução polissêmica, cuja conceituação é eminentemente estipulativa. Nesse sentido, vejamos dentro da melhor doutrina, os conceitos mais coesos na busca de sua conceituação.

Na dicção de Maria Paula Dallari Bucci:

Políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Políticas públicas são “metas coletivas conscientes” e, como tais um problema de direito público, em sentido lato.¹⁴⁴

¹⁴³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob cit.*, p. 41.

¹⁴⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 241.

As políticas públicas devem ser vistas também como processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.¹⁴⁵

Na concepção do douto Fábio Konder Comparato:

As políticas são instrumentos de ação dos governos – o *government by policies* que desenvolve e aprimora o *government by law*. A função de governar – o uso do poder coativo do Estado a serviço da coesão social – é o núcleo da idéia de política pública, redirecionando o eixo de organização do governo da lei para as políticas.¹⁴⁶

A política, contraposta à noção de princípio, designa ‘aquela espécie de padrão de conduta *standard* que assinala uma meta a alcançar, geralmente uma melhoria em alguma característica econômica, política ou social da comunidade, ainda que certas metas sejam negativas, pelo fato de implicarem que determinada característica deve ser protegida contra uma mudança hostil’. Daí por que as argumentações jurídicas de princípios tendem a estabelecer um direito individual, enquanto as argumentações jurídicas de políticas visam a estabelecer uma meta ou finalidade coletiva.¹⁴⁷

Conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.¹⁴⁸

Para Marco Falcão Critsinelis:

Políticas públicas, por sua vez, compreendem o conjunto das decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores para a satisfação de demandas por intermédio da ação governamental.¹⁴⁹

Dentro de uma dimensão prática, factual e de direito público, verifica-se que a política pública pode ser tida como programa de ação governamental para um setor da sociedade ou para determinado espaço geográfico.

Contudo, remanesce ainda para o estudioso do Direito Administrativo, dúvida quanto à melhor forma de exteriorizar a política pública dentro do ordenamento jurídico. Isto é, qual a expressão jurídica que melhor retrata as políticas públicas? Política pública é norma? É plano? É atividade/ação?

¹⁴⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. *Ob cit.*, p. 264.

¹⁴⁶ COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989, p.102.

¹⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously, in apud* COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *in*: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. II. Organizador. MELLO, Antônio Bandeira de. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 352.

¹⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *in*: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. II. Organizador. MELLO, Antônio Bandeira de. São Paulo: Malheiros, 1997, p.343-359.

¹⁴⁹ CRITSINELIS, Marco Falcão. Políticas públicas e normas jurídicas. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2003, p. 43.

A exteriorização da política pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente apreensível pelo sistema jurídico.¹⁵⁰ Porém, como já afirmava Habermas¹⁵¹, a lei se torna um instrumento da política se a tensão interna, e ao mesmo tempo o próprio meio legal, estipula as condições procedimentais sob as quais a política pode ter a lei à sua disposição.

Daí se defender que as políticas públicas podem ser incorporadas à lei, uma vez que o modelo das políticas públicas não exclui o da legalidade, mas convive com ele. Nessa perspectiva, poder-se-ia afirmar que as inovações da Lei Complementar 123/06 relativas à difusão de acesso aos mercados às microempresas e empresas de pequeno porte, sob o argumento de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas, e o incentivo à inovação tecnológica refletem justamente a utilização da lei como instrumento de formulação de política pública.

Esse modelo de política pública viabiliza sua realização dentro dos parâmetros de legalidade e constitucionalidade, o que acaba por repercutir no reconhecimento pelo direito, dos atos e omissões que constituem cada política pública.¹⁵²

Com efeito, se determinada política pública é legalmente implantada (conjunto organizado de normas) traçando metas coletivas conscientes (difusão de acesso aos mercados às microempresas e empresas de pequeno porte; tratamento diferenciado em face de

¹⁵⁰ Isto se reflete, na opinião de Maria Paula Dallari Bucci, em dúvidas quanto à vinculatividade dos instrumentos de expressão das políticas – o seu caráter cogente em face de governos e condições políticas que mudam – e quanto à justiciabilidade dessas mesmas políticas, isto é, a possibilidade de exigir o seu cumprimento em juízo. Alguns exemplos da diversidade de modos de referir-se à figura das políticas públicas podem ser verificados na lei que institui a Agência Nacional de Águas (ANA), que atribui à Agência implementar a Política Nacional de Recursos Hídricos, a par da competência para formular a referida política, atribuída ao Conselho Nacional de Recursos Hídricos. Outro exemplo está na Agência Brasileira de Inteligência (ABIN) que foi criada tendo, entre outras atribuições, a de executar a Política Nacional de Inteligência, fixada pelo Presidente da República. Por sua vez, em matéria de telecomunicações, a Lei Geral de Telecomunicações cometeu à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) o dever de executar as políticas estabelecidas pelos Poderes Executivo e Legislativo, competindo também ao seu Conselho Diretor o estabelecimento e alteração de políticas.

Há de se lembrar ainda os programas instituídos por ato administrativo ou por programas que resultam de uma combinação de atos administrativos, ordenados num procedimento ou não. É o caso, por exemplo, de sistemas de transporte municipal nas grandes metrópoles, em que o formato jurídico dado aos contratos de concessão de serviço público, as cláusulas remuneratórias, as condições de oferta do serviço, podem atender ao interesse predominantemente das companhias de ônibus ou dos usuários, desse equilíbrio resultando a conformação da política pública de transporte municipal. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 264.

¹⁵¹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Massachusetts: The MIT Press, 1998, p. 428.

¹⁵² Por essa e outras razões, afirma-se que a noção operacional de política estaria mais próxima do conceito de atividade. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Ob cit.* p. 255.

produtos manufaturados e serviços nacionais, empresas nacionais ou empresas detenham tecnologia desenvolvida no País) para realização de objetivos socialmente relevantes (promoção do desenvolvimento econômico e social; incentivo à inovação tecnológica) por intermédio de ações governamentais (criação de regras jurídicas diferenciadas em processos licitatórios), consegue-se identificar conexão entre política pública e licitação.

Dessa forma, o processo licitatório pode ser considerado, salvo melhor juízo, instrumento idôneo para implementação de política pública. De outra sorte, alegar se é ou não a melhor forma de viabilizá-la, é outra seara, na medida em que se entra no juízo de validade da política.¹⁵³

¹⁵³ Apesar de ser tema interessante, desvia-se do foco deste trabalho. Para aprofundamento sobre juízo de validade da política, sugere-se a leitura de Fábio Konder Comparato no escrito “Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas”, *in*: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. II. Organizador. MELLO, Antônio Bandeira de. São Paulo: Malheiros, 1997.

2. LICITAÇÃO PÚBLICA

Proveniente do latim *licitatione*, é terminologia utilizada para retratar o procedimento pelo qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa, quando compra bens e serviços ou faz outras transações.¹⁵⁴

Como se vê, o ponto de partida para o estudo da licitação pública reside no pressuposto de que as atividades da Administração devem obrigatoriamente se nortear na realização do interesse público, traduzido-se na escolha da contratação mais vantajosa para a Administração, por meio da ampla competitividade e isonomia perante os administrados interessados.¹⁵⁵

A licitação pública constitui, portanto, o instrumento de que dispõe o Poder Público para coligir, analisar e avaliar comparativamente as ofertas, com a finalidade de julgá-las e decidir qual será a mais favorável.¹⁵⁶

Para melhor compreensão do tema, tratar-se-á ao longo do capítulo sobre a visão histórica da legislação, conceituação, objetivo, princípios, modalidades, tipos e procedimentos licitatórios.

2.1 BREVE EVOLUÇÃO NORMATIVA

O progresso legislativo a ser mencionado tem como objetivo demonstrar ao estudioso do tema que textos legais históricos já cuidavam da matéria com metodologia própria, bem como registrar a preocupação legislativa do controle do processo licitatório.

Desde a antiguidade romana há notícias de regulamentos relativos ao ato de oferecer, arrematar, disputar, concorrer. Nessa época já existiam regras para disciplinar a alienação de despojos de guerra e realização de obras públicas. Na Idade Média, a Europa ocidental difundiu o sistema intitulado “vela e pregão”, no qual construtores faziam suas

¹⁵⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1211.

¹⁵⁵ Com a edição da recente Medida Provisória n.º 495, de 19 de julho de 2010, o procedimento licitatório passou a ter mais um objetivo, uma vez que passou também a garantir a promoção do desenvolvimento nacional. A análise do impacto do referido diploma legal será feita no Capítulo 4 deste trabalho.

¹⁵⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 2.

propostas enquanto ardia uma vela, adjudicando-se ao melhor preço quando esta se apagava.¹⁵⁷

No Brasil, os registros datam do início do Século XVII, sob a égide das Ordenações Filipinas¹⁵⁸, onde se observava a preocupação de “em fazendo obra, primeiro andar em pregão, para se dar a empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preços”.¹⁵⁹

No século XIX, com a edição da Constituição do Império de 1824, no título destinado à Administração e Economia das Províncias, menciona-se a figura do Governo Económico, como aquele competente para instituir as câmaras em todas as cidades e vilas existentes à época.

No campo infraconstitucional, a diretriz da aquisição económica se deu com a lei de 29 de agosto de 1828¹⁶⁰, cujo artigo 5º previa que aprovado o plano de algumas referidas obras, imediatamente seria a sua construção oferecida a empresários por via de editais públicos e, havendo concorrentes, se daria a preferência a quem oferecesse maiores vantagens.

Também em 1828, houve a edição da lei de 1º de outubro¹⁶¹, cujos artigos 43 e 44 disciplinavam que as alienações, aforamentos ou troca de bens imóveis do Conselho do Governo Económico estavam obrigadas à demonstração das vantagens da operação para o poder público, sempre submetidas à leilão público, a quem mais desse.

Um dos primeiros textos sistematizados, ainda no tempo do Império, foi o

¹⁵⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 499.

¹⁵⁸ Esta compilação jurídica resultou da reforma do código manuelino, como consequência do domínio castelhano, tendo sido mais tarde confirmada por D. João IV. Mais uma vez se fez sentir a necessidade de novas ordenações que representassem a expressão coordenada do direito vigente. A obra ficou pronta ainda no tempo de Filipe I, que a sancionou em 1595, mas só foi definitivamente mandada observar, após a sua impressão em 1603, quando já reinava Filipe II.

¹⁵⁹ ORDENAÇÕES Filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o primeiro. Texto com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957, v.1, Tít.LXVI, 39, p. 354. *In verbis*: “E não se fará obra alguma, sem primeiro andar em pregão, para se dar de empreitada a quem houver de fazer melhor e por menos preço; porém as que não passarem de mil réis, se poderão mandar fazer por jornais, e umas e outras se lançarão em livro, em que se declare a forma de cada uma, lugar em que se há de fazer, preço e condições do contrato. E assim como forem pagando aos empreiteiros, farão ao pé do contrato conhecimento do dinheiro, que vão recebendo, e assinarão os mesmos empreiteiros e o Escrivão da Câmara; e as despesas que os Provedores não levarem em conta, pagá-las-ão os Vereadores, que as mandarem fazer.” Esse preceito trasladou-se posteriormente para o art. 47 da Lei de 1º de outubro de 1828.

¹⁶⁰ Lei que estabeleceu: “regras para construção das obras públicas, que tiverem por objecto a navegação de rios, abertura de canaes, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aqueductos”. Inteiro teor disponível no Anexo I deste trabalho.

¹⁶¹ Lei pertinente à: “nova forma às Camaras Municipaes, marca suas attribuições e o processo para sua eleição, e dos Juizes de Paz”. Título com inteiro teor disponível no Anexo I deste trabalho.

regulamento para arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, baixado pelo Decreto n. 2.926, de 14 de maio de 1862, e que previa atos até hoje plenamente conhecidos como publicação do edital (art.1º), procedimentos relativos à sessão pública (arts.2º/6º), sigilo das propostas (art.8º), atestado de capacidade técnica (art.11), dentre outros aspectos.¹⁶²

¹⁶² **Art. 1º** Logo que o Governo resolva mandar fazer por contracto qualquer fornecimento, construcção ou concertos de obras cujas despezas corraõ por conta do Ministerio da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, o Presidente da junta, perante a qual tiver de proceder-se á arremataçãõ, fará publicar annuncios, convidando concurrentes, e fixará, segundo a importancia da mesma arremataçãõ, o prazo de quinze dias a seis mezes para a apresentação das propostas. **Art. 2º** Se a arremataçãõ se referir a fornecimentos, sempre que fôr possível, serão postas em lugar accessivel aos concurrentes as amostras dos objectos que se pretenderem comprar; todas as vezes, porém, que se tratar de construcção ou concertos de obras, os concurrentes poderãõ examinar as plantas, perfis e detalhes respectivos, os quaes serão para esse fim depositados no Archivo Central das Obras Publicas, onde se prestarãõ tambem as informações que forem necessarias a respeito das clausulas geraes e condições especiaes do contracto. Com permissãõ do Ministro poderãõ ser tambem examinados os orçamentos das obras ou concertos; esta permissãõ, sendo concedida a um, fica extensiva a todos os concurrentes. **Art. 3º** Até oito dias antes do marcado para a arremataçãõ os concurrentes deverãõ apresentar fiador idoneo, que se responsabilise pelas multas em que incorrerem, não só quando, offerecendo condições reputadas mais vantajosas pelo Ministro da Agricultura, Cormmercio e Obras Publicas, recusarem-se a assignar o contracto, como tambem por não cumprirem as clausulas geraes e condições especiaes a que pelo mesmo contracto se tiverem obrigado. Os que preferirem prestar cauçãõ, o farãõ em dinheiro, ou em fundos publicos ou de companhias garantidas pelo Governo, devendo a mesma cauçãõ ser igual á importancia da fiança, e o deposito effectuado no Thesouro. Se fôr em dinheiro vencerá o juro da Lei, ou o corrente, se fôr inferior. **Art. 4º** Findo o termo dos annuncios, e no dia e hora nelles designados, comparecerãõ os concurrentes no lugar determinado; e ahi, em presença da junta perante a qual se tiver de fazer a arremataçãõ, serão inscriptos em um livro para esse fim destinado. **Art. 5º** Terminada a inscripção de que trata o artigo antecedente, os concurrentes, em acto successivo tirarãõ á sorte o numero que deve designar o lugar em que serão collocados para fazerem suas propostas: concluido o sorteio, o Presidente da junta convidará pela ordem fixada pela sorte a cada concorrente á apresentar de viva voz, e de modo a ser distinctamente ouvido por todos a sua proposta. O membro da junta que servir de Secretario, irá tomando em livro competente notas das propostas, e á medida que cada uma dellas fôr completamente enunciada, lerá em voz alta o que a tal respeito houver escripto, assignando depois com os membros da junta e o respectivo concorrente e seu fiador. Durante o tempo que um concorrente fizer a exposiçãõ de sua proposta, os outros e as demais pessoas presentes deverãõ guardar profundo silencio; podendo o Presidente mandar sahir da sala os que perturbarem a ordem dos trabalhos. **Art. 6º** O Presidente da junta, antes de começar o acto da arremataçãõ, marcará o tempo que julgar necessario para cada concorrente apresentar a sua proposta. **Art. 7º** Finda a praça, a junta, perante a qual houver tido lugar a arremataçãõ, examinará todas as propostas e documentos dos concurrentes, a fim de dar seu parecer sobre ellas, indicando a que julgar mais vantajosa. De tudo se lavrará uma acta, na qual será exarada por extenso a proposta de cada concorrente. Esta acta, acompanhada dos proprios documentos apresentados pelos concurrentes, será remettida ao Ministro da Agricultura, Commercio e Obras Publicas, para decidir sobre a adjudicaçãõ. **Art. 8º** As arrematações de fornecimentos, obras novas, concertos ou conservaçãõ de obras terminadas poderãõ tambem ter lugar por meio de propostas em cartas fechadas, como actualmente se pratica, todas as vezes que o Governo entender assim conveniente; devendo porém as ditas propostas ser feitas segundo um modelo dado pelo Director da 2.ª Directoria da Secretaria de Estado dos Negocios da Agricultura, Commercio e Obras Publicas. Estas propostas, depois de examinadas pela junta de que trata o artigo antecedente, serão remettidas em original com o parecer da mesma junta ao Ministro para sobre ellas decidir. **Art. 9º** Dentro de oito dias o Ministro declarará qual dos concurrentes deve ser encarregado do serviço posto em praça. Se no fim deste prazo nada se tiver resolvido, cessará a responsabilidade dos concurrentes e seus fiadores. **Art. 10.** Os arrematantes de obras novas ou concertos, os fornecedores de materiaes ou de quaesquer objectos, e os conservadores de obras já acabadas, ficarãõ sujeitos, na parte que lhes disser respeito, ás clausulas estipuladas nos artigos seguintes, e que serão consideradas geraes. **Art. 11.** Todos os concurrentes á arrematações de obras publicas deverãõ apresentar preliminarmente attestados que abonem sua capacidade, e offerecer fiança idonea ou cauçãõ, na conformidade

Em 1909, a lei orçamentária 2.221 fixou preceitos que permanecem ainda vivos e atuais, pois revelaram sobriedade e seriedade com o dinheiro público.¹⁶³

Em 1922, surge o Decreto 4.536, de 20/1/22, que organiza o Código de Contabilidade da União, posteriormente regulamentado pelo Decreto 15.783, de 22/11/22, que dispõe sobre a execução do Código de Contabilidade Pública (aprovado depois pela Lei 4.632 de 6/1/23).

Trata-se o Decreto 15.783, indubitavelmente, do texto mais importante regulador da matéria antes do advento do Decreto-Lei 200/67, Decreto-Lei 2.300/86 e da Lei Federal n.º 8.666/93, uma vez que aborda pioneiramente sobre tipo de concorrência, forma de julgamento da proposta, publicidade do edital, critérios de desempate, hipóteses de desclassificação da proposta, normas gerais de contratos, etc.¹⁶⁴

Em sequência, em 1957 foi editado o Regulamento de Serviços de Energia Elétrica, por meio do Decreto 41.019, de 26/2/57¹⁶⁵, que em seu art. 71 afirmava poder o Governo Federal realizar concorrência pública para o estabelecimento e exploração de serviços de energia elétrica referentes a um sistema conjunto ou uma de suas partes, nas zonas não compreendidas nas regiões de centralização, quando não houver requerente idôneo da concessão e nos casos de haver mercado sem suprimento de energia, caducidade, reversão,

do art. 3º. Os attestados de capacidade não serão exigidos para os fornecimentos de materiaes, trabalhos de extracção de pedras ou terras e formação de aterros, cuja importancia fôr menor de 10:000\$000. Decreto nº 2.926, de 14 de Maio de 1862. Inteiro teor disponível em <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-2926-14-maio-1862-555553-publicacao-74857-pe.html>. Acesso em 05 de agosto de 2010.

¹⁶³ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 3.

¹⁶⁴ Por ser norma extensa, difícil a escolha dos melhores trechos, contudo, destacam-se os relativos às Concorrências (arts. 736 a 763) e Contratos (arts. 764 a 802). Salientam-se os seguintes dispositivos: **Art. 738** – tipos de concorrência; **Art. 740** – anulação de concorrência “se houver justa causa” (antevisão, Súmula 473 do STF); **Art. 741** – julgamento prévio da idoneidade do proponente; **Art. 742** – preferência ao proponente nacional (art. 171 da Constituição Federal); **Art. 743** – escolha obrigatória da proposta mais barata: “a concorrência cabe de direito ao autor da proposta mais barata, por mínima que seja a diferença entre ela e qualquer outra.”; **Art. 744** – estímulo à melhoria da proposta empatada; **Art. 745 e 746** – publicidade do edital em 15 dias; **Art. 749** – submissão das propostas ao edital e exclusão de vantagens não previstas, bem como impossibilidade de oferecimento de redução sobre a proposta mais barata; **Art. 752** – ata circunstanciada da licitação; **Art. 754** – quadro de classificação, salientando a proposta mais vantajosa; **Art. 755** – “anulação da concorrência”, caso a proposta mais barata exceda a “10% (dez por cento) dos preços correntes na praça”; **Art. 756** – critérios para desempate quando ocorrer a igualdade das propostas, instituindo entre os proponentes “concorrências entre ambos” ou, escusada essa fórmula, adoção do procedimento por sorteio; **Art. 765** – Previsão da concorrência pública como antecedente lógico dos contratos que resultassem receitas ou despesas para o Estado; **Art. 767** – Fixação das cláusulas obrigatórias dos contratos administrativos. Inteiro teor disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/anexo/And15783-22.pdf. Acesso em 05 de agosto de 2010.

¹⁶⁵ Disponível em <http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=111497>. Acesso em 05 de agosto de 2010.

encampação ou restrição da zona concedida.¹⁶⁶

Em 1964, com o advento da tão falada Lei 4.320/64, ainda em vigor, ao estabelecer normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, previu-se em seu art. 70, que a “aquisição de material, o fornecimento e a adjudicação de obras e serviços serão regulados em lei, respeitando o princípio da concorrência”.

Deve-se registrar que foi a Lei 4.401, de 10/11/64¹⁶⁷, que introduziu no direito objetivo pátrio a palavra licitação como indicativa de todas as modalidades de procedimento, ao fixar normas para licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União.

Um ano depois, em 1965, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 15 à Constituição de 1946, elevava-se a nível constitucional o instituto da concorrência. No mesmo ano, em âmbito infraconstitucional, foi publicada a Lei 4.717, de 29/6/65, que em sua minudência consagrou, no art.2º, o conceito de *ato nulo*.¹⁶⁸

Em 1967, com o advento do Decreto-lei n.º 200, de 25/2/67¹⁶⁹, as normas do Código de Contabilidade foram em parte derogadas e, precisamente nos arts. 125 a 144, a licitação foi objeto de abordagem sistematizada.

Nessa época, houve inúmeros protestos da doutrina no que tange à extensão da aplicação do novel diploma legal, entendendo a maioria ser o referido decreto aplicável somente à União. Em resposta, o Governo editou a Lei 5.456/68 e determinou a aplicação da parte relativa à licitação do Decreto-lei n.º 200/67 aos Estados e aos Municípios.¹⁷⁰

Outro ponto de discussão gerado naquela oportunidade foi a partir da redação do art. 125 do Decreto-lei n.º 200/67¹⁷¹, onde a doutrina majoritária entendia como inaplicáveis às entidades paraestatais as normas do Decreto-lei n.º 200/67 relativas à licitação,

¹⁶⁶ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 4.

¹⁶⁷ Inteiro teor disponível em <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=115033> e no Anexo I deste trabalho. Acesso em 09 de agosto de 2010.

¹⁶⁸ A edição da Lei de Ação Popular foi de extrema importância, quer como instrumento de controle da Administração Pública, quer como sistematização da invalidade dos atos administrativos. MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 4.

¹⁶⁹ Inteiro teor disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em 09 de agosto de 2010.

¹⁷⁰ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Ob cit.*, p. 5.

¹⁷¹ **Art. 125.** As licitações para compras, obras e serviços passam a reger-se, na Administração Direta e nas autarquias, pelas normas consubstanciadas neste Título e disposições complementares aprovadas em decreto. DECRETO-LEI n.º 200/67. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. D.O.U de 27/02/1967.

fato esse só alterado, posteriormente, pelo art. 86 do Decreto-lei n.º 2.300/86.¹⁷²

Em 1973, foi editado o Decreto 73.140, de 9/11/73¹⁷³, que regulamentou as licitações e contratos relativos a obras e serviços de engenharia, em um texto detalhado e de larga aplicação, até 13/5/91 quando foi, inexplicavelmente, revogado.

Continuando o mapeamento, Carlos Pinto Coelho Motta comenta que restaria ainda destacar o Decreto 86.025/81¹⁷⁴, que institui o Certificado de Registro no Cadastro Específico (CRCE), bem como o Decreto 84.701/80¹⁷⁵, que institui o Certificado de Regularidade de Situação Jurídico-Fiscal (CRJF).

Em 1986, o Presidente da República, invocando o art. 8º, item XVII, letra c, e 55 da Constituição Federal de 1969¹⁷⁶, baixou o Decreto-lei n.º 2.300, de 21/11/86¹⁷⁷, que dispunha sobre licitações e contratos de Administração Federal, considerado até então o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.

Finalmente, com Constituição Cidadã de 1988 operou-se a reconstitucionalização do Decreto-lei n.º 2.300/86, especificamente de seu art. 85, que determinava a aplicação do Estatuto de Licitações e Contratos aos Estados e Municípios, tratando da competência legislativa sobre a matéria no art.22, inc. XXVII.¹⁷⁸

¹⁷² **Art. 86.** As sociedades de economia mista, empresas públicas, fundações sob supervisão ministerial e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, até que editem regulamentos próprios, devidamente publicados, com procedimentos seletivos simplificados e observância dos princípios básicos da licitação, ficarão sujeitas às disposições deste decreto-lei. DECRETO-LEI n.º 2.300/86. Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências. D.O.U de 25/11/1986.

¹⁷³ Inteiro teor disponível em <http://www6.senado.gov.br/sicon/ListaReferencias.action?codigoBase=2&codigoDocumento=202654> e no Anexo I deste trabalho. Acesso em 09 de agosto de 2010.

¹⁷⁴ Inteiro teor disponível no Anexo I deste trabalho.

¹⁷⁵ Inteiro teor disponível em <http://www2.camara.gov.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-84701-13-maio-1980-434197-publicacao-1-pe.html> e no Anexo I deste trabalho. Ressalta-se que uma vez revogado o próprio Decreto-lei 2.300/86 pela sanção da Lei 8.666/93, permanecem em vigor os dispositivos do Decreto 84.701, de 13/5/80, que estiverem compatíveis com a nova ordem legal.

¹⁷⁶ Vejamos os mencionados dispositivos avocados para justificar a edição do supracitado decreto. **Art. 8º** Compete à União: (...) **XVII** - Legislar sobre: c) normas gerais sobre orçamento, despesa e gestão patrimonial e financeira de natureza pública; taxa judiciária, custas e emolumentos remuneratórios dos serviços forenses, de registro públicos e notariais; de direito financeiro; de seguro e previdência social; de defesa e proteção da saúde; de regime penitenciário. **Art. 55.** O Presidente da República, em casos de urgência ou de interesse público relevante, e desde que não haja aumento de despesa, poderá expedir decretos-leis sobre as seguintes matérias: (...) **II** – finanças públicas, inclusive normas tributárias.

¹⁷⁷ Inteiro teor disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2300-86.htm. Acesso em 09 de agosto de 2010. O texto foi mais tarde modificado pelos Decretos-leis 2.348/87 e 2.360/87.

¹⁷⁸ **Art. 22.** Compete privativamente à União legislar sobre: (...) **XXVII** - 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 (redação original); **XXVII** - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

Por derradeiro, em 1993 houve a sanção da Lei Federal 8.666¹⁷⁹, em vigor até hoje, marco que significou finalmente a adoção de um texto com legitimidade democrática, o que representou sensível avanço político-institucional.¹⁸⁰

Sob o aspecto da padronização internacional do tema compras públicas, sobreleva notar que também houve evolução histórica. Foi no âmbito do tratado que instituiu a Comunidade Européia, originado do Tratado de Roma, de 1957, que se desenvolveu a primeira iniciativa para incluir as compras governamentais nas normas de comércio de um mercado comum.

As normas acordadas para isto assumiram a forma de diretivas, ou seja, ordenamentos estabelecendo regras comuns a serem seguidas pelos entes governamentais nas suas aquisições de bens e contratações de serviços.¹⁸¹

Com base nas referidas diretivas, os países comunitários devem adaptar sua legislação nacional às normas e procedimentos ali acordados, aplicando os princípios da livre circulação de bens, tratamento nacional e não-discriminação, entre outros, de forma a garantir oportunidades iguais de participação (isonomia) aos licitantes do próprio país e dos demais países comunitários nas compras governamentais.¹⁸²

Atualmente, estão em vigor quatro diretivas que coordenam os procedimentos nas compras e contratações de bens, serviços e obras públicas, e duas diretivas que definem procedimentos para a interposição de recursos, a saber: a) Diretiva 93/36/EEC – trata sobre aquisições de bens; b) Diretiva 93/37/EEC – cuida das contratações de obras públicas; c) Diretiva 92/50/EEC – relacionada às contratações de serviços; d) Diretiva

¹⁷⁹ Inteiro teor disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em 09 de agosto de 2010.

¹⁸⁰ A LEI 8.666/93 sofreu alterações pela LEI nº 8.883/94, D.O.U 9.6.1994; LEI nº 9.032/95, D.O.U 29.4.1995; LEI nº 9.648/98, D.O.U 28.5.1998; LEI nº 9.854/99, D.O.U 28.10.1999; LEI nº 10.973/04, D.O.U 3.12.2004; LEI nº 11.079/04, D.O.U 31.12.2004; LEI nº 11.107/05, D.O.U 7.4.2005; LEI nº 11.196/05, D.O.U 22.11.2005; LEI nº 11.445/07, D.O.U 11.1.2007; LEI nº 11.481/07, D.O.U 31.5.2007; LEI nº 11.484/07, D.O.U 31.5.2007; LEI nº 11.763/08, D.O.U 4.8.2008; LEI nº 11.783/08, D.O.U 18.9.2008; LEI nº 11.952/09, D.O.U 26.6.2009; LEI nº 12.188/10, D.O.U 12.1.2010; e recentemente pela Medida Provisória n. 495/2010, D.O.U 20.7.2010. Para estudo pormenorizado sobre a referida lei, incluindo a identificação de suas inúmeras patologias, recomenda-se leitura da obra de Carlos Pinto Coelho Motta, *Eficácia nas Licitações e Contratos*. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

¹⁸¹ A primeira diretiva entrou em vigor em 1971, estabelecendo a coordenação de procedimentos nas contratações de obras públicas nos países comunitários. Seguiram-se as diretivas com normas comuns para aquisições de bens (1977), aquisições e contratações das entidades que operam serviços de utilidades públicas (1990) e nas contratações de serviços (1992).

¹⁸² MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro de. *Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil*. Santiago: Nações Unidas, 2003, p. 13.

93/38/EEC – trata das aquisições e contratações de bens, obras e serviços pelas empresas que operam serviços de utilidade pública nos setores de abastecimento de água, energia, transportes e telecomunicações; f) Diretiva 89/665/EEC – cuida das normas para a interposição de recursos nas contratações de bens, obras públicas e serviços pelas entidades públicas; g) Diretiva 92/13/EEC – afeta às normas para interposição de recursos nas contratações realizadas pelas empresas dos setores de utilidade pública.¹⁸³

Em âmbito mundial, o primeiro esforço para incluir o tema compras governamentais nas normas de comércio de desgravação tarifária ocorreu nas negociações da Rodada Tóquio, resultando no primeiro acordo plurilateral deste tipo, assinado em 1979, e que entrou em vigor em 1981.¹⁸⁴

Posteriormente, como resultado das negociações desenvolvidas na Rodada Uruguai, entre 1986-1994, o acordo foi renovado (sob a denominação de *Government Procurement Agreement* – GPA), com sua versão atual tendo sido assinada em 15 de Abril de 1994, mesma data de criação da Organização Mundial de Comércio, e entrou em vigor em 1º de Janeiro de 1996¹⁸⁵.

O texto introdutório do GPA destaca, em apertada síntese, que o objetivo global a se alcançar com a adoção do acordo é a liberalização e a expansão do comércio mundial e o aprimoramento das normas que orientam as transações comerciais entre os países. Com esse propósito, o GPA estabelece um conjunto de direitos e obrigações na área de contratações públicas, definindo as entidades públicas abrangidas, as modalidades de licitação, os procedimentos para a qualificação dos fornecedores, entre diversas outras provisões.¹⁸⁶

Ressalta-se que nas Américas, o primeiro acordo de compras governamentais foi implementado com a criação do Acordo de Livre Comércio da América do Norte (com a sigla Nafta, em inglês), em 1992, com vigência a partir de 1º de Janeiro de

¹⁸³ Informações obtidas pelo site http://europa.eu/index_pt.htm. Acesso em 08 de setembro de 2010.

¹⁸⁴ MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro de. Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. Santiago: Nações Unidas, 2003, p. 11.

¹⁸⁵ O acordo comercial plurilateral sobre compras governamentais, produzido pela OMC durante a rodada do Uruguai 1986-1994, tem a adesão de 27 países, expandindo a cobertura, em relação ao acordo anterior, para incluir governos subcentrais (estados/províncias e prefeituras), empresas públicas, serviços e construção civil. Pode ser obtido na íntegra no endereço: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/legal_e.htm#plurilaterals e no Anexo II deste trabalho.

¹⁸⁶ MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro de. *Ob cit.*, p. 11.

1994, envolvendo os Estados Unidos, Canadá e México.¹⁸⁷

2.2 CONCEITO DE LICITAÇÃO PÚBLICA

Antes de adentrarmos na vastidão da conceituação deste instituto jurídico pela doutrina, cumpre ressaltar, conforme mencionado no item anterior deste capítulo, que antes de tudo, trata-se de imposição constitucional aos entes públicos quanto privados, quando gestores de recursos públicos, introduzindo importantes balizamentos a quaisquer normas infraconstitucionais que regulem licitação e contratos administrativos no ordenamento jurídico pátrio. É o que dispõe o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988. Senão vejamos:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - 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.

Na linha da instrução constitucional acima mencionada, a Lei Federal 8.666/93, que a propósito regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública¹⁸⁸, logo em seu artigo 3º propõe a seguinte definição:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a

¹⁸⁷ Para estudo minucioso quanto aos procedimentos nas compras governamentais perante a Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil, recomenda-se a leitura da sólida obra de Heloíza Camargos Moreira e José Mauro de Moraes, já citada anteriormente. Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. Santiago: Nações Unidas, 2003. Disponível também por meio do endereço: <http://www.eclac.cl>, link publicações, documentos.

¹⁸⁸ O parágrafo único do art. 1º da referida lei determina a abrangência dos comandos legais para a administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos (grifo nosso).¹⁸⁹

Cumpra aqui ressaltar a nova redação dada ao referido artigo a partir da edição da novel Medida Provisória n.º 495, de 19 de julho de 2010¹⁹⁰, a qual acrescentou mais um objetivo ao procedimento licitatório, na medida em que passou a garantir: 1) A observância do princípio constitucional da isonomia; 2) A seleção da proposta mais vantajosa para a Administração; 3) A promoção do desenvolvimento nacional.¹⁹¹

Sob o enfoque da doutrina, cumpre trazer à baila as melhores definições. De plano, registram-se as escorreitas palavras de Lúcia Valle Figueiredo. *In verbis*:

A licitação é o procedimento administrativo formal, nominado, cuja finalidade é selecionar o melhor contratante para a Administração, contratante, este, que lhe deverá prestar serviços, constituir-lhe obras, fornecer-lhe ou adquirir-lhe bens.

É, inequivocadamente, procedimento condicionador do contrato que gerará determinada despesa. A legislação dispositiva do procedimento caberá ao Direito Administrativo, mas as normas gerais, obrigatórias de sua deflagração, já estavam, a nosso ver, perfeitamente dentro da competência da União.¹⁹²

Nas palavras do nobre professor, Celso Antônio Bandeira de Mello:

licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que propõem assumir.

É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se

¹⁸⁹ LEI n.º 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. D.O.U de 22/06/1993.

¹⁹⁰ A análise do referido diploma legal será feita no Capítulo 4 deste trabalho.

¹⁹¹ O desenvolvimento nacional mencionado na MP 495/2010 teve como base a Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP). Disponível em www.abdi.com.br. Acesso em 27 de agosto de 2010.

¹⁹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 473-475.

revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.¹⁹³

Na dicção de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

Pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para celebração de contrato.¹⁹⁴

Na visão clássica de Hely Lopes Meireles:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos.¹⁹⁵

A expertise de Marçal Justen Filho define licitação como:

Procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica.¹⁹⁶

Para José dos Santos Carvalho Filho, licitação é:

O procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com dois objetivos – a celebração de contrato, ou a obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico.¹⁹⁷

Na concepção de Carlos Pinto Coelho Mota:

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública, por meio de critérios preestabelecidos e observando os princípios

¹⁹³ DE MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 501-503.

¹⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 298.

¹⁹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16.ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 242.

¹⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ed .rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 374.

¹⁹⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2005, p. 185/186.

que a norteiam, seleciona a proposta que lhe é mais vantajosa para realizar o ajuste, visando à aquisição de bens, serviços e obras.¹⁹⁸

Por derradeiro, nos sábios ensinamentos de Marcos Juruena Villela Souto:

Licitação é o procedimento administrativo através do qual a Administração seleciona, por meio de habilitação de proponentes e julgamento objetivo das propostas, candidatos que com ela estão aptos a celebrar contratos ou a tornarem-se permissionários de serviços públicos ou do uso de bens públicos.¹⁹⁹

Verifica-se que, em linhas gerais, licitação pública é um procedimento administrativo, isto é, uma seqüência de atos administrativos, geralmente praticados pelo mesmo órgão, razão pela qual não pode ser classificada como ato complexo, que a propósito é o ato administrativo formado pela manifestação de vontade de órgãos diversos, tampouco ato composto, resultante da vontade de um órgão, submetido à verificação por parte de outro, para se tornar exeqüível.

Em síntese, poder-se-ia afirmar que licitação pública é o antecedente necessário do contrato administrativo e o contrato administrativo, por sua vez, o conseqüente lógico da licitação pública.

2.3 OBJETIVOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Diante das inúmeras definições relacionadas à licitação pública exteriorizadas no item 2.2 deste capítulo, verificou-se que se trata de procedimento administrativo, que visa, em sua essência: 1) Garantia da isonomia; 2) Seleção da proposta mais vantajosa; e 3) Promoção do desenvolvimento nacional.

Na busca do melhor entendimento dessas finalidades, cumpre esclarecer que a procura pela isonomia provém da contribuição das idéias revolucionárias liberais francesas, responsáveis, indubitavelmente, pelo desenvolvimento do Estado de Direito, caracterizado pela submissão dos governantes e autoridades públicas ao Direito, passando estes a serem objeto de normas jurídicas, como os indivíduos, não estando, pois, acima ou fora do Direito.

¹⁹⁸ MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Curso Prático de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 376.

¹⁹⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações & contratos administrativos: Lei nº 8.666, de 21-6-93 (comentada). 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 53.

Assim, o raciocínio lógico para a construção do princípio isonômico fica simples. Sendo o Estado a síntese da coletividade, particularmente submetido ao princípio da legalidade estrita, todos são iguais também perante ele, e, portanto, perante a Administração. Por isso, todos os que se coloquem dentro de certos pressupostos, ou seja, estejam nas mesmas condições, têm o direito público subjetivo de receber, da Administração, tratamento idêntico, com as mesmas oportunidades, em determinada situação ou relação jurídica.²⁰⁰

Na opinião do nobre representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Lucas Rocha Furtado²⁰¹, a licitação deve realizar o princípio da isonomia. Para o referido autor, é evidente que a Administração Pública deverá buscar nas propostas apresentadas pelos licitantes aquela que melhor realize seus interesses imediatos. Porém, a busca deste fim (busca de maiores vantagens), não pode autorizar a violação de garantias individuais ou o tratamento mais favorecido à determinada empresa ou particular, injustificadamente, em detrimento dos demais interessados em participar do processo.^{202 203}

Nessa perspectiva, não há dúvida que propiciar igualdade de oportunidades entre aqueles que desejam contratar com a Administração Pública dentro de padrões previamente definidos, demonstra importante fator de eficiência e moralidade nos negócios públicos.²⁰⁴

Avançando no ponto ora em debate, costuma-se afirmar que a licitação pública é o processo administrativo de que se vale a Administração para a escolha da proposta mais vantajosa.

Essa é sem dúvida a primeira finalidade explícita de licitação pública que emerge aos operadores do Direito. Isso porque, solucionar a proposta mais vantajosa para a

²⁰⁰ ARAÚJO, Edmir Netto de. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 499.

²⁰¹ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 407.

²⁰² Para o supracitado autor, deve-se ter certo cuidado com a interpretação da vedação de tratamento discriminatório entre os licitantes, pois não procura a lei impor formalismos exagerados ou que não possam ser justificados pelas peculiaridades de determinada contratação.

²⁰³ Quando lançado o argumento do princípio da igualdade, previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, caput e inciso I), não se pode restringi-lo à interpretação de uma igualdade formal, onde todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Há de se considerar que o princípio da igualdade revela outra faceta, constituída da igualdade material, cujo preceito é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades. A peculiaridade em se conceder tratamento diferenciado será abordada no Capítulo 4 deste trabalho.

²⁰⁴ COUTO, Anderson Rubens de Oliveira; GRAZZIOTTON, Paulo; RAMOS, Henrique Barros Pereira. A contratação na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 30.

Administração é a finalidade de interesse público que se busca em toda licitação pública (sentido amplo), e o resultado que dela se espera (sentido estrito).²⁰⁵

Contudo, cumpre salientar que esse objetivo não pode se restringir ao aspecto econômico que, embora importante, não é o único a ser considerado. Nesse sentido, apenas por prestígio ao bom debate, perquirir a economicidade não exclui em momento algum o dever de contratar visando qualidade e/ou técnica.

Embora o foco geral do processo licitatório se dê pela disputa de preços, a vantajosidade da proposta não reduz à sua expressão numérica. Em seus termos absolutos, o aspecto econômico só será legitimamente relevante quando os proponentes apresentarem suas propostas em condições similares e comparáveis de fornecimento.

Quanto à nova finalidade imputada à licitação pública por meio da Medida Provisória n.º495/2010, isto é, promoção do desenvolvimento nacional, há de se destacar que se trata de alinhamento com o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil estabelecido na Constituição Federal²⁰⁶. *In textu*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

II - garantir o desenvolvimento nacional;

Contudo, o objetivo defendido pela referida Medida Provisória retoma a polêmica quanto à extensão de tratamento diferenciado traduzido em direitos de preferência à produtos ou serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras ou produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, ante a revogação do art. 171 da Constituição Federal²⁰⁷, por meio da Emenda Constitucional n.º 06/95, que previa a propósito que:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

²⁰⁵ COUTO, Anderson Rubens de Oliveira; GRAZZIOTTON, Paulo; RAMOS, Henrique Barros Pereira. A contratação na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 507.

²⁰⁶ CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, artigo 3º.

²⁰⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, artigos 170, inciso IX e 171.

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Art. 171. São consideradas:

I - empresa brasileira a constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País;

II - empresa brasileira de capital nacional 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, entendendo-se por controle efetivo da empresa a titularidade da maioria de seu capital votante e o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para gerir suas atividades.

§ 1º A lei poderá, em relação à empresa brasileira de capital nacional:

I - conceder proteção e benefícios especiais temporários para desenvolver atividades consideradas estratégicas para a defesa nacional ou imprescindíveis ao desenvolvimento do País;

II - estabelecer, sempre que considerar um setor imprescindível ao desenvolvimento tecnológico nacional, entre outras condições e requisitos:

a) a exigência de que o controle referido no inciso II do caput se estenda às atividades tecnológicas da empresa, assim entendido o exercício, de fato e de direito, do poder decisório para desenvolver ou absorver tecnologia;

b) percentuais de participação, no capital, de pessoas físicas domiciliadas e residentes no País ou entidades de direito público interno.

§ 2º. Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional.

Assim, com a revogação da previsão constitucional de tratamento preferencial diferenciado, muito se defendeu que não haveria fundamentação constitucional para o estabelecimento de preferência em favor de empresa brasileira, não admitindo sequer a regra de preferência em função de a prestação vir a ser produzida no Brasil²⁰⁸, assim como se quer impor agora com a Medida Provisória n.º 495/2010.

²⁰⁸ Entre os defensores dessa corrente, podemos citar Marçal Justen Filho, em comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União aponta para o mesmo caminho. Nesse sentido, indica-se leitura do Acórdão 456/2000, cujo inteiro teor está disponível no Anexo III deste trabalho. Outra linha diametralmente oposta, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Melo, defendia que o fato de desaparecer uma proteção em nível constitucional não significa que não possa existir em nível legal. Para aprofundamento dessa corrente, sugere-se ao leitor o trabalho do referido autor intitulado: “Preferência para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional”. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP. São Paulo: Malheiros. N.º 27/5-10, 1999.

A despeito do mencionado imbróglio²⁰⁹, não há como negar que, enquanto não combatido, o desenvolvimento nacional é sim um dos objetivos da licitação pública, com fundamento constitucional, retratado no objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, bem como na Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP).

De tudo se extrai que a igualdade entre os licitantes, corolário do princípio da isonomia, é na realidade pressuposto de validade da licitação, sem a qual não pode prosperar legitimamente o procedimento licitatório, qualquer que seja a modalidade, sob pena de se tornar incomparável a formulação das ofertas e o seu julgamento, e macular o contrato administrativo subsequente.²¹⁰

Portanto, deve-se ter em mente que o pressuposto da licitação pública (isonomia) não se confunde com seus objetivos, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional, refletindo assim as exigências públicas impostergáveis relativas à proteção dos interesses públicos e dos recursos governamentais.

2.4 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO PÚBLICA

Preliminarmente, ressalta-se que não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da licitação. Entretanto, pode-se identificar que entre os mencionados, estão basicamente os princípios constitucionais da Administração Pública, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência; assim como os demais²¹¹ princípios mencionados na Lei Federal 8.666/93, a saber: igualdade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

Afora tais princípios, pode-se afirmar que os outros existentes se referem ao próprio procedimento, onde em suas várias fases, se coloca em confronto o interesse público na escolha da melhor oferta e o interesse particular em contratar com a Administração, conforme se demonstrará ao longo deste item.

²⁰⁹ Relembramos ao leitor, mais uma vez, que essa problemática será depurada com nuances no Capítulo 4 deste trabalho.

²¹⁰ Ressalta-se, mais uma vez, a necessidade de se harmonizar o princípio isonômico, com o formalismos exacerbados e com as peculiaridades justificadas de determinada contratação.

²¹¹ Mencionamos os demais princípios da Lei 8.666/93, pois ela acaba por repetir alguns princípios já mencionados no art. 37 da Constituição Federal, a saber: legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade. O motivo? Mera técnica de organização textual, ou caráter didático-pedagógico da lei.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro demonstra muito bem sua sabedoria ao fazer a escorreita observação no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante, pois a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.²¹²

Em apertada síntese, vejamos as definições atribuídas pela melhor doutrina²¹³ a cada um dos supracitados princípios, de maneira a elucidar a incidência principiológica dentro do processo licitatório.

Iniciemos por um dos tripés da licitação pública²¹⁴, o princípio da legalidade. Como não poderia deixar de ser, é de extrema relevância na licitação pública, na medida em que esta se constitui em procedimento administrativo inteiramente vinculado à lei.

Exemplo prático dessa assertiva pode ser comprovada na Lei Federal nº 8.666/93, que disciplina rigorosamente todas as fases da licitação pública, e cujo artigo 4º²¹⁵ estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades mencionados na referida lei, têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na própria lei, o que legitima qualquer licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma, impugnar judicialmente tal procedimento.

Nesse contexto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assevera que mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida ao nível de interesse difuso, passível de ser protegido, portanto, por iniciativa do próprio cidadão.²¹⁶

²¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 301.

²¹³ Refere-se a, entre os nacionais, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello, Adilson Abreu Dallari, Hely Lopes Meirelles e Marcos Juruena Villela.

²¹⁴ Tripé este formado pelos princípios da legalidade, igualdade e publicidade, dos quais, em nossa opinião, todos os demais derivam, direta ou indiretamente.

²¹⁵ **Art. 4º.** Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. **Parágrafo único.** O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública. LEI n.º 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. D.O.U de 22/06/1993.

²¹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 302. Imiscuída dessa ideologia, a própria Lei nº 8.666/93 previu várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento (arts. 4º, 41, §1º, 101 e 113, §1º), ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra,

Em seguida, temos a outra parte do pilar da licitação pública, o princípio da igualdade, que conforme mencionado no item anterior 2.3 deste Capítulo, constitui pressuposto de validade de um certame. Em essência, possui duplo viés, pois implica tanto no dever de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, como na obrigação de proporcionar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele participar, possam oferecer as indispensáveis condições de garantia.²¹⁷

A terceira haste do mencionado tripé da licitação pública é constituído pelo princípio da publicidade, que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade.

Curioso notar que a publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação.²¹⁸

Ao longo da Lei Federal nº 8.666/93, existem vários dispositivos que refletem a aplicação concreta do princípio da publicidade, entre os quais, se destacam os seguintes: o artigo 3º, parágrafo 3º; o artigo 15, parágrafo 2º; e o artigo 21.²¹⁹

Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

(...)

§ 3º. A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

apenas infração administrativa (art.89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipo de crimes contra a Administração (Código Penal) ou de atos de improbidade, definidos pela Lei nº 8.429/92. Outro exemplo pode ser dado pela ação popular, que prevê em seu artigo 4º, inciso III, a possibilidade desfazer contratos oriundos de licitações que não tenham respeitado o devido procedimento legal (sentido amplo), tolhido a competitividade ou que tenham afastado a isonomia entre os licitantes.

²¹⁷ DE MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 509/510.

²¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 304.

²¹⁹ LEI n.º 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. D.O.U de 22/06/1993.

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas;

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública.

(...)

§ 2º. Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

Art. 21. Os avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§ 1º. O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2º. O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para:

a) concurso;

b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

II - trinta dias para:

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão;

IV - cinco dias úteis para convite.

§ 3º. Os prazos estabelecidos no parágrafo anterior serão contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde.

§ 4º. Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.

Em continuação, destaca-se o princípio da impessoalidade, intimamente ligado aos princípios da isonomia/igualdade e do julgamento objetivo, pois para que todos os licitantes sejam tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, deve a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais dos licitantes ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório, garantindo assim igualdade formal e material.²²⁰

No que tange ao princípio da moralidade, é fundamental saber a Administração deve ter conduta não apenas lícita, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade. Enfim, comportamento vinculado a uma idéia comum, mas que hoje se torna um quanto difícil de pronunciar: honestidade.²²¹

Impende aqui destacar que o princípio da eficiência não pode ficar excluído do rol dos princípios atinentes ao processo licitatório. Isso porque, por compor os princípios da Administração Pública, expressamente previstos no art. 37 da Constituição Federal, é aplicável a todos os eventos administrativos, inclusive à licitação pública.

Em razão de ser amplamente definido como princípio pelo qual a ação administrativa deve alcançar os fins previstos na lei, dentro de prazo certo e custos razoáveis para o Estado²²², deve ser comprovado nos processos licitatórios, após a verificação do

²²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 304.

²²¹ Entende-se por este princípio, a honestidade de proceder ou a maneira criteriosa de cumprir todos os deveres que são atribuídos ou cometidos ao administrador, por força de lei. COUTO, Anderson Rubens de Oliveira; GRAZZIOTIN, Paulo; RAMOS, Henrique Barros Pereira. A contratação na Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 33.

²²² CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 54.

cumprimento, basicamente, dos princípios da legalidade, da publicidade e vinculação ao instrumento convocatório.

Outro princípio de extrema relevância para a licitação pública é o chamado princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois sua inobservância enseja nulidade do procedimento. Ressalta-se que o referido princípio dirige-se tanto à Administração, quanto aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite), uma vez que se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados; e se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados.

A própria Lei Federal nº 8.666/93 explicita normativamente esse sentido principiológico nos artigos 3º; 41; 43, inciso V; 48, inciso I. Senão vejamos:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

(...)

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

Art. 48. Serão desclassificadas:

I - as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório da licitação;

Na sequência, pode-se elencar o princípio do julgamento objetivo, corolário do princípio da legalidade, cujo significado é assente: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital.

Isso porque, é princípio de toda licitação que o seu julgamento de apóie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes, dentro do permitido pelo edital. Na licitação, a margem de valoração subjetiva e

de discricionariedade no julgamento é reduzida e delimitada pelo estabelecido no edital²²³, levando-se sempre em consideração o interesse do serviço público e os fatores qualidade, rendimento, eficiência, durabilidade, preço, prazo e financiamento.²²⁴

Por essas razões, está consagrado de modo expresso no artigo 45 da Lei Federal n.º 8.666/93, cujos termos enunciam que:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Todavia, em que pese haver previsão normativa vinculando o modo *operandis* da comissão de licitação, refletida nas previsões editalícias, sobreleva notar que não há como fixar de forma objetiva todas as balizas para um julgamento perfeito das propostas. Exemplo prático está na dificuldade vivenciada no simples fato de identificar, objetivamente, a questão do sobrepreço/superfaturamento, disfunções estas que alimentam muito a imprensa brasileira.

Essa problemática é muito bem tratada pelos nobres autores Anderson Rubens de Oliveira Couto, Paulo Grazziotin e Henrique Barros Pereira Ramos²²⁵. Criticam, inicialmente, o exíguo tratamento normativo dado à questão, mas logo trazem à baila orientação antiga no sentido de como uma proposta poderia ser considerada com sobrepreço em licitação pública para compra de bens no âmbito do Poder Executivo Federal. Trata-se do Sistema de Serviços Gerais – SISG, de que trata o Decreto nº 1.094/94, cuja redação determinava que quando o preço cotado fosse superior a 20% do maior preço praticado pelos órgãos e entidades integrantes do SISG²²⁶, no trimestre imediatamente anterior ao da aquisição, no respectivo estado da federação, estaria o respectivo valor superfaturado, conforme artigo 3º, da IN/SEAP/MOG/nº 04/99. DOU 9/04/99, que dispõe sobre

²²³ Toshio Mukai ensina que o julgamento das propostas será sempre objetivo, devendo a comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle. O julgamento da licitação comporta, portanto, uma atividade não discricionária da comissão, mas sim vinculada, admitindo, destarte, reexame amplo pelo Poder Judiciário. MUKAI, Toshio. Licitações e contratos públicos. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 124.

²²⁴ COUTO, Anderson Rubens de Oliveira; GRAZZIOTIN, Paulo; RAMOS, Henrique Barros Pereira. A contratação na Administração Pública. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 36.

²²⁵ COUTO, Anderson Rubens de Oliveira; GRAZZIOTIN, Paulo; RAMOS, Henrique Barros Pereira. *Ob cit.*, p. 37/38.

²²⁶ Registrado no COMPRASNET/SIASG, módulo SIREP.

procedimentos a serem adotados para compras de bens no âmbito do Sistema de Serviços Gerais – SISG.²²⁷

Até então, havia critério objetivo explícito para identificação de valores superfaturados. Entretanto, a citada Instrução Normativa/SEAP/MOG/nº04/99, inovadora em termos de legislação infralegal, foi infelizmente revogada pela Instrução Normativa nº 01, de 08 de agosto de 2002.²²⁸

Esta instrução normativa, por sua vez, previu o Sistema de Preços Praticados (SISPP), destinado a registrar os valores praticados nos processos de contratações governamentais, discriminados por unidade de medidas de padrão legal e marcas, com vistas a subsidiar o gestor público, em cada processo, na estimativa da contratação e antes da respectiva homologação, para confirmar se o preço a ser contratado é compatível com o praticado pela administração pública federal ou não²²⁹, cuja impressão deve ser anexada ao processo administrativo, devendo a consulta, quando for o caso, referir-se ao trimestre imediatamente anterior ao da aquisição que se pretende realizar, no respectivo estado da federação.

Como se vê, a grande crítica lançada por Anderson Rubens de Oliveira Couto, Paulo Grazziotin e Henrique Barros Pereira Ramos está no fato de não ter sido estabelecido percentual máximo de variação (assim como havia na IN/SEAP/MOG/nº 04/99), o que poderá acarretar dois posicionamentos, quais sejam: a) o próprio gestor estabelecerá um percentual de variação como critério de aceitabilidade dos preços; ou b) todos os valores que estiverem acima do maior preço praticado, registrado no sistema, serão considerados como sobrepreço.

Não se poderia deixar de comentar do princípio do sigilo das propostas, que em sua essência visa buscar o cumprimento de outro princípio, o da igualdade. O saudoso Hely Lopes Meirelles já ensinava que a abertura dos invólucros antes do momento oportuno deixaria em posição vantajosa o proponente que viesse a conhecer a proposta de seu concorrente antes da apresentação da sua.²³⁰

²²⁷ Inteiro teor disponível no Anexo IV deste trabalho.

²²⁸ Inteiro teor também disponível no Anexo IV deste trabalho.

²²⁹ Ressalta-se que a relação dos preços praticados poderá ser acessada também pelo COMPRASNET.

²³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16.ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 244.

Examina-se agora princípio nem tão comentado pela doutrina, mas não por isso menos importante: princípio da adjudicação compulsória. Significa dizer que a Administração não pode, concluído o procedimento licitatório, atribuir o objetivo da licitação a outrem que não o vencedor.

Na imorredoura obra de Hely Lopes Meirelles²³¹, a compulsoriedade da adjudicação implica na: 1) entrega do objeto ao vencedor, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo; 2) vedação da abertura de nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

Adverte ainda o referido autor que, no entanto, o direito do vencedor limita-se à adjudicação, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, e não ao contrato imediato. E assim é porque a Administração pode, legalmente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorram motivos justificados para essas condutas.²³²

Em resumo, o que não se permite é contratar com outrem, enquanto válida a adjudicação, nem revogar o procedimento ou protelar indefinidamente a adjudicação ou a assinatura do contrato sem justa causa.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende não ser a expressão “adjudicação compulsória” a melhor forma de evidenciar essa fase dentro do procedimento administrativo licitatório, porque pode dar a idéia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração estaria obrigada a adjudicar, o que na verdade não ocorre, pois a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação.²³³

Nesse passo, corroboramos com a observação pontual da eminente professora, no sentido de que a referida expressão é equivocada, pois diferentemente com que acontece com todos os outros princípios até aqui comentados, tem-se que entender o mencionado princípio só possui sentido ou efetiva validade, se e, apenas se, a Administração levar o procedimento licitatório a seu termo.

Assim, na medida em que não há um direito subjetivo à adjudicação, não se pode defender e por conseqüência intitular um princípio como adjudicação compulsória.

²³¹ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16.ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 245.

²³² MEIRELLES, Hely Lopes. *Ob cit.*, p. 245.

²³³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 304.

Outro princípio sorrateiramente comentado é o princípio do procedimento formal, que implica no reconhecimento de que a licitação pública é um conjunto de atos necessariamente seqüenciais, onde cada etapa exige a superação e, consecutivamente, a preclusão de questões anteriores.²³⁴

É claro que por procedimento formal não se pode entender formalismo excessivo. Só são invalidados os atos que, não observando rigorosamente a forma prevista, deixam de atingir os objetivos prescritos na lei.

Por derradeiro, outro princípio peculiar é o princípio da universalidade, desdobramento dos princípios da isonomia e impessoalidade, mencionado por poucos²³⁵ e materializado pela vedação de cláusulas ou condições que restrinjam, comprometam ou frustrem o caráter competitivo da licitação ou estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes.

2.5 DEVER DE LICITAR OU LIBERDADE DE CONTRATAR? REGRA OU EXCEÇÃO?

A resposta ao questionamento proposto possui viés constitucional, conforme se demonstrará a seguir, com base no belo raciocínio lógico-jurídico desenvolvido por Adilson Abreu Dalari, em sua obra “Aspectos Jurídicos da Licitação”.

A Constituição Federal de 1988, logo em seu primeiro artigo, afirma explicitamente que o Brasil é uma República Federativa, cuja expressão é rica de significados. Entre eles, destaca-se a igualdade entre as pessoas, replicando na inexistência de classes e castas. Dessa forma, poder-se-ia dizer que na própria concepção de República já está contida a idéia de igualdade.²³⁶

Contudo, mesmo assim, a Constituição Federal de 1988 prevê o princípio da isonomia de modo transmutado para o âmbito da Administração Pública ao longo do art. 37, sob a forma do princípio da impessoalidade. Por essas razões afirma Dallari que a Constituição Federal de 1988 teria sido até rebarbativa no tratamento do princípio da

²³⁴ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações & contratos administrativos: Lei nº 8.666, de 21-6-93 (comentada). 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 64.

²³⁵ Entre esses poucos, está Marcos Juruena Villela Souto, em sua obra Licitações & contratos administrativos: Lei nº 8.666, de 21-6-93 (comentada). 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 65.

²³⁶ DALARRI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

isonomia, na medida em que considera suficiente a apreensão de sua essência a partir da concepção de República.²³⁷

Assim, para Dallari, pelo fato de a licitação derivar da igualdade²³⁸, não há possibilidade alguma de se contestar a afirmação de que a licitação é um princípio constitucional, seja por força da idéia de República, do princípio da isonomia e/ou do princípio da impessoalidade.²³⁹

Nesse mesmo sentido, assim como já mencionado ao longo deste capítulo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro também chama atenção do estudioso do Direito Administrativo para o fato de a própria licitação constituir um princípio a que se vincula a Administração Pública.²⁴⁰

Bem é verdade que a própria Constituição, no inciso XXI do art. 37²⁴¹ conduz à resposta do questionamento proposto, ao afirmar expressamente a necessidade de realizar licitações, demonstrando claramente que a Administração Pública, ressalvadas as hipóteses legais, não pode contratar livremente.

Isso porque, a licitação pública também é decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante, pois a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.²⁴²

Portanto, deve-se defender que a regra é que todos os contratos celebrados pela Administração Pública devem ser precedidos de licitação, pois ela não pode nem privilegiar, nem prejudicar quem quer que seja. De forma diametralmente oposta, deve

²³⁷ DALARRI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

²³⁸ Assertiva que vem corroborar a conclusão do item 2.3 deste Capítulo, no sentido de que a igualdade entre os licitantes, corolário do princípio da isonomia, é na realidade pressuposto de validade da licitação, sem a qual não pode prosperar legitimamente o procedimento licitatório.

²³⁹ DALARRI, Adilson Abreu. *Ob cit.*, p. 45.

²⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 301.

²⁴¹ **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) **XXI** - 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

²⁴² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ob cit.*, p. 301.

oferecer iguais oportunidades a todos que quiserem contratar com ela, a fim de garantir a ampla competitividade.

Nesse aspecto, há de se ressaltar também a aplicação do princípio da livre concorrência²⁴³, que assegura aos fornecedores o direito de chegar ao mercado consumidor. Quando esse mercado é a Administração Pública, deverá ela contratar de acordo com o princípio da competitividade, sob pena de nulidade, conforme positivado na Lei nº 4.717/65²⁴⁴ (que regula a Ação Popular), cuja redação considera nulos os contratos em que, no edital de licitação pública, forem incluídas cláusulas ou condições que comprometam o seu caráter competitivo ou em que a licitação pública seja processada em condições que impliquem a limitação das possibilidades normais de competição.²⁴⁵

Daí afirmar Diogo de Figueiredo Moreira Neto, ao comentar o princípio da competitividade, que:

A finalidade de identificar o administrado que ofereça a proposta mais vantajosa é, na verdade, a legítima, pois é a que atende aos interesses da sociedade, que deverá arcar com o ônus e, por isso, deverá auferir o máximo de vantagens. A competição se estabelece para favorecer a sociedade, detentora de interesses primários e não o administrador público, que tem interesse derivado.²⁴⁶

Outra implicação relativa ao não cumprimento da regra constitucional licitatória, é a consideração do fato como ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça (STJ) no Resp nº 685.325/PR. Senão vejamos:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE DE PREFEITO. COMPRA DE MATERIAIS. FRANCIAMENTO DE NOTAS FISCAIS. IMPROBIDADE.

I- A Lei de improbidade administrativa considera ato de improbidade aquele tendente a frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente, Foi exatamente o que ocorreu na hipótese dos autos quando restou comprovado, de acordo com o circunlóquio fático apresentado no

²⁴³ Princípio estabelecido no art. 170, inciso IV, da Constituição Federal de 1988.

²⁴⁴ Especificamente, art. 4º, inciso III, alíneas “b” e “c”.

²⁴⁵ SOUTO, Marcos Jurueña Villela. Licitações & contratos administrativos: Lei nº 8.666, de 21-6-93 (comentada). 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 58.

²⁴⁶ MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Princípios da Licitação. São Paulo: Boletim de Licitações e Contratos nº 9/95, NDJ, 1995, pág. 436.

acórdão recorrido, que houve burla ao procedimento licitatório, atingindo com isso os princípios da legalidade, da moralidade e da impessoalidade.

II- O artigo 11 da Lei 8429/92 explicita que constitui ato de improbidade o que atenta contra os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições. Na hipótese presente também se tratou de atendo, ao menos, contra os deveres de imparcialidade e legalidade, em face do afastamento da norma de regência, in casu, a Lei nº 8666/93.²⁴⁷

Em resumo, quanto ao dever de licitar, oriundo da redação utilizada no texto constitucional, pode-se concluir que: 1) A licitação pública é obrigatória, sob pena de implicar em nulidade contratual e/ou em ato de improbidade administrativa; 2) A regra posta, de natureza constitucional e eficácia contida, só pode ser mitigada por lei.

2.6 MODALIDADES E TIPOS DE LICITAÇÃO PÚBLICA

Antes de identificarmos as modalidades e tipos de licitação pública e contornarmos sua diferenciação, dentro de uma abordagem linear, descritiva e jungida à legislação federal vigente, impende destacar a escorreita observação de Adilson Abreu Dallari, no sentido de que as modalidades no Brasil não são as únicas possíveis.²⁴⁸

Encontra-se na legislação estrangeira inúmeros procedimentos licitatórios diferenciados pela maior ou menor publicidade, pela seleção da proposta de melhor qualidade ou única e exclusivamente de menor preço etc. Enfim, o certo é que a possibilidade de se construir modalidades de licitação é bastante grande, bastando que se observem os princípios aplicáveis à espécie e se conjuguem no procedimento as fases ou os elementos mais aptos a propiciar o fim visado pela Administração.²⁴⁹

No que toca às modalidades de licitação pública, deve-se salientar que as necessidades diversas da Administração reclamam que o processo licitatório tenha feições e formas diversas em razão de determinado objeto e/ou valores. E, para cada uma dessas feições

²⁴⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 1ª Turma. **Resp nº 685.325/PR**. Rel. Min. Eduardo Ribeiro. Brasília, DF, 13/12/2005. DJ 06.03.2006, p. 188.

²⁴⁸ DALARRI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.

²⁴⁹ Para o estudo pormenorizado das diversas modalidades licitatórias no direito comparado, sugere-se a leitura do Capítulo IV da obra “Aspectos Jurídicos da Licitação”, de autoria do eminente Adilson Abreu Dallari, assim como do estudo “Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil”, de Heloíza Camargos Moreira e José Mauro de Moraes.

estabelecidas, a lei denominou com sendo “modalidades”. Ou seja, formas procedimentais de realização do processo licitatório.²⁵⁰

Nesse sentido, cumpre informar que a Lei Federal nº 8.666/93 estabelece em seu artigo 22 as diferentes modalidades de licitação, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. Além das modalidades indicadas pela Lei Federal nº 8.666/93, a Lei Federal nº 10.520/02 acrescentou nova categoria, o pregão.²⁵¹

Independente das características peculiares de cada uma das modalidades²⁵², podemos classificá-las, preliminarmente, em dois grupos: especiais e comuns.

Diz-se especiais as modalidades concurso, leilão e pregão, pois o critério de escolha para sua utilização reside no objeto a ser contrato. Isto é, se a aquisição se destina à escolha de trabalhos artísticos, técnicos ou científicos, deverá a Administração optar pela modalidade concurso. De outra sorte, caso a aquisição seja para a alienação de bens, a opção recairá para a modalidade leilão. Agora, caso a Administração queira adquirir qualquer bem ou serviço comum, independentemente de seu valor, deverá selecionar a modalidade pregão.

As modalidades ditas comuns são todas as demais, quais sejam: concorrência, tomada de preços, convite, pois para sua adoção, o critério a ser utilizado está vinculado ao valor do objeto a ser contrato, cujo parâmetro está expressamente previsto no art. 23 da Lei Federal n.º 8.666/93. Vejamos:

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais)

²⁵⁰ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Ed. Fortium, 2006, p. 278.

²⁵¹ Frisa-se que algumas Agências Reguladoras, por previsão legal, possuem modalidades de licitação atípicas, como por exemplo, as previstas na Lei Federal n.º 9.472/97 (lei de criação da ANATEL), mas que não serão alvo de análise no presente trabalho.

²⁵² Apesar de ser tema deslumbrante, não será alvo de avaliação deste trabalho.

- b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Quanto à faixa de alçada acima mencionada, chama atenção o nobre representante do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União, Lucas Rocha Furtado, para o fato de que apesar de eventual valor a ser contratado pudesse justificar um convite, uma tomada de preços ou inclusive uma dispensa por valor, poderá a Administração licitar, e na modalidade da concorrência, se assim o desejar, em razão da importância ou da peculiaridade do objeto a ser licitado, desde que a situação seja examinada à luz do princípio constitucional da eficiência.²⁵³

Outra observação igualmente importante diz respeito à impossibilidade de o administrador querer desmembrar contratos de modo a poder utilizar modalidade menos rigorosa de licitação. Em outras palavras, fragmentar uma determinada aquisição de serviço no valor total de R\$ 800.000,00 (oitocentos mil reais) em dez contratações de R\$ 80.000,00 (oitenta mil), única e exclusivamente para realizar a modalidade convite.

É claro que à luz da Lei Federal nº. 8.666/93, a Administração poderá, caso o deseje, desmembrar o objeto de modo a garantir a ampliação da competitividade no mercado, sem perda da economia de escala. Essa, aliás, deve ser a regra a ser seguida. Contudo, nesse contexto, jamais poderá desvirtuar o referido desmembramento, ou fracionamento, de modo a enquadrar o contrato nos limites de licitação dispensável, ou com vistas a permitir a adoção de modalidade de licitação menos rigorosa que a cabível.²⁵⁴

Por fim, cumpre ressaltar que há vedação legal, por meio da Lei Federal nº. 8.666/93, no que tange à criação de outras modalidades de licitação ou à combinação das modalidades existentes, conforme o disposto no art. 22, parágrafo oitavo, nos seguintes termos: “É vedada a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo”. Assim, somente o legislador federal possui legitimidade para, por meio de lei de âmbito nacional, criar nova modalidade de licitação (assim como foi feito no pregão, com a Lei Federal nº. 10.520/02).

Como se vê, ao se falar em modalidade de licitação, indica-se o procedimento a ser seguido pelo administrador, na condução da licitação. De outro modo,

²⁵³ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 457.

²⁵⁴ FURTADO, Lucas Rocha. *Ob cit.*, p. 458.

quando se diz de tipo de licitação, faz-se referência ao critério para julgamento das propostas apresentadas, ou seja, a forma pela qual as propostas serão julgadas. (art. 45 § 1º).

Esses referidos critérios estão explicitamente consignados no art. 45, parágrafo primeiro, da Lei Federal n.º 8.666/93. *In verbis*:

Art. 45. O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Por fim, salienta-se que a regra é a adoção do tipo menor preço, que pode ser utilizado quase que indistintamente, na medida em que todos os demais tipos só poderão ser utilizados nos casos estabelecidos pela lei.

2.7 PROCEDIMENTOS LICITATÓRIOS

A contratação administrativa deve ser antecedida de um procedimento prévio, o qual poderá ou não configurar uma licitação. Em todas as hipóteses, a Administração Pública é obrigada a desenvolver internamente atividades administrativas voltadas a: 1) Identificar objetivamente as suas necessidades; 2) Conceber uma solução técnica para o seu atendimento; 3) Determinar a viabilidade econômica e jurídica da contratação; 4) Elaborar a minuta de um instrumento contratual; 5) Verificar a viabilidade de competição entre os particulares e a necessidade de licitação.²⁵⁵

Dessa forma, caso estejam presentes os pressupostos da licitação, a Administração Pública deverá estabelecer os requisitos de habilitação, determinar a

²⁵⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ed .rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 369.

modalidade e o tipo, elaborando edital correspondente. Em caso contrário, deverão ser identificados os particulares em condições de executar diretamente a prestação contratual e de promover a escolha da alternativa mais adequada em vista de critérios objetivos.²⁵⁶

São essas atividades promovidas pela Administração Pública que constituem as fases ou etapas da licitação, conforme veremos no decorrer deste item.²⁵⁷

2.7.1 Fase interna

É dita interna porque envolve apenas o âmbito da Administração, não afetando pessoas estranhas à estrutura administrativa. É essa fase que mais se pode contribuir para um salutar desenvolvimento do procedimento licitatório, quer pelas precauções da Administração Pública em relação aos possíveis interessados, quer pelos cuidados que, internamente, devem ser tomados pelo controle hierárquico.²⁵⁸

Esse espaço, contudo, é pouco tratado pela doutrina uma vez que debruçada a comentar os estatutos e normativos, pouco se menciona sobre tais detalhes na execução da licitação pública, ficando a fase interna da licitação entregue a vários atos administrativos dispersos e sem sistematização, dificultando a sua conseqüente assimilação pelos agentes incumbidos de seu cumprimento.

Inicialmente, impende destacar a precisa observação de Marcos Juruena Villela Souto, um dos poucos a tratar profundamente do assunto, no sentido da necessidade de haver um plano de estruturação administrativa e financeira da Administração, que decorre da necessidade de criação de estruturas, rotinas e cronogramas de estocagem e desembolsos, bem como o da oportunidade de atuação, para que o atendimento das necessidades da Administração seja compatível com a execução orçamentária.²⁵⁹

²⁵⁶ Pelo enfoque do trabalho se restringir à licitação pública, serão tratados apenas os seus procedimentos, que eventualmente podem trazer alguns atos também comuns às compras diretas.

²⁵⁷ Marçal Justen Filho defende que a expressão “fase” ou “etapa” da licitação é defeituosa, pois a referida fase/etapa pode conduzir também à uma contratação sem licitação. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ed .rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 369. Nesse mesmo sentido, Adilson Abreu Dallari comenta seu alinhamento ao pensamento de Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que não chega a dividir o procedimento licitatório em fases, mas apenas em atos preparatórios, complementares (correspondente aos integrativos) e aos finais ou conclusivos (correspondente aos essenciais). DALARRI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 89.

²⁵⁸ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações & contratos administrativos: Lei nº 8.666, de 21-6-93 (comentada). 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p. 75.

²⁵⁹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Ob cit.*, p. 75.

De outra sorte, destaca ainda o referido autor que a comissão de licitação e demais agentes envolvidos devem estar devidamente estruturados e entrosados para o fluxo de operações ter seguimento no tempo e forma desejados para o cumprimento dos contratos. O regimento interno de licitações e o calendário de licitações são dois instrumentos fundamentais nessa etapa.

Nesse sentido, chega-se a conclusão que após a realização de um bom planejamento estrutural, a seqüência razoável dos atos preparatórios deve seguir a seguinte ordem: 1º Requisição do Objeto; 2º Estimativa do Valor; 3º Autorização da Despesa; 4º Elaboração do Edital, Convite ou instrumento de contratação direta; 5º Análise jurídica do instrumento; 6º Publicação na Imprensa Oficial.

2.7.2 Fase externa

A segunda fase, dita externa, se inicia com a divulgação do instrumento convocatório e envolve diretamente atos administrativos destinados a instaurar a competição entre os interessados, estando relacionada diretamente à escolha da melhor proposta.

Conforme verificado no item anterior, na primeira fase (interna), a Administração Pública define o que pretende contratar e em que condições será celebrado o contrato, isto é, define-se a necessidade da Administração Pública.

Na segunda fase, se escolhe quem será contratado. Dessa forma, não há como a segunda fase ser realizada corretamente, de modo a que sejam atendidas as necessidades que levaram a Administração Pública a celebrar o futuro contrato administrativo, se a própria Administração não tiver promovido a perfeita definição dessas necessidades, o que é feito na fase interna.²⁶⁰

Dentro dessa segunda fase, encontram-se 5 atos administrativos fundamentais à escolha da proposta mais vantajosa, quais sejam: 1) Publicidade; 2) Habilitação; 3) Julgamento das propostas; 4) Homologação; 5) Adjudicação.

Ao realizar breves considerações a respeito de cada um dos referidos atos, pode-se afirmar que é com a publicidade dos atos, princípio básico da Administração, assim como já comentado, que a fase externa se inicia, efetivando a difusão igualitária das

²⁶⁰ FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 462.

condições editalícias, e permitindo a participação de todos os interessados que preencham as condições editalícias.

O ato de habilitação é a etapa externa do processo licitatório em que a Administração Pública verificará a existência regular dos licitantes e condições pessoais como a experiência, capacidade econômica, regularidade fiscal e outras exigências previstas na lei e/ou no edital.²⁶¹

Partilhando também desse entendimento, destacam-se Carlos Pinto Coelho Motta e Marçal Justen Filho. Para Coelho Motta, habilitação significa o reconhecimento formal, por parte da Comissão de Licitação de que o licitante atendeu às condições exigidas, no aspecto jurídico, de qualificação técnica, econômica e financeira, bem como de regularidade perante o fisco.²⁶²

Na concepção de Marçal, a habilitação em sua acepção procedimental consiste no conjunto de atos orientados a apurar a idoneidade e capacitação de um sujeito para contratar com a Administração Pública.²⁶³

Assim, para a constatação da referida idoneidade e experiência dos licitantes são verificados os seguintes critérios: 1) habilitação jurídica; 2) regularidade fiscal; 3) qualificação técnica; 4) qualificação econômico-financeira; 5) comprovação do atendimento ao comando constitucional da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendizes.

Em sequência, o ato do juízo das propostas se traduz no momento em que a Administração Pública, por meio de sua comissão, em sessão pública, abre os envelopes das propostas (comerciais e/ou técnicas) dos licitantes previamente habilitados, confrontando seu conteúdo com as exigências e critérios de avaliação previstos no edital e seus valores com o preço de mercado, de forma a identificar preços inexequíveis ou superfaturados.

Ressalta-se, por oportuno, que é nesse momento em que os tipos de licitação terão importância, pois, conforme já tratado anteriormente, correspondem à forma pela qual as propostas serão julgadas, definidas em cada caso previamente no edital.

²⁶¹ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 304.

²⁶² MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 59.

²⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 295.

Já na fase final da fase externa da licitação pública, temos a produção do ato da homologação do certame, atribuído não mais à comissão de licitação, cujas atividades são encerradas na fase de julgamento, mas à autoridade superior competente do órgão licitante.

É amplamente definida como um verdadeiro ato de controle por meio do qual a autoridade superior, após o exame minucioso do processo, aprova o seu resultado final. É, portanto, um ato de ratificação e controle de todos os atos do processo licitatório, motivo pelo qual é atribuída, em regra, à mesma autoridade que autorizou a realização do certame.²⁶⁴

Em razão dessa análise superior, o saudoso Diógenes Gasparini entendia que a homologação não é fase que integra o procedimento da licitação, pois incide sobre um procedimento já realizado. Seria um ato para dar eficácia à licitação pública.²⁶⁵

Em que pese a notável opinião de Gasparini, permitimo-nos discordar, *data máxima vênia*, haja vista entendermos que por ser a licitação pública um antecedente necessário do contrato administrativo, e a homologação, ato fundamental dentro do procedimento administrativo para ratificar todos os atos administrativos precedentes, não há como dissociar a homologação da licitação pública.

Cumpre destacar que é nesse momento do procedimento que a autoridade superior pode tomar duas decisões fatídicas à licitação pública: 1) anulação do processo licitatório em caso de ilegalidade; 2) revogação do referido processo na hipótese de fato superveniente que justifique tal decisão.

Por fim, salienta-se que a homologação deve ser feita dentro do prazo de validade da proposta, sob pena de colidir com o princípio da eficiência e fazer com que toda ritualística legal, penosamente cumprida, deságue em inutilidade, pela ausência de homologação e contratação.

Para encerrar a fase externa e conseqüentemente a licitação pública, exaurindo as competências de todos os envolvidos no certame e liberando os licitantes dos compromissos e obrigações, há a produção do ato de adjudicação, que a propósito, é tido comumente como a atribuição ao vencedor do objeto da licitação, para a subsequente efetivação do contrato administrativo.²⁶⁶

²⁶⁴ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 312.

²⁶⁵ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 616.

²⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16.ed.atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 274.

Entretanto, a abordagem do referido ato na perspectiva do Direito Administrativo moderno, encabeçada por Marçal Justen Filho e Gabriel de Brito Campos, é outra.

Nessa nova acepção, trata-se do reconhecimento formal da satisfatoriedade da proposta do licitante vencedor.²⁶⁷ Isto é, cuida-se da proclamação formal de que, além de ser a vencedora, uma determinada proposta atende às conveniências e necessidades da Administração e que, se a Administração deliberar contratar, o fará com aquele proponente.²⁶⁸

Alerta-se que a adjudicação não traz consigo nenhum direito público subjetivo ao licitante vencedor²⁶⁹. Embora transfira expectativa de direito ao resultado eficaz da licitação pública, não concede direito à contratação.

É essa também a inteligência consolidada na Egrégia Corte do Superior Tribunal de Justiça. *In textu*:

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. REVOGAÇÃO. LICITANTE VENCEDOR. DIREITO À CONTRATAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Os atos administrativos, a despeito de gozarem de presunção de legitimidade e auto-executoriedade, podem ser anulados ou revogados pela própria Administração, de ofício, quando eivados de ilegalidade, ou por motivo de conveniência, na preservação do interesse público.

É incontroverso na doutrina e na jurisprudência que a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor confere mera expectativa de direito de contratar, submetendo-se ao juízo de conveniência e oportunidade da Administração Pública a celebração do negócio jurídico.

A revogação de procedimento licitatório em razão da inexistência de suficientes recursos orçamentários, bem como em razão da inconveniência da aquisição de equipamentos sofisticados, não gera direito à contratação.²⁷⁰ (g.f)

Assim, a adjudicação garante apenas segurança ao licitante declarado vencedor, pois implica na vedação da abertura de nova licitação enquanto válida a

²⁶⁷ CAMPOS, Gabriel de Brito. Curso de Direito Administrativo. Brasília: Fortium, 2006, p. 312.

²⁶⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10ª ed. São Paulo: Dialética, 2004, p. 421/422.

²⁶⁹ Tanto é assim que quando comentamos a respeito do princípio da adjudicação compulsória no item 2.4 deste capítulo, apontamos a imprecisão técnica jurídica quanto a sua denominação.

²⁷⁰ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Corte Especial. MS nº 4.513/DF. Rel. Min. VICENTE LEAL. Brasília, DF, 1º/08/2000. DJ 04.09.2000, p. 114.

adjudicação anterior e na proibição da Administração Pública, concluído o procedimento licitatório, contratar o objeto licitado com outro que não o declarado vencedor, ressalvadas as hipóteses legais e editalícias.²⁷¹

²⁷¹ Entre essas hipóteses está o não comparecimento do licitante declarado vencedor para assinatura do contrato, após devidamente convocado.

3. ATIVIDADE ADMINISTRATIVA E A INTERVENÇÃO INDIRETA

Conforme já externado no Capítulo 1 deste trabalho, a atividade administrativa é a seqüência conjugada de ações e omissões por meio da qual se exercita a função administrativa (conjunto de competências) e se persegue a realização dos fins que a norteiam e justificam sua existência, sendo, portanto, um instrumento concretizador.

De outra sorte, a intervenção indireta na ordem econômica consiste no exercício pelo Estado de sua competência legislativa e regulamentar para disciplinar o exercício de atividades econômicas, desempenhadas na órbita pública ou privada, quando não há condições de funcionamento satisfatório (eficiente) do mercado.

Assim, o que se pode inferir é que a intervenção indireta é uma atividade administrativa realizada para promover conscientemente os fins essenciais do Estado, entre estes, a garantia, dentro da ordem econômica, de uma concorrência perfeita, refletindo assim nos objetivos do procedimento licitatório, ou seja, na seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e na promoção do desenvolvimento nacional.

Por essas razões, tratar-se-á inicialmente da ordem econômica, seus princípios, passando-se pela noção de atividade econômica e desaguando-se no ato da intervenção indireta e suas nuances, fato este que proporcionará ao leitor elementos valiosos para desvendar a problemática proposta no capítulo final deste trabalho.

3.1 A ORDEM ECONÔMICA

Antes de imiscuirnos dentro do tema proposto, é de bom alvitre versar, em apertada síntese, sobre as acepções do vocábulo “ordem”, haja vista facilitar a assimilação do conteúdo a ser tratado.

Nesse passo, deve-se ressaltar que o primeiro sentido naturalmente invocado induz a organização de algo. Ao fazermos comparativo com a atividade jurídica, tal significado faz sentido, pois esta é determinada por uma necessária organização, até porque o Direito tem por escopo organizar a convivência social. A outra acepção é corolário da primeira, na medida em que representa os instrumentos de que se dispõe para que se ordene

algo. Assim, se pode afirmar que a atividade social organizada pelo Direito depende de instrumentos de estímulo e sustentação da ordem.

Realizadas tais ponderações, pode-se trazer à baila, com maior precisão, as concepções doutrinárias a respeito da ordem econômica.

De pronto, ressalta-se o escólio de Leonardo Vizeu Figueiredo, que define ordem econômica como o tratamento jurídico disciplinado pela Constituição para a condução da vida econômica da nação, limitado e delineado pelas formas estabelecidas na própria Lei Maior para legitimar a intervenção do Estado no domínio privado econômico.²⁷²

Na lição de José Afonso da Silva²⁷³, a ordem econômica consiste na racionalização jurídica da vida econômica, com o fim de se garantir o desenvolvimento sustentável do Brasil.

Já no magistério de André Ramos Tavares²⁷⁴, por ordem econômica entende-se o conjunto de normas e instituições jurídicas que visam disciplinar as relações oriundas do exercício da atividade econômica e orientar a produção dos diversos ramos do direito envolvidos no sistema econômico.

Pelos ensinamentos de Fabiano Del Masso²⁷⁵, a ordem econômica é uma representação estrutural cuja finalidade é organizar a realização da atividade econômica em determinada comunidade. Em verdade, corresponde também à coerência do regime de regras criadas para regular determinados aspectos da atividade econômica.

Acrescenta ainda o referido autor que a ordem econômica formalmente prevista funciona como um documento de grande importância para todos os que estiverem sob os seus efeitos, haja vista poderem conhecer os interesses e as formas de organização do Estado diante da atividade econômica, pois a ordem econômica serve ao Estado e a todo o seu povo, sendo aquele, contudo, o responsável pela sua instituição e aplicação.

Em complementação a todos os conceitos acima citados, não se poderia excluir a pertinente observação de Modesto Carvalhosa²⁷⁶, para quem, no conceito de ordem econômica constitucional há de se destacar o modo de ser jurídico do sujeito econômico, ou

²⁷² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito Econômico*. São Paulo: MP, 2006, p. 30.

²⁷³ DA SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 764.

²⁷⁴ TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006, p. 82/84.

²⁷⁵ MASSO, Fabiano Del. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 35/36.

²⁷⁶ CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre direito econômico*. São Paulo: Unidas, 1971, p. 48/49.

seja, a sua função: social e política (justiça social e desenvolvimento nacional) atribuída à atividade produtiva pelo Direito Público.

Como se vê, depreende-se claramente de todos os conceitos, que a ordem econômica foi construída para organizar as diversas atividades econômicas, seja por meio de instrumentos de sustentação (como princípios), ou de estímulo (como a intervenção indireta)²⁷⁷.

Nesse sentido, corretas se entremostam as palavras de Eros Roberto Grau, que ao abordar a ordem econômica na Constituição de 1988, defende que a expressão “ordem econômica”, no contexto constitucional do art. 170, é conversível nas expressões “relações econômicas” ou “atividade econômica”, que deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim dela, atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios constitucionais.²⁷⁸

Em face do exposto, pode-se inferir que a ordem econômica é guiada pelos princípios lançados na Constituição Federal e instrumentalizada pela atividade econômica.

3.2 A ATIVIDADE ECONÔMICA

Com o rigor científico que lhe é peculiar, Eros Grau²⁷⁹ ao tratar da atividade econômica, assevera que sua definição representa um ato de interpretação, pois se busca sua conotação em certo contexto normativo. Relembra ainda o referido autor que quando essa busca é empreendida em razão de a palavra ou expressão apresentar um largo arco de denotação (como é o caso) o ato de interpretação é praticado no nível do contexto lingüístico da palavra/expressão.

Nesse sentido, o eminente doutrinador defende a existência da atividade econômica em sentido amplo (gênero), dividida em duas subcategorias (espécies): a) serviço público; b) a atividade econômica em sentido estrito.²⁸⁰

Assim, ao examinar a primeira espécie, tem-se que a prestação de serviço público compete preferencialmente ao setor público e está voltada à satisfação de

²⁷⁷ Instituto jurídico a ser tratado no item 3.4 deste capítulo.

²⁷⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 139.

²⁷⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ob cit.*, p.138.

²⁸⁰ A classificação proposta por Eros Grau guiará o leitor para uma melhor compreensão sobre intervenção indireta a ser tratada no item 3.4 deste Capítulo.

necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, motivo que seria suficiente para tipificá-la como atividade econômica.²⁸¹

De igual sorte, a atividade econômica em sentido estrito é a produção de bens e serviços voltada à satisfação das necessidades, cuja atribuição compete eminentemente ao setor privado.²⁸² Peculiariza-se pela possibilidade de exploração econômica lucrativa, voltada à apropriação privada dos benefícios.²⁸³

Sob o aspecto mais pragmático, pode-se dizer que a atividade econômica representa o esforço humano para a produção de bens e serviços, cuja finalidade é promover a satisfação das ilimitadas necessidades.²⁸⁴ Essa produção para saciar as necessidades era inicialmente apenas uma preocupação individual, mas que atualmente passou a envolver uma quantidade maior de agentes econômicos (famílias, empresas e o Estado).²⁸⁵

Esse fato levou ao controle natural da produção e do consumo de bens, cuja organização se concretizou em um sistema econômico²⁸⁶, que a propósito pode ter um grau maior ou menor de interferência de algum responsável, como por exemplo, o Estado.

Por essa razão, a regulação da atividade econômica ganhou força, na medida em que se tornou necessário, algumas vezes, se interferir nas escolhas econômicas para que o bem comum fosse alcançado, evitando a satisfação de um determinado agente econômico em detrimento dos demais.

Em resumo, pode-se concluir que apesar de a escolha econômica (em produzir ou consumir) ser livre, deve haver certa coordenação das relações econômicas atuais (que expressão cada vez mais complexidade), sob pena de resultar em uma menor satisfação das já mencionadas necessidades.

3.3 PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA (APLICÁVEIS)

Consoante mencionado anteriormente, a ordem econômica, construída para organizar as diversas atividades econômicas, é guiada por instrumentos de sustentação, entre eles, os princípios.

²⁸¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 140.

²⁸² GRAU, Eros Roberto. *Ob cit.*, p. 140.

²⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 575.

²⁸⁴ Entre tais necessidades, se considera inclusive as inúmeras necessidades da Administração.

²⁸⁵ MASSO, Fabiano Del. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 1/2.

²⁸⁶ A Constituição Federal de 1988 adotou o sistema econômico do capitalismo, fundado na propriedade privada dos meios de produção e no livre exercício das atividades econômicas (livre iniciativa). JUSTEN FILHO, Marçal. *Ob cit.*, p. 571.

Como muito bem externado por Celso Antônio Bandeira de Mello, princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compeñde-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentindo harmônico.²⁸⁷

Nesse sentido, a Constituição Econômica cumpre o seu papel e elenca nove princípios da ordem econômica, dispostos no art. 170 da Constituição Federal de 1988. Senão vejamos:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Em aderência ao escopo do presente trabalho, verificar-se-ão apenas os princípios diretamente afetados pelo processo licitatório, que a propósito são: livre concorrência, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte.

²⁸⁷ DE MELO, Celso Antônio Bandeira. *in apud*, DALARRI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 3.

Em apertada síntese, vejamos algumas definições atribuídas a cada um dos supracitados princípios, de maneira a elucidar o impacto do processo licitatório na ordem econômica.

De pronto, abordemos o princípio da livre concorrência. Nas escuras palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior²⁸⁸, trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez.

Traçando um aspecto político-social, o mesmo autor argumenta ainda que, sob o ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder²⁸⁹. Quanto ao ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.

Na perspectiva de Eros Grau²⁹⁰, a livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído – “livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela” – supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém, de um quadro de igualdade jurídico-formal.

É justamente essa igualdade jurídico-formal que a licitação pública tenta buscar por meio de inovações normativas²⁹¹, com o escopo de fomentar sempre a competição e diminuir eventuais desigualdades.

Esse equilíbrio, não mais aquele atomístico do liberalismo tradicional, mas um equilíbrio entre os grandes grupos e um direito de estar no mercado²⁹² também para as pequenas empresas é alcançado exatamente pela garantia da liberdade de concorrência.²⁹³

Em síntese, depreende-se que é a competitividade o elemento que define a livre concorrência, fato este que gera ainda mais enleio entre o mencionado princípio e a

²⁸⁸ JÚNIOR. Tércio Sampaio Ferraz. Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum. Ano 1, nº 1, jan.-mar./2003, p. 215-225.

²⁸⁹ Nessa perspectiva, a livre concorrência está alinhada com o pressuposto de validade do processo licitatório, ou seja, a isonomia.

²⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 251.

²⁹¹ Exemplos assim estão retratados na Lei Complementar n.º 123/06 e na recente Medida Provisória n.º 495/2010, diplomas legais que serão comentados no Capítulo 4 deste trabalho.

²⁹² Cumpre aqui esclarecer rapidamente que o pressuposto da livre iniciativa possui 3 etapas básicas, quais sejam: 1) Liberdade de ingresso no mercado; 2) Liberdade de permanecer no mercado; 3) Liberdade de se retirar de uma atividade econômica.

²⁹³ DA FONSECA, João Bosco Leopoldino. Direito Econômico. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129.

licitação pública, haja vista o encargo licitatório de fomentar a competitividade, com vista a alcançar seus objetivos (seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional), bem como a dar concretude ao princípio da publicidade (terceira haste do tripé principiológico da licitação pública), uma vez que quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação, maior será a publicidade alcançada.

Evoluindo para o princípio da defesa do meio ambiente, pode-se afirmar que o referido princípio constitui uma limitação, visando colocar as atividades econômicas na fronteira dos interesses coletivos²⁹⁴, e dessa forma, instaurando uma economia auto-sustentada, suficientemente equilibrada para permitir ao homem reencontra-se consigo próprio, como ser humano e não apenas como um dado ou índice econômico.²⁹⁵

De outra sorte, tem-se constituída uma norma-objetivo, uma diretriz, dotada de caráter constitucional conformador, justificando a reivindicação pela realização de políticas públicas²⁹⁶, o que fez surgir, indubitavelmente, um novo corpo de normas destinadas a reger a atuação do Estado no campo da preservação do meio ambiente, refletido também nas licitações públicas, por meio das licitações sustentáveis.²⁹⁷

Em continuidade, temos o princípio da redução das desigualdades regionais e sociais que reflete um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, o qual preconiza a erradicação da pobreza e a marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, de forma a promover o bem de todos, dentro de um quadro de garantia do desenvolvimento de âmbito nacional.

O raciocínio lógico-jurídico construído para dar sustentabilidade a retro assertiva está na idéia de desenvolvimento, que por sua vez supõe dinâmicas mutações, realizadas dentro de um processo de mobilidade social contínuo e intermitente.²⁹⁸ Processo

²⁹⁴ DA FONSECA, João Bosco Leopoldino. *Ob cit.*, p. 130/132.

²⁹⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 282.

²⁹⁶ GRAU, Eros Roberto. *Ob cit.*, p. 281.

²⁹⁷ Exemplo concreto pode ser verificado na Instrução Normativa n.º 01/2010, do MPOG, de 19 de janeiro de 2010, que dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências.

²⁹⁸ Essa idéia de desenvolvimento só é válida na sociedade por ela abrangida.

este que deve levar a um salto de uma estrutura social para outra, acompanhado da elevação do nível econômico e do nível cultural-intelectual comunitário.²⁹⁹

Por essas razões foi que o Estado, como importante agente econômico que é, tratou de incluir o desenvolvimento, nacional, como mais um objetivo das licitações públicas, fato que reforça ainda mais a utilização da licitação pública como instrumento idôneo para implantação de políticas públicas.

Cambiando de princípio, impende destacar que não há como extirpar a influência do processo licitatório na concretização do princípio da busca do pleno emprego, haja vista este ter como premissa a ênfase no desenvolvimento e na garantia de aproveitamento adequado de todas as potencialidades do país, dentro do princípio da eficiência. Eros Grau comenta que esse princípio representa a expansão das oportunidades de emprego produtivo³⁰⁰.

Nesses termos, a licitação pública impacta de sobremaneira a busca do pleno emprego, na medida em que maximiza, por meio da ampla publicidade, as oportunidades de contratação com um agente econômico relevante, que possui poder de mercado, resguardando a livre concorrência e o desenvolvimento nacional.

Enfim, o último dos chamados princípios da ordem econômica aplicáveis ao contexto tratado neste trabalho é o princípio do tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Esse princípio possui tratamento normativo mais amplo no preceito inscrito no art. 179 da Constituição Federal de 1988. *In verbis*:

Art. 179. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.

²⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 259.

³⁰⁰ GRAU, Eros Roberto. *Ob cit.*, p. 283.

Como se vê, o princípio constitui uma “cláusula transformadora”³⁰¹, que a propósito é o que fundamenta a reivindicação, por tais empresas, pela realização de políticas públicas, com o intuito de eliminar entraves burocráticos para o exercício das atividades econômicas e assim atingir a concretude plena da livre iniciativa.

O resultado normativo mais expressivo desse esforço foi materializado com a edição da Lei Complementar 123/06³⁰², que será oportunamente estudada no próximo capítulo deste trabalho, ocasião em que se analisará a conveniência de o Estado assumir, nos dias de hoje, um tratamento diferenciado para esse grupo.

3.4 INTERVENÇÃO INDIRETA

A Constituição de 1988 consagrou o sistema econômico capitalista, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, isto é, no livre exercício das atividades econômicas. De outra sorte, atribuiu ao Estado a competência para intervir na ordem econômica, diretamente (art. 173), assim como indiretamente (art. 174).

A intervenção indireta ou normativa na ordem econômica consiste no exercício pelo Estado de sua competência legislativa e regulamentar para disciplinar o exercício de atividades econômicas, desempenhadas na órbita pública ou privada³⁰³, cujo fundamento constitucional está disposto no art. 174. *In totum*:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Cumprido esclarecer, com base, mais uma vez, nos ensinamentos de Eros Grau, que a expressão atividade econômica mencionada no referido artigo constitucional alude à atividade econômica em sentido amplo, respeitando à globalidade da atuação estatal

³⁰¹ GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 284.

³⁰² Que tratou, entre outros temas, da difusão de acesso aos mercados às microempresas e empresas de pequeno porte.

³⁰³ Eros Grau possui posicionamento peculiar, pois defende que intervenção indica atuação estatal em área de titularidade do setor privado, haja vista entender que o vocábulo expressa precisamente atuação em área de outrem. Dessa forma, conclui que Estado não pratica intervenção quando presta serviço público ou regula a prestação de serviço público, pois estaria em área de sua própria titularidade, isto é, na esfera pública. GRAU, Eros Roberto. *Ob cit.*, p. 130/131.

como agente normativo e regulador, atuação esta que há de compreender o exercício das funções de fiscalização, incentivo e planejamento.³⁰⁴

Esse caráter regulador do Estado é definido pela doutrina de inúmeras formas, podendo-se destacar as oriundas de Alexandre Aragão, Carlos Ari Sunfeld, Marçal Justen Filho e Leonardo Vizeu Figueiredo.

Nesse sentido, Alexandre Aragão define a regulação como sendo:

O conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes definidos no marco da Constituição e orientando-se em direções socialmente desejáveis.³⁰⁵ (g.f)

Na acepção de Carlos Ari Sunfeld, tem-se que:

A regulação, enquanto espécie de intervenção estatal, manifesta-se tanto por poderes e ações com objetivos declaradamente econômicos (o controle de concentrações empresariais, a repressão de infrações à ordem econômica, o controle de preços e tarifas, a admissão de novos agentes no mercado) como por outros com justificativas diversas, mas efeitos econômicos inevitáveis (medidas ambientais, urbanísticas, de normalização, de disciplina das profissões etc.). Fazem regulação autoridades cuja missão seja cuidar de um específico campo de atividades considerado em seu conjunto (o mercado de ações, as telecomunicações, a energia, os seguros de saúde, o petróleo), mas também aquelas com poderes sobre a generalidade dos agentes da economia (exemplo: órgãos ambientais). A regulação atinge tanto os agentes atuantes em setores ditos privados (o comércio, a indústria, os serviços comuns – enfim, as atividades econômicas em sentido estrito) como os que, estando especialmente habilitados, operam em áreas de reserva estatal (prestação de serviços públicos, exploração de bens públicos e de monopólios estatais).³⁰⁶ (grifo nosso)

Nas palavras de Marçal Justen Filho:

A regulação econômico-social consiste na atividade estatal de intervenção indireta sobre a conduta dos sujeitos públicos e privados, de modo permanente e sistemático, para implementar as políticas de governo e a realização dos direitos fundamentais.

³⁰⁴ O art. 174 reporta-se nitidamente à atividade econômica em sentido amplo, não abrangendo apenas a atividade econômica em sentido estrito. Tanto é assim que o preceito determina ser ele – o planejamento – “determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”. GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 145.

³⁰⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 37.

³⁰⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 18.

A regulação consiste na opção preferencial do Estado pela intervenção indireta, puramente normativa. A regulação estatal se traduz numa atuação jurídica, de natureza repressiva e promocional, visando a alterar o modo de conduta dos agentes públicos e privados.

A regulação consiste na opção pela intervenção indireta. Mas intervenção estatal indireta não é sinônimo de regulação. Regulação é uma forma de intervenção indireta que se caracteriza somente quando o Estado organiza um conjunto de órgãos especializados para promover intervenção de modo permanente e sistematizado.³⁰⁷ (g.f)

De forma inovadora, mas não por isso menos consistente, Leonardo Vizeu Figueiredo conceitua a regulação no aspecto objetivo e subjetivo. Senão vejamos:

Destarte, pode-se conceituar, objetivamente, a regulação como o conjunto de atos e medidas estatais que têm por fim garantir a observância dos princípios norteadores da ordem econômica no mercado, bem como a devida e correta prestação de serviços públicos, além do incentivo e fomento para a implementação das políticas públicas respectivas para direcionamento de cada nicho da economia.

Sob um aspecto subjetivo, pode-se conceituar a regulação como o processo estatal de normatização, de fiscalização, de incentivo, de planejamento e de mediação da atividade econômica dos particulares, conjugando os interesses privados destes com os interesses público e coletivo envolvidos no ciclo econômico do respectivo mercado.

Assim, da junção dos dois aspectos conceituais acima delineados, a regulação se trata de toda medida estatal, envidada no sentido de garantir a prevalência dos princípios da ordem econômica, bem como do respectivo interesse coletivo, a fim de efetivar a observância de políticas públicas norteadoras do planejamento econômico social.³⁰⁸

Como se vê, há conceituações da regulação focando tanto na perspectiva objetiva, que leva em conta os elementos de produção legislativa do direito positivado, quanto na perspectiva subjetiva, ressaltando-se as relações jurídicas de direito material entre os agentes econômicos e o Poder Público.

Superadas tais ponderações, é de bom alvitre destacar que o modelo regulatório nada tem haver o dirigismo econômico, na medida em que este consiste na supressão da autonomia empresarial privada (quando não ocorre a eliminação da própria empresa privada), assumindo o Estado competências amplas e ilimitadas no setor econômico.

³⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 562-563/572.

³⁰⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Direito Econômico. São Paulo: MP, 2006, p. 60-61.

A relevância reconhecida à regulação conduziu a doutrina a afirmar a existência de um novo modelo de Estado, podendo-se afirmar que o Estado do Bem-Estar Social evoluiu para transformar-se num Estado Regulador.

Com maestria, Marçal Justen Filho³⁰⁹ ensina que o modelo regulatório apresenta algumas modificações fundamentais em face dos modelos clássicos do Estado de Providência, destacando-se, em especial, três.

A primeira relaciona-se com o âmbito de abrangência das atividades sujeitas aos regimes de direito público e de direito privado. Por um lado, há a transferência para a iniciativa privada de atividades desenvolvidas pelo Estado, desde que adotadas de forte cunho de racionalidade econômica. Por outro, há a liberalização de atividades até então monopolizadas pelo Estado, para propiciar a disputa pelos particulares em regime de mercado.

A segunda peculiaridade da concepção regulatória de Estado reside na inversão da relevância do instrumento interventivo. Assim, o Estado permanece no domínio econômico, mas não mais como exercente direto de atividades.

A terceira característica reside no fato de a atuação regulatória do Estado se nortear não apenas pela proposta de atenuar ou eliminar os defeitos do mercado. Tradicionalmente, supunha-se que a intervenção estatal no domínio econômico destinava-se a dar o suporte ao mecanismo de mercado e a eliminar eventuais desvios ou inconveniências.³¹⁰ Já o modelo regulatório admite a possibilidade de intervenção destinada a propiciar a realização de certos valores de natureza política ou social (como, por exemplo, a proteção ao meio ambiente), haja vista o mercado não estabelecer todos os fins a serem realizados pela atividade econômica, uma vez que sua racionalidade imediatista instiga apenas preocupações meramente econômicas.

Estabelecidas tais premissas norteadoras, permite-se verificar como a licitação pública se envolve com a atuação indireta do Estado. Inicialmente, cumpre salientar que o papel do Estado como ente regulador da atividade econômica ora se perfaz por indução (quando exerce função de incentivo e/ou planejamento), ora por direção (no exercício da função de fiscalização).³¹¹

³⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de direito administrativo. 4.ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 565-566.

³¹⁰ Essa visão clássica de intervenção remonta às falhas de mercado, que envolvem: (1) as hipóteses de deficiência na concorrência, (2) os chamados bens coletivos, (3) externalidades, (4) assimetrias de informação e (5) desequilíbrio econômico.

³¹¹ Nomenclatura utilizada pelo eminente jurista Eros Grau.

Nesse diapasão, deve-se explicar rapidamente as duas formas de atuação indireta do Estado como ente regulador, de forma a permitir que o leitor depreenda rapidamente a verificação proposta.

Na atuação por direção, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da atividade econômica. Isto é, fica-se diante de comandos imperativos, dotados de cogência e impositivos de certos comportamentos a serem necessariamente cumpridos pelos agentes econômicos.³¹²

De outra sorte, quando atua por indução, o Estado manipula os instrumentos de intervenção, em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados. Defronta-se com preceitos que, embora prescritivos deonticos, não são dotados da mesma carga imperativa que afeta as normas de intervenção por direção.

Tratam-se, conforme preceitua Eros Grau³¹³, de normas dispositivas. Nelas, a sanção, tradicionalmente manifestada como comando, é substituída pelo expediente do convite, incitações, estímulos e incentivos de toda ordem³¹⁴, oferecidos pela lei a quem participe de determinada atividade de interesse geral, patrocinada ou não pelo Estado. Ao destinatário da norma, contudo, resta aberta a alternativa de não se deixar por ela seduzir, renunciando aderir à prescrição nela veiculada.

Comenta ainda o referido autor, com muita maestria, que a sedução à adesão ao cumprimento sugerido é, todavia, extremamente vigorosa, dado que os agentes econômicos por ela não tangidos passam a ocupar posição desprivilegiada nos mercados. Assim, seus concorrentes gozam, porque aderiram a esse comportamento, de uma situação de donatário de determinação bem (redução ou isenção de tributo, preferência à obtenção de crédito, subsídio, v.g), o que lhes confere melhores condições de participação naqueles mesmos mercados.

Dessa forma, percebe-se nitidamente que os diversos diplomas legais editados pelo Estado atinentes à licitação pública, com destaque para a Lei Complementar n.º

³¹² Norma típica de intervenção por direção é a que instrumenta controle de preços, para tabelá-los ou congelá-los. GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 176.

³¹³ GRAU, Eros Roberto. *Ob cit.*, p. 176/177.

³¹⁴ Com muita propriedade, Leonardo Vizeu Figueiredo define que incentivar é “criar estímulos ao progresso da atividade econômica, dar condições positivas para o seu desenvolvimento, incitar, possibilitando um melhor e mais adequado resultado da economia, dentro do que dispõe e prevê a legislação aplicável, consubstanciando-se, sobretudo, nos princípios que orientam a ordem econômica, notadamente a de livre iniciativa e livre concorrência”. FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito Econômico*. São Paulo: MP, 2006, p. 67.

123/06 e a Medida Provisória n.º 495/2010, por propiciarem redução/isenção de tributo, preferência e critérios diferenciais de desempate nas contratações públicas, entre outras vantagens, dão plena concretude à intervenção indireta por indução do Estado na ordem econômica, demonstrando que o caráter interventivo visa à tutela de valores sociais, éticos e políticos que transcendem a mera regulação das falhas de mercado.

Em face do exposto, pode-se afirmar que na visão clássica de intervenção (para eliminar as falhas de mercado), a licitação pública seria utilizada para minorar a deficiência na concorrência, caracterizada quando não existe disputa suficiente e equilibrada no mercado, o que impede que a concorrência econômica produza seus efeitos positivos. Na hodierna concepção de intervenção, sua utilização é estratégica para materializar a função de incentivo dentro do processo de regulação estatal, de forma a fomentar, implementar ou desenvolver determinada atividade econômica.

4. O CARÁTER REGULATÓRIO DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

O nome do capítulo é sugestivo e representa justamente o tema do presente trabalho. É nele que o leitor, municiado de todos os elementos absorvidos ao longo dos capítulos anteriores, fará a reflexão proposta, ou seja, saber se as licitações públicas possuem ou não caráter regulatório.

Nesse sentido, investigar-se-á dois recentes normativos que impactaram de sobremaneira as licitações públicas³¹⁵, de forma a constatar se o tratamento diferenciado concedido é legítimo e compatível com as normas principiológicas constitucionais, em especial ao princípio da isonomia.

4.1 EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 123/06

O tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e às empresas de pequeno porte é princípio orientador da ordem econômica e encontra-se previsto no artigo 170, inciso XIX e artigo 179, da Constituição Federal.

É em face desta determinação constitucional que foi editada a Lei Complementar n.º 123/06, instituindo o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte³¹⁶, a qual prevê em seu artigo 1º:

Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas gerais relativas ao tratamento diferenciado e favorecido a ser dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, especialmente no que se refere:

I - à apuração e recolhimento dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante regime único de arrecadação, inclusive obrigações acessórias;

³¹⁵ Isso porque, existem outros normativos, como a Lei n.º. 12.187/09, que institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC, e estabelece como um dos instrumentos da referida política, a criação de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos (artigo 6º, inciso XII da supracitada lei).

³¹⁶ O fato de a norma contemplar matéria tributária é que determinou a edição de lei complementar, visto que a essa compete estabelecer normas gerais de cunho tributário (art. 146, inciso III, da CF).

II - ao cumprimento de obrigações trabalhistas e previdenciárias, inclusive obrigações acessórias;

III - ao acesso a crédito e ao mercado, inclusive quanto à preferência nas aquisições de bens e serviços pelos Poderes Públicos, à tecnologia, ao associativismo e às regras de inclusão.

Torna-se imperioso, para melhor desenvolvimento do tema, colacionar a definição legal do quem vem a ser microempresa e empresa de pequeno porte, conforme disposição consignada no artigo 3º do referido diploma legal. *In verbis*:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:

I - no caso das microempresas, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais);

II - no caso das empresas de pequeno porte, o empresário, a pessoa jurídica, ou a ela equiparada, aufera, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).

Percebe-se que a definição é meramente econômica, destacando-se que podem receber as supracitadas qualificações tanto pessoas físicas quanto jurídicas.³¹⁷

Contudo, há de se destacar que o enquadramento nos limites previstos na lei não é suficiente para a concessão dos benefícios consignados nesse diploma legal. É imprescindível, também, que a empresa/empresário individual não incorra em nenhuma das situações de exclusão estipuladas na Lei Complementar n.º 123/06 para que faça jus a esse tratamento diferenciado.

³¹⁷ Cabe salientar que caso as atividades da empresa/empresário individual tenham iniciado no próprio ano-calendário, o limite previsto será proporcional ao número de meses em que a microempresa ou a empresa de pequeno porte houver exercido atividade, inclusive as frações de meses. A consequência do excesso do limite retro mencionado está prevista no parágrafo décimo do art. 3º, qual seja, exclusão do regime diferenciado, com efeitos retroativos ao início de suas atividades, salvo se o excesso verificado em relação à receita bruta não for superior a 20% (vinte por cento) dos respectivos limites, ocasião que implicará em exclusão somente no ano-calendário subsequente (regra prevista no parágrafo décimo segundo do art. 3º). Impende destacar que a regra do já citado parágrafo deve ser interpretada em consonância com a do parágrafo terceiro, que determina que o enquadramento do empresário ou da sociedade simples ou empresária como microempresa ou empresa de pequeno porte bem como o seu desenquadramento não implicarão alteração, denúncia ou qualquer restrição em relação a contratos por elas anteriormente firmados. Em outras palavras, pode-se afirmar que o efeito retroativo mencionado incide apenas no âmbito das obrigações tributárias, não se aplicando às contratações administrativas.

O próprio art. 3º da lei, em seu parágrafo quarto, apresenta as hipóteses em que o regime de favorecimento não será aplicado para nenhum efeito legal. Senão vejamos:

(...)

§ 4º Não poderá se beneficiar do tratamento jurídico diferenciado previsto nesta Lei Complementar, incluído o regime de que trata o art. 12 desta Lei Complementar, para nenhum efeito legal, a pessoa jurídica:

I - de cujo capital participe outra pessoa jurídica;

II - que seja filial, sucursal, agência ou representação, no País, de pessoa jurídica com sede no exterior;

III - de cujo capital participe pessoa física que seja inscrita como empresário ou seja sócia de outra empresa que receba tratamento jurídico diferenciado nos termos desta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

IV - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa não beneficiada por esta Lei Complementar, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

V - cujo sócio ou titular seja administrador ou equiparado de outra pessoa jurídica com fins lucrativos, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do caput deste artigo;

VI - constituída sob a forma de cooperativas, salvo as de consumo;

VII - que participe do capital de outra pessoa jurídica;

VIII - que exerça atividade de banco comercial, de investimentos e de desenvolvimento, de caixa econômica, de sociedade de crédito, financiamento e investimento ou de crédito imobiliário, de corretora ou de distribuidora de títulos, valores mobiliários e câmbio, de empresa de arrendamento mercantil, de seguros privados e de capitalização ou de previdência complementar;

IX - resultante ou remanescente de cisão ou qualquer outra forma de desmembramento de pessoa jurídica que tenha ocorrido em um dos 5 (cinco) anos-calendário anteriores;

X - constituída sob a forma de sociedade por ações.

A Lei Complementar n.º 123/06 estabelece normas gerais que devem ser aplicadas nas três esferas de poder, nos três níveis de governos, na Administração Indireta, assim como no âmbito dos Tribunais de Contas e Ministérios Públicos.

Quanto à administração direta e indireta federal, estadual e municipal e as entidades paraestatais, foi concedido pelo parágrafo segundo do artigo 77, prazo de 1 (um)

ano para a adoção das providências necessárias à adaptação dos respectivos estatutos ao disposto na referida Lei Complementar.

Assim, constata-se que as instituições que gerenciam recursos públicos, decorrentes, por exemplo, de contribuições parafiscais³¹⁸, e desempenham atividades de natureza pública no interesse das categorias profissionais que representam, possuindo assim privilégios próprios das pessoas jurídicas de direito público, também estão essas obrigadas a dar concretude aos dispositivos da Lei Complementar n.º 123/06.

Em resumo, pode-se afirmar que todos aqueles que estão incumbidos do dever de licitar ficam obrigados a observar as normas gerais consignadas na referida lei, até porque os benefícios concedidos às microempresas e empresas de pequeno porte em licitações pela supracitada Lei Complementar decorrem de preceitos esculpidos na Constituição Federal, que prescreve o tratamento favorecido a essas empresas como um dos princípios da ordem econômica, conforme anteriormente visto no Capítulo 3 deste trabalho.³¹⁹

No que tange aos objetos que comportam a concessão de tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte, importante observar que a lei não é clara.³²⁰

O artigo 1º conduz ao entendimento de que o tratamento diferenciado e favorecido é dirigido apenas para as licitações que envolvam aquisições de bens e serviços, o que acaba por excluir as contratações para alienação de bens, para realização de obras e para a concessão de serviços públicos.

Já no artigo 42, inserido no capítulo do acesso aos mercados, seção das aquisições públicas, menciona expressamente licitações públicas de forma genérica, o que abarcaria compras, serviços, obras, etc.

Realizada leitura sistemática da legislação, depreende-se, salvo melhor juízo, que os benefícios contemplados na Lei Complementar n.º 123/06 aplicáveis às licitações públicas, cinge-se a todos aqueles objetos executáveis por microempresas e

³¹⁸ Exemplo amplamente conhecido são as entidades integrantes do Sistema S, que se traduzem em serviços sociais autônomos instituídos por lei, que possuem personalidade de direito privado, sem fins lucrativos. Constituem-se em paraestatais. Ou seja, em outras palavras, são pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, que desempenham atividades não exclusivas do Estado, com finalidade pública e subvencionadas pelos cofres públicos.

³¹⁹ Imagine o paradoxo que pode acabar surgindo para instituições como Sebrae e Apex-Brasil, ao decidirem por não seguir tais diretrizes, uma vez que apresentam substancialmente como finalidade nuclear, o incentivo e apoio à microempresas e empresas de pequeno porte.

³²⁰ No campo doutrinário também há divergência, destacando-se como antagonismos, as opiniões de José Anacleto Abduch Santos e Carlos Pinto Coelho Motta.

empresas de pequeno porte (compras, serviços, obras, etc.).

Realizada tais ponderações, cumpre salientar as vantagens diretas oriundas da lei complementar ora em comento, refletidas nos artigos 42 e 43 (atinentes à benefícios relativos à etapa de habilitação), plenamente compatíveis com qualquer tipo de licitação; nos artigos 44 e 45 (referente à benefícios relativos à etapa de julgamento das propostas comerciais), conciliável apenas no tipo de licitação que adota como fator exclusivo o preço; nos artigos 47 e 48 (concernente ao tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas).³²¹

4.1.1 Benefícios relativos à etapa de habilitação

Antes de se realizar breve análise do primeiro benefício exposto na Lei Complementar n.º 123/06, importante destacar a matéria já tratada nos itens 2.7.1 e 2.7.2 deste trabalho, relativa às fases do processo licitatório, de forma a permitir melhor compreensão das vantagens elencadas acima.

Cumpre lembrar que toda contratação administrativa deve ser antecedida de um procedimento prévio, cujas atividades promovidas pela Administração Pública constituem as intituladas fases da licitação, quais sejam: fase interna e externa.

Nesse sentido, é dita fase interna porque envolve apenas o âmbito da Administração, não afetando pessoas estranhas à estrutura administrativa. A segunda fase, conhecida como externa, se inicia com a divulgação do instrumento convocatório e envolve diretamente atos administrativos destinados a instaurar a competição entre os interessados, estando relacionada diretamente à escolha da melhor proposta, sendo composta de 5 atos administrativos fundamentais, quais sejam: 1) Publicidade; 2) Habilitação³²²; 3) Julgamento das propostas³²³; 4) Homologação; 5) Adjudicação.

Uma das repercussões da Lei Complementar n.º 123/06 recai sobre a habilitação. Contudo, não em relação à habilitação jurídica, qualificação técnica, ou

³²¹ Assim, a adoção do tratamento esculpido no art. 44 e 45, não é ventilada nos tipos de licitação melhor técnica e técnica e preço.

³²² A habilitação é constituída de: 1) habilitação jurídica; 2) regularidade fiscal; 3) qualificação técnica; 4) qualificação econômico-financeira; 5) comprovação do atendimento ao comando constitucional da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendizes.

³²³ Traduz-se no momento em que a Administração Pública, por meio de sua comissão, em sessão pública, abre os envelopes das propostas (comerciais e/ou técnicas) dos licitantes previamente habilitados, confrontando seu conteúdo com as exigências e critérios de avaliação previstos no edital e seus valores com o preço de mercado, de forma a identificar preços inexequíveis ou superfaturados.

qualificação econômico-financeira, cujas documentações deverão sempre ser apresentadas³²⁴, mas sobre a regularidade fiscal.

Especificamente quanto à regularidade fiscal, a lei disciplinou um regime diferenciado de tratamento em seu artigo 42 e 43. *In totum*:

Art. 42. Nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

§ 2º A não-regularização da documentação, no prazo previsto no § 1º deste artigo, implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação.

Quanto à leitura dos dispositivos acima, ensina Marçal Justen Filho que os dois dispositivos devem ser interpretados de forma conjunta e sistemática. Vejamos:

O que se faculta é a desnecessidade de perfeita e completa regularidade fiscal no momento da abertura ou do julgamento do certame. Em outras palavras, o benefício outorgado às pequenas empresas, no âmbito da habilitação, está sintetizado no parágrafo único do art. 43: trata-se da faculdade de regularização dos defeitos existentes e comprovados nos documentos de regularidade fiscal apresentados na oportunidade devida pela

³²⁴ Essa regra, porém, foi flexibilizada pelo normativo expedido pela União para regulamentar a Lei Complementar n.º 123/06 no âmbito da Administração Pública Federal, o Decreto n.º 6.204/2007, no que tange à qualificação econômico-financeira. Em seu artigo 3º, foi determinado que na habilitação em licitações para o fornecimento de bens para pronta entrega ou para a locação de materiais, não será exigido da microempresa ou da empresa de pequeno porte a apresentação de balanço patrimonial do último exercício social. Esse posicionamento possui até certa lógica jurídica, haja vista que, para fins contábeis, as pequenas empresas estão dispensadas da apresentação do balanço patrimonial, considerando o disposto no art. 1.179, parágrafo segundo do Código Civil, que desobriga o pequeno empresário de manter o sistema de contabilidade. Contudo, esse mesmo raciocínio é combatido por Marçal Justen Filho em sua obra “O estatuto da microempresa e as licitações públicas”, exatamente na página 41, da primeira edição publicada em 2007.

pequena empresa.³²⁵

Assim, interpretando-se conjuntamente os artigos retro mencionados, tem-se que as microempresas e empresas de pequeno porte devem apresentar toda a documentação exigida para fins de habilitação, mesmo que haja alguma restrição quanto à regularidade fiscal.

O grande diferencial trazido na lei está no fato de, existindo alguma irregularidade na documentação pertinente à regularidade fiscal, será a empresa habilitada sob condição resolutiva e terá seu envelope de proposta aberto e avaliado. Nessa hipótese, sendo o proponente declarado vencedor, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração, para a regularização da documentação (art. 43, parágrafo primeiro).

A concessão desse benefício às microempresas e empresas de pequeno porte, alterou, em relação a elas, o procedimento imposto para as denominadas licitações comuns, pois, no caso dessas apresentarem documento contendo restrição quanto à regularidade fiscal, serão mesmo assim “habilitadas”, sob condição resolutiva e terão seus envelopes de propostas abertos e avaliados. Sendo a pequena empresa declarada vencedora, será assegurado prazo para a regularização da pendência identificada.

Pergunta natural que emana desse benefício é: Qual a consequência da falta de regularização? Nos termos do parágrafo segundo do artigo 43, é a decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções cabíveis.

Como se vê, verifica-se uma impropriedade legislativa, já que o licitante declarado vencedor não tem nenhum direito à contratação, mesmo depois da adjudicação, que como visto em capítulos anteriores, não traz consigo nenhum direito público subjetivo ao licitante vencedor.

Outra impropriedade reside na menção de que a falta de regularização implicará nas mesmas penalidades previstas no artigo 81 da Lei Federal n.º 8.666/93, uma vez que este artigo não estatui nenhuma penalidade.

O que o art. 43, § 2º enuncia é que as penalidades para a falta de regularização serão as mesmas aplicáveis à hipótese prevista na lei 8.666/93 para a recusa do

³²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. O estatuto da microempresa e as licitações públicas. São Paulo: Dialética. 2007, p. 42.

adjudicatário em assinar o contrato ou retirar o instrumento equivalente, sendo equiparada, portanto, ao descumprimento total da obrigação assumida.

Assim, o desdobramento da falta da regularização fiscal implica em nova ordenação das propostas das licitantes e adjudicação do objeto à primeira colocada nessa nova ordem, para que esta cumpra os termos de sua proposta, convocando-a, posteriormente, para a assinatura do contrato ou retirada do instrumento equivalente.

4.1.2 Benefícios relativos à etapa de julgamento das propostas comerciais

A Lei Complementar n.º 123/06 estabeleceu tratamento privilegiado às microempresas e empresas de pequeno porte também nessa etapa da licitação. O artigo 44 criou o mecanismo do empate ficto, considerado quando as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta melhor classificada, ou até 5% (cinco por cento) quando na modalidade pregão.

Nesse cenário, uma vez ocorrido o referido empate, institui-se preferência em favor das pequenas empresas, na medida em que se permite a possibilidade dessas reduzirem o valor de suas propostas em montante inferior ao apresentado pela licitante então classificada em primeiro lugar.

Por não haver determinação legal quanto à diferença mínima para a nova proposta, entende-se que qualquer valor, desde que inferior à melhor proposta, será aceito. Por evidente, se a licitante melhor classificada for microempresa ou empresa de pequeno porte, tal critério não será aplicado, sendo ela imediatamente declarada vencedora da licitação.

Cumpre ressaltar que caso várias microempresas ou empresas de pequeno porte se encontrem na margem de 10% (dez por cento) ou 5% (cinco por cento), a preferência será da melhor classificada. De outra sorte, se existirem propostas idênticas, deverá ser realizado sorteio entre elas para que se identifique aquela que primeiro poderá apresentar a melhor oferta.

Pergunta natural que emerge das hipóteses acima levantadas é: O que acontece se nenhuma microempresa ou empresa de pequeno porte cobrir a melhor proposta apresentada? A resposta: Será adjudicado em favor da proposta originalmente classificada em primeiro lugar.

Por fim, impende destacar procedimento *sui generis* relativo ao benefício

em tela aplicado ao pregão. Nessa modalidade, o lapso temporal para a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada apresentar nova proposta será de, no máximo, 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão. É a regra disposta explicitamente no artigo 45, parágrafo terceiro. *In verbis*:

Art. 45. Para efeito do disposto no art. 44 desta Lei Complementar, ocorrendo o empate, proceder-se-á da seguinte forma:

(...)

§ 3º No caso de pregão, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada será convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 (cinco) minutos após o encerramento dos lances, sob pena de preclusão.

Como se vê, na modalidade pregão, o direito de preferência é aplicável somente depois de concluída a fase de lances e não quando da apresentação das propostas escritas.³²⁶

Em suma, a solução proposta nos artigos 44 e 45 acaba por refletir tendência na evolução legislativa relativa à licitação pública, traduzida na possibilidade de alterações na proposta originalmente formulada.³²⁷

4.1.3 Tratamento diferenciado e simplificado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas

Por fim, há de se informar que além da possibilidade de regularização posterior de irregularidades fiscais e do direito de preferência em caso de empate ficto, existe todo um arcabouço para conferir tratamento diferenciado e simplificado às microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, conforme redação do artigo 47. *In totum*:

Art. 47. Nas contratações públicas da União, dos Estados e dos Municípios, poderá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação

³²⁶ Por óbvio, a ausência de representante na sessão pública acarretará a perda desse direito.

³²⁷ Inicialmente, a Lei Federal n.º 8.987/95, por alteração provocada pela Lei Federal n.º 9.648/98, facultou sua previsão nas licitações para concessões de serviços públicos comuns (art. 15, inciso VII). Posteriormente, a Lei Federal n.º 10.520/02 institucionalizou essa solução, prevendo uma fase específica para tanto, na etapa de lances. Por fim, a Lei Federal n.º 11.079/04 facultou a sua adoção no tocante às licitações para parcerias público-privadas (art. 12, inciso II, alínea b).

tecnológica, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente.

Com efeito, para se conferir o referido tratamento diferenciado deve haver o cumprimento de mínimo três requisitos pelo ente licitante. Primeiramente, exigência de regulamentação específica pelo respectivo ente.³²⁸

Segundamente, devem ser observadas as finalidades almejadas pelo supracitado artigo, ou seja, o aludido tratamento diferenciado só será válido se estiver voltado para: a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional; e/ou a ampliação da eficiência das políticas públicas; e/ou o incentivo à inovação tecnológica.³²⁹

Terceiramente, preenchidos tais pressupostos, para dar concretude ao já mencionado tratamento diferenciado, poderá a Administração Pública realizar processos licitatórios, observados as diretrizes legais enunciadas no artigo 48. Senão vejamos:

Art. 48. Para o cumprimento do disposto no art. 47 desta Lei Complementar, a administração pública poderá realizar processo licitatório:

I - destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);

II - em que seja exigida dos licitantes a subcontratação de microempresa ou de empresa de pequeno porte, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% (trinta por cento) do total licitado;

III - em que se estabeleça cota de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Assim, vislumbram-se três formas diferenciadas de proporcionar tratamento diferenciado às microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas. 1) realização de licitação exclusiva às pequenas empresas, até o limite de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); b) exigência de subcontratação de pequena empresa para executar até 30% do objeto licitado; c) destinação de até 25% do objeto licitado para a contratação de pequenas

³²⁸ Na esfera federal, conforme ressaltado, essa regulamentação já foi implementada por meio do Decreto n.º 6.204/07. Nas unidades da federação, a constatação da regulamentação da Lei Complementar Federal n.º 123/06 pode ser auferida por meio de consulta ao site do Sebrae, por meio do link <http://www.sebrae.com.br/customizado/lei-geral/>.

³²⁹ Depreende-se claramente que os requisitos de validade do tratamento diferenciado estão atrelados à temas já tratados nesse trabalho, a saber: 1) objetivos da licitação pública; 2) licitação pública como instrumento de viabilização de política pública; 3) licitação pública como plataforma para intervenção indireta do Estado na ordem econômica, por indução, diante do exercício da função de incentivo.

empresas, em certames para aquisição de bens e serviços de natureza divisível.

Com o escopo de conter a famosa alforria e descontrole da Administração Pública, o parágrafo primeiro do artigo 48 previu restrição à incidência das hipóteses especificadas nos incisos desse dispositivo, nos seguintes termos: o valor licitado por meio do disposto neste artigo 48 não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.³³⁰

Essa cautela demonstra que toda vantajosidade prevista na Lei Complementar n.º 123/06 exigirá um planejamento anual bastante acurado por parte dos entes licitantes no tocante aos quantitativos de suas contratações ao longo do exercício orçamentário, de forma que possam identificar, preliminarmente, o montante que será destinado às contratações com fundamento nos artigos 47 e 48 da supracitada lei.³³¹

Outras várias medidas de controle ao tratamento disciplinado nos já mencionados artigos foram previstas no artigo 49, de forma a inviabilizar tais benefícios, caso incida qualquer uma das hipóteses abaixo aduzidas. *In verbis*:

Art. 49. Não se aplica o disposto nos arts. 47 e 48 desta Lei Complementar quando:

I - os critérios de tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não forem expressamente previstos no instrumento convocatório;

II - não houver um mínimo de 3 (três) fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório;

III - o tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte não for vantajoso para a administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado;

IV - a licitação for dispensável ou inexigível, nos termos dos arts. 24 e 25 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993.

³³⁰ § 1º. O valor licitado por meio do disposto neste artigo não poderá exceder a 25% (vinte e cinco por cento) do total licitado em cada ano civil.

³³¹ Em outras palavras, a situação posta é para que a Administração Pública reserve, dentro dos 100% do total a ser licitado em cada ano civil, até 25% para certames de até R\$ 80.000,00, prioritários às microempresas e empresas de pequeno porte.

De todos os limites acima mencionados, chama-se atenção ao disposto no inciso II, por poder gerar certa controvérsia, conforme menciona Marçal Justen Filho, para quem a interpretação do dispositivo deve ser feita de forma ampliativa:

A vontade não é a restrição absoluta da disputa, mas a competição entre pequenas empresas. Sob esse prisma, a vedação à participação de empresas de maior porte, apenas poderá ser justificada se houver uma efetiva e concreta competição entre pequenas empresas. Daí a proposta de interpretação, no sentido de que será necessária a existência de três fornecedores em condições de participar do certame. Esse será um requisito de adoção da licitação diferenciada, restrita à participação de pequenas empresas. No entanto, a validade da licitação dependerá de efetiva participação de pelo menos três licitantes em condições de efetiva competição.³³²

O que se deve deixar claro é que a sistemática sofisticada contemplada nos artigos 47 e 48 não pode ser interpretada como uma liberação para o ente licitante promover contratação inúteis ou destinadas simplesmente a beneficiar a micro e pequena empresa, sob pena de representar abuso de poder por parte do Estado e não função social ou política pública.

4.2 EDIÇÃO DA MEDIDA PROVISÓRIA 495/10

Em 19 de julho de 2010, a Presidência da República editou a Medida Provisória n.º 495, que tratou de alterar as seguintes leis: Lei Federal n.º 8.666/93; Lei Federal n.º 8.958/94; Lei Federal n.º 10.973/04; Lei Federal n.º 11.273/06.

Especificamente à matéria de licitação pública, deve-se destacar os artigos 1º e 2º do referido diploma legal que modificou alguns artigos da Lei Federal n.º 8.666/93, nos termos abaixo aduzidos. *Ipsis litteris*:

Art. 1º A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“**Art. 3º** A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

³³² JUSTEN FILHO, Marçal. O estatuto da microempresa e as licitações públicas. São Paulo: Dialética. 2007, p. 85.

§ 1º

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991.

§ 2º

I - produzidos no País;

II - produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e

III - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

.....

§ 5º Nos processos de licitação previstos no **caput**, poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º A margem de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que refere o § 5º, será definida pelo Poder Executivo Federal, limitada a até vinte e cinco por cento acima do preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§ 7º A margem de preferência de que trata o § 6º será estabelecida com base em estudos que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; e

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

§ 8º Respeitado o limite estabelecido no § 6º, poderá ser estabelecida margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e para os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

§ 9º As disposições contidas nos §§ 5º, 6º e 8º deste artigo não se aplicam quando não houver produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade de prestação dos serviços no País.

§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 6º será estendida aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul, após a ratificação do Protocolo de Contratações Públicas do Mercosul, celebrado em 20 de julho de 2006, e poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários de outros países, com os quais o Brasil venha assinar acordos sobre compras governamentais.

§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão exigir que o contratado promova, em favor da administração pública ou daqueles por ela indicados, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal.

§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo Federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei nº 10.176, de 11 de janeiro de 2001.” (NR)

“Art. 6º

XVII - produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo Federal;

XVIII - serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo Federal;

XIX - sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos - bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade.” (NR)

“Art. 24.

XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

.....” (NR)

“Art. 57.

V - às hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do art. 24, cujos contratos poderão ter vigência por até cento e vinte meses, caso haja interesse da administração.

.....” (NR)

Art. 2º O disposto nesta Medida Provisória aplica-se à modalidade licitatória pregão, de que trata a Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002.

Em análise particular de cada uma das alterações, tem-se que a **primeira novidade** está, conforme já mencionado nos itens 2.2 e 2.3 deste trabalho, no acréscimo de mais um objetivo ao procedimento licitatório, qual seja, a promoção do desenvolvimento

nacional, que a propósito se alinha ao objetivo fundamental da República Federativa do Brasil estabelecido na Constituição Federal³³³. *In textu*:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

II - garantir o desenvolvimento nacional;

A **segunda e terceira inovação** está no fato de ter modificado a redação do parágrafo primeiro e segundo do artigo 3º da Lei Federal n.º 8.666/93, que trata respectivamente, da proibição de inclusão ou previsão nos atos de convocação, de cláusulas ou condições que restrinjam ou frustrem o caráter competitivo das licitações públicas, e sobre critérios de desempate.

Nesse sentido, na redação do parágrafo primeiro do artigo 3º, passou-se a admitir exceções à proibição de restrição ou frustração do caráter competitivo dos certames, na medida em que consignou ressalva aos parágrafos quinto à décimo segundo, que serão analisados a seguir.

No parágrafo segundo do artigo 3º, a Medida Provisória acabou reordenando a disposição sucessiva dos critérios de desempate³³⁴ e eliminando expressões inapropriadas, ante a revogação, por meio da Emenda Constitucional n.º 06/95, do art. 171 da Constituição Federal, que previa privilégios especiais à empresas brasileiras de capital nacional.

Ressalta-se que o ajuste pontualmente realizado no que toca à redação técnico-legislativa veio em boa hora, para afastar os partidários³³⁵ que defendiam, com a

³³³ CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, artigo 3º.

³³⁴ Antes da Medida Provisória n.º 495/10, os critérios sucessivos de desempate eram: I - produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras; IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. Depois, passou a ser: I - produzidos no País; II - produzidos ou prestados por empresas brasileiras; III - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. Frisa-se que se ainda assim mantiver-se a igualdade de condições entre os licitantes, aplicar-se-á o disposto no artigo 45, § 2º, da Lei Federal n.º 8.666/93, ou seja, sorteio.

³³⁵ Entre os defensores dessa corrente, podemos citar Marçal Justen Filho, em comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União aponta para o mesmo caminho. Nesse sentido, indica-se leitura do Acórdão 456/2000, cujo inteiro teor está disponível no Anexo III deste trabalho. Outra linha diametralmente oposta, capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Melo, defendia que o fato de desaparecer uma proteção em nível constitucional não significa que não possa existir em nível legal. Para aprofundamento dessa corrente, sugere-se ao leitor o trabalho do referido autor intitulado: “Preferência para bens

revogação da previsão constitucional de tratamento preferencial diferenciado à empresas brasileiras de capital nacional, a falta de fundamentação constitucional para o estabelecimento de preferência em favor de empresa brasileira, não admitindo sequer a regra de preferência em função de a prestação vir a ser produzida no Brasil.

A **quarta originalidade** está na inclusão dos parágrafos 5º a 12 ao artigo 3º da Lei Federal n.º 8.666/93, na medida em que:

I) Incorpora a possibilidade de se estabelecer nos processos de licitação, margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais, desde que respeitadas algumas diretrizes, quais sejam: a) Atendimento a normas técnicas brasileiras; b) Definição pelo Poder Executivo Federal; c) Limitação até vinte e cinco por cento acima do preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros; d) Estabelecimento com base em estudos que levem em consideração: geração de emprego e renda, efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais, desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, e) Existência de produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade de prestação dos serviços no país;

II) Incorpora a possibilidade de se estabelecer nos processos de licitação, margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e para os serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, ressalvando que tais benefícios não se aplicam quando não houver produção suficiente de bens manufaturados ou capacidade de prestação dos serviços no país;

III) Abre margem à produtos fabricados no âmbito do Mercosul também poderem, após acordo internacional, desfrutar do mesmo benefício;

IV) Possibilita que em editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras se exija que o contratado promova, em favor da administração pública ou daqueles por ela indicados, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo Federal; e

V) Possibilita a realização de licitação restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei Federal n.º 10.176/01, no caso de contratações destinadas à implantação,

e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional”. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP. São Paulo: Malheiros. N.º 27/5-10, 1999.

manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo Federal.

A **quinta novidade** reside no fato da inclusão, até por necessidade lógica, de novas definições consignadas no artigo da Lei Federal n.º 8.666/93, a saber: produtos manufaturados nacionais, serviços nacionais e sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos. Senão vejamos:

Produtos manufaturados nacionais - produtos manufaturados, produzidos no território nacional de acordo com o processo produtivo básico ou regras de origem estabelecidas pelo Poder Executivo Federal;

Serviços nacionais - serviços prestados no País, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo Federal;

Sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos - bens e serviços de tecnologia da informação e comunicação cuja descontinuidade provoque dano significativo à administração pública e que envolvam pelo menos um dos seguintes requisitos relacionados às informações críticas: disponibilidade, confiabilidade, segurança e confidencialidade.

A **sexta e última inovação** está na inclusão de mais uma possibilidade de dispensa de licitação, acrescentando o inciso XXXI ao artigo 24 da Lei Federal n.º 8.666/93, para tratar dos casos de contratações visando ao cumprimento do disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 20 da Lei Federal n.º 10.973/04³³⁶, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. De outra sorte, inclui mais uma exceção à regra de vigência contratual adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, para as hipóteses previstas nos incisos IX, XIX, XXVIII e XXXI do artigo 24 da Lei Federal n.º 8.666/93³³⁷, cujos contratos poderão ter vigência por até cento e vinte meses, caso haja interesse da administração.

Por fim, a Medida Provisória n.º 495/10 ressalta que todo o conteúdo relativo à licitações públicas tratado por ela, também se aplica à modalidade licitatória Pregão.

³³⁶ Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo e dá outras providências.

³³⁷ No intuito de facilitar a assimilação do conteúdo, reproduzem-se aqui os referidos incisos: XIX - para as compras de material de uso pelas Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão; XXXI - nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei no 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

Em resumo, a Medida Provisória n.º 495/10 criou mais um objetivo ao procedimento licitatório, restabeleceu critérios de desempate em licitações públicas, implantou a possibilidade de o governo comprar produtos ou serviços nacionais por preço até 25% superior ao estrangeiro; E mais, previu a viabilidade, no futuro, de produtos fabricados no âmbito do Mercosul também poderem, após acordo internacional, desfrutar do mesmo benefício. Por fim, ratificou ainda a possibilidade de haver licitações públicas para sistemas de tecnologia de informação e comunicação restritas a empresas que detenham tecnologia desenvolvida no País, além do processo produtivo básico (conjunto mínimo de operações, no estabelecimento fabril, que caracteriza a efetiva industrialização de determinado produto).

Em face do exposto, pode-se afirmar que a Medida Provisória n.º 495/10 teve finalidade protecionista, mas que enquanto não combatida³³⁸, fará do desenvolvimento nacional um dos objetivos da licitação pública, com fundamento constitucional, retratado no objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, bem como na Política de Desenvolvimento Produtivo (PDP).

4.3 TRATAMENTO DIFERENCIADO E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Como tratado anteriormente, verifica-se que as inovações da Lei Complementar n.º 123/06 impactaram de sobremaneira os processos licitatórios, em razão da difusão de acesso aos mercados às microempresas e empresas de pequeno porte, sob o argumento de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica.

Parte da doutrina, capitaneada por Marçal Justen Filho, combate tais inovações, não em sua essência, julgadas corretas e desejáveis, mas por entender serem devidas à todos os licitantes. Em outras palavras, interpreta que o tratamento jurídico diferenciado fundado em critério relacionado exclusivamente à condição econômica é discriminatório, por envolver apenas determinada categoria de licitantes (microempresas e empresas de pequeno porte).

³³⁸ Em nossa opinião, em razão da competição internacional acirrada refletida nas licitações públicas, especialmente em função da guerra cambial vivenciada atualmente no cenário econômico, a edição da referida medida provisória foi acertada.

Salienta Marçal Justen Filho³³⁹ que somente serão válidos os benefícios instituídos em prol das pequenas empresas que sejam aptos a assegurar a neutralização das diferenças por elas apresentadas em face das grandes empresas.

Por conta disso sustentam que nenhum tratamento diferenciado será constitucional se for além do estritamente necessário para afastar as diferenças entre pequenas e grandes empresas.

De igual sorte, a Medida Provisória n.º 495/10, ao alterar alguns dispositivos da Lei Federal n.º 8.666/93, e inserir novas formas de preferência em licitações públicas, ao estabelecer que nos certames poderá ser fixada margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, acaba criando também vantagens à determinada categoria de licitantes (empresas nacionais ou empresas detenham tecnologia desenvolvida no País, no caso de licitações para sistemas de tecnologia de informação e comunicação).

Nessa perspectiva, é natural que quando da análise dos benefícios mencionados, provenham pensamentos no sentido de afirmar que tais alterações acarretam reserva de mercado nas licitações públicas, constituem preferência inconstitucional em face da edição da Emenda Constitucional n.º 06/95, dando ensejo a inúmeros conflitos.

Contudo, certamente esse não foi o objetivo de nenhum dos diplomas legais analisados, daí porque se impõe séria reflexão de forma a afastar as supracitadas interpretações, e demonstrar como determinado tratamento jurídico diferenciado pode ser compatível com as normas principiológicas constitucionais, em especial à isonomia.

De pronto, cumpre ressaltar que os não beneficiários do tratamento diferenciado e seus partidários alicerçam suas assertivas pautadas no princípio da igualdade, previsto expressamente na Constituição Federal de 1988 (art. 5º, caput e inciso I). Entretanto, restringe-se à interpretação de uma igualdade formal, onde todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza.

Todavia, há de se considerar que o princípio da igualdade revela outra faceta, constituída da igualdade material, cujo preceito é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

Essa busca pela isonomia material é tema consolidado perante a doutrina

³³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. O estatuto da microempresa e as licitações públicas. São Paulo: Dialética. 2007, p. 21.

constitucionalista. Nesse sentido, destacam-se os ensinamentos de Pedro Lenza. In verbis:

Deve-se, contudo, buscar não somente esta aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades.³⁴⁰

Partilhando da mesma opinião, Alexandre de Moraes afirma que:

Dessa forma, o que é vedado são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois o tratamento desigual dos casos desiguais, à medida que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito.³⁴¹

Como se vê, a dificuldade consiste em saber até que ponto a desigualdade não gera inconstitucionalidade. Para tanto, deve o operador do direito fundar-se em parâmetros sólidos e coerentes.

Sendo assim, qualquer elemento residente nas coisas, pessoas (físicas ou jurídicas) ou situações, pode ser escolhido como fator discriminatório, porém, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido (coisas, pessoas ou situações) que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico.

Daí se poder afirmar que as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existente um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Nesse toar, com muita maestria, o eminente doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua clássica monografia dedicada ao tema³⁴², ensina que o exegeta deve avaliar três critérios para identificar o desrespeito à isonomia.

Para esse doutrinador, tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente,

³⁴⁰ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 11ª Ed. São Paulo: Método, 2007, p. 701.

³⁴¹ MORAES, Alexandre de. Constituição Brasileira Interpretada e Legislação Constitucional, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 180.

³⁴² DE MELO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. Ed. Malheiros, 2004.

impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, em concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.³⁴³

Mergulhando a respeito do tema, cabe trazer à baila, de forma sucinta, análise dos critérios de admissibilidade dos fatores discriminatórios eleitos pelos normativos estudados.

Dessa forma, verifica-se que o fator discriminatório (1º requisito) é facilmente identificável (microempresas, empresas de pequeno porte, produtos manufaturados e serviços nacionais, empresas nacionais ou empresas detenham tecnologia desenvolvida no País), tendo fundamento lógico e razoável em virtude da hipossuficiência e competitividade internacional nas licitações públicas, o que faz impor medidas protetivas e de justiça social, com vistas à difusão de acesso aos mercados e à promoção do desenvolvimento econômico e social (2º requisito), guardando plena compatibilidade com os valores prestigiados na própria Constituição (art. 37, inciso XXI, *in fine*) e, especialmente ao princípio da igualdade material (3º requisito).

4.4 LICITAÇÃO PÚBLICA: CARÁTER REGULATÓRIO?

Enfim, chega-se ao clímax deste trabalho, pois afinal será dada resposta³⁴⁴ à reflexão apresentada, ou seja, saber se as licitações públicas possuem ou não caráter regulatório.

O tema do presente estudo nasceu da importância prática em identificar se tratamentos jurídicos diferenciados concedidos por lei à determinados administrados interessados em participar de processos licitatórios subverte ou não as diretrizes da ordem econômica estabelecidas na Constituição Federal de 1988 ou se, paradoxalmente, configuram o respeito ao liberalismo econômico, em razão de a intervenção do Estado na economia visar a tutela de valores sociais, éticos e políticos que transcendem a mera regulação das falhas de mercado, atingindo a busca de justiça social, por meio do controle e da conformação da ordem econômica, fazendo com que o processo licitatório seja meio de implantação de política pública, refletindo aí sua eventual faceta regulatória.

Portanto, ao desenvolver raciocínio jurídico invertido, tem-se que para o alcance da suposta função regulatória da licitação pública, deve-se passar pelo pressuposto da

³⁴³ DE MELO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. Ed. Malheiros, 2004. Pg. 17.

³⁴⁴ Sob a ótica deste autor.

política pública, pois este passa a ser a justificativa para a atuação interventiva.

Assim, ao se admitir que licitação pública é instrumento idôneo para implementação de determinada política pública legalmente estabelecida (conjunto organizado de normas), com metas coletivas conscientemente traçadas (difusão de acesso aos mercados às microempresas e empresas de pequeno porte; tratamento diferenciado em face de produtos manufaturados e serviços nacionais, empresas nacionais ou empresas detenham tecnologia desenvolvida no País) para realização de objetivos socialmente relevantes (promoção do desenvolvimento econômico e social; incentivo à inovação tecnológica; protecionismo econômico) por intermédio de ações governamentais (incentivos por meio da criação de regras jurídicas diferenciadas em processos licitatórios), já se consegue identificar o rumo da presente dialética.

O desdobramento dessa ilação leva ao questionamento espontâneo no sentido de saber se os tratamentos jurídicos diferenciados para licitações públicas concedidos por normativos que tratam sobre a matéria³⁴⁵, são legítimos e compatíveis com as normas principiológicas constitucionais, em especial ao princípio da isonomia.

Conforme já demonstrado, para se ter plena convicção no sentido positivo, deve-se verificar se nos tratamentos jurídicos diferenciados existe vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida (elemento discriminatório) e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.

Portanto, pode-se afirmar que as licitações públicas possuem caráter regulatório, na medida em que são utilizadas como plataforma para implementar políticas públicas de incentivo, isto é, são instrumentos de concretude da intervenção indireta do Estado na ordem econômica, haja vista que os benefícios (incentivos) concedidos possuem o escopo de: 1) desenvolver atividades consideradas imprescindíveis ao progresso do país, como ocorre com as atividades econômicas desempenhadas pelas Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), importantíssimas no processo econômico, em razão de sua elevada empregabilidade; 2) buscar justiça social e econômica apta a assegurar a neutralização das diferenças encontradas; 3) proteger o desenvolvimento nacional (baseado na pesquisa científica, no desenvolvimento/ inovação tecnológica) da interferência internacional.

³⁴⁵ Exemplo prático pôde ser estudado neste Capítulo, quando da investigação dos dois recentes normativos que impactaram de sobremaneira as licitações públicas: Lei Complementar n.º 123/06 e Medida Provisória n.º 495/10.

CONCLUSÃO

Sobreleva notar que diante de todo o pugilato intelectual travado no decorrer deste trabalho, ficou caracterizado de forma evidente que o Direito Administrativo, é o ramo do direito público destinado a disciplinar as atividades administrativas necessárias à realização dos direitos fundamentais (sentido objetivo) e à organização e o funcionamento das estruturas estatal e não estatal (sentido subjetivo), tem no processo licitatório (série ordenada de atos jurídicos, ou seja, procedimento) o instrumento jurídico de escolha da contratação mais vantajosa para a Administração Pública, conferindo ampla competitividade e isonomia perante os administrados interessados.

Entretanto, alertou-se ao detalhe técnico-jurídico que deve ser observado, no sentido de que a igualdade entre os licitantes, corolário do princípio da isonomia, é na realidade pressuposto de validade da licitação, sem a qual não pode prosperar legitimamente o procedimento licitatório. Assim, afirmou-se que o pressuposto da licitação pública (isonomia) não se confunde com seus objetivos, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional, refletindo assim as exigências públicas impostergáveis relativas à proteção dos interesses públicos e dos recursos governamentais.

De igual forma, comprovou ser a licitação pública meio idôneo para implementação de determinada política pública legalmente estabelecida (conjunto organizado de normas), com metas coletivas conscientemente traçadas (difusão de acesso aos mercados às microempresas e empresas de pequeno porte; tratamento diferenciado em face de produtos manufaturados e serviços nacionais, empresas nacionais ou empresas detenham tecnologia desenvolvida no País) para realização de objetivos socialmente relevantes (promoção do desenvolvimento econômico e social; incentivo à inovação tecnológica; protecionismo econômico) por intermédio de ações governamentais (incentivos por meio da criação de regras jurídicas diferenciadas em processos licitatórios).

Quanto à inquirição em saber se tratamentos jurídicos diferenciados concedidos por lei à determinados administrados interessados em participar de processos

licitatórios subverte ou não as diretrizes da ordem econômica estabelecidas na Constituição Federal de 1988 ou se, paradoxalmente, configuram o respeito ao liberalismo econômico, em razão de a intervenção do Estado na economia visar a tutela de valores sociais, éticos e políticos que transcendem a mera regulação das falhas de mercado, atingindo a busca de justiça social, por meio do controle e da conformação da ordem econômica, fazendo com que o processo licitatório seja meio de implantação de política pública, refletindo aí sua eventual faceta regulatória, chegou-se à conclusão esclarecedora.

Notou-se que os diversos diplomas legais editados pelo Estado atinentes à licitação pública, com destaque para a Lei Complementar n.º 123/06 e a Medida Provisória n.º 495/2010, por propiciarem redução/isenção de tributo, preferência e critérios diferenciais de desempate nas contratações públicas, entre outras vantagens, dão plena concretude à intervenção indireta por indução do Estado na ordem econômica (quando exerce função de incentivo e/ou planejamento), demonstrando que o caráter interventivo visa à tutela de valores sociais, éticos e políticos que transcendem a mera regulação das falhas de mercado.

Nesse aspecto, afirmou-se que na visão clássica de intervenção (para eliminar as falhas de mercado), a licitação pública seria utilizada para minorar a deficiência na concorrência, caracterizada quando não existe disputa suficiente e equilibrada no mercado, o que impede que a concorrência econômica produza seus efeitos positivos. Na hodierna concepção de intervenção, asseverou-se que sua utilização é estratégica para materializar a função de incentivo dentro do processo de regulação estatal, de forma a fomentar, implementar ou desenvolver determinada atividade econômica.

De outra sorte, após analisar as principais inovações que impactaram de sobremaneira os processos licitatórios, em razão da difusão de acesso aos mercados às microempresas e empresas de pequeno porte e do tratamento diferenciado em face de produtos manufaturados e serviços nacionais, empresas nacionais ou empresas detenham tecnologia desenvolvida no país, sob o argumento de promover o desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas, o incentivo à inovação tecnológica e o protecionismo econômico, constatou-se que todas estão em compatibilidade com o princípio constitucional isonômico e reforçam o argumento de que o reflexo do caráter interventivo da licitação pública, não implica, por si só, na mácula aos princípios constitucionais, em especial ao da isonomia.

Por derradeiro, em resposta a tal silogismo proposto, asseverou-se

escorreitamente que as licitações públicas possuem caráter regulatório, na medida em que são utilizadas como plataforma para implementar políticas públicas de incentivo, isto é, são instrumentos de concretude da intervenção indireta do Estado na ordem econômica, haja vista que os benefícios (incentivos) concedidos possuem o escopo de: 1) desenvolver atividades consideradas imprescindíveis ao progresso do país, como ocorre com as atividades econômicas desempenhadas pelas Microempresas (ME) e Empresas de Pequeno Porte (EPP), importantíssimas no processo econômico, em razão de sua elevada empregabilidade; 2) buscar justiça social e econômica apta a assegurar a neutralização das diferenças encontradas; 3) proteger o desenvolvimento nacional (baseado na pesquisa científica, no desenvolvimento e inovação tecnológica) da interferência internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Livros

- ALESSI, Renato. *Principi di diritto amministrativo*. Milano: A. Giuffrè Editore, 1971.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ARISTÓTELES. *La politique/A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*. Tomo I. 6ª ed. Buenos Aires: La ley, 1964.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário de política*. 5ª Ed., v.I. Verbete: Estado Contemporâneo. Brasília: UnB, 1983.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BRAZIL. *Constituição (1824)*. *Constituição Política do Império do Brazil*, Rio de Janeiro: 1824.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *El acto administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974.
- CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo – Tomo I*. 8ª ed. Lisboa: Coimbra, 1968.
- CAETANO, Marcelo. *Manual de Direito Administrativo*, v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CAMPOS, Gabriel de Brito. *Curso de Direito Administrativo*. Brasília: Fortium, 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 13.ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2005.
- CARVALHOSA, Modesto. *Considerações sobre direito econômico*. São Paulo: Unidas, 1971.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Princípios gerais de direito público*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.
- _____. CAVALCANTI, Themistocles Brandão. *Tratado de direito administrativo*. 2ª ed. rev. aum. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1948.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *in*: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. II. Organizador. MELLO, Antônio Bandeira de. São Paulo: Malheiros, 1997.

_____. COMPARATO, Fábio Konder. Para viver a democracia. São Paulo: Brasiliense, 1989.

COUTO, Anderson Rubens de Oliveira; GRAZZIOTTON, Paulo; RAMOS, Henrique Barros Pereira. A contratação na Administração Pública. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CRITSINELIS, Marco Falcão. Políticas públicas e normas jurídicas. Rio de Janeiro: America Jurídica, 2003.

DA FONSECA, João Bosco Leopoldino. Direito Econômico. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DALARRI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DE MELO, Celso Antônio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. DE MELO, Celso Antônio Bandeira. Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. Ed. Malheiros, 2004.

DE MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. Princípios Gerais de Direito Administrativo, vol. I- Introdução. 3ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

DEL VECCHIO, Giorgio. Teoria do estado. São Paulo: Saraiva, 1957.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*, *in apud* COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas, *in*: Estudos em homenagem a Geraldo Ataliba. Vol. II. Organizador. MELLO, Antônio Bandeira de. São Paulo: Malheiros, 1997.

FAGUNDES, Miguel Seabra. O controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário, 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. Direito Econômico. São Paulo: MP, 2006.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Curso de direito administrativo. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo I. Belo Horizonte: Del Rey e Fundación de Derecho Administrativo, 2003.

GARCIA ENTERRIA, Eduardo. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. 12ª ed. Madrid: Civitas, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Massachusetts : The MIT Press, 1998.

IHERING, Rudolph Von. A luta pelo Direito. 17ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

JÚNIOR, José Cretella. Direito administrativo do Brasil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1956.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4.ed .rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2009.

_____. JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 10ª Ed. São Paulo: Dialética, 2004.

_____. JUSTEN FILHO, Marçal. O estatuto da microempresa e as licitações públicas. São Paulo: Dialética. 2007.

KELSEN, Hans. Teoria Geral do Direito e do Estado. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. KELSEN, Hans. Teoria geral do Direito e do Estado. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 11ª Ed. São Paulo: Método, 2007.

MUKAI, Toshio. Licitações e contratos públicos. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. Princípios da Licitação. Boletim de Licitações e Contratos. N.º 9/95. São Paulo: NDJ, 1995.

MACHIAVELLI, Nicolás. O príncipe. São Paulo: Athena, 1956.

MALUF, Sahid. Teoria geral do estado. 26ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MASAGÃO, Mário. Curso de Direito Administrativo. 3ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 1959.

MASSO, Fabiano Del. Direito Econômico. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo moderno. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MORAES, Alexandre de. Constituição Brasileira Interpretada e Legislação Constitucional, 6ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Heloíza Camargos; MORAIS, José Mauro de. Compras governamentais: políticas e procedimentos na Organização Mundial de Comércio, União Européia, Nafta, Estados Unidos e Brasil. Santiago: Nações Unidas, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Quatro paradigmas do Direito Administrativo Pós-Moderno. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. Eficácia nas licitações e contratos. 11ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ORDENAÇÕES Filipinas: ordenações e leis do Reino de Portugal recopiladas por mandato d'el Rei D. Filipe, o primeiro. Texto com introdução, breves notas e remissões, redigidas por Fernando H. Mendes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 1957.

PEREIRA JUNIOR, Jesse Torres. Comentários A Lei Das Licitações e Contratações da Administração Pública. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

QUEIROZ, Ari Ferreira. Direito Constitucional. 9ª Ed. Goiânia: IEPC, 1999.

REILL, Peter Hanns. *Encyclopedia of the Enlightenment*. New York: Facts on File, 2004.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 10ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. Licitações & contratos administrativos: Lei nº 8.666, de 21-6-93 (comentada). 3ª ed. Rio de Janeiro: Esplanada, 1998.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito Administrativo Econômico. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2006.

TAVARES, André Ramos. Direito constitucional econômico. 2ª ed. São Paulo: Método, 2006.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Repercussões da Lei Complementar 126/06 nas licitações públicas: de acordo com o Decreto 6.204/07. Curitiba: JML, 2008.

VITTA, Cino. *Dirito amministrativo*. 3ª Ed., Turim: UTET, 1949, v. I.

WEBER, Max. *Economy and society*. v.1. Berkeley and Los Angeles: University of California Press, 1978.

WEFORTH, Francisco. Os clássicos da política. São Paulo: 2003, v.1.

ZANOBINI, Guido. *Corso di Diritto Amministrativo*, v. I. 8ª ed. Milano: Giuffrè, 1958.

Periódicos

DE MELO, Celso Antônio Bandeira. Preferência para bens e serviços fabricados no Brasil e para empresas brasileiras de capital nacional. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP. São Paulo: Malheiros. N.º 27/5-10, 1999.

JÚNIOR. Tércio Sampaio Ferraz. Abuso de poder econômico por prática de licitude duvidosa amparada judicialmente. Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte: Fórum. Ano 1, nº 1, jan.-mar./2003.

ANEXO I

LEI - DE 29 DE AGOSTO DE 1828

Estabelece regras para a construcção das obras publicas, que tiverem por objecto a navegação de rios, abertura de canaes, edificação de estradas, pontes, calçadas ou aqueductos.

D. Pedro I, pela Graça de Deus, e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brazil: Fazemos saber a todos os nossos subditos que a Assembléa Geral decretou, e Nós queremos a Lei seguinte:

Art. 1º As obras, que tiverem por objecto promover a navegação dos rios, abrir canaes, ou construir estradas, pontes, calçadas, ou aqueductos, poderão ser desempenhadas por empregarios nacionaes, ou estrangeiros, associados em companhias, ou sobre si.

Art. 2º Todas as obras especificadas no artigo antecedente, que forem pertencentes á provincia capital do Imperio, ou a mais de uma provincia, serão promovidas pelo Ministro e Secretario de Estado dos Negocios do Imperio; as que forem privativas de uma só provincia, pelos seus Presidentes em Conselho; e as que forem do termo de alguma cidade, ou vida, pelas respectivas Camaras Municipaes.

Art. 3º Logo que alguma das sobreditas obras fôr projectada, as autoridades, a que competir promover-as, farão levantar a sua planta e plano, e orçar a sua despeza por engenheiros, ou pessoas intelligentes, na falta destes.

Art. 4º A planta, e orçamento da despeza da obra, se affixarão nos lugares publicos mais vizinhos della, por um a seis mezes; convidando-se os cidadãos a fazerem as observações, e reclamações, que convierem.

Art. 5º Approvado o plano de alguma das referida, obras, immediatamente será a sua construcção offerecida a empregarios por via de editaes publicos; e havendo concurrentes, se dará a preferencia a quem offerecer maiores vantagens.

Art. 6º No contracto com os empregarios se expressará, além das mais condições que se convencionarem: primeiro, o tempo, dentro do qual a obra deverá ser principiada, e acabada; segundo, o interesse, que os empregarios devem perceber em compensação das suas despezas: e este poderá consistir no direito exclusivo da taxa da navegação dos rios, ou canaes, que se abrirem; na aquisição dos terrenos alagadiços, que, por beneficio de taes obras, se aproveitarem; não sendo de propriedade particular; ou no direito de cobrar certa e determinada taxa do uso da obra, que fizer o objecto da empreza por certo numero de annos, que se entender necessario para a amortização do capital empregado na obra, com os seus competentes interesses.

Art. 7º A somma do capital, que pelo orçamento da despeza se calcular ser necessario para a construcção da obra, servirá de base para se fixar o quantitativo da taxa.

Art. 8º Ao fixar-se o quantitativo da taxa cobravel de cada pessoa, que usar da obra, haverá a necessaria differença, quanto ás estradas, pontes, e calçadas, entre pedestres, e cavalleiros, as differentes especies de animaes, e os differentes vehiculos, que por estas passarem; quanto aos rios, e canaes, entre barcos maiores e menores; e quanto aos aqueductos das aguas para uso das povoações (cuja taxa se cobrará por fogos), entre o maior, e menor consumo, que cada casa fizer, tendo-se sobretudo em vista as possibilidades, e circumstancias dos moradores.

Art. 9º Os empregarios serão obrigados a desempenhar as empresas, de que se encarregarem, segundo o plano approved, e dentro do tempo, que se ajustar, debaixo da pena de pagarem uma multa, que será estipulada nos contractos.

Art. 10. Os mesmos empregarios só poderão principiar a cobrar a taxa do uso, e de passagem, depois que a obra estiver concluida; mas se a mesma taxa se dever cobrar em diversos pontos, ou barreiras determinadas, poderão receber as quotas respectivas a estas, logo que as partes da obra relativas aos mesmos lugares ficarem ultimadas, principiando a contar-se o tempo, neste caso, desde que começar a cobrança, e cessando esta, ainda que não tenha cessado a das outras partes da obra.

Art. 11. O direito de cobrar as taxas de uso, e de passagem, prescreve a favor das pessoas, que as deverem pagar, no mesmo momento em que se tiverem posto fóra do alcance da vista das barreiras, aonde as mesmas taxas se cobrarem, excepto se tiverem passado por força, porque neste caso serão condemnadas a pagar o duplo da importancia da taxa imposta no Juizo dos Juizes de Paz; além das acções, ou correcções criminaes, que podem, e deverem ter.

Art. 12. As obras depois de concluidas serão entretidas em estado de perfeita conservação á custa dos empregarios todo o tempo, que durar o direito de cobrar a taxa de uso, e de passagens das mesmas obras.

Art. 13. Findo o prazo do contracto, as autoridades, a quem competir, poderão contractar a conservação das obras, reduzindo as taxas do uso, e de passagem, com quem offerecer melhores vantagens.

Art. 14. Serão isentas de pagar as taxas do uso, e de passagem, as pessoas que das obras fizerem uso em acto do serviço nacional, e bem assim todos, e quaesquer generos, e effeitos da nação, que por ella passarem: e disto se fará expressa menção nos contractos.

Art. 15. No caso de não apparecerem empregarios, com quem se contractem as referidas obras, serão estas feitas por conta dos rendimentos dos Conselhos, havendo-os, ou da Fazenda Publica; e para indemnização destas despezas, que se fizerem por conta da Fazenda Publica, se imporá o mesmo direito de uso, e de passagem, que deveria ter lugar, se a obra se contractasse.

Art. 16. Para este fim serão apresentados ao conhecimento da Assembléa Geral Legislativa pelo Ministro dos Negocios do Imperio os planos das obras sobreditas, acompanhadas da sua planta, e orçamento de despezas, de uma tabella das taxas, que convirá estabelecer sobre o seu uso, e passagem, e por quantos annos, e de certidão legal por onde conste das diligencias, que se praticaram para obter empregarios. Se a Assembléa Geral approvar a obra será incluída a sua despeza nos orçamentos da receita e despeza dos annos futuros em prestações annuaes; e se determinará o quantitativo da taxa do uso, e passagem, que se houver de cobrar, e por quantos annos.

Art. 17. Os proprietarios, por cujos terrenos se houverem de abrir as estradas, ou mais obras, serão attendidos em seus direitos nos termos da Lei de 9 de Setembro de 1826, e indemnizados não só das bemfeitorias, mas até do sólo, quando á vista dos seus titulos se mostre que devam ser isentos de os dar gratuitamente.

Art. 18. Ficam revogadas todas as leis, alvarás, decretos, e mais resoluções em contrario.

Mandamos portanto a todas as autoridades a quem o conhecimento, e execução da referida lei pertencer, que a cumpram, e façam cumprir e guardar tão inteiramente como nella se contém. O Secretario de Estado dos Negocios do Imperio a faça imprimir, publicar e correr. Dada no Palacio do Rio de Janeiro aos 29 dias do mez de Agosto de 1828, 7º da Independencia e do Imperio.

IMPERADOR com rubrica e guarda.

L. S.

José Clemente Pereira.

Carta de Lei, pela qual Vossa Magestade Imperial Manda executar o Decreto da Assembléa Geral, que houve por bem sancionar, sobre as obras, que promoverem a navegação de rios, aberturas de canaes, e construcção de estradas, pontes, calçadas, ou aqueductos, tudo na fórma acima declarada.

Para Vossa Magestade Imperial ver.

Albino dos Santos Pereira a fez.

Registrada a fl. 42 do livro 5º de leis, alvarás e cartas. Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio em 10 de Setembro de 1828. - João Baptista de Carvalho.

Monsenhor Miranda.

Foi publicada esta Carta de Lei nesta Chancellaria-mór do Imperio do Brazil. Rio de Janeiro, 11 de Setembro de 1828. - Francisco Xavier Bapozo de Albuquerque.

Registrada na Chancellaria-mór do Imperio do Brazil a fl. 125 v. do livro 1º de cartas, leis e alvarás. Rio de Janeiro em 11 de Setembro de 1828. - Manoel de Azevedo Marques.

TITULO II.

FUNCCÕES MUNICIPAES.

Art. 24. As Camaras são corporações meramente administrativas, e não exercerão jurisdicção alguma contenciosa.

Art. 25. As Camaras farão em cada anno quatro sessões ordinarias de tres em tres mezes, no tempo que ellas marcarem, e durarão os dias que forem necessarios, nunca menos de seis.

Art. 26. Occorrendo algum negocio urgente, e que não admitta demora, o Presidente poderá convocar a Camara extraordinariamente.

Art. 27. Achando-se reunidos nas cidades, ou villas cinco Vereadores, poderão deliberar: a maioria de votos decide, e no caso de empate, terá o Presidente o voto de qualidade para o desempate.

Art. 28. O Vereador que tiver impedimento justo o fará constar ao Presidente; e se faltar sem justificado motivo, pagará nas cidades por cada falta 4\$000 e nas villas 2\$000 para as obras do Conselho, que o Secretario carregará logo em receita. Faltando os Vereadores actuaes, chamar-se-hão os immediatos em votos, quando o impedimento passar de 15 dias, ou a urgencia, e importancia dos negocios exigir o numero completo de Vereadores.

Art. 29. No dia marcado para principio de cada uma das sessões ordinarias, se reunirão os Vereadores ás 9 horas da manhã na casa da Camara, e ahí, a portas abertas, havendo assentos para os espectadores, que concorrerem diariamente, o Presidente assentado no tópo da mesa, tendo aos lados os Vereadores, assentados sem distincção, nem precedencia, dará principio á sessão pelas palavras—Abre-se a sessão—.

Art. 30. As sessões durarão cada dia, praticadas as mesmas formalidades, o tempo que fôr necessario para a discussão, e propostas das materias, que nellas devem, e podem ter lugar; não excedendo porém o de 4 horas. Termina-se a sessão pelas palavras do Presidente:—Fecha-se a sessão—.

Art. 31. Aberta a sessão, o Presidente declarará a materia da discussão, manterá a ordem nella, dando a palavra ao que primeiro a pedir, e fazendo observar a

decencia, e civilidade entre os Vereadores e espectadores.

Art. 32. Se algum Vereador não quizer voltar á ordem, o Presidente o mandará calar; e não obedecendo, o fará sahir da sala, consultando primeiramente os outros Vereadores; ou levantará a sessão, quando a nada se queira sujeitar. Neste caso a Camara na sessão seguinte deliberará, se deve o Vereador ser, ou não admittido; e sendo resolvido pela negativa, se chamará o immediato, salvo o recurso ao Conselho Geral da Provincia, ou ao Conselho da Presidencia, em quanto aquelle não estiver em exercicio.

Art. 33. Qualquer dos Vereadores, e o Presidente pôde propôr, e discutir o que lhe parecer conveniente ao desempenho das suas attribuições, e o fará por escripto com assignatura, e data.

Art. 34. Tendo fallado os Vereadores que quizerem sobre a materia, o Presidente a porá á votação, dando tambem o seu voto por ultimo, e o que a maioria decidir se tomará como resolução.

Art. 35. O Secretario, que estará junto á mesa, lavrará a acta, declarando nella os objectos expostos á discussão, as propostas, e emendas, que se apresentaram, e por quem; a final decisão, e os nomes dos que votaram pró, e contra; e esta acta será assignada pelo Presidente, e todos os Vereadores presentes.

Art. 36. Se na discussão algum Vereador faltar á ordem e civilidade, e o Presidente o não chamar a ella, qualquer dos outros Vereadores poderá requerer-lhe que o faça; e havendo duvida sobre a resolução do Presidente, a Camara decidirá por votos.

Art. 37. O Vereador que precisar de algum tempo de licença, a poderá obter da Camara; tendo a Camara sempre em attenção o numero dos Vereadores existentes, o estado dos negocios publicos, e a urgencia dos motivos allegados.

Art. 38. Nenhum Vereador poderá votar em negocio de seu particular interesse, nem dos seus ascendentes, ou descendentes, irmãos, ou cunhados, emquanto durar o cunhadio. Igualmente não votarão aquelles, que jurarem ter suspeição.

Art. 39. As Camaras, na sua primeira reunião, examinarão os provimentos, e posturas actuaes, para propôr ao Conselho Geral o que melhor convier aos interesses do municipio; ficando, depois de approvados, sem vigor todos os mais.

Art. 40. Os Vereadores tratarão nas vereações dos

bens, e obras do Conselho do Governo economico, e policial da terra; e do que neste ramo fôr á prol dos seus habitantes.

Art. 41. Cuidarão saber o estado, em que se acham os bens dos Conselhos, para reivindicarem os que se acharem alheados cõtra a determinação de leis, e farão repór no antigo estado as servidões e caminhos publicos, não consentindo de maneira alguma que os proprietarios dos predios usurpem, tapem, estreitem, ou mudem a seu arbitrio as estradas.

Art. 42. Não poderão vender, aforar, ou trocar bens immoveis do Conselho sem autoridade do Presidente da Provincia em Conselho, emquanto se não installarem os Conselhos Geraes, e na Cõrte sem a do Ministro do Imperio, exprimindo os motivos, e vantagens da alienação, aforamento, ou troca, com a descripção topographica, e avaliação por peritos dos bens que se pretendem alienar, aforar, ou trocar.

Art. 43. Obtida a faculdade, as vendas se farão sempre em leilão publico, e a quem mais der, excluidos os Officiaes que servirem então nas Camaras, e aquelles que tiverem feito a proposta, e exigindo-se fianças idoneas, quando se fizerem a pagamentos, por se não poderem realizar logo a dinheiro, pena de responsabilidade pelo prejuizo d'ahi resultante.

Art. 44. Da mesma fõrma, e com as mesmas cautelas, e responsabilidade prescriptas no artigo antecedente, se farão os arrendamentos dos bens dos Conselhos; mas estes contractos poderão as Camaras celebrar por deliberação sua, e serão confirmados pelos Presidentes das Provincias em Conselho, e na Cõrte pelo Ministro do Imperio.

Art. 45. Quando acharem não ser a prol dos Conselhos, que se alienem, ou arrendem os bens, mandal-os-hão aproveitar, pondo nelles bons administradores, para que venham a melhor arrecadação, ficando os ditos Vereadores responsaveis pela falta de exacção.

Art. 46. A Camara dará annualmente contas ao Conselho Geral, depois que as tiver tomado ao Procurador, fazendo-se então publicas pela imprensa onde a houver; e na falta, por editaes affixados nos lugares publicos, e o Conselho Geral proverá sobre ellas como achar conveniente. Aparecendo algum alcance, proceder-se-ha immediatamente á sua arrecadação, assim como a das rendas, e quaesquer dividas que se deixaram de cobrar, pena de responderem pelos prejuizos resultantes de sua negligencia.

Art. 47. Poderão ajustar de empreitada as obras que se houverem de fazer, mettendo-as primeiramente em prégão, para preferirem aquelles, que se offerecerem por menor preço, precedendo vistoria legal, publicação do plano, e sua avaliação; e na falta de empreiteiros, as poderão fazer por jornal. E quando as obras forem de grande importancia, e alguns socios, ou emprehendedores se offerecerem a fazel-as, percebendo algumas vantagens para sua indemnização, enviarão as propostas aos Conselhos Geraes da Provincia.

Art. 48. Farão pôr em boa guarda todas as rendas, fóros, coimas, e mais cousas que á Camara pertençam em arca forte de tres chaves, das quaes uma estará em poder do Presidente, outra do Fiscal, e outra do Secretario.

Art. 49. Igualmente mandarão fazer os cofres e armarios precisos não os havendo, para a guarda dos documentos das eleições, escripturas, e mais papeis que formam o archivo da Camara, e aonde se tenham os livros das vereações, tombos, e quaesquer outros; os quaes todos devem ser numerados e rubricados pelo Presidente gratuitamente, com seus termos de abertura, e encerramento.

Art. 50. Os livros indispensaveis são: um para o registro das posturas em vigor, e outro em que se registre a presente Lei, e todos os artigos das que se forem publicando, que disserem respeito ás Camaras.

Art. 51. Requererão aos Juizes territoriaes, que lhes façam os tombamentos de seus bens, a quem fica pertencendo esta jurisdicção, e geralmente defenderão perante as Justiças seus direitos para que lh'os façam manter, não fazendo sobrê elles avença alguma.

Art. 52. Não poderão quitar coima nem divida alguma do Conselho, pena de nullidade, e de pagarem o duplo.

Art. 53. A Camara da capital dará posse, e juramento ao Presidente da Provincia, de que se lavrará termo, que será assignado pelo mesmo Presidente, e Vereadores presentes, e a communicará ás Camaras da Provincia para que se faça publica por editaes.

Art. 54. Do mesmo modo ás Camaras respectivas pertence reconhecer os titulos de todos os empregados que não tiverem superiores no lugar, a quem compita esse reconhecimento, e fazel-os registrar, tomar-lhes juramento, e fazer publicar por editaes a sua posse.

Art. 55. As Camaras compete repartir o termo em districtos, nomear os seus Officiaes, e dar-lhes titulos;

LEI Nº 4.401, DE 10 DE SETEMBRO DE 1964

Estabelece normas para a licitação de serviços e obras e aquisição de materiais no Serviço Público da União, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1º Os procedimentos referentes à contratação de serviços, ou obras pelo regime de empreitada, bem como a aquisição de material, equipamentos e animais destinados ao serviço público de administração direta e de administração descentralizada, obedecerão às seguintes normas:

I - Far-se-á licitação por concorrência pública:

a) para a execução de serviços ou obras, de montante superior a 500 vezes o valor do maior saláriomínimo;

b) para aquisição de materiais e equipamentos de montante igual ou superior a 500 vezes o valor do maior salário-mínimo.

II - Será exigida a licitação por concorrência administrativa:

a) para a execução de serviços ou obras de montante igual ou inferior a 500 vezes o valor do maior salário-mínimo;

b) para aquisição de materiais e equipamentos de montante inferior a 500 vezes o valor do maior salário-mínimo.

III - Será dispensada ... VETADO ... a coleta de preços:

a) para a execução dos serviços ou obras de montante inferior a cem vezes o valor do maior saláriomínimo;

b) para a aquisição de materiais e equipamentos de montante inferior a oitenta vezes o valor do maior salário-mínimo.

IV - Ficam dispensadas as concorrências:

a) para aquisição e execução de serviços ou obras que, por motivo de interesse nacional, a juízo do Presidente da República, não permitirem publicidade ou a demora do processamento das concorrências;

b) para aquisição e execução de serviços ou obras que, por circunstâncias especiais ou imprevistas, forem considerados de caráter urgente, a juízo do Presidente da República;

c) a critério do Ministro de Estado, para aquisição de materiais, ou gêneros que só podem ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comerciais exclusivos, bem como para a execução de serviços dependentes e profissionais de notória especialização;

d) para a aquisição de animais;

e) para arrendamento ou aquisição de imóveis destinados ao serviço público, quando tiverem características especiais, a juízo do Ministro de Estado;

f) quando não houver acudido nenhum proponente a uma licitação anterior.

V - ... VETADO ...

§ 1º Nas hipóteses deste artigo, poderá ser também dispensada a coleta de preços, em casos devidamente justificados, a juízo do Presidente da República ou do Ministro de Estado, conforme a competência nêle prevista.

§ 2º Poderão ser também dispensadas concorrências ou tomada de preços, em casos de urgência especial, a critério do Ministro de Estado, para a aquisição de gêneros alimentícios nos locais da produção.

§ 3º Em qualquer hipótese, sempre que a administração julgar preferível poderá licitar o fornecimento de bens e equipamentos ou a execução de serviços ou obras, de qualquer valor, mediante concorrência pública.

Art. 2º A despesa decorrente da aplicação das letras *a* e *b* do item III do art. 1º poderá ser feita mediante ajuste e independerá de registro.

Art. 3º A coleta de preços far-se-á mediante carta-convite expedida, pelo menos a 3 (três) - licitantes e com 5 (cinco) dias úteis no mínimo de antecipação, verificada por protocolo.

Art. 4º A licitação, para aquisição de material ou execução de serviços ou obras, por concorrência pública ou administrativa, indicará, pelo menos:

- a) dia, hora e local da licitação;
- b) quem receberá as propostas;
- c) condições de apresentação das propostas;
- d) critério de julgamento das propostas;
- e) descrição sucinta do objeto da licitação;
- f) local em que serão prestadas informações e fornecidas plantas, instruções, especificações e outros elementos necessários ao perfeito conhecimento da licitação;
- g) prazo máximo para cumprimento do objeto da licitação;
- h) valores da caução para licitação e para contrato, quando fôr o caso.

Art. 5º Entre os proponentes julgados idôneos e admitidos à licitação, o vencedor será aquele que oferecer menor preço, salvo se a comissão julgadora, por razões técnicas, considerar outra proposta como a mais conveniente.

Parágrafo único. Quando o edital de concorrência admitir discriminação por item, a licitação poderá prever a preferência às propostas de menor preço para cada item, independentemente do preço global de cada proposta. Se tal preferência não for prevista, as propostas serão indivisíveis.

Art. 6º É da competência do Ministro de Estado determinar quais despesas que se enquadram na hipótese da alínea I, do artigo 49 da Lei nº 830, de 23 de setembro de 1949.

Art. 7º ... VETADO ...

Art. 8º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 10 de setembro de 1964; 143º da Independência e 76º da República.

H. CASTELLO BRANCO

Milton Soares Campos
Ernesto de Mello Baptista
Arthur da Costa e Silva
Vasco da Cunha
Juarez Távora
Hugo de Almeida Leme
Flávio Lacerda
Arnaldo Sussekind
Nelson Freire Lavenère Wanderley
Luiz Vicente Belford de Ouro Preto
Daniel Faraco
Mauro Thibau
Roberto Campos
Osvaldo Cordeiro de Farias

DECRETO Nº 73.140 - DE 9 DE NOVEMBRO DE 1973

Regulamenta as licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando das atribuições que lhe confere o artigo 81, itens III e V, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos artigos 125 a 144, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967,

DECRETA:

TÍTULO I

Disposições Preliminares

Art. 1º As licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, reger-se-ão, na Administração Federal direta e autárquica, pelas normas do Título XII do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e pelas disposições deste Decreto.

Art. 2º As obras ou serviços de engenharia, estimados em valor superior a 15.000 vezes o maior salário-mínimo mensal vigente no País, necessários à exploração de serviços públicos federais em regime de concessão ou autorização a pessoas de Direito Público ou Privado, serão por estas contratados mediante anúncio público das condições para qualificação e seleção, com antecedência de, pelo menos, trinta dias do encerramento da habilitação, e designação de lugar, data e hora para abertura das propostas e para ciência da decisão final.

Parágrafo único. A autoridade federal competente poderá dispensar o procedimento de que trata este artigo, por conveniência do serviço justificada em pedido do titular da concessão ou autorização.

TÍTULO II

Licitação

CAPÍTULO

Generalidades

Art. 3º Não será admitida a realização de licitação sem o atendimento prévio dos seguintes requisitos:

I - definição precisa do seu objeto, caracterizado por projetos completos, especificações e referências necessárias ao perfeito entendimento, pelos interessados, do trabalho a realizar;

II - existência ou previsão de recursos orçamentários suficientes ao desenvolvimento normal dos trabalhos, segundo as previsões do cronograma;

III - estabelecimento de providências para oportuno desembaraço, ocupação, utilização, aquisição ou desapropriação dos bens públicos ou particulares necessários à execução dos trabalhos, inclusive pedreiras, saibreiras, aguadas e congêneres.

§ 1º Considera-se projeto completo ou final de engenharia, para os fins deste decreto, o aprovado pela autoridade competente que conjugue os elementos e informações indispensáveis à integral definição, qualitativa e quantitativa, dos atributos técnicos, administrativos, econômicos e financeiros dos trabalhos e de sua forma de execução, inclusive o cadastro completo dos bens referidos no item III deste artigo.

§ 2º Só se admitirá a realização de licitação, tendo por base ante-projeto, quando se tratar de obras ou serviços de pequeno vulto (artigo 8º, VII) e natureza simples, reconhecida e justificada a urgência de sua realização.

Art. 4º Consideram-se obras, para os efeitos deste Decreto todos os trabalhos de engenharia de que resulte criação, modificação ou reparação de bem público, mediante construção, ou que tenham como resultado qualquer transformação do meio ambiente natural.

Parágrafo único. Todas as fases de trabalho indispensáveis à consecução dos resultados previstos neste artigo, mesmo na hipótese de serem realizadas licitações parcelares, e inclusive os trabalhos

posteriores de manutenção da obra pública serão consideradas como obras, para os efeitos de classificação e escolha da modalidade de licitação, segundo o disposto no Capítulo III deste Decreto.

Art. 5º Consideram-se serviços os trabalhos de engenharia que não se ajustarem ao conceito definido no artigo anterior e não se constituírem em serviços de consultoria, que serão regulados por Decreto próprio.

Art. 6º Na licitação serão sempre observadas as seguintes normas, independentemente de menção expressa no ato convocatório:

I - estará sempre ressalvado à Administração, antes da assinatura do contrato, o direito de, por despacho motivado da autoridade competente, de que se dará ciência aos licitantes, revogar ou anular qualquer licitação, sem que caiba direito a reclamação ou pedido de indenização por parte dos participantes;

II - é expressamente vedado a qualquer interessado participar simultaneamente, na mesma licitação, isoladamente e integrando consórcio, bem como integrar mais de um consórcio;

III - não poderá ser admitida à licitação, como proponente empresa que tenha sido apresentada, na mesma licitação, na qualidade de subcontratada;

IV - a participação na licitação implica a aceitação integral e irrevogável dos termos do ato convocatório, seus anexos e instruções, bem como a observância dos regulamentos administrativos e das normas técnicas gerais ou especiais aplicáveis;

V - qualquer licitante ficará obrigado a manter a proposta, até 90 (noventa) dias da data de sua abertura, se o ato convocatório não estabelecer outro prazo, e a firmar o contrato, apresentando os documentos complementares para esse efeito, dentro do período fixado na notificação ao classificado;

VI - qualquer alteração do edital, durante a fluência do respectivo prazo, implicará sua prorrogação por número de dias igual ao dos decorridos entre a primeira publicação do aviso de licitação e a do aviso da alteração, usando-se, para a divulgação desse fato, os mesmos meios que serviram para noticiar a licitação;

VII - estará impedida de participar da licitação empresa ou consórcio entre cujos dirigentes, gerentes, sócios detentores de mais de 10% do capital social, responsável e técnicos, bem como entre os das respectivas subcontratadas, haja alguém que seja diretor ou servidor do órgão ou entidade que promova a licitação, ou que o tenha sido nos últimos 180 (cento e oitenta) dias anteriores à data do ato convocatório;

VIII - a empresa ou consórcio e as empresas que serão subcontratadas, indicarão as equipes técnicas com que se comprometem a realizar os serviços objeto da licitação, instruindo a relação com os currículos dos técnicos indicados e com a declaração escrita, de cada um deles, de que autorizou sua inclusão na equipe;

IX - não poderá haver substituição nas equipes técnicas, nem de subcontratadas, ou em suas equipes, sem a prévia aceitação pela entidade pública promotora da licitação;

X - os licitantes apresentarão a relação das empresas a serem subcontratadas, quando as houver, com a especificação do serviço que cada uma realizará e declaração escrita de aceitação da subcontratação;

XI - quando se tratar de consórcio e quando estiver prevista a subcontratação, cada uma das empresas consorciadas e das que serão subcontratadas apresentará todos os documentos e informações exigidos dos licitantes no ato convocatório.

XII - não poderá concorrer à licitação, para a execução de obra ou serviço de engenharia, empresa que houver participado da elaboração do projeto ou anteprojeto respectivo.

Art. 7º As licitações de âmbito internacional ajustar-se-ão as diretrizes dos acordos firmados pelo Governo e às normas de política monetária e de comércio exterior estabelecidas pelos órgãos responsáveis.

CAPÍTULO II

Da Dispensa de Licitação

Art. 8º A licitação só poderá ser dispensada, nos termos do artigo 126, do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, quando uma ou mais das seguintes hipóteses:

- I - nos termos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública;
- II - quando a realização da licitação comprometer a segurança nacional;
- III - quando não acudirem interessados à licitação anterior, mantidas, na contratação, as condições preestabelecidas no ato convocatório da licitação;
- IV - na contratação de serviços com profissionais ou empresas de notória especialização.
- V - quando a operação envolver, exclusivamente, pessoas de direito público interno, entidades sujeitas ao seu controle majoritário ou concessionários, de serviço público;
- VI - nos casos de emergência, caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos;
- VII - na execução de obras a serviços de pequeno vulto, entendidos como tais envolverem importância inferior a 5 (cinco) vezes, no caso de serviços, e a 50 (cinquenta) vezes, no caso de obras o valor do maior salário-mínimo mensal vigente no País.

§ 1º Nos casos previstos nos itens I e II deste artigo será competente para dispensar a licitação o Presidente da República ou a autoridade a quem houver delegado, especificamente, essa atribuição.

§ 2º Nos casos previstos nos itens III, IV e V deste artigo será imprescindível a prévia dispensa da licitação por autoridade superior do órgão ou entidade promotora da obra ou serviço, segundo a regra de competência prevista no seu estatuto orgânico.

§ 3º A utilização da faculdade contida nos itens VI e VIII é permitida às autoridades que tenham segundo as regras de competência das entidades a que pertencem, responsabilidade direta pela execução da obra ou serviço e detenham poderes para ordenar despesas.

§ 4º No caso do item VI, proferido o ato de dispensa de licitação, a autoridade que o praticou deverá imediatamente, justificá-lo perante a autoridade superior, que julgará do acerto da medida, ou, se for o caso, promoverá a responsabilidade cabível.

Art. 9º sempre que ocorrer qualquer das hipóteses previstas no artigo anterior, o processo deverá ser instruído com os seguintes elementos.

- I - justificativa da necessidade da obra ou serviço cuja execução deve ser contratada com dispensa de licitação;
- II - caracterização da situação excepcional, que justifique a dispensa, e indicação do dispositivo legal que a ampare;
- III - razões da escolha do executante.

Parágrafo único. Formalizado o processo com requisitos acima indicados, decidirá sobre a dispensa a autoridade competente, segundo o disposto neste decreto e na legislação pertinente a cada entidade.

CAPÍTULO III

Das Modalidades de Licitação

Art. 10º São modalidades de licitação para a contratação de obras e serviços de engenharia:

I - A concorrência

- a) para obras de vulto igual ou superior a 15.000 (quinze mil) vezes o valor do maior salário mínimo mensal no País;
- b) para serviços de vulto superior a 10.000 (dez mil) vezes o valor do maior salário mínimo mensal vigente no País.

II - A tomada de Preços

- a) para obras de vulto inferior a 15.000 (quinze mil) e igual ou superior a 500 (quinhentos) vezes o valor do maior salário - mínimo mensal vigente no País;
- b) para serviços de vulto inferior a 10.000 (dez mil) e igual ou superior a 100 (cem) vezes o valor do maior salário - mínimo mensal vigente no País.

III - O Convite

- a) para obras de vulto inferior a 500 (quinhentas) vezes o valor de maior salário - mínimo mensal vigente no País, observando o disposto no item VII do artigo 8º deste Decreto;

b) para serviços de vulto inferior a 100 (cem) vezes o valor do maior salário-mínimo mensal vigente no País, observado o disposto no item VII do artigo 8º deste Decreto;

§ 1º A Concorrência e a modalidade de licitação em que se admite a participação de qualquer interessado que reúna as condições exigidas no Edital, mediante convocação da maior amplitude.

§ 2º A Tomada de Preços é a modalidade de licitação entre interessados previamente inscritos no Registro Cadastral de Habilitação pela forma regulada na Seção II do Capítulo V deste Decreto.

§ 3º O Convite é a modalidade de licitação entre pessoas físicas ou jurídicas, no ramo pertinente ao objeto da licitação, em número mínimo de 3 (três) inscritas ou não em Registro Cadastral, e escolhidas pela autoridade competente e convocadas por escrito com antecedência mínima de três dias úteis. Da documentação do procedimento licitatório deverá constar a prova do recebimento do convite pelos destinatários, sob pena de nulidade da licitação.

§ 4º Sempre que razões técnicas determinem o fracionamento de obra ou de serviço em duas ou mais partes será escolhida a modalidade de licitação que regeria a totalidade da obra ou serviço.

§ 5º Nos casos em que couber a tomada de preços, a autoridade competente poderá preferir a concorrência sempre que julgar conveniente, ou quando não dispuser de estimativa precisa do caso dos trabalhos a executar.

CAPÍTULO IV

Dos Atos Convocatórios de Licitação

Art. 11. A licitação será convocatória por edital, onde se indicarão:

I - a entidade que promove a licitação; a autoridade que determinou sua instauração; comissão que a presidirá; quem receberá a documentação e a proposta; o local, dia e hora em que serão recebidas a documentação e a proposta; quando será julgada a habilitação; o local, dia e hora em que serão abertas as propostas;

II - as condições de habilitação e respectivos critérios;

III - o objeto da licitação, perfeitamente caracterizado e definido, conforme o caso, por projeto final de engenharia ou anteprojeto, normas e demais elementos técnicos pertinentes, bastantes para permitir a exata compreensão dos trabalhos e executar; os prazos máximos de início e de conclusão dos trabalhos ou serviços de cada fase ou etapa;

IV - o local onde serão prestadas informações e esclarecimentos e fornecidos os elementos previstos no item anterior e, sempre que possível, a minuta do contrato a ser celebrado;

V - os recursos financeiros previstos para a execução da obra ou serviço;

VI - o regime de execução da obra ou serviço, e condições de seu recebimento pela Administração.

VII - as condições de apresentação das propostas, número de vias e exigência de serem datilografadas, sem emendas ou rasuras, em papel timbrado do proponente, com seu endereço, ou, desde que previsto no edital, em formulários padronizados pela entidade promotora da licitação, a serem adquiridos na quantidade estritamente indispensável, autenticados pela Comissão que a presidir;

VIII - Os critérios de julgamento das propostas, no qual serão levadas em conta no interesse do serviço público, as condições de qualidade, rendimento, preços, pagamento e outras correlatas;

IX - as garantias quando exigidas, inclusive as de manutenção da proposta e execução do contrato, informando o valor a natureza e condições de levantamento;

X - os documentos complementares aos de habilitação que a lei exigir especificamente para a contratação;

XI - as penalidades que constarão do contrato, para os casos de inexecução ou inadimplência das obrigações assumidas;

XII - as condições de revisão de preços, quando prevista;

XIII - as condições de aceitação de empresas agrupadas em consórcio;

XIV - a subordinação da licitação; contratação e recursos admissíveis às disposições deste Decreto;

XV - outras informações que o órgão ou entidade promotora da licitação julgar necessárias.

Parágrafo único. O convite resumir-se-á apenas as indicações aplicáveis a essa modalidade de licitação.

Art. 12. A publicação das licitações será assegurada.

I - no caso de concorrência, mediante afixação do edital em lugar próprio e de fácil acesso ao público, pré-estabelecido para esse fim, e a publicação em órgão oficial e na imprensa diária, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, de aviso resumido de sua abertura, com indicação do local onde os interessados poderão obter uma via do edital e todas as informações necessárias, fixando-se o prazo a ser concedido aos licitantes para apresentação das propostas, respeitando o tempo mínimo acima, em função do valor e da complexibilidade da obra ou serviço a executar;

II - no caso de tomada de preços pela afixação de edital, com a antecedência mínima de 15 (quinze) dias, em local próprio, nas condições a que se refere o item anterior, e seu envio às entidades de classes representativas dos possíveis interessados, podendo ainda a Administração utilizar outros meios de divulgação ao seu alcance com objetivo de ampliar a área de competição;

III - no caso de convite, mediante convocação escrita, acompanhada das indicações previstas no parágrafo único do artigo 11, entregue sob recibo, com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis, aos escolhidos pela Administração, observado o disposto no final do § 3º, do artigo 10.

§ 1º Considerando o valor da licitação, a publicação dos avisos, a juízo da autoridade competente, poderá ser feita em jornal de circulação nacional, e, no caso de licitação de caráter internacional, também em órgão de divulgação técnica especializada dos países ou regiões de origem dos prováveis interessados.

§ 2º Nas várias formas de comunicação, constarão, obrigatoriamente, o local onde os interessados poderão obter o edital e todas as informações necessárias.

§ 3º A Administração poderá utilizar outros meios de informação e divulgação ao seu alcance, para maior publicidade das licitações, com o objetivo de ampliar a área de competição.

CAPÍTULO V

Habilitação

SEÇÃO I

Para o Convite

Art. 13. É facultativa no convite, a exigência de documentos relativos à habilitação.

SEÇÃO I

Para a Tomada de Preços

Art. 14. A habilitação para a Tomada de Preços se fará mediante inscrição em Registro Cadastral, que os órgãos e entidades públicas manterão, sempre revistos e atualizados adequados à aferição das qualificações específicas dos interessados inscritos, recomendando-se permanente troca de informações entre as diferentes unidades administrativas.

§ 1º O pedido de inscrição no Registro Cadastral será apreciado por Comissão de, pelo menos, três membros e decidido dentro de 15 dias, a contar da data da protocolização do pedido ou de documento comprobatório de atendimento de diligência feita ao interessado.

§ 2º As qualificações exigidas serão estabelecidas em função da natureza e do vulto das obras e serviços de engenharia que interessam à Administração.

§ 3º As unidades administrativas que não disponham ainda de Registros Cadastrais de Habilitação enquanto tal situação pendurar, deverão valer-se dos Registros de outras.

§ 4º Os interessados poderão ser registrados em mais de uma especialidade, consoante e avaliação de sua capacidade técnica e operacional, mão-de-obra especializada e processos tecnológicos e equipamentos que utilizem normalmente.

§ 5º O registro dos consorciados antecederá o do consórcio, que com ele será coordenado, efetuadas em cada qual as anotações remissivas.

§ 6º Deferida a inscrição, expedir-se-á no prazo de quinze (15) dias o respectivo Certificado de Registro com validade por um ano.

Art. 15. O Registro Cadastral de Habilitação de Licitantes compreende:

I - parte básica, referente às características gerais da empresa, sua personalidade jurídica, idoneidade técnica e financeira.

II - parte específica relativa ao enquadramento do interessado em determinada espécie de obra ou serviço, bem como à indicação de sua categoria, em função de sua especialização e capacidade técnica e financeira.

§ 1º O certificado da parte básica do Registro Cadastral de Licitantes terá validade em relação à esfera administrativa - federal, estadual ou municipal - a que pertencer o órgão ou entidade em que houver sido efetuada a inscrição.

§ 2º O certificado, a que se refere o § 1º, expedido na esfera administrativa federal, é válido em todas as repartições públicas e autárquicas do País.

§ 3º A inscrição na parte específica do Registro Cadastral habilita o interessado para a espécie de obra ou serviço e a categoria de licitante que o edital fixar.

Art. 16. Para comprovação da regularidade da situação dos interessados quanto à parte básica do Registro Cadastral de Licitantes, devem ser apresentados, com o pedido de inscrição, os seguintes documentos, em cópia autêntica ou publicação oficial:

I - Personalidade jurídica;

1) cédula de identidade;

2) registro na Junta Comercial ou repartição correspondente, da firma, no caso de comerciante;

3) inscrição no Registro Civil das Pessoas Jurídicas do ato constitutivo e estatuto em vigor das sociedades civis, bem como ato de investidura de seus representantes legais em exercício;

4) arquivamento na Junta Comercial ou repartição correspondente, do ato constitutivo e estatuto em vigor das sociedades comerciais, bem como do ato de investidura de seus representantes legais em exercício;

5) arquivamento na Junta Comercial, ou repartição correspondente, em caso de sociedade, anônima, da publicação oficial das atas das assembléias gerais que tenham aprovado ou alterado os estatutos em vigor, e eleito os administradores no exercício do mandato;

6) inscrição ou arquivamento, respectivamente, no registro público civil ou comercial competente, da publicação, no *Diário Oficial* da União, da autorização do Governo Federal para funcionamento de entidades estrangeiras no País;

7) prova do cumprimento, por parte dos responsáveis pela empresa, do disposto na legislação eleitoral, na do serviço militar e na relativa a estrangeiros.

II - Capacidade Técnica

1) registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia (CREA) ou na instituição que regule e fiscalize o exercício profissional da empresa e de seus responsáveis técnicos.

III - Idoneidade Financeira

1) inscrição no Cadastro Federal de Contribuintes;

2) quitação com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal;

3) quitação com o Imposto de Renda;

4) quitação com a contribuição sindical de empregadores, empregados e profissões liberais;

5) prova do cumprimento das normas de nacionalização do trabalho;

6) certificado de regularidade de situação expedido pelo Instituto Nacional de Previdência Social;

7) prova de situação regular perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço;

8) prova de situação regular perante o Programa de Integração Social;

9) certidão negativa de pedido de falência ou concordata, passada pelo distribuidor judicial da sede da empresa;

10) atestado de idoneidade financeira da empresa, expedido no lugar de sua sede por dois (2)

estabelecimentos bancários que, por si ou pelos acionistas detentores de seu controle e administradores, não participem do capital ou da direção da empresa.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, poderão ainda ser exigidos, em qualquer época ou oportunidade, documentos ou informações complementares.

Art. 17. Para fins de inscrição na parte específica do Registro Cadastral de Habilitação de Licitantes, deverá o interessado apresentar, além de outros que lhe sejam solicitados, os seguintes elementos:

I - indicação dos setores de especialização da empresa;

II - demonstração de sua experiência anterior em obras e serviços compreendidos na especialização indicada, ou, no caso de fusão ou incorporação, da experiência das empresas fundidas ou incorporadas;

III - atestados de clientes, alusivos ao desempenho qualitativo e quantitativo da empresa nas obras e serviços já realizados;

IV - quadro de cientistas, engenheiros e demais profissionais de nível superior, contratados pela empresa, em regime permanente, com os respectivos currículos profissionais;

V - relação das instalações e equipamentos disponíveis pela empresa;

VI - elementos demonstrativos da capacidade gerencial da empresa;

VII - elementos demonstrativos da capacidade financeira e da situação econômica da empresa.

Parágrafo único. Serão consignados na parte específica do Registro Cadastral os informes e observações atinentes ao desempenho do licitante quanto a obras e serviços que tenha executado, inclusive na condição de consorciado ou subcontrato, a fim de serem levados em conta por ocasião de novas licitações a que vá concorrer.

Art. 18. Para fins de classificação dos interessados na parte específica do Registro Cadastral de Licitantes, serão observados os seguintes critérios:

I - na avaliação da capacidade técnica serão consideradas os serviços e obras que tenham executado, os equipamentos e instalações que possuam e os quadros técnico e administrativo que utilizem;

II - a capacidade técnica será aferida pela execução fiel, oportuna e contenta, de suas obrigações, pela perfeição, qualidade e acabamento das obras e serviços contratados e pelos processos e aperfeiçoamentos neles adotados ou introduzidos;

III - a capacidade técnica será avaliada, também por atestados idôneos quanto à competência técnica individual dos responsáveis pelas obras e serviços;

IV - a capacidade financeira será avaliada segundo o capital registrado e realizado, os ônus hipotecários e pignoratícios, alienações fiduciárias, reservas, patrimônio e liquidez geral, apurados nos balanços, balancetes e conta de lucros e perda dos dois últimos exercícios sociais; as empresas constituídas há menos de dois anos apresentarão o balancete do último exercício ou, quando for o caso, demonstração contábil que permita a aferição de sua situação patrimonial, econômica e financeira.

Art. 19. Será dada ciência ao interessado do despacho que autorizar ou negar, parcialmente ou totalmente, a inscrição, sendo facultado:

I - ao interessado, pedir reconsideração do indeferimento parcial ou total da inscrição, mediante requerimento fundamentado, dentro do prazo de 10 (dez) dias, contado da ciência da decisão;

II - a qualquer terceiro, que conhecer fatos que afetem a inscrição, impugnar, a qualquer tempo, o registro, total ou parcialmente, sem efeito suspensivo, mediante petição em que serão indicadas e justificadas as razões da impugnação.

Parágrafo único. Periodicamente, os órgãos que disponham de Registros Cadastrais farão publicar no *Diário Oficial* ou seus Boletins administrativos relações discriminadas dos inscritos nesses Registros.

Art. 20. O descumprimento ou deficiência em relação às normas técnicas gerais ou contratuais, e especificações, bem como os erros verificados na execução de serviços e obras serão consignadas expressa e obrigatoriamente no registro cadastral, sem prejuízo da aplicação das sanções próprias.

§ 1º A falência, a declaração de idoneidade e a obtenção, oferecimento ou concessão de vantagens e favores ilícitos ou indevidos, bem como qualquer ato ilícito, apurados em processo próprio darão motivos ao cancelamento do registro cadastral;

§ 2º A inscrição poderá ser restabelecida, a juízo da Administração, mediante requerimento do interessado, devidamente justificado, comprovando a sua readaptação.

SEÇÃO II

Para a Concorrência

Art. 21. Nas concorrências, haverá, obrigatoriamente, uma fase inicial de habilitação preliminar para comprovar a plena qualificação dos interessados, competindo sua apreciação a comissão de, pelo menos, 3 (três) membros.

§ 1º A habilitação preliminar antecederá, sempre, a abertura das propostas.

§ 2º No ato da habilitação preliminar o interessado apresentará os documentos básicos relacionados no artigo 16, os específicos de capacidade técnica e idoneidade financeira requeridos no edital, e o comprovante de prestação de garantia inicial quando exigida.

§ 3º O interessado que já estiver inscrito em Registro Cadastral de Habilitação, na data do edital, poderá ser por este dispensado da apresentação dos documentos a que se refere a Seção II deste Capítulo ficando contudo obrigado a atualiza-los, se houverem ocorrido modificações em relação quaisquer deles.

§ 4º As exigências relativas à capacidade técnica, no que diz respeito às obras e serviços anteriormente realizados pelos interessados, não poderão ser distintas qualitativamente das obras e serviços licitados, nem poderão ultrapassar os quantitativos das obras a executar no prazo determinado.

§ 5º as exigências concernentes à aferição da capacidade do licitante, segundo os equipamentos que possuir levarão em conta, somente, o equipamento indispensável à execução da obra ou serviço licitado, consideradas as obras e serviços que os licitantes mantenham sob contrato e em execução.

§ 6º As propostas dos concorrentes que não lograrem obter a habilitação preliminar ser-lhes-ão devolvidas, com os envelopes fechados.

§ 7º É facultado à administração incluir no edital o requisito da inscrição dos interessados no Registro da inscrição dos Licitantes, que será promovida simultaneamente com o processamento da habilitação e com base na documentação apresentada para a concorrência.

SEÇÃO IV

Consórcios

Art. 22. Desde que prevista no ato convocatório, admitir-se-á, nas licitações a participação de pessoas físicas ou jurídicas reunidas em consórcio, sendo, porém, vedado a um consorciado também concorrer, na mesma licitação, isoladamente, ou por intermédio de outro consórcio.

Parágrafo único. O edital definirá o número máximo de empresas que poderão agrupar-se em consórcio para habilitar-se à licitação.

Art. 23. As pessoas físicas ou jurídicas consorciadas instruirão seu pedido de habilitação com prova de constituição do consórcio mediante instrumento particular registrado no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, do qual constem, em cláusulas próprias:

I - designação do representante do consórcio;

II - composição do consórcio;

III - objetivo da consorciação;

IV - compromissos e obrigações dos consorciados dentre os quais o de cada consorciado responderá individualmente e solidariamente pelas exigências de ordem fiscal e administrativa pertinentes ao objeto da licitação, até a conclusão final dos trabalhos ou serviços que vierem a ser contratados com o consórcio;

V - declaração expressa de responsabilidade solidária de todos os consorciados pelos atos praticados sob o consórcio, em relação à licitação, e posteriormente ao eventual contrato;

VI - compromisso de que o consórcio não terá a sua composição ou constituição alteradas ou sob qualquer forma modificadas sem prévia e expressa anuência da Administração, até a conclusão dos trabalhos ou serviços que vierem a ser contratados;

VII - compromisso expresso de que o consórcio não se constitui, nem se constituirá em pessoa jurídica distinta da de seus membros, nem terá denominação própria ou diferente da de seus consorciados;

VIII - compromissos e obrigações de cada um dos consorciados, individualmente, em relação ao objeto da licitação.

§ 1º A capacidade técnica e financeira do consórcio, para atender às exigências da licitação, será definida pelo somatório da capacidade de seus componentes.

§ 2º Nos consórcios integrados por empresas nacionais e estrangeiras, serão obedecidas as diretrizes estabelecidas pelos órgãos governamentais competentes, cabendo sempre a brasileiro a representação do consórcio;

§ 3º A vedação prevista no item VI deste artigo não se aplica quando as empresas consorciadas decidirem fundir-se em uma só, que as suceda para todos os efeitos legais.

§ 4º Aplicar-se-ão aos consórcios, no que couber, as disposições deste Decreto, inclusive no tocante ao cadastramento e à habilitação dos licitantes.

CAPÍTULO VI

Do Processamento e Julgamento de Licitações

Art. 24. O processamento e o julgamento das concorrências e tomadas de preço caberão, originariamente, a Comissão de, pelo menos, três membros. No convite, regular-se-á pela regra de competência do órgão promotor, aplicando-se, no que couber, as disposições deste Capítulo.

SEÇÃO I

Do Processamento

Art. 25. Cada licitante deverá entregar à Comissão de Licitação, no dia, hora e local previamente designados no edital, envelope contendo os documentos de habilitação exigidos, acompanhados da relação dos mesmos.

Parágrafo único. O edital poderá permitir a apresentação simultânea, em envelopes distintos, da documentação de habilitação e da proposta.

Art. 26. A Comissão de Licitação procederá a abertura dos envelopes contendo a documentação na presença dos interessados, conferindo os documentos apresentados com os exigidos no edital.

Art. 27. A Comissão de Licitação julgará a habilitação comunicando o resultado aos concorrentes na mesma ou em outra sessão pública convocada para tal fim.

Art. 28. Os licitantes considerados habilitados apresentarão suas propostas no local, dia e hora fixados no edital ou em aviso devidamente publicado.

Parágrafo único. As propostas deverão estar assinadas na última página e rubricadas nas demais pelos respectivos proponentes, e serão entregues em envelopes fechados ao Presidente da Comissão de Licitação.

Art. 29. Abertos os envelopes as propostas serão lidas, devendo os licitantes presentes designar delegados dentre eles, que se encarregarão de rubricar todas as propostas, folha por folha, na presença do Presidente da Comissão. Que a todas autenticará com sua rubrica.

Art. 30. Das reuniões de habilitação e de recebimento e abertura de proposta serão lavradas atas circunstanciadas, que mencionarão todas as propostas apresentadas, as reclamações e impugnações feitas e as demais ocorrências que interessarem ao julgamento da licitação.

Art. 31. Quando não acudirem interessados à licitação, a ocorrência será registrada em ata e imediatamente comunicada a autoridade que determinou a instauração.

Art. 32. Em nenhuma hipótese poderá ser concedido prazo para apresentação de documento de habilitação exigido no edital e não apresentado na reunião de habilitação.

Art. 33. As dúvidas que surgirem durante as reuniões, serão, a juízo do Presidente da Comissão, por esta resolvidas, na presença dos licitantes, ou deixadas para ulterior deliberação, devendo o fato ser registrado em ata em ambos os casos.

SEÇÃO I

Do Julgamento

Art. 34. Competirá à Comissão de Licitação proceder ao julgamento das propostas atendendo sempre aos critérios preestabelecidos nos atos convocatórios e seus anexos e desclassificando as que não satisfizerem as exigências, no todo ou em parte.

Art. 35. As propostas serão classificadas por ordem numérica crescente, a partir da mais vantajosa, a que se atribuirá o primeiro lugar.

Art. 36. Não serão tomadas em consideração vantagens não previstas nos atos convocatórios da licitação, nem ofertas de redução sobre a proposta mais barata.

Art. 37. No caso de discordância entre os preços unitários e os totais resultantes de cada item, prevalecerão os primeiros; ocorrendo discordância entre os valores numéricos e por extenso, prevalecerão estes últimos.

Art. 38. Verificada absoluta igualdade de condições entre duas ou mais propostas, poderá a Administração proceder a nova licitação entre os autores das propostas empatadas. Se nenhum quiser ou puder apresentar propostas mais vantajosa para a Administração do que as anteriormente oferecidas ou caso se verifique novo empate, será a licitação decidida por sorteio.

Parágrafo único. Em igualdade de condições, as licitações nacionais terão preferência sobre os estrangeiros.

Art. 39. A Comissão de Licitação lavrará relatórios dos trabalhos, apontando os fundamentos das desclassificações e da seleção efetuadas, concluindo pela classificação ordinal dos licitantes, nos termos do artigo 35 e, quando for o caso, indicando as razões pelas quais a proposta de menor preço não obteve o primeiro lugar.

Parágrafo único. Será afixado, no local próprio para as comunicações referentes à licitação, edital, assinado pelo presidente da Comissão, do qual constará a ordem de classificação dos licitantes.

Art. 40. A autoridade competente poderá, até a assinatura do contrato, desclassificar licitantes, por despacho fundamentado, sem direito a indenização ou ressarcimento e sem prejuízo de outras sanções cabíveis, se a Administração tiver notícia de qualquer fato ou circunstância, anterior ou posterior ao julgamento da licitação, que desabone sua idoneidade ou capacidade financeira, técnica ou administrativa; ou no caso do artigo 49, § 2º.

CAPÍTULO VII

Dos Recursos

Art. 41. Das decisões proferidas pela Comissão de Licitação, caberá recurso, com efeito devolutivo, para a autoridade competente no prazo de dois (2) dias, contado da ciência da decisão recorrida ou de sua afixação no local próprio para as comunicações sobre a licitação.

§ 1º Os recursos serão interpostos por escrito perante a Comissão, registrando-se a data de sua entrega mediante protocolo.

§ 2º Os recursos referentes à fase de habilitação terão efeito suspensivo e só poderão ser interpostos, sob pena de preclusão, antes do início da abertura das propostas.

§ 3º No fecho do relatório da licitação, a Comissão recorrerá, *ex officio* do ato de julgamento das propostas e, decorrido o prazo deste artigo sem interposição de recurso voluntário, remeterá o processo à autoridade competente.

Art. 42. Interposto recurso voluntário, abrir-se-á vista dos mesmos aos licitantes, na repartição pelo prazo de dois (2) dias, para impugnação, sobrestando-se a remessa do processo à autoridade competente.

Art. 43. Impugnado ou não o recurso voluntário, a Comissão de Licitação o apreciará, podendo realizar instrução complementar, e decidirá motivadamente, pela manutenção ou reforma do ato recorrido submetendo o processo à autoridade competente.

Parágrafo único. A autoridade competente fundamentará sua decisão que prover o recurso *ex officio* ou voluntário para alterar o julgamento, anular ou revogar a licitação.

Art. 44. Os recursos preclusos ou interpostos fora do prazo não serão conhecidos.

Art. 45. É facultado a qualquer licitante formular impugnações ou protestos, por escrito, relativamente a outro licitante ou ao transcurso da licitação, para que constem da ata dos trabalhos.

Art. 46. Das decisões de última instância nos processos de licitação caberá pedido de reconsideração, no prazo de dois dias de sua ciência.

Art. 47. As instâncias administrativas, nos processos de licitação são as previstas na legislação específica dos órgãos ou entidades promotoras.

Art. 48. É facultado aos Ministros de Estado ou autoridade hierárquica correspondente avocar a licitação para anulá-la ou revogá-la, em despacho motivado.

TÍTULO III

Contratação

CAPÍTULO I

Generalidades

Art. 49. A execução da obra ou serviço de engenharia será contratada com o licitante classificado em primeiro lugar.

§ 1º O licitante vencedor será notificado para, no prazo que a Administração estabelecer, satisfazer os requisitos previstos no edital para a contratação e assinar seu instrumento.

§ 2º Ocorrendo desclassificação do licitante vencedor por desatendimento da notificação a que se refere este artigo, ou na hipótese do artigo 40 a Administração poderá convocar segundo a ordem de classificação outros licitantes se não preferir proceder a nova licitação.

Art. 50. A contratação será formalizada por:

I - termo de contrato, obrigatório nos casos de realização ou dispensa de concorrência;

II - termo de contrato ou carta-contrato, nos casos de realização ou dispensa de tomada de preços;

III - termo de contrato ou outro documento hábil, tal como carta-contrato, autorização, nota de empenho ou ordem de execução nos casos de realização ou dispensa de convite.

§ 1º Correrão por conta do licitante vencedor as despesas que incidam ou venham a incidir sobre o contrato.

§ 2º A contratação far-se-á pelo regime de:

a) empreitada por preço global;

b) empreitada por preços unitários;

- c) administração contratada, restrita aos casos em que o interesse público contra-indique a contratação pelo regime de empreitada e subordinada, obrigatoriamente, à contabilização individualizada, pelo contratado, dos trabalhos realizados;
- d) combinação das modalidades referidas nas alíneas anteriores.

Art. 51. Deverão constar obrigatoriamente do contrato, quer resulte de licitação ou de sua dispensa, as indicações relativas aos seguintes itens:

I - qualificação das partes; definições, trabalhos a executar e sua natureza; normas pertinentes; planos, programas, fases ou etapas, cronogramas físico e financeiro, fundamento legal, inclusive da dispensa de licitação, recursos financeiros e correspondentes empenhos;

II - valor do contrato, preços, formas de pagamento, condições de reajustamento, se previsto no ato convocatório, bem como a natureza e o valor das garantias exigidas;

III - sistema de fiscalização, prazo e condições de execução e de recebimento da obra e ou serviço;

IV - indicação dos equipamentos e processos que serão empregados na obra ou serviço;

V - penalidades a que estará sujeito o contratado;

VI - responsabilidade das partes e casos de rescisão do contrato, observado o parágrafo único deste artigo;

VII - foro e privilégio que houver na hipótese de procedimento judicial, inclusive a estipulação obrigatória de cláusula que estabeleça a cobrança, pelo rito de executivo fiscal, de quaisquer importâncias devidas pelo contratado à Administração.

Parágrafo único. Nos casos previstos no item VI deste artigo a Administração poderá declarar rescindido o contrato, independentemente de interpelação do contratado.

Art. 52. Serão partes integrantes dos instrumentos contratuais, guardada a necessária conformidade entre elas:

I - o edital, a proposta e os documentos que o acompanharem;

II - anteprojeto, projeto final, especificações particulares, perfis e demais elementos existentes, que sirvam à definição do objeto e das prestações contratuais, bem como os cronogramas físico e financeiro;

III - as normas, especificações gerais e instruções, em uso, cadernos de encargos e disposições regulamentares da respectiva Administração.

Art. 53. Os instrumentos contratuais obedecerão à Minuta-Padrão aprovada, regimentalmente, pelo órgão ou entidade contratante.

§ 1º Caberá aos setores técnicos do órgão ou entidade a formulação e o fornecimento, aos setores jurídicos encarregados da lavratura do contrato, de minuta das cláusulas técnicas do instrumento, que retratarão fielmente o estipulado no edital.

§ 2º O contrato será firmado pela autoridade competente, em nome da Administração, e pelos representantes da empresa vencedora.

Art. 54. Salvo nos assuntos classificados de sigilosos por interesse da segurança nacional os contratos serão publicados em extrato, dentro de 20 (vinte) dias da data da assinatura:

I - em jornal oficial da União ou dos Estados ou Territórios onde tiver sido promovida a concorrência ou a sua dispensa;

III - em boletim do órgão ou entidade promotora da tomada de preços ou de sua dispensa.

§ 1º A falta de publicação sem justa causa, imputável à Administração, constitui omissão de dever funcional do responsável, punível na forma da lei; atribuível também ao contratado, faculta à Administração declarar rescindido o contrato, sem direito à indenização, ou aplicar-lhe multa de até 10% do valor do contrato, que, assim mantido, deverá ser sempre publicado.

§ 2º Os sistemas de controle interno do Poder Executivo zelarão pela observância da publicidade dos contratos nos termos deste artigo.

§ 3º É facultado aos participantes da licitação o conhecimento do inteiro teor da contratação e, a qualquer interessado, a obtenção de cópia autenticada do instrumento mediante pagamento dos emolumentos devidos.

Art. 55. A critério da Administração e mediante sua prévia aprovação, o contratado poderá, em regime de responsabilidade solidária (artigo 58, letra c), subcontratar partes da obra ou serviço.

Art. 56. Poderá o contratado, com a prévia aprovação e a exclusivo critério da Administração, ceder o contrato a terceiro, no todo ou em parte mediante termo de Cessão, atendidas às exigências relacionadas com a capacidade e idoneidade do cessionário sob todos os aspectos previstos no edital de licitação, ficando o cessionário sub-rogado nas responsabilidades, obrigações e direitos do cedente.

§ 1º Quando o contratado pretender fazer alguma cessão, a Administração lhe exigirá sempre que fundamente o pedido, indicando e comprovando as razões de força maior que o impossibilitem de cumprir o contrato.

§ 2º As cessões de contrato serão anotadas no Registro Cadastral, devendo ser levadas em consideração quando da avaliação, para novas licitações, da capacidade técnica de empresa cedente.

§ 3º A cessão será publicada nos termos do artigo 54.

Art. 57. O resultado dos trabalhos executados em decorrência das disposições contratuais incorporase, de pleno direito, à propriedade da Administração.

Art. 58. Constituem cláusulas regulamentares da contratação ou da subcontratação, incorporando-se, de pleno direito, a seu regime, independentemente de consignação expressa no instrumento:

a) a inadmissibilidade perante a Administração do direito de redenção sobre a obra ou o serviço;

b) inoponibilidade à Administração de exceção de inadimplemento para interrupção unilateral da obra ou serviço;

c) responsabilidade solidária do contratado principal e do subcontratado, perante a Administração (artigo 55), relativamente ao objeto da subcontratação.

Art. 59. Aprovadas pela autoridade competente para decidir sobre a contratação, as alterações contratuais serão formalizadas por aditamentos, numerados em ordem crescente para cada contrato, fazendo-se a publicação na forma do artigo 54.

Art. 60. Os contratos, com a Administração, de obras ou serviços de engenharia, regulam-se pelas suas cláusulas e partes integrantes (artigo 52), pelas disposições deste Decreto e pelas demais normas de Direito Público aplicáveis.

CAPÍTULO III

Das Garantias

Art. 61. A critério da Administração, poderá ser exigida prestação de garantia por parte dos licitantes ou contratados, nas seguintes modalidades:

I - Caução em dinheiro ou em títulos:

a) a dívida pública;

b) emitidos ou garantidos por entidades financeiras oficiais;

II - garantia fidejussória;

III - fiança bancária;

IV - seguro-garantia

Parágrafo único. A garantia prestada em títulos:

a) confere à Administração, de pleno direito, o poder de deles dispor e aplicar o produto de sua alienação na ocorrência dos casos previstos no edital ou contrato;

b) obriga o prestador da garantia a reintegrar-lhe o valor, dentro de três dias de notificado;

c) autoriza a Administração a reter o valor residual excedente da garantia para satisfação de perdas e danos.

Art. 62. A garantia de propostas, quando exigida, o será de todos os licitantes e corresponderá a valor previamente fixado no edital ou convite.

Parágrafo único. A garantia a que se refere este artigo poderá ser também utilizada como garantia inicial do contrato.

Art. 63. As cauções em dinheiro ou em títulos serão feitas mediante guia expedida ou aceita pela Administração, que mencionará o nome do depositante, o depositário, a natureza do compromisso garantido, a espécie depositada e o valor total.

Art. 64. Quando a garantia do contrato revestir a forma de caução, deverá efetivar-se no prazo que a Administração estipular, contado da ciência da notificação, sob pena de perda da garantia da proposta, desclassificação do licitante ou rescisão de pleno direito de vínculo contratual.

Parágrafo único. Poderá ser admitido o parcelamento da caução, conforme for estabelecido no edital.

Art. 65. A garantia fidejussória será dada por pessoa física ou jurídica, de notória idoneidade, com capacidade financeira atestada por estabelecimento bancário, e de preferência, pelos principais acionistas ou sócios da empresa licitante, a critério da Administração.

Art. 66. A fiança bancária deverá ser prestada por entidade financeira, segundo as normas expedidas a propósito pelos órgãos competentes, devendo, entre outras condições, constar do instrumento a expressa renúncia, pelo fiador, aos benefícios do artigo 1.491, do Código Civil.

Art. 67. O seguro-garantia será realizado mediante a entrega da competente apólice, emitida por entidade em funcionamento no Brasil, legalmente autorizada, em favor exclusivamente do órgão público contratante, cobrindo o risco de quebra do contrato.

Art. 68. As garantias para cumprimento de contrato consistirão:

I - em caução inicial, de percentual estabelecido no ato convocatório da licitação, sobre o valor do contrato;

II - em garantias complementares, inclusive retenções de parte do valor das faturas a pagar, conforme o estabelecido no ato convocatório da licitação.

Art. 69. A juízo da Administração, poderá ser admitida, a qualquer tempo, a substituição de garantias segundo as modalidades previstas neste Decreto.

Art. 70. As garantias prestadas não poderão vincular-se a novas obrigações, salvo após sua liberação.

Art. 71. A garantia complementar, constituída pelas retenções, será liberada logo após a aceitação provisória parcial ou total da obra ou serviço; a garantia inicial será liberada em seguida à aceitação definitiva.

CAPÍTULO III

Penalidades

Art. 72. Em caso de inexecução da obra ou serviço, erro de execução, execução imperfeita, mora de execução ou inadimplemento contratual, os contratados estarão sujeitos, sem prejuízo de responsabilidade civil e criminal que couber, às seguintes penalidades:

I - multas percentuais sobre o valor do contrato, como for previsto nas condições de licitação;

II - suspensão do direito de licitar e contratar pelo prazo que a autoridade competente fixar, não superior a 2 (dois) anos, segundo a natureza e a gravidade da falta cometida, consideradas, ainda, as circunstâncias e o interesse da própria Administração;

III - declaração de inidoneidade para licitar e contratar em função da natureza e gravidade da falta cometida ou de faltas e penalidades anteriores ou em caso de reincidência.

Parágrafo único. A pena aplicável será proposta pela autoridade responsável pelo acompanhamento da execução do contrato à autoridade superior, a qual agirá na conformidade do que dispuserem as normas regimentais do órgão ou entidade.

Art. 73. A extensão das penalidades previstas nos itens II e III do artigo anterior aos órgãos e entidades subordinados ou vinculados a cada Ministério caberá ao respectivo Ministro de Estado, que poderá ainda propor ao Presidente da República a sua extensão a toda a esfera federal.

Art. 74. Os atos que implicarem penas cominadas nos itens III e III do artigo 72 serão obrigatoriamente divulgados em órgão oficial da Administração, após ciência do interessado e desprovido ou precluso o recurso cabível.

Art. 75. Sem prejuízo da aplicação, ao inadimplente, das sanções que couberem, a Administração recorrerá às garantias constituídas, a fim de ressarcir-se dos prejuízos que lhe tenha acarretado o contratado, podendo, ainda, reter créditos decorrentes do contrato e promover a cobrança judicial, ou extrajudicial, de perdas e danos.

Art. 76. A mora na execução, além de sujeitar o contratado a multa, autoriza a Administração, em prosseguimento ou na reincidência, a declarar rescindido o contrato e punir o faltoso com a suspensão do direito de licitar e contratar.

Art. 77. A Administração poderá, no seu interesse e critério, declarar a imediata rescisão do contrato, no caso de requerimento de concordata ou dissolução, inclusive por acordo, da empresa executora de obra ou serviço.

Parágrafo único. A falência do contratado rescinde, de pleno direito, o contrato.

Art. 78. Nenhum pagamento será feito a contratado que tenha sido multado, antes de paga ou relevada a multa.

Art. 79. Das decisões que aplicarem as penalidades previstas neste decreto são cabíveis, sem efeito suspensivo:

I - pedido de reconsideração, no prazo de 10 (dez) dias da ciência da decisão;

II - recurso para a autoridade imediatamente superior, no prazo de 10 (dez) dias da ciência do indeferimento do pedido de reconsideração.

Art. 80. O despacho final de cancelamento da penalidade que tenha sido objeto de divulgação será também publicado no órgão oficial da Administração.

CAPÍTULO IV

Da Fiscalização e Recebimento dos Trabalhos

Art. 81. A Administração fiscalizará obrigatoriamente a execução da obra ou serviço contratado, a fim de verificar se no seu desenvolvimento estão sendo observados os projetos, especificações e demais requisitos previstos no contrato.

Art. 82. A fiscalização se efetivará, no local das obras ou serviços, por engenheiro ou Comissão Fiscal previamente designados, que poderão ser assessorados por profissionais ou empresas especializadas, expressamente contratadas, na execução do controle qualitativo e quantitativo, e no acompanhamento dos trabalhos à vista do projeto.

Parágrafo único. A Administração comunicará ao contratado a designação do engenheiro ou comissão e suas atribuições.

Art. 83. Cabe à fiscalização, desde o início dos trabalhos até a aceitação definitiva, verificar a perfeita execução do projeto e o atendimento das especificações e das disposições de manutenção, bem como solucionar os problemas executivos.

Parágrafo único. A fiscalização é exercida no interesse exclusivo da Administração; não exclui nem reduz a responsabilidade do contratado, inclusive perante terceiros, por qualquer irregularidade, e, na sua ocorrência, não implica co-responsabilidade do Poder Público ou de seus agentes e prepostos, salvo quanto a estes a apuração da ação ou omissão funcional na forma e para os efeitos legais.

Art. 84. Compete especificamente à fiscalização da execução de obras:

I - fornecer ao contratado todos os elementos indispensáveis ao início da obra, dentro do prazo de 10 (dez) dias a contar da data da vigência do contrato. Tais elementos constarão, basicamente, da documentação técnica julgada indispensável, inclusive dados para a locação da obra, nível de referência, pontos cardeais e demais elementos necessários, podendo o contratado, dentro de 5 (cinco) dias, solicitar explicações e novos dados, caso em que o prazo de início será contado da data do esclarecimento da matéria pela Administração;

II - esclarecer prontamente as dúvidas que lhe sejam apresentadas pelo contratado;

III - expedir, por escrito, as determinações e comunicações dirigidas ao contratado;

IV - autorizar as providências necessárias junto a terceiros;

V - promover, com a presença do contratado, as medições dos serviços efetuados e emitir certificados de habilitação a pagamentos;

VI - transmitir, por escrito, as instruções sobre as modificações de projeto aprovadas e alterações de prazos e cronogramas;

VII - dar à Administração imediata ciência de ocorrências que possam levar à aplicação de penalidades ao contratado ou à resolução do contrato;

VIII - relatar oportunamente à Administração ocorrências ou circunstâncias que possam acarretar dificuldades no desenvolvimento das obras ou em relação a terceiros;

IX - solicitar à Administração parecer de especialistas, em caso de necessidade.

Art. 85. O responsável técnico pela obra ou serviço estará à disposição da Administração, podendo, sem prejuízo de sua responsabilidade pessoal, fazer-se representar junto à fiscalização por técnico, habilitado junto ao CREA ou órgão de classe competente, o qual permanecerá no local das obras ou serviços para dar execução ao contrato, nas condições por este fixadas.

Art. 86. A substituição de integrante da equipe técnica do contratado durante a execução da obra ou serviço dependerá de aquiescência da Administração quanto ao substituto, presumindo-se esta na falta de manifestação em contrário dentro do prazo de 10 (dez) dias da ciência da substituição.

Art. 87. À Administração poderá exigir a substituição de qualquer empregado da contratada, ou de suas contratadas, no interesse dos serviços.

Art. 88. A obra ou serviço deverá desenvolver-se sempre em regime de estreito entendimento entre o contratado, sua equipe, e a fiscalização, dispondo esta de amplos poderes para atuar no sentido do cumprimento do contrato.

Art. 89. Caberá ao contratado o fornecimento e manutenção de um "Diário de Ocorrências", permanentemente disponível para lançamentos no local da obra ou serviço.

Parágrafo único. Serão obrigatoriamente registrados no "Diário de Ocorrências":

I - pelo contratado:

a) as condições meteorológicas prejudiciais ao andamento dos trabalhos;

b) as falhas nos serviços de terceiros não sujeitas à sua ingerência;

c) as consultas à fiscalização;

d) as datas de conclusão de etapas caracterizadas, de acordo com o cronograma aprovado;

- e) os acidentes ocorridos no decurso dos trabalhos;
 - f) as respostas às interpelações da fiscalização;
 - g) a eventual escassez de material que resulte em dificuldade para a obra ou serviço;
 - h) outros fatos que, a juízo do contratado, devam ser objeto de registro;
- II - pela fiscalização:
- a) atestação da veracidade dos registros previstos nas alíneas *a* e *b* do nº I deste artigo;
 - b) juízo formado sobre o andamento da obra ou serviço, tendo em vista os projetos, especificações, prazos e cronogramas;
 - c) observações cabíveis a propósito dos lançamentos do contratado no "Diário de Ocorrências";
 - d) soluções às consultas lançadas ou formuladas pelo contratado, com correspondência simultânea para a autoridade superior;
 - e) restrições que lhe pareçam cabíveis a respeito do andamento dos trabalhos ou do desempenho do contratado, seus prepostos e sua equipe;
 - f) determinação de providências para o cumprimento do projeto e especificações;
 - g) outros fatos ou observações cujo registro se torne conveniente ao trabalho de fiscalização.

Art. 90. A Fiscalização, ao considerar concluída a obra ou serviço, comunicará o fato à autoridade superior, que providenciará a designação de Comissão de Recebimento de, pelo menos, (3) três membros, para lavrar Termo de Verificação e, estando conforme, de Aceitação, Provisória ou Definitiva (art. 51, III), a partir da qual poderá ser utilizada a obra ou serviço.

Parágrafo único. Aceita a obra ou serviço, a responsabilidade do contratado pela qualidade, correção e segurança dos trabalhos subsiste na forma da lei.

TÍTULO IV

Disposições Finais

Art. 91. Os processos de licitação e contratação estarão sujeitas à verificação pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, na forma da legislação vigente.

Art. 92. Responderão civil, penal e administrativamente os agentes do Poder Público que, por ação ou omissão, contrariem o regime legal das licitações e dos contratos, considerando-se em cada caso, para a fixação das infrações, a natureza e a gravidade da infração, os danos causados e a posição hierárquica do responsável.

Art. 93. Aplicar-se-á à habilitação e contratação de obras e serviços de engenharia o disposto nos Decretos nºs 64.345, de 10 de abril de 1969, 66.717, de 15 de junho de 1970, e 66.864, de 10 de julho de 1970, articulando-se o cadastro especial neles referido com o sistema de Registro Cadastral deste decreto (arts. 14 a 20).

Art. 94. Nos termos do artigo 1º, do Ato Institucional nº 8, de 2 de abril de 1969, e das Leis nºs 5.456, de 20 de julho de 1968, e 5.721, de 26 de outubro de 1971, aplicam-se as disposições deste decreto aos Estados, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias.

Art. 95. Na contagem dos prazos estabelecidos neste Regulamento, excluir-se-á o dia do começo e incluir-se-á o do vencimento. Se este recair em dia sem expediente no órgão promotor da licitação, o término ocorrerá no primeiro dia subsequente de funcionamento.

Art. 96. Este Decreto entrará em vigor no dia 1 de janeiro de 1974, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, 9 de novembro de 1973; 152º da Independência e 85º da República.

EMÍLIO G. MÉDICI

Alfredo Buzaid

Adalberto de Barros Nunes

Orlando Geisel

Mário Gibson Barboza

Antônio Delfim Netto

Mário David Andreazza

Moura Cavalcanti
Jarbas G. Passarinho
Júlio Barata
J. Araripe Macêdo
Mário Lemos
Luiz de Magalhães Botelho
Benjamim Mário Baptista
João Paulo dos Reis Velloso
José Costa Cavalcanti
Hygino C. Corsetti

RETIFICAÇÃO

DECRETO Nº 73.140 - DE 9 DE NOVEMBRO DE 1973

Regulamenta as licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia, e dá outras providências.

(Publicado no Diário Oficial - Seção I - Parte I - de 12 de novembro de 1973)

Na página 11.520, 2ª coluna, no art. 68,

Onde se lê:

Art. 68. As garantias para cumprimento de ...

Leia-se:

Art. 68. As garantias para cumprimento de ...

Na mesma página e coluna, no artigo 75,

Onde se lê:

... tenha acarretado o contrato, ...

Leia-se:

... tenha acarretado o contratado, ...

RETIFICAÇÃO

DECRETO Nº 73.140 - DE 9 DE NOVEMBRO DE 1973

Regulamenta as licitações e os contratos, relativos a obras e serviços de engenharia e dá outras providências.

(Publicado no *Diário Oficial* de 12 de novembro de 1973 e retificado no de 16 de novembro de 1973)

Na página 11.517, 5ª coluna, no artigo 12.

ONDE SE LÊ:

1 - ... antecedência mínima de 30 (trinta) dias, e aviso resumido de sua abertura ...

LEIA-SE:

I - ... antecedência mínima de 30 (trinta) dias, de aviso resumido de sua abertura ...

DECRETO Nº 86.025, DE 22 DE MAIO DE 1981.

Regulamenta a habilitação em licitações promovidas pela Administração direta e autárquica, revoga disposições do Decreto nº 73.140, de 09 de novembro de 1973, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 81, III e V, da Constituição, e tendo em vista o disposto nos artigos 125 a 144 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, e no Decreto nº 84.701, de 13 de maio de 1980,

DECRETA:

Art. 1º - A habilitação às licitações, observado o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, reger-se-á, na Administração Federal direta e autárquica pelas disposições deste decreto.

TÍTULO I

Dos Convites

Art. 2º - Para a participação em licitações, na modalidade de convite, será exigido apenas que as pessoas físicas ou jurídicas, convidadas, sejam do ramo pertinente ao objeto da licitação, podendo estar, ou não, cadastradas na unidade administrativa.

TÍTULO II

Das Tomadas de Preços

Art. 3º - Os órgãos da Administração Federal direta e autárquica que promovam, com frequência, tomadas de preços, manterão Cadastro de Habilitação de pessoas físicas e jurídicas.

§ 1º - As unidades administrativas não compreendidas nas disposições deste artigo, bem assim as que não disponham ainda de registro cadastral, deverão, enquanto nessa situação, valer-se do de outras.

§ 2º - A inscrição no cadastro poderá ser requerida e processada a qualquer tempo.

§ 3º - A participação em tomada de preços somente será facultada aos interessados previamente cadastrados, salvo em casos excepcionais, no interesse da Administração e a seu critério, hipótese em que o cadastramento poderá ser feito após a data de divulgação do edital, até 2 (dois) dias úteis antes da data fixada para a abertura das propostas.

§ 4º - O Cadastro de Habilitação compreende duas partes distintas, que poderão ser utilizadas em conjunto ou separadamente:

I - parte básica, relativa à capacidade jurídica e regularidade fiscal do interessado, correspondente ao Certificado de Regularidade Jurídico-Fiscal (CRJF), instituído pelo Decreto nº 84.701, de 13 de maio de 1980;

II - parte específica, referente ao Certificado de Registro no Cadastro Específico (CRCE), e relativa à capacidade técnica e idoneidade financeira do interessado em executar determinada obra, serviço ou fornecimento, nas condições de qualidade, quantidade e prazo estabelecidos pela Unidade Administrativa, em função da natureza e vulto da licitação.

SEÇÃO ÚNICA

Do Cadastro Específico

Art. 4º - As unidades administrativas que, pela natureza especial de suas atividades, promovam tomadas de preços com objetos especiais, deverão manter Cadastro Específico, em vista das respectivas especializações, podendo dividi-lo em grupos, de acordo com a capacidade técnicooperacional e econômico-financeira dos cadastrados.

Parágrafo único - São considerados objetos especiais, para os fins deste decreto, aqueles que, a critério da autoridade administrativa, requerem elevado grau de confiança, tais como serviços técnicos, obras e fornecimentos de material incomum ou equipamentos fabricados sob encomenda.

Art. 5º - Para inscrição no Cadastro Específico, os interessados deverão apresentar o CRJF, com prazo de validade em vigor, e fornecer informações que permitam sua correta avaliação, mediante a apresentação dos seguintes documentos:

I - quanto à capacidade técnica:

a) 2 (dois) atestados, pelo menos, do desempenho anterior da atividade para a qual pretenda o registro, expedidos por pessoas de direito público ou privado, indicando a natureza, volume, quantidade, prazo, local, data e outros elementos caracterizadores da obra, serviço ou fornecimento realizados;

b) dados capazes de permitirem, a critério da unidade administrativa, a avaliação da capacidade técnica dos interessados, tais como os referentes a instalações físicas, equipamentos técnicos adequados e disponíveis, licenças de fabricação ou assistência técnica, firmas representadas, origem das matérias primas, procedimentos de controle de qualidade, relação de equipe técnica com currículos profissionais, e outros elementos ou informações consideradas úteis e oportunas pelo interessado;

II - quanto à idoneidade financeira:

a) 2 (dois) atestados, pelo menos, expedidos por estabelecimentos bancários, no caso de pessoa física;

b) 3 (três) últimos balanços, com respectivas demonstrações de lucros e perdas, no caso de pessoa jurídica.

§ 1º - Os documentos referidos neste artigo poderão ser apresentados em cópias autenticadas por oficial público ou pelo próprio servidor a quem devam ser entregues, mediante cotejo da cópia com o original.

§ 2º - Os interessados deverão facultar a visita às suas instalações, de representantes das unidades administrativas, devidamente credenciados.

§ 3º - As pessoas jurídicas constituídas há menos de 3 (três) anos apresentarão os balanços correspondentes ao período de sua existência, bem como a demonstração contábil que permita a aferição de sua situação patrimonial, econômica e financeira.

§ 4º - Os interessados poderão solicitar, simultaneamente com o pedido de CRJF, inscrição no Cadastro Específico, apresentando, de uma só vez, todos os documentos exigidos.

Art. 6º - As unidades administrativas que mantenham Cadastro Específico, publicarão, pelo menos uma vez por ano, em órgão oficial e na imprensa diária, edital de convocação para cadastramento, indicando a documentação exigida e os ramos de atividades (fornecimentos, obras ou serviços) para os quais os interessados poderão se cadastrar.

Parágrafo único - A Administração poderá utilizar outros meios de informação para maior divulgação das convocações, inclusive a comunicação às entidades de classe representativas dos possíveis interessados.

Art. 7º - As unidades administrativas que mantenham Cadastro Específico, efetuarão, de acordo com critérios próprios, as avaliações pertinentes às capacidades técnica e financeira, tais como as relativas à disponibilidade de técnicos e equipamentos adequados, índices de liquidez, graus de endividamento e outras julgadas convenientes, expedindo o Certificado de Registro no Cadastro Específico (CRCE), conforme modelo próprio, que deverá conter, no mínimo:

I - nome e domicílio ou sede do inscrito;

II - capital social integralizado ou a integralizar;

III - categoria de classificação, com a descrição sumária do tipo de obra, serviço ou fornecimento a que tenha se habilitado, com a fixação do limite máximo de capacidade operativa, que poderá ser superior ou inferior ao teto legal para realização de tomada de preços, expresso em múltiplos do maior valor de referência (MVR), estabelecido de acordo com a Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975.

Parágrafo único - O CRCE será expedido no prazo máximo de 30 (trinta) dias úteis, a contar da data de apresentação dos documentos referidos no artigo 5º.

Art. 8º - O prazo de validade do CRCE será de 12 (doze) meses, a contar da data de sua emissão.

§ 1º - Durante o prazo de validade do CRCE, reputar-se-ão provadas, perante o órgão emissor, as capacidades técnica e financeira do interessado, nos limites nele fixados, salvo se, nesse período, tiver sido apurado pela Administração algum fato desabonador dessas capacidades.

§ 2º - Para revalidação do CRCE, os interessados apresentarão novos documentos, em substituição àqueles cujo prazo de validade tiver expirado, complementando e atualizando os documentos necessários à revalidação de sua capacidade técnica e idoneidade financeira.

§ 3º - Serão consignadas no Cadastro Específico as observações relativas ao desempenho do contratado.

Art. 9º - Para a habilitação à tomada de preços, cujo objeto ou valor não demande, a critério da Administração, cuidados especiais, é suficiente a apresentação do CRJF, devendo tal condição constar do edital.

Art. 10 - Para habilitação à tomada de preços, cujo objeto seja de natureza especial (art. 4º parágrafo único), a unidade administrativa poderá exigir o seu próprio CRCE ou valer-se do de outras, nomeadas ou não, a seu critério, conforme as condições estabelecidas no edital.

TÍTULO III

Das Concorrências

Art. 11 - Nas concorrências haverá, obrigatoriamente, uma fase de habilitação preliminar, destinada a comprovar a qualificação dos interessados, para atender ao objeto da licitação.

Art. 12 - Para a habilitação preliminar, que antecederá, sempre, a abertura das propostas, serão exigidos os seguintes documentos:

I - parte básica, os referentes à personalidade jurídica, capacidade técnica e idoneidade financeira;

II - parte específica, os referentes à capacidade técnica do interessado para realizar determinada obra, serviço ou fornecimento, em função da sua especialização, bem como os referentes à sua idoneidade financeira, em função do valor ou vulto da licitação.

§ 1º - Os documentos exigidos para a parte básica da habilitação preliminar poderão, sempre, ser substituídos pelo CRJF, dentro do seu prazo de validade.

§ 2º - Os documentos exigidos para a parte específica da habilitação preliminar são os relacionados no artigo 5º, podendo ser complementados em razão da natureza especial da obra, serviço ou fornecimento, de exigência de capital mínimo integralizado, do valor da concorrência, da natureza do seu objeto e condições de mercado, da relação de contratos em vigor, e outros elementos que permitam avaliar a capacidade técnica e a idoneidade financeira do interessado, devendo tais exigências constar do edital.

§ 3º - A critério da Administração, a apresentação do CRCE, emitido por qualquer unidade administrativa, poderá substituir, no todo ou em parte, os documentos específicos.

§ 4º - As condições de aceitação do CRCE, da própria unidade administrativa ou de outras, devem ser expressas no edital, com indicação precisa dos documentos que substitui.

§ 5º - Juntamente com os documentos necessários à habilitação preliminar, comprovará o interessado a prestação de garantia da proposta, quando exigida no edital.

Art. 13 - A habilitação em concorrência ensejará inscrição automática no Registro Cadastral Específico da unidade administrativa, se houver, na classe de atividade técnica e grupo de capacidade econômico-financeira equivalente à natureza e vulto do objeto da licitação.

TÍTULO IV

Dos Consórcios

Art. 14 - Desde que prevista no edital, admite-se a participação em concorrência ou tomada de preços, de pessoas físicas ou jurídicas reunidas em consórcio.

Art. 15 - A constituição de consórcios, para os fins deste decreto, obedecerá, no que couber, ao disposto nos artigos 278 e 279 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, devendo os contratos de consórcio ser arquivados na Junta Comercial ou registrados no Cartório de Registro de Títulos e Documentos, conforme a natureza das pessoas consorciadas.

§ 1º - O consórcio deverá relacionar-se com o objeto da licitação, não sendo permitida a participação de pessoas ou empresas que não apresentem a necessária aptidão, a critério da Administração.

§ 2º - O número de consorciados será fixado no ato de sua constituição, que servirá para instruir o pedido inicial de habilitação preliminar à concorrência ou à inscrição no registro cadastral de habilitação para tomada de preços.

§ 3º - A personalidade jurídica, a capacidade técnica e a idoneidade financeira de cada consorciado serão verificadas individualmente, importando a recusa de um, na inabilitação do consórcio.

§ 4º - A critério da Administração, a admissão do consórcio poderá ser definida pela soma de pontos atribuídos a cada um dos consorciados, desde que prevista esta condição no edital.

§ 5º - Nos consórcios integrados por pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, caberá, sempre, a brasileiro a liderança e a representação do consórcio.

Art. 16 - É vedado à pessoa física ou jurídica consorciada participar, simultaneamente, da mesma licitação, isoladamente ou como integrante de outro consórcio.

Art. 17 - A constituição de consórcio importa no compromisso tácito dos consorciados de que não terá a sua constituição ou composição alteradas ou modificadas, sem a prévia e expressa anuência da Administração, até o cumprimento do objeto da licitação, mediante termo de recebimento.

Art. 18 - Aos consórcios aplicar-se-ão subsidiariamente, no que couber, as disposições do Decreto nº 73.140, de 09 de novembro de 1973, não revogadas expressamente por este decreto.

TÍTULO V

Das Disposições Finais

Art. 19 - As pessoas físicas somente poderão habilitar-se às licitações para a prestação de serviços técnico-profissionais especializados, devendo, para a contratação, apresentar prova do cumprimento do disposto na legislação eleitoral, na do serviço militar e na relativa a estrangeiros.

Parágrafo único - Para os fins deste decreto equiparam-se às pessoas jurídicas as firmas individuais.

Art. 20 - Quando o edital estabelecer que será firmado contrato com a Administração, deverão ser relacionados os documentos exigidos do vencedor para a assinatura do contrato.

§ 1º - O licitante vencedor será notificado para, no prazo estabelecido pela Administração, apresentar os documentos exigidos para a contratação.

§ 2º - O licitante vencedor que não atender à notificação será desclassificado, facultando-se à Administração adjudicar o objeto da licitação aos demais licitantes, observada rigorosamente a ordem de classificação.

Art. 21 - Aplicar-se-á à habilitação para obras e serviços de engenharia o disposto nas Leis nºs 5.194, de 24 de dezembro de 1966, e 6.496, de 07 de dezembro de 1977, e nos Decretos nºs 64.345, de 10 de abril de 1969, 66.717, de 15 de junho de 1970 e 66.864, de 10 de julho de 1970, articulando-se o cadastro especial neles referido com o sistema de Registro Cadastral instituído por este decreto.

Art. 22 - As pessoas físicas e jurídicas que, na data da publicação deste decreto, estejam devidamente cadastradas, na forma da legislação anterior, farão jus, automaticamente, ao CRJF e, desde que

satisfeitos os requisitos legais, ao CRCE, cujos prazos de validade permanecerão os mesmos dos atuais certificados de registro.

Art. 23 - Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 24 - Revogam-se os artigos 13 a 23, do Decreto nº 73.140, de 09 de novembro de 1973, e demais disposições em contrário.

Brasília, 22 de maio de 1981; 160º da Independência e 93º da República.

JOÃO FIGUEIREDO

Ibrahim Abi-Ackel

Decreto nº 84.701, de 13 de Maio de 1980

Institui o Certificado de Regularidade Jurídico- Fiscal nas licitações promovidas na Administração Federal Direta e Indireta, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 81, item III e V, da Constituição e tendo em vista o disposto no Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979, que instituiu o Programa Nacional de Desburocratização, e,

CONSIDERANDO:

- a) que a exigência excessiva e frequente de documentação relativa à personalidade jurídica e à situação fiscal é fator que onera as pessoas físicas, firmas individuais e pessoas jurídicas que participam de licitações para compras, obras e serviços promovidas por órgãos e entidades da Administração Federal;
- b) que a prova de regularidade da capacidade jurídica e da situação fiscal dos licitantes feita perante um órgão ou entidade da Administração Federal, Direta e Indireta, deve prevalecer para os demais órgãos e entidades;
- c) que a redução de documentos redundantes, além de significar sensível redução de custo para os licitantes, principalmente os de menor porte, permitirá a simplificação dos aspectos formais dos procedimentos de licitações, sem prejuízo da segurança dos aspectos substantivos;

DECRETA:

Art. 1º. Fica instituído o Certificado de Regularidade de Situação Jurídico-Fiscal (CRJF), destinado a comprovar a capacidade jurídica e a situação fiscal regular de pessoas físicas, firmas individuais e pessoas jurídicas que vierem a participar de licitações para compras, obras e serviços promovidas por órgãos e entidades da Administração Federal, Direta e Indireta, e fundações criadas, instituídas ou mantidas pela União.

Art. 2º. O CRJF será expedido por qualquer órgão, entidade ou fundação referido no artigo anterior, que mantenha serviço regular de cadastramento para fins de licitação, mediante apresentação pelo interessado dos seguintes elementos:

- I - cédula de identidade, no caso de pessoa física;
- II - prova do registro, na Junta Comercial ou repartição correspondente, da firma individual;
- III - prova do registro, arquivamento ou inscrição na Junta Comercial, no Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou em repartição competente, do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, bem como investidura dos representantes legais da pessoa jurídica;
- IV - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), conforme o caso;
- V - prova de quitação com Fazenda Federal, Estadual e Municipal;
- VI - certificado de regularidade de situação perante a previdência social;
- VII - prova de situação regular perante o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS;
- VIII - prova de situação regular perante o Programa de Integração Social - PIS;
- IX - prova do registro, quando obrigatório, na entidade incumbida da fiscalização do exercício profissional e do pagamento da respectiva anuidade;
- X - prova de quitação com a contribuição sindical de empregadores e empregados;
- XI - certidão negativa do registro de interdições e tutelas;
- XII - prova da autorização para funcionar no país da filial de empresa com sede no exterior.

§ 1º. As provas de que tratam os itens II, III, IV e XII, poderão ser feitas, no caso de firmas individuais e sociedades mercantis, por certidão simplificada expedida pela Junta Comercial, conforme modelo aprovado pelo órgão competente do Ministério da Indústria e Comércio, e, no caso de sociedade civis, por certidão em breve relatório expedida pelo Registro Civil das Pessoas Jurídicas.

§ 2º. A prova do registro no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia e de quitação da respectiva anuidade poderá ser feita por meio da exibição do comprovante de pagamento da última anuidade devida (artigos 66 e 69 da lei nº 5.194, de 24 de dezembro de 1966).

§ 3º. A cópia de certidão ou documento autenticada na forma da lei dispensa nova conferência com o documento original.

§ 4º. A autenticação poderá ser feita, ainda, mediante cotejo da cópia com o original, pelo próprio servidor a quem o documento deva ser apresentado.

§ 5º. Todos os documentos de que trata este artigo se referem à jurisdição do local do domicílio ou da sede do interessado.

§ 6º. Nenhum outro documento será exigido do interessado, para fins de emissão do CRJF, além daqueles expressamente previstos neste artigo.

§ 7º. O CRJF poderá ser requerido a qualquer tempo e será expedido no prazo máximo de 10 dias, a contar da data de apresentação dos documentos referidos neste artigo.

Art. 3º. O CRJF terá validade de 12 meses, a partir da data de sua expedição.

Parágrafo único. Durante o prazo de validade do CRJF, reputar-se-ão provadas a capacidade jurídica e a regularidade da situação fiscal do interessado, e dele não será exigida a renovação ou apresentação de qualquer documento, expirado ou não, referido no artigo 2º.

Art. 4º. O CRJF expedido por qualquer órgão ou entidade da Administração Federal, Direta ou Indireta, ou por fundação criada, instituída ou mantida pela União, valerá, durante o respectivo prazo de validade, como prova perante todos os demais órgãos, entidades e fundações, para os fins previstos no artigo 1º.

Art. 5º. É vedado aos órgãos, entidades e fundações de que trata o art. 1º, para efeito de emissão do CRJF, para a habilitação em qualquer modalidade de licitação ou para a contratação:

I - exigir do interessado a apresentação de certidão para fim específico;

II - atribuir validade somente a documento apresentado na via original;

III - exigir do interessado a exibição do original de documento cuja cópia haja sido autenticada na forma do parágrafo 3º do art. 2º;

IV - reter o original de documento cuja cópia haja sido autenticada na forma do parágrafo 4º do art. 2º.

Art. 6º. A partir de 1º de setembro de 1980, nenhum órgão, entidade ou fundação referido no art. 2º poderá recusar-se a expedir o CRJF, nos termos deste Decreto.

Art. 7º. A apresentação do CRJF dispensa a dos documentos referidos nos itens I e II e nos números 1 a 9 do item III do artigo 16 do Decreto nº 73.140, de 9 de novembro de 1973, para todos os fins previstos no referido Decreto, mantido, para a contratação com pessoa física, o cumprimento da prova a que se refere o número 7 do item I do citado artigo 16.

Art. 8º. O Ministro Extraordinário para a Desburocratização aprovará, no prazo de 30 dias, o modelo de Certificado de Regularidade de Situação Jurídico Fiscal (CRJF).

Art. 9º. Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, em 13 de maio de 1980; 159º da Independência e 92º da República.

JOÃO FIGUEIREDO

Helio Beltrão

ANEXO II

AGREEMENT ON GOVERNMENT PROCUREMENT

Parties to this Agreement (hereinafter referred to as "Parties"),

Recognizing the need for an effective multilateral framework of rights and obligations with respect to laws, regulations, procedures and practices regarding government procurement with a view to achieving greater liberalization and expansion of world trade and improving the international framework for the conduct of world trade;

Recognizing that laws, regulations, procedures and practices regarding government procurement should not be prepared, adopted or applied to foreign or domestic products and services and to foreign or domestic suppliers so as to afford protection to domestic products or services or domestic suppliers and should not discriminate among foreign products or services or among foreign suppliers;

Recognizing that it is desirable to provide transparency of laws, regulations, procedures and practices regarding government procurement;

Recognizing the need to establish international procedures on notification, consultation, surveillance and dispute settlement with a view to ensuring a fair, prompt and effective enforcement of the international provisions on government procurement and to maintain the balance of rights and obligations at the highest possible level;

Recognizing the need to take into account the development, financial and trade needs of developing countries, in particular the least-developed countries;

Desiring, in accordance with paragraph 6(b) of Article IX of the Agreement on Government Procurement done on 12 April 1979, as amended on 2 February 1987, to broaden and improve the Agreement on the basis of mutual reciprocity and to expand the coverage of the Agreement to include service contracts;

Desiring to encourage acceptance of and accession to this Agreement by governments not party to it;

Having undertaken further negotiations in pursuance of these objectives;

Hereby *agree* as follows:

Article I

Scope and Coverage

1. This Agreement applies to any law, regulation, procedure or practice regarding any procurement by entities covered by this Agreement, as specified in Appendix I.
2. This Agreement applies to procurement by any contractual means, including through such methods as purchase or as lease, rental or hire purchase, with or without an option to buy, including any combination of products and services.
3. Where entities, in the context of procurement covered under this Agreement, require enterprises not included in Appendix I to award contracts in accordance with particular requirements, Article III shall apply *mutatis mutandis* to such requirements.
4. This Agreement applies to any procurement contract of a value of not less than the relevant threshold specified in Appendix I.

Article II

Valuation of Contracts

1. The following provisions shall apply in determining the value of contracts² for purposes of implementing this Agreement.
2. Valuation shall take into account all forms of remuneration, including any premiums, fees, commissions and interest receivable.
3. The selection of the valuation method by the entity shall not be used, nor shall any procurement requirement be divided, with the intention of avoiding the application of this Agreement.
4. If an individual requirement for a procurement results in the award of more than one contract, or in contracts being awarded in separate parts, the basis for valuation shall be either:
 - (a) the actual value of similar recurring contracts concluded over the previous fiscal year or 12 months adjusted, where possible, for anticipated changes in quantity and value over the subsequent 12 months; or
 - (b) the estimated value of recurring contracts in the fiscal year or 12 months subsequent to the initial contract.
5. In cases of contracts for the lease, rental or hire purchase of products or services, or in the case of contracts which do not specify a total price, the basis for valuation shall be:
 - (a) in the case of fixed-term contracts, where their term is 12 months or less, the total contract value for their duration, or, where their term exceeds 12 months, their total

value including the estimated residual value;

(b) in the case of contracts for an indefinite period, the monthly instalment multiplied by 48.

If there is any doubt, the second basis for valuation, namely (b), is to be used.

6. In cases where an intended procurement specifies the need for option clauses, the basis for valuation shall be the total value of the maximum permissible procurement, inclusive of optional purchases.

¹For each Party, Appendix I is divided into five Annexes:

- Annex 1 contains central government entities.
- Annex 2 contains sub-central government entities.
- Annex 3 contains all other entities that procure in accordance with the provisions of this Agreement.
- Annex 4 specifies services, whether listed positively or negatively, covered by this Agreement.
- Annex 5 specifies covered construction services.

Relevant thresholds are specified in each Party's Annexes.

²This Agreement shall apply to any procurement contract for which the contract value is estimated to equal or exceed the threshold at the time of publication of the notice in accordance with Article IX.

Article III

National Treatment and Non-discrimination

1. With respect to all laws, regulations, procedures and practices regarding government procurement covered by this Agreement, each Party shall provide immediately and unconditionally to the products, services and suppliers of other Parties offering products or services of the Parties, treatment no less favourable than:

- (a) that accorded to domestic products, services and suppliers; and
- (b) that accorded to products, services and suppliers of any other Party.

2. With respect to all laws, regulations, procedures and practices regarding government procurement covered by this Agreement, each Party shall ensure:

- (a) that its entities shall not treat a locally-established supplier less favourably than another locally-established supplier on the basis of degree of foreign affiliation or ownership; and
- (b) that its entities shall not discriminate against locally-established suppliers on the basis of the country of production of the good or service being supplied, provided that the country of production is a Party to the Agreement in accordance with the provisions of Article IV.

3. The provisions of paragraphs 1 and 2 shall not apply to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation, the method of levying such duties and

charges, other import regulations and formalities, and measures affecting trade in services other than laws, regulations, procedures and practices regarding government procurement covered by this Agreement.

Article IV

Rules of Origin

1. A Party shall not apply rules of origin to products or services imported or supplied for purposes of government procurement covered by this Agreement from other Parties, which are different from the rules of origin applied in the normal course of trade and at the time of the transaction in question to imports or supplies of the same products or services from the same Parties.

2. Following the conclusion of the work programme for the harmonization of rules of origin for goods to be undertaken under the Agreement on Rules of Origin in Annex 1A of the Agreement Establishing the World Trade Organization (hereinafter referred to as "WTO Agreement") and negotiations regarding trade in services, Parties shall take the results of that work programme and those negotiations into account in amending paragraph 1 as appropriate.

Article V

Special and Differential Treatment for Developing Countries

Objectives

1. Parties shall, in the implementation and administration of this Agreement, through the provisions set out in this Article, duly take into account the development, financial and trade needs of developing countries, in particular least-developed countries, in their need to:

- (a) safeguard their balance-of-payments position and ensure a level of reserves adequate for the implementation of programmes of economic development;
- (b) promote the establishment or development of domestic industries including the development of small-scale and cottage industries in rural or backward areas; and economic development of other sectors of the economy;
- (c) support industrial units so long as they are wholly or substantially dependent on government procurement; and
- (d) encourage their economic development through regional or global arrangements among developing countries presented to the Ministerial Conference of the World Trade Organization (hereinafter referred to as the "WTO") and not disapproved by it.

2. Consistently with the provisions of this Agreement, each Party shall, in the preparation and

application of laws, regulations and procedures affecting government procurement, facilitate increased imports from developing countries, bearing in mind the special problems of least-developed countries and of those countries at low stages of economic development.

Coverage

3. With a view to ensuring that developing countries are able to adhere to this Agreement on terms consistent with their development, financial and trade needs, the objectives listed in paragraph 1 shall be duly taken into account in the course of negotiations with respect to the procurement of developing countries to be covered by the provisions of this Agreement. Developed countries, in the preparation of their coverage lists under the provisions of this Agreement, shall endeavour to include entities procuring products and services of export interest to developing countries.

Agreed Exclusions

4. A developing country may negotiate with other participants in negotiations under this Agreement mutually acceptable exclusions from the rules on national treatment with respect to certain entities, products or services that are included in its coverage lists, having regard to the particular circumstances of each case. In such negotiations, the considerations mentioned in subparagraphs 1(a) through 1(c) shall be duly taken into account. A developing country participating in regional or global arrangements among developing countries referred to in subparagraph 1(d) may also negotiate exclusions to its lists, having regard to the particular circumstances of each case, taking into account, *inter alia*, the provisions on government procurement provided for in the regional or global arrangements concerned and, in particular, products or services which may be subject to common industrial development programmes.

5. After entry into force of this Agreement, a developing country Party may modify its coverage

lists in accordance with the provisions for modification of such lists contained in paragraph 6 of

Article XXIV, having regard to its development, financial and trade needs, or may request the Committee on Government Procurement (hereinafter referred to as "the Committee") to grant exclusions from the rules on national treatment for certain entities, products or services that are included in its coverage lists, having regard to the particular circumstances of each case and taking duly into account the provisions of subparagraphs 1(a) through 1(c). After entry into force of this Agreement, a developing country Party may also request the Committee to grant exclusions for certain entities, products or services that are included in its coverage lists in the light of its participation in regional or global arrangements among developing countries, having regard to the particular circumstances of each case and taking duly into account the provisions of subparagraph 1(d). Each request to the Committee by a developing country Party relating to modification of a list shall be accompanied by documentation relevant to the request or by such information as may be necessary for consideration of the matter.

6. Paragraphs 4 and 5 shall apply *mutatis mutandis* to developing countries acceding to this Agreement after its entry into force.

7. Such agreed exclusions as mentioned in paragraphs 4, 5 and 6 shall be subject to review in

accordance with the provisions of paragraph 14 below.

Technical Assistance for Developing Country Parties

8. Each developed country Party shall, upon request, provide all technical assistance which it may deem appropriate to developing country Parties in resolving their problems in the field of government procurement.

9. This assistance, which shall be provided on the basis of non-discrimination among developing country Parties, shall relate, *inter alia*, to:

- the solution of particular technical problems relating to the award of a specific contract;
- and
- any other problem which the Party making the request and another Party agree to deal with in the context of this assistance.

10. Technical assistance referred to in paragraphs 8 and 9 would include translation of qualification documentation and tenders made by suppliers of developing country Parties into an official language of the WTO designated by the entity, unless developed country Parties deem translation to be burdensome, and in that case explanation shall be given to developing country Parties upon their request addressed either to the developed country Parties or to their entities.

Information Centres

11. Developed country Parties shall establish, individually or jointly, information centres to respond to reasonable requests from developing country Parties for information relating to, *inter alia*, laws, regulations, procedures and practices regarding government procurement, notices about intended procurements which have been published, addresses of the entities covered by this Agreement, and the nature and volume of products or services procured or to be procured, including available information about future tenders. The Committee may also set up an information centre.

Special Treatment for Least-Developed Countries

12. Having regard to paragraph 6 of the Decision of the CONTRACTING PARTIES to GATT 1947 of 28 November 1979 on Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries (BISD 26S/203-205), special treatment shall be granted to least-developed country Parties and to the suppliers in those Parties with respect to products or services originating in those Parties, in the context of any general or specific measures in favour of developing country Parties. A Party may also grant the benefits of this Agreement to suppliers in least-developed countries which are not Parties, with respect to products or services originating in those countries.

13. Each developed country Party shall, upon request, provide assistance which it may deem

appropriate to potential tenderers in least-developed countries in submitting their tenders and selecting the products or services which are likely to be of interest to its entities as well as to suppliers in leastdeveloped countries, and likewise assist them to comply with technical regulations and standards relating to products or services which are the subject of the intended procurement.

Review

14. The Committee shall review annually the operation and effectiveness of this Article and, after each three years of its operation on the basis of reports to be submitted by Parties, shall carry out a major review in order to evaluate its effects. As part of the three-yearly reviews and with a view to achieving the maximum implementation of the provisions of this Agreement, including in particular Article III, and having regard to the development, financial and trade situation of the developing countries concerned, the Committee shall examine whether exclusions provided for in accordance with the provisions of paragraphs 4 through 6 of this Article shall be modified or extended.

15. In the course of further rounds of negotiations in accordance with the provisions of paragraph 7 of Article XXIV, each developing country Party shall give consideration to the possibility of enlarging its coverage lists, having regard to its economic, financial and trade situation.

Article VI

Technical Specifications

1. Technical specifications laying down the characteristics of the products or services to be procured, such as quality, performance, safety and dimensions, symbols, terminology, packaging, marking and labelling, or the processes and methods for their production and requirements relating to conformity assessment procedures prescribed by procuring entities, shall not be prepared, adopted or applied with a view to, or with the effect of, creating unnecessary obstacles to international trade.

2. Technical specifications prescribed by procuring entities shall, where appropriate:

(a) be in terms of performance rather than design or descriptive characteristics; and

(b) be based on international standards, where such exist; otherwise, on national technical regulations³, recognized national standards⁴, or building codes.

3. There shall be no requirement or reference to a particular trademark or trade name, patent, design or type, specific origin, producer or supplier, unless there is no sufficiently precise or intelligible way of describing the procurement requirements and provided that words such as "or equivalent" are included in the tender documentation.

4. Entities shall not seek or accept, in a manner which would have the effect of precluding competition, advice which may be used in the preparation of specifications for a specific procurement from a firm that may have a commercial interest in the procurement.

Article VII

Tendering Procedures

1. Each Party shall ensure that the tendering procedures of its entities are applied in a nondiscriminatory manner and are consistent with the provisions contained in Articles VII through XVI.
2. Entities shall not provide to any supplier information with regard to a specific procurement in a manner which would have the effect of precluding competition.
3. For the purposes of this Agreement:
 - (a) Open tendering procedures are those procedures under which all interested suppliers may submit a tender.
 - (b) Selective tendering procedures are those procedures under which, consistent with paragraph 3 of Article X and other relevant provisions of this Agreement, those suppliers invited to do so by the entity may submit a tender.
 - (c) Limited tendering procedures are those procedures where the entity contacts suppliers individually, only under the conditions specified in Article XV.

Article VIII

Qualification of Suppliers

In the process of qualifying suppliers, entities shall not discriminate among suppliers of other Parties or between domestic suppliers and suppliers of other Parties. Qualification procedures shall be consistent with the following:

- (a) any conditions for participation in tendering procedures shall be published in adequate time to enable interested suppliers to initiate and, to the extent that it is compatible with efficient operation of the procurement process, complete the qualification procedures;
- (b) any conditions for participation in tendering procedures shall be limited to those which are essential to ensure the firm's capability to fulfil the contract in question. Any conditions for participation required from suppliers, including financial guarantees, technical qualifications and information necessary for establishing the financial, commercial and technical capacity of suppliers, as well as the verification of qualifications, shall be no less favourable to suppliers of other Parties than to domestic suppliers and shall not discriminate among suppliers of other Parties. The financial, commercial and technical capacity of a supplier shall be judged on the basis both of that supplier's global business activity as well as of its activity in the territory of the procuring entity, taking due account of the legal relationship between the supply organizations;

- (c) the process of, and the time required for, qualifying suppliers shall not be used in order to keep suppliers of other Parties off a suppliers' list or from being considered for a particular intended procurement. Entities shall recognize as qualified suppliers such domestic suppliers or suppliers of other Parties who meet the conditions for

³For the purpose of this Agreement, a technical regulation is a document which lays down characteristics of a product or a service or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labeling requirements as they apply to a product, service, process or production method.

⁴For the purpose of this Agreement, a standard is a document approved by a recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for products or services or related processes and production methods, with which compliance is not mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, service, process or production method.

- participation in a particular intended procurement. Suppliers requesting to participate in a particular intended procurement who may not yet be qualified shall also be considered, provided there is sufficient time to complete the qualification procedure;
- (d) entities maintaining permanent lists of qualified suppliers shall ensure that suppliers may apply for qualification at any time; and that all qualified suppliers so requesting are included in the lists within a reasonably short time;
- (e) if, after publication of the notice under paragraph 1 of Article IX, a supplier not yet qualified requests to participate in an intended procurement, the entity shall promptly start procedures for qualification;
- (f) any supplier having requested to become a qualified supplier shall be advised by the entities concerned of the decision in this regard. Qualified suppliers included on permanent lists by entities shall also be notified of the termination of any such lists or of their removal from them;
- (g) each Party shall ensure that:
- (i) each entity and its constituent parts follow a single qualification procedure, except in cases of duly substantiated need for a different procedure; and
 - (ii) efforts be made to minimize differences in qualification procedures between entities.
- (h) nothing in subparagraphs (a) through (g) shall preclude the exclusion of any supplier on grounds such as bankruptcy or false declarations, provided that such an action is consistent with the national treatment and non-discrimination provisions of this Agreement.

Article IX

Invitation to Participate Regarding Intended Procurement

1. In accordance with paragraphs 2 and 3, entities shall publish an invitation to participate for all cases of intended procurement, except as otherwise provided for in Article XV (limited tendering). The notice shall be published in the appropriate publication listed in Appendix II.
2. The invitation to participate may take the form of a notice of proposed procurement, as provided for in paragraph 6.

3. Entities in Annexes 2 and 3 may use a notice of planned procurement, as provided for in paragraph 7, or a notice regarding a qualification system, as provided for in paragraph 9, as an invitation to participate.

4. Entities which use a notice of planned procurement as an invitation to participate shall subsequently invite all suppliers who have expressed an interest to confirm their interest on the basis of information which shall include at least the information referred to in paragraph 6.

5. Entities which use a notice regarding a qualification system as an invitation to participate shall provide, subject to the considerations referred to in paragraph 4 of Article XVIII and in a timely manner, information which allows all those who have expressed an interest to have a meaningful opportunity to assess their interest in participating in the procurement. This information shall include the information contained in the notices referred to in paragraphs 6 and 8, to the extent such information is available. Information provided to one interested supplier shall be provided in a non-discriminatory manner to the other interested suppliers.

6. Each notice of proposed procurement, referred to in paragraph 2, shall contain the following information:

- (a) the nature and quantity, including any options for further procurement and, if possible, an estimate of the timing when such options may be exercised; in the case of recurring contracts the nature and quantity and, if possible, an estimate of the timing of the subsequent tender notices for the products or services to be procured;
 - (b) whether the procedure is open or selective or will involve negotiation;
 - (c) any date for starting delivery or completion of delivery of goods or services;
 - (d) the address and final date for submitting an application to be invited to tender or for qualifying for the suppliers' lists, or for receiving tenders, as well as the language or languages in which they must be submitted;
 - (e) the address of the entity awarding the contract and providing any information necessary for obtaining specifications and other documents;
 - (f) any economic and technical requirements, financial guarantees and information required from suppliers;
 - (g) the amount and terms of payment of any sum payable for the tender documentation;
- and
- (h) whether the entity is inviting offers for purchase, lease, rental or hire purchase, or more than one of these methods.

7. Each notice of planned procurement referred to in paragraph 3 shall contain as much of the information referred to in paragraph 6 as is available. It shall in any case include the information referred to in paragraph 8 and:

- (a) a statement that interested suppliers should express their interest in the procurement to the entity;
- (b) a contact point with the entity from which further information may be obtained.

8. For each case of intended procurement, the entity shall publish a summary notice in one of the official languages of the WTO. The notice shall contain at least the following information:

- (a) the subject matter of the contract;
- (b) the time-limits set for the submission of tenders or an application to be invited to tender; and
- (c) the addresses from which documents relating to the contracts may be requested.

9. In the case of selective tendering procedures, entities maintaining permanent lists of qualified

suppliers shall publish annually in one of the publications listed in Appendix III a notice of the

following:

- (a) the enumeration of the lists maintained, including their headings, in relation to the products or services or categories of products or services to be procured through the lists;
- (b) the conditions to be fulfilled by suppliers with a view to their inscription on those lists and the methods according to which each of those conditions will be verified by the entity concerned; and
- (c) the period of validity of the lists, and the formalities for their renewal. When such a notice is used as an invitation to participate in accordance with paragraph 3, the notice shall, in addition, include the following information:
 - (d) the nature of the products or services concerned;
 - (e) a statement that the notice constitutes an invitation to participate.

However, when the duration of the qualification system is three years or less, and if the duration of the system is made clear in the notice and it is also made clear that further notices will not be published, it shall be sufficient to publish the notice once only, at the beginning of the system. Such a system shall not be used in a manner which circumvents the provisions of this Agreement.

10. If, after publication of an invitation to participate in any case of intended procurement, but before the time set for opening or receipt of tenders as specified in the notices or the tender documentation, it becomes necessary to amend or re-issue the notice, the amendment or the re-issued notice shall be given the same circulation as the original documents upon which the amendment is based. Any significant information given to one supplier with respect to a particular intended procurement shall be given simultaneously to all other suppliers concerned in adequate time to permit the suppliers to consider such information and to respond to it.

11. Entities shall make clear, in the notices referred to in this Article or in the publication in which the notices appear, that the procurement is covered by the Agreement.

Article X

Selection Procedures

1. To ensure optimum effective international competition under selective tendering procedures,

entities shall, for each intended procurement, invite tenders from the maximum number of domestic suppliers and suppliers of other Parties, consistent with the efficient operation of the procurement system. They shall select the suppliers to participate in the procedure in a fair and non-discriminatory manner.

2. Entities maintaining permanent lists of qualified suppliers may select suppliers to be invited to tender from among those listed. Any selection shall allow for equitable opportunities for suppliers on the lists.

3. Suppliers requesting to participate in a particular intended procurement shall be permitted to submit a tender and be considered, provided, in the case of those not yet qualified, there is sufficient time to complete the qualification procedure under Articles VIII and IX. The number of additional suppliers permitted to participate shall be limited only by the efficient operation of the procurement system.

4. Requests to participate in selective tendering procedures may be submitted by telex, telegram or facsimile.

Article XI

Time-limits for Tendering and Delivery General

1.

(a) Any prescribed time-limit shall be adequate to allow suppliers of other Parties as well as domestic suppliers to prepare and submit tenders before the closing of the tendering procedures. In determining any such time-limit, entities shall, consistent with their own reasonable needs, take into account such factors as the complexity of the intended procurement, the extent of subcontracting anticipated and the normal time for transmitting tenders by mail from foreign as well as domestic points.

(b) Each Party shall ensure that its entities shall take due account of publication delays when setting the final date for receipt of tenders or of applications to be invited to tender.

Deadlines

2. Except in so far as provided in paragraph 3,

(a) in open procedures, the period for the receipt of tenders shall not be less than 40 days from the date of publication referred to in paragraph 1 of Article IX;

(b) in selective procedures not involving the use of a permanent list of qualified suppliers, the period for submitting an application to be invited to tender shall not be less than 25 days from the date of publication referred to in paragraph 1 of Article IX; the period for receipt of tenders shall in no case be less than 40 days from the date of issuance of the invitation to tender;

(c) in selective procedures involving the use of a permanent list of qualified suppliers, the period for receipt of tenders shall not be less than 40 days from the date of the initial issuance of invitations to tender, whether or not the date of initial issuance of invitations to tender coincides with the date of the publication referred to in paragraph 1 of Article IX.

3. The periods referred to in paragraph 2 may be reduced in the circumstances set out below:

(a) if a separate notice has been published 40 days and not more than 12 months in advance

and the notice contains at least:

(i) as much of the information referred to in paragraph 6 of Article IX as is available;

(ii) the information referred to in paragraph 8 of Article IX;

(iii) a statement that interested suppliers should express their interest in the procurement to the entity; and

(iv) a contact point with the entity from which further information may be obtained, the 40-day limit for receipt of tenders may be replaced by a period sufficiently long to enable responsive tendering, which, as a general rule, shall not be less than 24 days, but in any case not less than 10 days;

(b) in the case of the second or subsequent publications dealing with contracts of a recurring nature within the meaning of paragraph 6 of Article IX, the 40-day limit for receipt of tenders may be reduced to not less than 24 days;

(c) where a state of urgency duly substantiated by the entity renders impracticable the periods in question, the periods specified in paragraph 2 may be reduced but shall in no

case be less than 10 days from the date of the publication referred to in paragraph 1 of Article IX; or

(d) the period referred to in paragraph 2(c) may, for procurements by entities listed in Annexes 2 and 3, be fixed by mutual agreement between the entity and the selected suppliers. In the absence of agreement, the entity may fix periods which shall be sufficiently long to enable responsive tendering and shall in any case not be less than 10 days.

4. Consistent with the entity's own reasonable needs, any delivery date shall take into account such factors as the complexity of the intended procurement, the extent of subcontracting anticipated and the realistic time required for production, de-stocking and transport of goods from the points of supply or for supply of services.

Article XII

Tender Documentation

1. If, in tendering procedures, an entity allows tenders to be submitted in several languages, one of those languages shall be one of the official languages of the WTO.

2. Tender documentation provided to suppliers shall contain all information necessary to permit them to submit responsive tenders, including information required to be published in the notice of intended procurement, except for paragraph 6(g) of Article IX, and the following:

- (a) the address of the entity to which tenders should be sent;
- (b) the address where requests for supplementary information should be sent;
- (c) the language or languages in which tenders and tendering documents must be submitted;
- (d) the closing date and time for receipt of tenders and the length of time during which any tender should be open for acceptance;
- (e) the persons authorized to be present at the opening of tenders and the date, time and place of this opening;
- (f) any economic and technical requirement, financial guarantees and information or documents required from suppliers;
- (g) a complete description of the products or services required or of any requirements including technical specifications, conformity certification to be fulfilled, necessary plans, drawings and instructional materials;
- (h) the criteria for awarding the contract, including any factors other than price that are to be considered in the evaluation of tenders and the cost elements to be included in evaluating tender prices, such as transport, insurance and inspection costs, and in the case of products or services of other Parties, customs duties and other import charges, taxes and currency of payment;
- (i) the terms of payment;
- (j) any other terms or conditions;
- (k) in accordance with Article XVII the terms and conditions, if any, under which tenders from countries not Parties to this Agreement, but which apply the procedures of that Article, will be entertained.

Forwarding of Tender Documentation by the Entities

3.

- (a) In open procedures, entities shall forward the tender documentation at the request of any supplier participating in the procedure, and shall reply promptly to any reasonable request for explanations relating thereto.
- (b) In selective procedures, entities shall forward the tender documentation at the request of any supplier requesting to participate, and shall reply promptly to any reasonable request for explanations relating thereto.
- (c) Entities shall reply promptly to any reasonable request for relevant information submitted by a supplier participating in the tendering procedure, on condition that such information does not give that supplier an advantage over its competitors in the procedure for the award of the contract.

Article XIII

Submission, Receipt and Opening of Tenders and Awarding of Contracts

1. The submission, receipt and opening of tenders and awarding of contracts shall be consistent with the following:

(a) tenders shall normally be submitted in writing directly or by mail. If tenders by telex, telegram or facsimile are permitted, the tender made thereby must include all the information necessary for the evaluation of the tender, in particular the definitive price proposed by the tenderer and a statement that the tenderer agrees to all the terms, conditions and provisions of the invitation to tender. The tender must be confirmed promptly by letter or by the despatch of a signed copy of the telex, telegram or facsimile. Tenders presented by telephone shall not be permitted. The content of the telex, telegram or facsimile shall prevail where there is a difference or conflict between

that content and any documentation received after the time-limit; and

(b) the opportunities that may be given to tenderers to correct unintentional errors of form between the opening of tenders and the awarding of the contract shall not be permitted to give rise to any discriminatory practice.

Receipt of Tenders

2. A supplier shall not be penalized if a tender is received in the office designated in the tender documentation after the time specified because of delay due solely to mishandling on the part of the entity. Tenders may also be considered in other exceptional circumstances if the procedures of the entity concerned so provide.

Opening of Tenders

3. All tenders solicited under open or selective procedures by entities shall be received and opened under procedures and conditions guaranteeing the regularity of the openings. The receipt and opening of tenders shall also be consistent with the national treatment and non-discrimination provisions of this Agreement. Information on the opening of tenders shall remain with the entity concerned at the disposal of the government authorities responsible for the entity in order that it may be used if required under the procedures of Articles XVIII, XIX, XX and XXII.

Award of Contracts

4.

(a) To be considered for award, a tender must, at the time of opening, conform to the essential requirements of the notices or tender documentation and be from a supplier which complies with the conditions for participation. If an entity has received a tender

abnormally lower than other tenders submitted, it may enquire with the tenderer to ensure that it can comply with the conditions of participation and be capable of fulfilling the terms of the contract.

(b) Unless in the public interest an entity decides not to issue the contract, the entity shall make the award to the tenderer who has been determined to be fully capable of undertaking the contract and whose tender, whether for domestic products or services, or products or services of other Parties, is either the lowest tender or the tender which in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation is determined to be the most advantageous.

(c) Awards shall be made in accordance with the criteria and essential requirements specified in the tender documentation.

Option Clauses

5. Option clauses shall not be used in a manner which circumvents the provisions of the Agreement.

Article XIV

Negotiation

1. A Party may provide for entities to conduct negotiations:

(a) in the context of procurements in which they have indicated such intent, namely in the notice referred to in paragraph 2 of Article IX (the invitation to suppliers to participate in the procedure for the proposed procurement); or

(b) when it appears from evaluation that no one tender is obviously the most advantageous in terms of the specific evaluation criteria set forth in the notices or tender documentation.

2. Negotiations shall primarily be used to identify the strengths and weaknesses in tenders.

3. Entities shall treat tenders in confidence. In particular, they shall not provide information intended to assist particular participants to bring their tenders up to the level of other participants.

4. Entities shall not, in the course of negotiations, discriminate between different suppliers. In particular, they shall ensure that:

(a) any elimination of participants is carried out in accordance with the criteria set forth in the notices and tender documentation;

(b) all modifications to the criteria and to the technical requirements are transmitted in writing to all remaining participants in the negotiations;

(c) all remaining participants are afforded an opportunity to submit new or amended submissions on the basis of the revised requirements; and

(d) when negotiations are concluded, all participants remaining in the negotiations shall be permitted to submit final tenders in accordance with a common deadline.

Article XV

Limited Tendering

1. The provisions of Articles VII through XIV governing open and selective tendering procedures need not apply in the following conditions, provided that limited tendering is not used with a view to avoiding maximum possible competition or in a manner which would constitute a means of discrimination among suppliers of other Parties or protection to domestic producers or suppliers:
 - (a) in the absence of tenders in response to an open or selective tender, or when the tenders submitted have been collusive, or not in conformity with the essential requirements in the tender, or from suppliers who do not comply with the conditions for participation provided for in accordance with this Agreement, on condition, however, that the requirements of the initial tender are not substantially modified in the contract as awarded;
 - (b) when, for works of art or for reasons connected with protection of exclusive rights, such as patents or copyrights, or in the absence of competition for technical reasons, the products or services can be supplied only by a particular supplier and no reasonable alternative or substitute exists;
 - (c) in so far as is strictly necessary when, for reasons of extreme urgency brought about by events unforeseeable by the entity, the products or services could not be obtained in time by means of open or selective tendering procedures;
 - (d) for additional deliveries by the original supplier which are intended either as parts replacement for existing supplies, or installations, or as the extension of existing supplies, services, or installations where a change of supplier would compel the entity to procure equipment or services not meeting requirements of interchangeability with already existing equipment or services;
 - (e) when an entity procures prototypes or a first product or service which are developed at its request in the course of, and for, a particular contract for research, experiment, study or original development. When such contracts have been fulfilled, subsequent procurements of products or services shall be subject to Articles VII through XIV;
 - (f) when additional construction services which were not included in the initial contract but which were within the objectives of the original tender documentation have, through unforeseeable circumstances, become necessary to complete the construction services described therein, and the entity needs to award contracts for the additional construction services to the contractor carrying out the construction services concerned since the separation of the additional construction services from the initial contract would be difficult for technical or economic reasons and cause significant inconvenience to the entity. However, the total value of contracts awarded for the additional construction services may not exceed 50 per cent of the amount of the main contract;
 - (g) for new construction services consisting of the repetition of similar construction

services which conform to a basic project for which an initial contract was awarded in accordance with Articles VII through XIV and for which the entity has indicated in the notice of intended procurement concerning the initial construction service, that limited tendering procedures might be used in awarding contracts for such new construction services;

(h) for products purchased on a commodity market;

(i) for purchases made under exceptionally advantageous conditions which only arise in the very short term. This provision is intended to cover unusual disposals by firms which are not normally suppliers, or disposal of assets of businesses in liquidation or receivership. It is not intended to cover routine purchases from regular suppliers;

(j) in the case of contracts awarded to the winner of a design contest provided that the contest has been organized in a manner which is consistent with the principles of this Agreement, notably as regards the publication, in the sense of Article IX, of an invitation to suitably qualified suppliers, to participate in such a contest which shall be judged by an independent jury with a view to design contracts being awarded to the winners.

2. Entities shall prepare a report in writing on each contract awarded under the provisions of paragraph 1. Each report shall contain the name of the procuring entity, value and kind of goods or services procured, country of origin, and a statement of the conditions in this Article which prevailed. This report shall remain with the entities concerned at the disposal of the government authorities responsible for the entity in order that it may be used if required under the procedures of Articles XVIII, XIX, XX and XXII.

It is the understanding that "existing equipment" includes software to the extent that the initial procurement of the software was covered by the Agreement.

Original development of a first product or service may include limited production or supply in order to incorporate the results of field testing and to demonstrate that the product or service is suitable for production or supply in quantity to acceptable quality standards. It does not extend to quantity production or supply to establish commercial viability or to recover research and development costs.

Article XVI

Offsets

1. Entities shall not, in the qualification and selection of suppliers, products or services, or in the evaluation of tenders and award of contracts, impose, seek or consider offsets.⁷

2. Nevertheless, having regard to general policy considerations, including those relating to development, a developing country may at the time of accession negotiate conditions for the use of offsets, such as requirements for the incorporation of domestic content. Such requirements shall be used only for qualification to participate in the procurement process and not as criteria for awarding contracts. Conditions shall be objective, clearly defined and non-discriminatory. They shall be set forth in the country's Appendix I and may include precise limitations on the imposition of offsets in any contract subject to this Agreement. The

existence of such conditions shall be notified to the Committee and included in the notice of intended procurement and other documentation.

Article XVII

Transparency

1. Each Party shall encourage entities to indicate the terms and conditions, including any deviations from competitive tendering procedures or access to challenge procedures, under which tenders will be entertained from suppliers situated in countries not Parties to this Agreement but which, with a view to creating transparency in their own contract awards, nevertheless:

- (a) specify their contracts in accordance with Article VI (technical specifications);
- (b) publish the procurement notices referred to in Article IX, including, in the version of the notice referred to in paragraph 8 of Article IX (summary of the notice of intended procurement) which is published in an official language of the WTO, an indication of the terms and conditions under which tenders shall be entertained from suppliers situated in countries Parties to this Agreement;
- (c) are willing to ensure that their procurement regulations shall not normally change during a procurement and, in the event that such change proves unavoidable, to ensure the availability of a satisfactory means of redress.

2. Governments not Parties to the Agreement which comply with the conditions specified in paragraphs 1(a) through 1(c), shall be entitled if they so inform the Parties to participate in the Committee as observers.

Offsets in government procurement are measures used to encourage local development or improve the balance-of-payments accounts by means of domestic content, licensing of technology, investment requirements, counter-trade or similar requirements.

Article XVIII

Information and Review as Regards Obligations of Entities

1. Entities shall publish a notice in the appropriate publication listed in Appendix II not later than 72 days after the award of each contract under Articles XIII through XV. These notices shall contain:

- (a) the nature and quantity of products or services in the contract award;
- (b) the name and address of the entity awarding the contract;
- (c) the date of award;
- (d) the name and address of winning tenderer;
- (e) the value of the winning award or the highest and lowest offer taken into account in the award of the contract;
- (f) where appropriate, means of identifying the notice issued under paragraph 1 of

Article IX or justification according to Article XV for the use of such procedure; and
(g) the type of procedure used.

2. Each entity shall, on request from a supplier of a Party, promptly provide:
 - (a) an explanation of its procurement practices and procedures;
 - (b) pertinent information concerning the reasons why the supplier's application to qualify was rejected, why its existing qualification was brought to an end and why it was not selected; and
 - (c) to an unsuccessful tenderer, pertinent information concerning the reasons why its tender was not selected and on the characteristics and relative advantages of the tender selected as well as the name of the winning tenderer.
3. Entities shall promptly inform participating suppliers of decisions on contract awards and, upon request, in writing.
4. However, entities may decide that certain information on the contract award, contained in paragraphs 1 and 2(c), be withheld where release of such information would impede law enforcement or otherwise be contrary to the public interest or would prejudice the legitimate commercial interest of particular enterprises, public or private, or might prejudice fair competition between suppliers.

Article XIX

Information and Review as Regards Obligations of Parties

1. Each Party shall promptly publish any law, regulation, judicial decision, administrative ruling of general application, and any procedure (including standard contract clauses) regarding government procurement covered by this Agreement, in the appropriate publications listed in Appendix IV and in such a manner as to enable other Parties and suppliers to become acquainted with them. Each Party shall be prepared, upon request, to explain to any other Party its government procurement procedures.
2. The government of an unsuccessful tenderer which is a Party to this Agreement may seek, without prejudice to the provisions under Article XXII, such additional information on the contract award as may be necessary to ensure that the procurement was made fairly and impartially. To this end, the procuring government shall provide information on both the characteristics and relative advantages of the winning tender and the contract price. Normally this latter information may be disclosed by the government of the unsuccessful tenderer provided it exercises this right with discretion. In cases where release of this information would prejudice competition in future tenders, this information shall not be disclosed except after consultation with and agreement of the Party which gave the information to the government of the unsuccessful tenderer.
3. Available information concerning procurement by covered entities and their individual contract awards shall be provided, upon request, to any other Party.
4. Confidential information provided to any Party which would impede law enforcement or

otherwise be contrary to the public interest or would prejudice the legitimate commercial interest of particular enterprises, public or private, or might prejudice fair competition between suppliers shall not be revealed without formal authorization from the party providing the information.

5. Each Party shall collect and provide to the Committee on an annual basis statistics on its procurements covered by this Agreement. Such reports shall contain the following information with respect to contracts awarded by all procurement entities covered under this Agreement:

- (a) for entities in Annex 1, statistics on the estimated value of contracts awarded, both above and below the threshold value, on a global basis and broken down by entities; for entities in Annexes 2 and 3, statistics on the estimated value of contracts awarded above the threshold value on a global basis and broken down by categories of entities;
- (b) for entities in Annex 1, statistics on the number and total value of contracts awarded above the threshold value, broken down by entities and categories of products and services according to uniform classification systems; for entities in Annexes 2 and 3, statistics on the estimated value of contracts awarded above the threshold value broken down by categories of entities and categories of products and services;
- (c) for entities in Annex 1, statistics, broken down by entity and by categories of products and services, on the number and total value of contracts awarded under each of the cases of Article XV; for categories of entities in Annexes 2 and 3, statistics on the total value of contracts awarded above the threshold value under each of the cases of Article XV; and
- (d) for entities in Annex 1, statistics, broken down by entities, on the number and total value of contracts awarded under derogations to the Agreement contained in the relevant Annexes; for categories of entities in Annexes 2 and 3, statistics on the total value of contracts awarded under derogations to the Agreement contained in the relevant Annexes.

To the extent that such information is available, each Party shall provide statistics on the country of origin of products and services purchased by its entities. With a view to ensuring that such statistics are comparable, the Committee shall provide guidance on methods to be used. With a view to ensuring effective monitoring of procurement covered by this Agreement, the Committee may decide unanimously to modify the requirements of subparagraphs (a) through (d) as regards the nature and the extent of statistical information to be provided and the breakdowns and classifications to be used.

Article XX

Challenge Procedures

Consultations

1. In the event of a complaint by a supplier that there has been a breach of this Agreement in the

context of a procurement, each Party shall encourage the supplier to seek resolution of its complaint in consultation with the procuring entity. In such instances the procuring entity shall accord impartial and timely consideration to any such complaint, in a manner that is not prejudicial to obtaining corrective measures under the challenge system.

Challenge

2. Each Party shall provide non-discriminatory, timely, transparent and effective procedures enabling suppliers to challenge alleged breaches of the Agreement arising in the context of procurements in which they have, or have had, an interest.
3. Each Party shall provide its challenge procedures in writing and make them generally available.
4. Each Party shall ensure that documentation relating to all aspects of the process concerning procurements covered by this Agreement shall be retained for three years.
5. The interested supplier may be required to initiate a challenge procedure and notify the procuring entity within specified time-limits from the time when the basis of the complaint is known or reasonably should have been known, but in no case within a period of less than 10 days.
6. Challenges shall be heard by a court or by an impartial and independent review body with no interest in the outcome of the procurement and the members of which are secure from external influence during the term of appointment. A review body which is not a court shall either be subject to judicial review or shall have procedures which provide that:
 - (a) participants can be heard before an opinion is given or a decision is reached;
 - (b) participants can be represented and accompanied;
 - (c) participants shall have access to all proceedings;
 - (d) proceedings can take place in public;
 - (e) opinions or decisions are given in writing with a statement describing the basis for the opinions or decisions;
 - (f) witnesses can be presented;
 - (g) documents are disclosed to the review body.
7. Challenge procedures shall provide for:
 - (a) rapid interim measures to correct breaches of the Agreement and to preserve commercial opportunities. Such action may result in suspension of the procurement process. However, procedures may provide that overriding adverse consequences for the interests concerned, including the public interest, may be taken into account in deciding whether such measures should be applied. In such circumstances, just cause for not acting shall be provided in writing;
 - (b) an assessment and a possibility for a decision on the justification of the challenge;
 - (c) correction of the breach of the Agreement or compensation for the loss or damages suffered, which may be limited to costs for tender preparation or protest.

8. With a view to the preservation of the commercial and other interests involved, the challenge procedure shall normally be completed in a timely fashion.

Article XXI

Institutions

1. A Committee on Government Procurement composed of representatives from each of the Parties shall be established. This Committee shall elect its own Chairman and Vice-Chairman and shall meet as necessary but not less than once a year for the purpose of affording Parties the opportunity to consult on any matters relating to the operation of this Agreement or the furtherance of its objectives, and to carry out such other responsibilities as may be assigned to it by the Parties.

2. The Committee may establish working parties or other subsidiary bodies which shall carry out such functions as may be given to them by the Committee.

Article XXII

Consultations and Dispute Settlement

1. The provisions of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes under the WTO Agreement (hereinafter referred to as the "Dispute Settlement Understanding") shall be applicable except as otherwise specifically provided below.

2. If any Party considers that any benefit accruing to it, directly or indirectly, under this Agreement is being nullified or impaired, or that the attainment of any objective of this Agreement is being impeded as the result of the failure of another Party or Parties to carry out its obligations under this Agreement, or the application by another Party or Parties of any measure, whether or not it conflicts with the provisions of this Agreement, it may with a view to reaching a mutually satisfactory resolution of the matter, make written representations or proposals to the other Party or Parties which it considers to be concerned. Such action shall be promptly notified to the Dispute Settlement Body established under the Dispute Settlement Understanding (hereinafter referred to as "DSB"), as specified below. Any Party thus approached shall give sympathetic consideration to the representations or proposals made to it.

3. The DSB shall have the authority to establish panels, adopt panel and Appellate Body reports, make recommendations or give rulings on the matter, maintain surveillance of implementation of rulings and recommendations, and authorize suspension of concessions and other obligations under this Agreement or consultations regarding remedies when withdrawal of measures found to be in contravention of the Agreement is not possible, provided that only Members of the WTO Party to this Agreement shall participate in decisions or actions taken by the DSB with respect to disputes under this Agreement.

4. Panels shall have the following terms of reference unless the parties to the dispute agree

otherwise within 20 days of the establishment of the panel:

"To examine, in the light of the relevant provisions of this Agreement and of (name of any other covered Agreement cited by the parties to the dispute), the matter referred to the DSB by (name of party) in document ... and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in this Agreement."

In the case of a dispute in which provisions both of this Agreement and of one or more other Agreements listed in Appendix 1 of the Dispute Settlement Understanding are invoked by one of the parties to the dispute, paragraph 3 shall apply only to those parts of the panel report concerning the interpretation and application of this Agreement.

5. Panels established by the DSB to examine disputes under this Agreement shall include persons qualified in the area of government procurement.

6. Every effort shall be made to accelerate the proceedings to the greatest extent possible. Notwithstanding the provisions of paragraphs 8 and 9 of Article 12 of the Dispute Settlement Understanding, the panel shall attempt to provide its final report to the parties to the dispute not later than four months, and in case of delay not later than seven months, after the date on which the composition and terms of reference of the panel are agreed. Consequently, every effort shall be made to reduce also the periods foreseen in paragraph 1 of Article 20 and paragraph 4 of Article 21 of the Dispute Settlement Understanding by two months. Moreover, notwithstanding the provisions of paragraph 5 of Article 21 of the Dispute Settlement Understanding, the panel shall attempt to issue its decision, in case of a disagreement as to the existence or consistency with a covered Agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings, within 60 days.

7. Notwithstanding paragraph 2 of Article 22 of the Dispute Settlement Understanding, any dispute arising under any Agreement listed in Appendix 1 to the Dispute Settlement Understanding other than this Agreement shall not result in the suspension of concessions or other obligations under this Agreement, and any dispute arising under this Agreement shall not result in the suspension of concessions or other obligations under any other Agreement listed in the said Appendix 1.

Article XXIII

Exceptions to the Agreement

1. Nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from taking any action or not disclosing any information which it considers necessary for the protection of its essential security interests relating to the procurement of arms, ammunition or war materials, or to procurement indispensable for national security or for national defence purposes.

2. Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same

conditions prevail or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent any Party from imposing or enforcing measures: necessary to protect public morals, order or safety, human, animal or plant life or health or intellectual property; or relating to the products or services of handicapped persons, of philanthropic institutions or of prison labour.

Article XXIV

Final Provisions

1. Acceptance and Entry into Force

This Agreement shall enter into force on 1 January 1996 for those governments whose agreed coverage is contained in Annexes 1 through 5 of Appendix I of this Agreement and which have, by signature, accepted the Agreement on 15 April 1994 or have, by that date, signed the Agreement subject to ratification and subsequently ratified the Agreement before 1 January 1996.

2. Accession

Any government which is a Member of the WTO, or prior to the date of entry into force of the WTO Agreement which is a contracting party to GATT 1947, and which is not a Party to this Agreement may accede to this Agreement on terms to be agreed between that government and the Parties. Accession shall take place by deposit with the Director-General of the WTO of an instrument of accession which states the terms so agreed. The Agreement shall enter into force for an acceding government on the 30th day following the date of its accession to the Agreement.

3. Transitional Arrangements

(a) Hong Kong and Korea may delay application of the provisions of this Agreement, except Articles XXI and XXII, to a date not later than 1 January 1997. The commencement date of their application of the provisions, if prior to 1 January 1997, shall be notified to the Director-General of the WTO 30 days in advance.

(b) During the period between the date of entry into force of this Agreement and the date of its application by Hong Kong, the rights and obligations between Hong Kong and all other Parties to this Agreement which were on 15 April 1994 Parties to the Agreement on Government Procurement done at Geneva on 12 April 1979 as amended on 2 February 1987 (the "1988 Agreement") shall be governed by the substantive provisions of the 1988 Agreement, including its Annexes as modified or rectified, which provisions are incorporated herein by reference for that purpose and shall remain in force until 31 December 1996.

(c) Between Parties to this Agreement which are also Parties to the 1988 Agreement, the rights and obligations of this Agreement shall supersede those under the 1988 Agreement.

(d) Article XXII shall not enter into force until the date of entry into force of the WTO

Agreement. Until such time, the provisions of Article VII of the 1988 Agreement shall apply to consultations and dispute settlement under this Agreement, which provisions are hereby incorporated in the Agreement by reference for that purpose. These provisions shall be applied under the auspices of the Committee under this Agreement. (e) Prior to the date of entry into force of the WTO Agreement, references to WTO bodies shall be construed as referring to the corresponding GATT body and references to the Director-General of the WTO and to the WTO Secretariat shall be construed as references to, respectively, the Director-General to the CONTRACTING PARTIES to GATT 1947 and to the GATT Secretariat.

4. Reservations

Reservations may not be entered in respect of any of the provisions of this Agreement.

5. National Legislation

(a) Each government accepting or acceding to this Agreement shall ensure, not later than the date of entry into force of this Agreement for it, the conformity of its laws, regulations and administrative procedures, and the rules, procedures and practices applied by the entities contained in its lists annexed hereto, with the provisions of this Agreement.

(b) Each Party shall inform the Committee of any changes in its laws and regulations relevant to this Agreement and in the administration of such laws and regulations.

6. Rectifications or Modifications

(a) Rectifications, transfers of an entity from one Annex to another or, in exceptional cases, other modifications relating to Appendices I through IV shall be notified to the Committee, along with information as to the likely consequences of the change for the mutually agreed coverage provided in this Agreement. If the rectifications, transfers or other modifications are of a purely formal or minor nature, they shall become effective

⁸For the purpose of this Agreement, the term "government" is deemed to include the competent authorities of the European Communities.

⁹All provisions of the 1988 Agreement except the Preamble, Article VII and Article IX other than paragraphs 5(a) and (b) and paragraph 10.

provided there is no objection within 30 days. In other cases, the Chairman of the Committee shall promptly convene a meeting of the Committee. The Committee shall consider the proposal and any claim for compensatory adjustments, with a view to maintaining a balance of rights and obligations and a comparable level of mutually agreed coverage provided in this Agreement prior to such notification. In the event of agreement not being reached, the matter may be pursued in accordance with the provisions contained in Article XXII.

(b) Where a Party wishes, in exercise of its rights, to withdraw an entity from Appendix I on the grounds that government control or influence over it has been effectively eliminated, that Party shall notify the Committee. Such modification shall become effective the day after the end of the following meeting of the Committee, provided that

the meeting is no sooner than 30 days from the date of notification and no objection has been made. In the event of an objection, the matter may be pursued in accordance with the procedures on consultations and dispute settlement contained in Article XXII. In considering the proposed modification to Appendix I and any consequential compensatory adjustment, allowance shall be made for the market-opening effects of the removal of government control or influence.

7. Reviews, Negotiations and Future Work

(a) The Committee shall review annually the implementation and operation of this Agreement taking into account the objectives thereof. The Committee shall annually inform the General Council of the WTO of developments during the periods covered by such reviews.

(b) Not later than the end of the third year from the date of entry into force of this Agreement and periodically thereafter, the Parties thereto shall undertake further negotiations, with a view to improving this Agreement and achieving the greatest possible extension of its coverage among all Parties on the basis of mutual reciprocity, having regard to the provisions of Article V relating to developing countries.

(c) Parties shall seek to avoid introducing or prolonging discriminatory measures and practices which distort open procurement and shall, in the context of negotiations under subparagraph (b), seek to eliminate those which remain on the date of entry into force of this Agreement.

8. Information Technology

With a view to ensuring that the Agreement does not constitute an unnecessary obstacle to technical progress, Parties shall consult regularly in the Committee regarding developments in the use of information technology in government procurement and shall, if necessary, negotiate modifications to the Agreement. These consultations shall in particular aim to ensure that the use of information technology promotes the aims of open, non-discriminatory and efficient government procurement through transparent procedures, that contracts covered under the Agreement are clearly identified and that all available information relating to a particular contract can be identified. When a Party intends to innovate, it shall endeavour to take into account the views expressed by other Parties regarding any potential problems.

9. Amendments

Parties may amend this Agreement having regard, *inter alia*, to the experience gained in its implementation. Such an amendment, once the Parties have concurred in accordance with the procedures established by the Committee, shall not enter into force for any Party until it has been accepted by such Party.

10. Withdrawal

(a) Any Party may withdraw from this Agreement. The withdrawal shall take effect upon the expiration of 60 days from the date on which written notice of withdrawal is received by the Director-General of the WTO. Any Party may upon such notification request an immediate meeting of the Committee.

(b) If a Party to this Agreement does not become a Member of the WTO within one year of the date of entry into force of the WTO Agreement or ceases to be a Member of the WTO, it shall cease to be a Party to this Agreement with effect from the same date.

11. Non-application of this Agreement between Particular Parties

This Agreement shall not apply as between any two Parties if either of the Parties, at the time either accepts or accedes to this Agreement, does not consent to such application.

12. Notes, Appendices and Annexes

The Notes, Appendices and Annexes to this Agreement constitute an integral part thereof.

13. Secretariat

This Agreement shall be serviced by the WTO Secretariat.

14. Deposit

This Agreement shall be deposited with the Director-General of the WTO, who shall promptly furnish to each Party a certified true copy of this Agreement, of each rectification or modification thereto pursuant to paragraph 6 and of each amendment thereto pursuant to paragraph 9, and a notification of each acceptance thereof or accession thereto pursuant to paragraphs 1 and 2 and of each withdrawal therefrom pursuant to paragraph 10 of this Article.

15. Registration

This Agreement shall be registered in accordance with the provisions of Article 102 of the Charter of the United Nations.

Done at Marrakesh this fifteenth day of April one thousand nine hundred and ninety-four in a single copy, in the English, French and Spanish languages, each text being authentic, except as otherwise specified with respect to the Appendices hereto.

NOTES

The terms "country" or "countries" as used in this Agreement, including the Appendices, are to be understood to include any separate customs territory Party to this Agreement.

In the case of a separate customs territory Party to this Agreement, where an expression in this Agreement is qualified by the term "national", such expression shall be read as pertaining to that customs territory, unless otherwise specified.

Article 1, paragraph 1

Having regard to general policy considerations relating to tied aid, including the objective of developing countries with respect to the untying of such aid, this Agreement does not apply to procurement made in furtherance of tied aid to developing countries so long as it is practised by Parties.

ANEXO III

Identificação

Decisão 456/2000 - Plenário

Número Interno do Documento

DC-0456-20/00-P


Ementa

Representação formulada por pessoa física. Possíveis irregularidades no Tribunal Superior Eleitoral. Licitação. Aquisição de urnas eletrônicas. Não inclusão no edital de critérios previstos em lei. Inaplicação do direito de preferência para aquisição de produtos de informática com tecnologia nacional. Derrogação de legislação sobre a matéria. Exigência de que os profissionais listados tenham vínculo jurídico com a licitante no momento da habilitação. Exigência referente à integralização do capital social mínimo. Conhecimento. Improcedência. Determinação. - Licitação. Direito de preferência. Emenda Constitucional 6/95. Análise da matéria.

Grupo/Classe/Colegiado

Grupo II - CLASSE VII - Plenário

Processo

011.764/1999-6 

Natureza

Representação

Entidade

Órgão de Origem: Tribunal Superior Eleitoral (TSE)

Interessados

Interessado: Luiz César Moretzsohn Rocha

Sumário

Representação sobre possíveis irregularidades na licitação do TSE para aquisição de urnas eletrônicas. Conhecimento. Não-aplicação do direito de preferência para aquisição de produtos

de informática com tecnologia nacional. Derrogação das normas infraconstitucionais sobre a matéria com o advento da Emenda Constitucional nº 6/95. Improcedência da Representação. Determinações.

Assunto

VII - Representação de que trata o art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93

Ministro Relator

BENJAMIN ZYMLER

Representante do Ministério Público

MARINUS EDUARDO

Unidade Técnica

5ª SECEX

Dados Materiais

ATA 20/2000

DOU de 13/06/2000

INDEXAÇÃO Representação; TSE; Informática; Concorrência; Habilitação de Licitantes; Licitação;

Relatório do Ministro Relator

1.Trata-se de representação formulada pelo cidadão Luiz César Moretzsohn Rocha contra o edital da Concorrência nº 27/99, do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), para aquisição de 186.800 urnas eletrônicas, desenvolvimento de softwares, prestação de serviços de informática e fornecimento de suprimentos e de acessórios.

2.A principal impugnação do interessado refere-se à não-inclusão no edital dos critérios previstos nos arts 3º, inciso VII, 4º e 5º do Decreto nº 1.070/94, com o fito de garantir a pré-qualificação das propostas finais que não se diferenciem em mais de 6% da maior delas, considerar equivalentes as propostas pré-qualificadas, cujos preços não sejam superiores a 12% do menor entre elas e, quando da adjudicação, observar o denominado "direito de preferência". Tal direito, assegurava privilégio, em ordem decrescente, às empresas que fornecessem bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos com significativo valor agregado local; bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; bens e serviços produzidos com significativo valor agregado local; outros bens e serviços. Argumentou o representante que o direito de preferência deveria ser atestado pelos licitantes na fase de habilitação por meio dos comprovantes definidos nos arts. 1º e 5º do mencionado Decreto, quais sejam, portarias emitidas pelo Ministério da Ciência e Tecnologia.

3.O Sr. Luiz César Moretzsohn, ressalte-se, antes de apresentar a presente representação, buscou, sem sucesso, impugnar os termos do edital junto à Comissão de Licitação (fls. 3/32) e à Presidência do TSE, conforme se depreende do parecer de fls. 154/161.

4.Na mesma linha, foi a consulta formulada pela empresa Samurai Indústria de Produtos Eletrônicos Ltda. (conforme se depreende da Circular nº 1/99 da Comissão Permanente de Licitação, fls. 113/127), em 4.8.99. Ponderou a consulente que todos os órgãos e entidades da Administração Pública Federal vêm adotando integralmente o Decreto 1.070/94. Logo, a descrição de procedimentos dos itens 11.1.11 e 11.1.12 do Edital, para definir o licitante vencedor, seria apenas "uma forma resumida para afirmar que, de fato e como determina a legislação em vigor, a Comissão Especial de Licitação cumprirá, exatamente, todos os procedimentos estabelecidos pelo Decreto 1.070, de 02.03.94, para efetuar o cálculo da avaliação final, descrito no item 11.1.11 do Edital, e para a definição do licitante vencedor, descrita no item 11.1.12 deste edital de Licitação nº 27/99."

5.A Comissão de Licitação respondeu nos seguintes termos (Circular nº 01/99, fls. 113/114):

"Ao revogar o art. 171 da Constituição da República, a Emenda Constitucional nº 6, de 15.08.95, derogou normas legais e regulamentares que, com base naquele preceptivo revogado, asseguravam direito de preferência nas licitações para a aquisição de bens e serviços de informática. Entre as normas infraconstitucionais derogadas figuram disposições da legislação e do decreto mencionados na consulta. As demais normas não alcançadas pela EC nº 6/95 foram observadas pelo edital e o serão pela Comissão.

Uma comissão de licitação, no que respeita à pergunta acerca de disposições editalícias, deve limitar-se a fornecer elementos, informações e esclarecimentos relativos às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento do objeto da licitação (Lei nº 8.666/93, art. 40, VIII). Uma comissão de licitação não é, nem pode ser, órgão de aconselhamento jurídico dos licitantes. Sugere-se que os interessados na matéria objeto da consulta transcrita busquem maiores subsídios junto a profissionais especializados no tema."

6.A empresa Samurai Indústria de Produtos Eletrônicos Ltda., em 3.9.99, aduziu que a Comissão Especial de Licitação (CEL):

"não detalhou as normas legais derogadas e as que continuam em vigor, de maneira que não obtivemos o esclarecimento que solicitamos. Para tanto, necessitamos de uma resposta que especifique quais dispositivos do Decreto nº 1.070/94 continuam em vigor, e serão utilizados pela Comissão;

Buscamos esclarecimento perante o Ministério da Ciência e Tecnologia, que nos indicou o Parecer CONJUR nº 231/95 publicado em 20.11.95 no diário da União, como o entendimento legal sobre o assunto;

Com referência ao Decreto nº 1.070/94, o parecer estabelece o seguinte: '(...) temos como (...) derogados (...): no art. 1º, o inciso IV e o § 2º; os incisos I, II e III do art. 5º; no art. 6º, inciso IV, a determinação no sentido de que se considere a condição da 'empresa integradora do sistema' ou da 'empresa líder' e, no parágrafo único, a referência, implícita, à comprovação prevista no art. 1º, inciso IV (...), subsiste, desse modo, com as derrogações indicadas, o Decreto nº 1.070/94, devendo a preferência prevista em seu art. 5º ser aplicada, doravante, a partir de seu inciso IV, observada a ordem ali disposta.'

Verificamos também que as entidades que compõem a Administração Pública, sempre que efetuam licitações para aquisição de serviços e bens de informática, atendem ao disposto no § 4º da Lei nº 8.666/93, ou seja, adotam obrigatoriamente o tipo de licitação 'técnica e preço' e observam o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248/91, inscrevendo nos editais a metodologia de cálculo de índice técnico e a forma de julgamento prescritas pelo Decreto nº 1.070/94, de acordo com o entendimento do parecer CONJUR 231/95".

7.Em resposta, a Comissão de Licitação reiterou que não constitui órgão de aconselhamento jurídico dos licitantes e que o parecer CONJUR é meramente opinativo e que não vincula a autoridade administrativa, notadamente se esta não pertence ao Poder Executivo.

8.Todavia, em parecer encaminhado ao Ministro-Presidente do TSE (fls. 154/161), a mesma Comissão de Licitação teceu as seguintes considerações:

"O exame da impugnação defronta-se, aqui, com peculiar 'objeção sob condição'. Se a interpretação que o impugnante quer que seja revelada levar à ilegalidade que suspeita existir em suas entrelinhas, o edital deve ser emendado. Caso contrário, o edital está correto. É, em outras palavras, o que impugnante afirma no item 24 de seu texto, verbis: 'A omissão do Edital, relatada no parágrafo anterior, é a essência do dilema que urge esclarecer: se tal omissão configura o não-cumprimento destes procedimentos, a licitação em exame incorre em flagrante ilegalidade: se tais procedimentos serão cumpridos, embora não explicitados nos dispositivos do instrumento convocatório, basta que o órgão licitante o declare, para o completo esclarecimento dos licitantes. Como não há nenhum dispositivo do edital que entre em conflito com os procedimentos não contemplados, entendemos que é tarefa simples o esclarecimento do assunto.'

Em que consistiria a omissão que, no edital, atormenta o impugnante, levando-o ao zelo de advertir o TSE e o TCU?

Quer que seja explicitada a aceitação do direito de preferência referido na legislação que entende aplicável às licitações de bens e serviços de informática. Se tal direito estiver entranhado nos procedimentos traçados pelo edital, este não merece reparo. Se não estiver, é ilegal.

(.....omissis.....)

A inépcia da impugnação é flagrante. Se, a teor do art. 41, § 1º, da Lei nº 8.666/93, a impugnação destina-se a apontar ilegalidade no edital e esta existe apenas no imaginário suspeito do impugnante, e não no texto do edital, à impugnação falta objeto, posto não haver o que corrigir no plano da legalidade, que é o único em que se pode e deve mover a impugnação.

Até porque, se no curso do procedimento licitatório, sobrevier ilegalidade até aqui oculta, decerto que cada concorrente fará uso dos meios recursais para por-lhe cobro.

Há mais inépcia nos pedidos ao final deduzidos.

O impugnante quer que Vossa Excelência 'expresse o seu entendimento' sobre o dever de observarem-se, na avaliação das propostas, os procedimentos previstos no Decreto nº 1.070/94, que asseguram o exercício do direito de preferência, porquanto, se o entendimento for contrário a esse direito, então o edital deverá ser alterado para incluí-lo.

A despeito de a Comissão, ao responder a consulta de licitantes, haver declarado que as normas do mencionado Decreto, não alcançadas pela Emenda Constitucional nº 6/95, foram observadas pelo edital e o seriam pela Comissão, o impugnante quer conhecer, antecipadamente, o pensamento de Vossa Excelência sobre o direito de preferência.

O direito de preferência, na dicção do art. 1º do Decreto nº 1.070/91, é pretensão a ser exercida pelo licitante (não o cidadão) que se entender dele titular. Isto é, não basta existir em tese o direito, nem invocá-lo quem com ele simpatize. O licitante haverá de comprová-lo, se o desejar, pelos meios previstos na legislação. Não cabe à Administração cogitar do direito de preferência. Cabe ao licitante argüí-lo.

(.....omissis.....)

O art. 5º do mesmo Decreto define o direito de preferência como 'critério de adjudicação'. A adjudicação é ato de competência da autoridade superior e externa à comissão de licitação, a ser praticado ao final do certame. É o que se infere do art. 43, VI, da Lei nº 8.666/93.

Cada licitante que se entender habilitado a exercitar o direito de preferência deverá fazê-lo no momento procedimental próprio e aguardar que, quando da adjudicação do objeto, após a classificação das propostas, a autoridade competente o examine e sobre ele decida. Não antes. Muito menos para saciar a suspeitosa curiosidade de um cidadão, cujo interesse na matéria é enevoadado.

Se as normas citadas pelo impugnante estabelecem modos e momento para o exercício, voluntário e facultativo, do direito de preferência, o qual, uma vez invocado, será examinado pela autoridade competente, e se nenhum item do edital está a impedir que os licitantes assim procedam, novamente faltam à impugnação pertinência e objeto.

Recorde-se, por sinal, que o fato ocorreu na licitação das urnas eletrônicas de 1998. E assim foi tratado. Registrou-se em ata que determinado licitante suscitara o direito de preferência na fase de habilitação preliminar e, ao final do certame, a matéria foi examinada e decidida pelo Ministro

Presidente do TSE. O edital daquela licitação, que não foi objeto de qualquer impugnação, foi seguido pelo edital desta."

9.A 5ª SECEX, ainda quando do desenvolvimento do procedimento licitatório, em bem lançada instrução de lavra da AFCE Fernanda Marina Oga (fls. 248/269), corroborada pelo Diretor da 1ª DT e pelo Secretário de Controle Externo, concluiu, quanto a esse ponto, que "o edital da Concorrência nº 27/99, que trata da aquisição, pelo TSE, de urnas eletrônica entre outros bens e serviços de informática, para atender à legislação em vigor sobre contratações de bens e serviços de informática e automação pela Administração Federal (Decreto nº 1.070/94) necessita estabelecer em seu texto os procedimentos para que as empresas licitantes exerçam o direito de preferência, estabelecidos nos arts. 1º e 5º do citado decreto. Os procedimentos estabelecidos no art. 3º, VII, e art. 4º, parágrafo único, do Decreto nº 1.070/94 e que não estão contemplados no edital da Concorrência nº 27/99 também devem ser incluídos".

10.Além disso, foram apontadas pela Unidade Técnica as seguintes irregularidades no Edital da Concorrência nº 27/99:

a) desobediência ao § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93, tendo em vista que foram incluídas em uma mesma licitação a produção e o fornecimento de 186.800 urnas eletrônicas, o fornecimento de suprimentos (flash cards, disquetes, urnas plásticas descartáveis, bobinas de papel para impressora e cabos de bateria) e acessórios (drives de flash cards e scanners);

b) necessidade de comprovação de que o capital social exigido pelo Edital tenha sido integralizado até os sessenta dias anteriores à data de recebimento dos envelopes, ao passo que a lei de licitações, no § 3º do art. 31, permite a integralização até a data de apresentação da proposta;

c) exigência de dois atestados técnico-operacionais, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, certificadores de que a empresa licitante executou, tempestivamente, projeto similar, quanto às características técnicas. Considera-se similar, exclusivamente, o desenvolvimento e a produção de equipamento que contenha, no mínimo, microprocessador, memória, dispositivo de armazenamento, teclado, monitor de vídeo e impressora. No entender da instrução, não seria possível fixar o número de atestados a serem apresentados. Além disso, o edital teria sido omissivo quanto à necessidade de registro dos atestados nas entidades profissionais competentes;

d) exigência de que o prazo de validade das propostas não seja inferior a 90 dias, ao passo que o § 3º do art. 64 da Lei nº 8.666/93 prevê que a validade seja de 60 dias da data de entrega das propostas, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração;

e) excessivo rigor na exigência de equipe técnica contratada, prevista no subitem 3.8.3.3 do Edital, que, além de extrapolar o item 7.5 (pois exige, adicionalmente, 1 responsável de produção da UE 2000 por local de produção, 1 responsável pelo controle de qualidade por local de produção, 1

gerente de desenvolvimento de software básico, 1 gerente de desenvolvimento de software aplicativo, 1 gerente de desenvolvimento de software de apoio, 3 analistas para desenvolvimento e 1 para especificação/documentação, 4 programadores, 1 gerente de documentação e 1 gerente de treinamento), deveria ser comprovada apenas pelo licitante vencedor sete dias após a assinatura do contrato, caracterizando cerceamento do direito dos licitantes de verificar a conformidade da qualificação profissional apresentada pelos demais licitantes com o requisitado no edital, em violação aos arts. 41 e 43 da Lei nº 8.666/93;

f) exigência de que os profissionais relacionados tenham vínculo com a licitante no momento da habilitação, e não no momento da assinatura do contrato, o que contrariaria, no entender da instrução, o § 6º do art. 30 que dispõe que "as exigências mínimas relativas a instalações e canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia";

g) não-utilização, para julgamento das propostas, dos fatores "padronização" e "prazo de entrega", sem que exista justificativa conhecida, em desobediência ao § 1º do art. 3º do Decreto nº 1.070/94.

11.No mérito, fez a Unidade Técnica a seguinte proposta de encaminhamento:

"5.1.1 determinar ao TSE que se abstenha de dar prosseguimento ao aludido certame licitatório (Concorrência n.º 27/99), até a apreciação por esta Corte de Contas das razões de justificativas a serem apresentadas pelo órgão, no prazo de 15 (quinze) dias, quanto aos seguintes aspectos:

5.1.1.1 ausência de explicitação, no Edital, dos procedimentos a serem adotados pela Comissão Especial de Licitação, visando ao cálculo da avaliação final e julgamento das propostas, a que se referem o art.1º, incisos I, II e III e § 1º, art. 3º, inciso VII, § 4º, art. 4º e art. 5º, IV a VII e seus parágrafos do Decreto n.º 1.070/94 (itens 2.11 a 2.32 da instrução, fls. 252 a 260).

5.1.1.2 estabelecimento, no item 2.2 do Edital, que "O objeto em licitação é indivisível, vedada proposta que se refira a algum de seus itens com exclusão dos demais", vez que as aquisições constantes do Anexo A7 (fls. 138 a 143), itens 1, 2, 4, 6 e 8, poderiam ser licitadas separadamente, por serem independentes, consoante prevê o inciso IV do art. 15 c/c § 1º do art. 23 da Lei nº 8.666/93 (item 3.2 da instrução, fls.261/262);

5.1.1.3 exigência de que o capital social mínimo tenha sido integralizado até 60 (sessenta) dias imediatamente anteriores à data do recebimento dos envelopes (item 7.4 do edital), em desacordo com o § 3º do art. 31 da Lei nº 8.666/93 (item 3.3 da instrução, fls. 262);

5.1.1.4 exigência, no item 7.5, alínea "c", do Edital, de 2 (dois) atestados dos participantes da licitação, visando à comprovação da respectiva qualificação técnica, em desacordo com o art. 30, inciso II, e §§ 1º e 3º, c/c art. 3º, I da Lei nº 8.666/93 (item 3.4 da instrução, fls. 263);

5.1.1.5 fixação, no item 9.1, alínea "c" do Edital, de prazo de validade das propostas comerciais apresentadas pelos participantes, não inferior a 90 (noventa) dias, em desacordo com o previsto no parágrafo 3º, art. 64 da Lei nº 8.666/93 (item 3.5 da instrução, fls. 264);

5.1.1.6 possibilidade de que a apresentação de currículos resumidos de diversos profissionais da equipe técnica da licitante vencedora se dê em até 7 (sete) dias após a assinatura do termo de contrato (item 3.8.3.3 do anexo "A" do Edital, tab. 3.2), o que cerceia o direito dos demais licitantes de verificar a conformidade da qualificação profissional da vencedora com o requisitado no Edital, em desacordo com os arts. 43, § 1º e § 2º c/c 41, § 4º da Lei n.º 8.666/93 (item 3.6 da Instrução, fls. 264);

5.1.1.7 exigência, no item 7.5, inciso III, do Edital, de que os profissionais listados pelas participantes da licitação tenham, no momento da habilitação, vínculo profissional de qualquer natureza jurídica com a respectiva licitante, vez que de acordo com o inciso I do § 1º do art. 30 da Lei n.º 8.666/93, tal exigência somente é cabível para os profissionais de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentores de responsabilidade técnica, podendo os demais serem contratados quando da assinatura do contrato (art. 30, § 1º, § 6º e § 10º, da Lei n.º 8.666/93 – item 3.7 da instrução, fls. 265); e

5.1.1.8 não utilização, no inciso 10.3 do Edital, dos fatores "prazo de entrega" e "padronização" de que trata o § 2º do art. 3º da Lei n.º 8.248/91 c/c o inciso I do art. 3º do Decreto nº 1.070/94, informando se tal procedimento foi justificado nos termos do § 1º do citado Decreto (item 3.8 da instrução, fls. 266).

5.2 Leve ao conhecimento do interessado, Senhor Luiz César Moretzsohn Rocha, o inteiro teor da Decisão que vier a ser proferida, bem como do Relatório e do Voto que a fundamentaram."

12.Em 16.11.1999, exarei o Despacho de fls. 278/279, do qual extraio os principais pontos:

"É evidente a complexidade do tema, notadamente a partir do advento da Emenda Constitucional nº 6/95, que revogou o art. 171 da Constituição Federal. Esse artigo servia de fundamento constitucional para os benefícios previstos no art. 3º da Lei nº 8.248/91.

Outra difícil questão diz respeito à imposição do Decreto nº 1.070/94 ao Poder Judiciário.

Deixo de propor medida cautelar, tendo em vista que a interpretação que aparentemente norteou a elaboração do edital, no sentido da não-recepção do art. 3º da Lei nº 8.248/91 pela

Constituição, a partir do advento da Emenda nº 6/95, é juridicamente plausível e por reconhecer, quantos aos demais pontos levantados pela 5ª SECEX, que o edital não apresenta vícios suficientemente graves para justificar a paralisação da licitação que objetiva informatizar o processo eleitoral do ano 2000.

Entendo que, no presente momento, não exsurge a necessidade de promoção de audiência dos responsáveis, pois o pressuposto desta é a existência de indícios de culpa por parte do administrador, o que não restou demonstrado nos autos.

Todavia, existem pontos que devem ser esclarecidos pela autoridade competente, de forma a assegurar a transparência e o bom andamento da Concorrência nº 27/99. Dessa forma, determino à zelosa Unidade Técnica diligenciar junto ao TSE para, no prazo de cinco dias, se manifestar acerca dos seguintes pontos:

a) possibilidade jurídica de os licitantes poderem exercer o direito de preferência, na forma do art. 3º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.248/91;

b) na hipótese de a resposta à alínea anterior ser afirmativa, esclarecer se serão observados os dispositivos do Decreto nº 1.070/91, principalmente no que se refere à exigência de que a documentação relativa ao exercício do direito de preferência seja encaminhada junto com a documentação de habilitação;

c) na hipótese de ser observado o direito de preferência e a aplicação do Decreto nº 1.070/94, justificar a não-utilização, para julgamento das propostas, dos fatores padronização e prazo de entrega, na forma prescrita pelo § 1º do art. 3º do mencionado Decreto;

d) desobediência ao princípio constitucional e legal da isonomia dos licitantes, com óbice à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei nº 8.666/93), tendo em vista que foram incluídos em uma mesma licitação a produção e o fornecimento de 186.800 urnas eletrônicas, o fornecimento de suprimentos (flash cards, disquetes, urnas plásticas descartáveis, bobinas de papel para impressora e cabos de bateria) e acessórios (drives de flash cards e scanners), que poderiam ter sido adquiridos separadamente, ampliando o caráter competitivo e, possivelmente, reduzindo os custos para a Administração;

e) exigência de comprovação de que o capital social exigido tenha sido integralizado até os sessenta dias anteriores à data de recebimento dos envelopes, ao passo que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 31, § 3º, não obsta que a integralização seja feita até a data de apresentação da proposta;

f) exigência de dois atestados técnico-operacionais, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, certificando que a empresa licitante executou, tempestivamente, projeto similar, quanto às características técnicas, quando a Lei nº 8.666/93 não prevê, em seu art. 30, tal possibilidade;

g) dispensa de autenticação dos atestados mencionados na alínea anterior por entidades controladoras do exercício profissional, em desobediência ao § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93;

h) exigência de que o prazo de validade das propostas não seja inferior a 90 dias, ao passo que o art. 64 da Lei nº 8.666/93 prevê que a validade seja de 60 dias da data de entrega das propostas, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração;

i) excessivo rigor quanto à exigência de qualificação técnico-profissional, como, por exemplo, a exigência de 15 anos de formado do Gerente Técnico Geral, o que poderia restringir o caráter competitivo do certame;

j) exigência, contida no subitem 7.5 do edital da Concorrência 27/99, de que os profissionais relacionados tenham vínculo com a licitante no momento da habilitação, o que contrariaria, a princípio, o § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

Deixo de acolher, outrossim, o subitem 5.1.1.6 da proposta de encaminhamento, por entender que a exigência prevista no subitem 3.8.3.3 do Anexo A do edital não se refere à exigência de qualificação técnico-profissional e sim às exigências contidas no § 6º do art. 30.

Por fim, determino que a Unidade Técnica, ao realizar a diligência alvitrada, faça encaminhar cópia do presente despacho."

13.Em resposta, o TSE, por meio de seu Diretor-Geral, Sr. Ney Natal de Andrade Coelho, encaminhou, em 22.11.1999, o Ofício nº 204/99 (fls. 282/292), bem assim os documentos de fls. 293/297.

14.Um dia após o recebimento da resposta à diligência efetuada, o Sr. Luiz César Moretzsohn Rocha solicitou cópia da manifestação do TSE e protocolizou, em 29.11.1999, o arrazoadado de fls. 368/398.

15.Preliminarmente, o Diretor-Geral do TSE tentou descaracterizar a Representação e pedir seu arquivamento, uma vez que esta não buscava a defesa de interesse público, mas sim interesse econômico, pessoal e privado. Entende que a "premissa da legitimação extraordinária que a Constituição da República confere ao cidadão para representar ao Tribunal de Contas (art. 74, § 2º) é a participação daquele no controle, de que é titular a Corte de controle Externo, dos atos da Administração." Revela o Ofício que o representante é irmão do Sr. Carlos Moretzsohn Rocha, sócio titular da empresa Omnitech Serviços em Tecnologia e Marketing S/C Ltda., que se associou à empresa Itaotec Componentes e Serviços S/A. Segundo o TSE, a empresa Omnitech postula, junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial, o registro de patente de autoria da urna eletrônica, com o fim de obter exclusividade na exploração comercial do produto. Quanto a este ponto, ressaltou que o próprio TSE, em observância ao disposto no art. 111 da Lei nº 8.666/93, e consoante o conteúdo do item 15.1, alínea "h", do edital, também requereu a patente do produto.

16.A seguir, serão relatadas as respostas à diligência e as respectivas análises procedidas no âmbito da 5ª SECEX.

a) Possibilidade jurídica de os licitantes poderem exercer o direito de preferência, na forma do art. 3º, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.248/91.

a.1) TSE

17.A autoridade administrativa do TSE fez remissão à decisão do Presidente do TSE que negou provimento ao recurso hierárquico interposto – possivelmente aquele de autoria do próprio representante, Sr. Luiz César Moretzsohn Rocha - contra decisão da Comissão Especial de Licitação, promovida na fase de habilitação. Naquela assentada, o Presidente do TSE endossou o parecer da Comissão de Licitação, já parcialmente transcrito, segundo o qual o direito de preferência seria pretensão a ser deduzida no momento da adjudicação.

a.2) Análise da Unidade Técnica

18. Informa a Unidade Técnica que existe divergência doutrinária quanto à matéria. Marçal Justen Filho entende inaplicável o direito de preferência porque o fundamento constitucional para a diferenciação dos licitantes, que vinha a ser o art. 171 da Magna Carta, foi revogado pela Emenda Constitucional nº 6/95. Celso Antônio Bandeira de Mello, cujo posicionamento foi evidenciado em parecer transcrito pela instrução, entende que o Decreto nº 1.070/94 afronta a Lei nº 8.248/91, que previa a aplicação do direito de preferência só nas situações em que as propostas fossem equivalentes. O Decreto, exorbitando do poder regulamentar, na opinião deste último autor, determinava fossem consideradas equivalentes propostas cujos preços fossem até 12% superiores aos da proposta vencedora.

19.Já os autores Ivan Barbosa Rigolin e Marco Túllio Bottino, citados pela Unidade Técnica, reconheceriam a validade da Lei nº 8.248/91 e do Decreto nº 1.070/94.

20.A Analista encarregada da instrução traz à colação o parecer do Ministério da Ciência e Tecnologia, segundo o qual o amparo para o direito de preferência a que se refere o § 1º do art. 3º da Lei nº 8.248/91 encontra-se nos arts. 218 e 219 da Constituição Federal, que estabelecem normas atinentes à ciência e tecnologia. Logo, a revogação do art. 171 pela Emenda nº 6/95 atingiria apenas o direito de preferência relativo à empresa brasileira de capital nacional, a que se refere o caput do art. 3º da mencionada lei.

21.Menciona a Analista, também, que o Prof. Carlos Pinto Coelho Motta adotada essa mesma linha de entendimento.

22.A Unidade Técnica entende igualmente cabível a aplicação do Decreto nº 1.070/94 aos órgãos do Poder Judiciário, arrolando, para tanto, precedente desta Corte em Decisão proferida em sede de Pedido de Reexame feito pelo TRF da 4ª Região. Aduz a Analista que:

" As decisões do TCU apresentadas vêm a ressaltar as dificuldades da aplicação isolada da Lei nº 8.248/91 para as licitações de informática. O art. 3º da Lei não deixou claro quais seriam os parâmetros da citada 'preferência' (caput, §§ 1º e 2º) ou o que seriam condições equivalentes' (§ 2º).

Se coubesse a cada órgão público estabelecer quais seriam os critérios para a aplicação da 'preferência' ou das 'condições equivalentes' citados no art. 3º da Lei nº 8.248/91, haveria um risco muito grande de os órgãos afrontarem os princípios administrativos do 'julgamento objetivo' e da 'impessoalidade.'".

Conclui a instrução, quanto a essa questão, ser essencial, para a correta aplicação da Lei nº 8.248/91, que a Administração siga os parâmetros fixados no Decreto nº 1.070/94.

b) Na hipótese de a resposta à alínea anterior ser afirmativa, esclarecer se serão observados os dispositivos do Decreto nº 1.070/94, principalmente no que se refere à exigência de que a documentação relativa ao exercício do direito de preferência seja encaminhada junto com a documentação de habilitação.

b.1) TSE

23. Esclareceu o Diretor-Geral do TSE que, independentemente da orientação fixada pelo Senhor Ministro-Presidente, todos os licitantes afirmaram, nos documentos que incluíram nos respectivos envelopes de habilitação, que pretendiam exercer o direito de preferência e ofereceram os documentos que reputaram suficientes, para oportuna apreciação.

b.2) Análise da Unidade Técnica

24. Com fulcro no inciso VII do art. 4º, aduz a instrução que o TSE deveria ter explicitado no Edital a utilização ou não do direito de preferência para o julgamento das propostas. Além disso, a resposta dada pelo TSE a esse item não satisfaria a diligência.

c) Na hipótese de ser observado o direito de preferência e a aplicação do Decreto nº 1.070/94, justificar a não-utilização, para julgamento das propostas, dos fatores padronização e prazo de entrega, na forma prescrita pelo § 1º do art. 3º do mencionado Decreto.

c.1) TSE

25. Ponderou o Diretor-Geral que o próprio Decreto permite a exclusão de até dois dos fatores de julgamento, "quando justificável em razão da natureza do objeto". No caso concreto, "tanto as funções que devem ser desempenhadas pelas urnas, quanto os prazos de sua entrega ao TSE, independem das propostas dos licitantes. Estes devem, estrita e necessariamente, aderir ao que for estabelecido no projeto básico nesses aspectos, porque o edital, a seu turno, condiciona-se, quanto a funções e prazos, às normas legais e às datas previamente definidas para a realização das eleições".

c.2) Análise da Unidade Técnica

26. A instrução considera esclarecida a impropriedade.

d) desobediência ao princípio constitucional e legal da isonomia dos licitantes, com óbice à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração (art. 3º da Lei nº 8.666/93), tendo em vista que foram incluídos em uma mesma licitação a produção e o fornecimento de 186.800 urnas eletrônicas, o fornecimento de suprimentos (flash cards, disquetes, urnas plásticas descartáveis, bobinas de papel para impressora e cabos de bateria) e acessórios (drives de flash cards e scanners), que poderiam ter sido adquiridos separadamente, ampliando o caráter competitivo e, possivelmente, reduzindo os custos para a Administração.

d.1) TSE

27.No que concerne à aquisição conjunta de urnas e respectivos suprimentos (flash cards, disquetes, urnas plásticas descartáveis, bobinas de papel para impressora, cabos de bateria e scanners), asseverou a autoridade do TSE que esse expediente não provoca elevação de custos. Entende que a realização de licitação item a item, poderia, eventualmente, favorecer maior competitividade, porém nem sempre isso se traduz em vantagem econômica, uma vez que a maioria dos fabricantes de componentes e produtos de eletrônica e informática realiza a comercialização por meio de distribuidores. Estes, por sua vez, a repassam para o varejo. Com isso, agregar-se-ia custos à mercadoria.

28.Todavia, a principal razão para a contratar na forma de turn-key é a necessidade de garantir o perfeito funcionamento do sistema como um todo, de forma a se evitar problemas de incompatibilidade entre os componentes e reduzir significativamente os problemas gerenciais. À guisa de exemplificação, o Diretor-Geral citou a seguinte situação hipotética: "o fornecedor da urna é a empresa X e o fornecedor do flash card é a empresa Y. O planejamento deve ser minucioso para garantir que os eventos de fornecimento aconteçam de forma a não comprometer as eleições. Em dado momento, constata-se que o flash card fornecido é de excelente qualidade, porém apresenta alguma incompatibilidade com a urna, requerendo uma intervenção no processo por parte do administrador do contrato. Verifica-se que há duas possíveis soluções: reprojeter a interface da urna para adequá-la à flash card adquirida, ou adequar a flash card à urna. Qualquer que seja, a decisão levará à renegociação de contrato entre os fornecedores dos itens mencionados, podendo afetar a realização da eleição. Neste exemplo, a responsabilidade é, indiscutivelmente, do administrador do contrato."

d.2) Análise da Unidade Técnica

29.Entende dirimida a impropriedade.

e) Necessidade de comprovação de que o capital social exigido tenha sido integralizado até os sessenta dias anteriores à data de recebimento dos envelopes.

e.1) TSE

30.Em relação à necessidade de comprovação, prevista no subitem 7.4, alínea "a" do Edital, de que o capital exigido tenha sido integralizado até sessenta dias anteriores à data de

recebimento dos envelopes, em contrariedade ao art. 31, § 3º, da Lei de Licitações, que permite que a integralização ocorra até a data de apresentação da proposta, aduziu o Sr. Ney Natal A. Coelho que essa questão foi apreciada pela Comissão Especial de Licitação. Naquela ocasião, foi informado a todas as 29 empresas que retiraram o edital que seria observado o disposto na Lei nº 8.666/93.

e.2) Análise da Unidade Técnica

31.A 5ª SECEX considera o ponto esclarecido.

f) Exigência de dois atestados técnico-operacionais, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, certificando que a empresa licitante executou, tempestivamente, projeto similar, quanto às características técnicas, quando a Lei nº 8.666/93 não prevê, em seu art. 30, tal possibilidade.

f.1) TSE

32.Em relação à exigência de dois atestados técnico-operacionais, fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, que atestassem a execução tempestiva de projeto similar, alegou o Diretor-Geral que o entendimento do TSE é no sentido da possibilidade dessa exigência, tanto que ela estava presente nas licitações anteriores para aquisição de urnas eletrônicas. Salientou que o TCU, em duas oportunidades, por ocasião de consulta formulada pelo CONFEA, entendeu que o veto aposto ao inciso II do § 1º do art. 30 do Estatuto das Licitações não impede a exigência de atestados de capacitação técnico-operacional, para comprovar qualificação técnica.

f.2) Análise da Unidade Técnica

33.Argumenta a instrução que o ponto em exame cinge-se à quantidade de atestados exigidos e não à possibilidade jurídica de sua exigência. Assim, entende a Analista que bastaria um único atestado para comprovar que a licitante já executou trabalho similar ou superior.

g) Dispensa de autenticação dos atestados mencionados na alínea anterior por entidades controladoras do exercício profissional, em desobediência ao § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

g.1) TSE

34.Quanto à dispensa de autenticação, por parte das entidades controladoras do exercício profissional, dos atestados técnico-operacionais, aduziu que, no caso concreto não existiria tal entidade, uma vez que a profissão de "técnico de informática" ou equivalente não é regulamentada.

g.2) Análise da Unidade Técnica

35.Considera a matéria esclarecida.

h) Exigência de que o prazo de validade das propostas não seja inferior a 90 dias, ao passo que o art. 64 da Lei nº 8.666/93 prevê que a validade seja de 60 dias da data de entrega das propostas, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.

h.1) TSE

36.O Diretor-Geral do TSE teceu as seguintes considerações:

"É possível considerar-se que o prazo sob foco ou é de convocação para o contrato, não interferindo sobre a validade das propostas (o que se compadece com a regra do art. 40, II), ou é de validade das propostas com o fim de proteger os licitantes contra eventual abuso da Administração, não impedindo que o adjudicatário contrate com a Administração, se o desejar, mesmo depois de vencido dito prazo.

Em qualquer das hipóteses, o edital não está impedido de fixar outro prazo, ainda que maior, de validade das propostas.

No caso das três licitações das urnas eletrônicas (1995, 97 e 99), os respectivos editais fixaram prazos maiores de validade das propostas, na premissa –que se mostrou acertada, nas duas licitações já consumadas – de que o tempo de duração do procedimento licitatório ultrapassaria dois meses, não se podendo comprometer a execução pela exigüidade do prazo de validade das propostas.

Se algum licitante se entendesse prejudicado pela fixação de prazo diverso de 60 dias, caber-lhe-ia impugnar o edital, o que não ocorreu em qualquer das três licitações."

h.2) Análise da Unidade Técnica

37.Pondera a instrução que a Lei nº 8.666/93, em seu art. 40, não estabeleceu claramente o prazo de validade das propostas. Entretanto, o art. 64, § 3º, da referida Lei prevê que os licitantes ficam liberados dos compromissos assumidos se decorridos 60 dias da entrega das propostas. Assim, entende que não caberia ao administrador criar novo prazo de validade das propostas.

i) Excessivo rigor quanto à exigência de qualificação técnico-profissional, como, por exemplo, a exigência de 15 anos de formado do Gerente Técnico Geral, o que poderia restringir o caráter competitivo do certame.

i.1) TSE

38.Afirmou o dirigente do TSE que aquelas exigências eram indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, na forma do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal. Entendeu que deve-se reduzir a possibilidade de acesso ao certame de empresas aventureiras, sem condições técnicas para fabricar produto incomum; sem condições de respeitar prazos exíguos e improrrogáveis; de oferecer suporte logístico, de entrega e de distribuição; de realizar treinamento de pessoal e preparação de locais e instalações e de assegurar manutenção preventiva e corretiva.

39.Alegou, ainda, que o mesmo critério foi utilizado no projeto básico da licitação de 19;97, sem qualquer questionamento quanto a seu rigor ou caráter restritivo.

i.2) Análise da Unidade Técnica

40.Considera dirimidas as dúvidas quanto a esse ponto.

j) Exigência, contida no subitem 7.5 do edital da Concorrência 27/99, de que os profissionais relacionados tenham vínculo com a licitante no momento da habilitação, o que contrariaria, a princípio, o § 6º do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

j.1) TSE

41.O Diretor-Geral do TSE aduziu que não existe vedação no art. 30, § 6º, da Lei nº 8.666/93 para exigir-se que os profissionais tenham vínculo com a licitante no momento da habilitação. A falta dessa exigência poderia ensejar que licitante indicasse qualquer profissional existente no mercado, sem que, em consequência, houvesse desenvolvido, com a empresa licitante, trabalhos que o habilitassem a conhecer a tecnologia da empresa. Além disso, dito profissional poderia não estar disponível no momento em que a empresa fosse contratar com a Administração.

42.O Sr. Ney Natal A. Coelho conclui seu arrazoado afirmando que, desde as licitações das Urnas Eletrônicas de 1996 e 1998, o TSE buscou assessoria direta do mais renomado jurista brasileiro em licitações públicas, Dr. Jessé Torres Pereira Júnior, que foi nomeado Presidente da Comissão Especial de Licitação.

j.2) Análise da Unidade Técnica

43.A instrução não acata a justificativa apresentada e considera a exigência feita pelo edital ilegal. Em relação à comprovação da capacidade técnico-profissional, invoca o inciso I do § 1º do art. 30 da Lei das Licitações, segundo o qual o licitante deve comprovar possuir em seu quadro permanente, na data prevista para a entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente.

44.Já em relação à comprovação de capacidade técnico-operacional, que a instrução entende ser a hipótese aplicável, bastaria a indicação, por meio de declaração formal de responsabilidade, do pessoal técnico adequado e disponível para a realização do objeto da licitação.

45.Em conclusão, propôs a Unidade Técnica, em pareceres uniformes, que o Tribunal de Contas da União conheça da presente Representação para, no mérito, considerá-la procedente, fazendo-se as seguintes determinações ao TSE:

"1.1 no que se refere à licitação para aquisição de urnas eletrônicas – Concorrência nº 27/99-TSE-, adote providências para que a Comissão Especial de Licitação considere no julgamento das propostas, o estabelecido no art. 3º, incisos I e II e parágrafos 1º e 2º da Lei nº 8.248/91, regulamentado pelo Decreto nº 1.070, art. 1º, incisos I, II e III e § 1º; art. 3º, incisos I a VII e parágrafos 1º, 2º e 4º, art. 4º, parágrafo único e art. 5º, incisos IV a VII e parágrafos 1º, alíneas "a", "c" e "e", 2º, 3º alíneas "a" e "b" e 4º;

1.2 nos futuros atos convocatórios:

1.2.1 quando se tratar da aquisição de bens e serviços de informática, observe o disposto no art. 3º, incisos I e II, e §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.248/91, regulamentado pelo Decreto nº 1.070, art. 1º,

incisos I, II, III e §§ 1º e 3º; art. 2º, incisos I a IV, Parágrafo único; art. 3º, incisos I a VII, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, art. 4º, Parágrafo único e art. 5º, incisos IV a VII, § 1º, alíneas "a", "c" e "e" e parágrafos 2º, 3º, alíneas "a" e "b" e art. 4º, estabelecendo, no respectivo edital, critérios claros de julgamento das propostas, consoante prevê o inciso VII do art. 40 da Lei nº 8.666/93;

1.2.2 abstenha-se de exigir mais de 1 (um) atestado técnico-operacional das empresas interessadas, conforme prevê o art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93, vez que o art. 3º, §1º, inciso I, deste dispositivo legal estabelece que nos certames licitatórios não se deve admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo;

1.2.3 observe o disposto no § 3º do art. 64 da Lei nº 8.666/93, não exigindo que as propostas tenham validade superior a 60 (sessenta) dias a partir da data da sua apresentação;

1.2.4 abstenha-se de exigir que os profissionais listados pelas participantes para comprovação da capacidade técnico-operacional tenham, no momento da habilitação, vínculo profissional de qualquer natureza jurídica com a respectiva licitante, uma vez que, de acordo com o inciso I do § 1º do art. 30 da Lei nº 8.666/93, tal exigência somente é cabível para a comprovação da capacidade técnico-profissional, em relação aos profissionais de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentores de responsabilidade técnica;

1.2.5 observe o disposto no § 3º do art. 31 da lei nº 8.666/93 no que se refere à aceitação de que a integralização do capital social mínimo exigido das empresas participantes se dê até a data de apresentação das propostas.

46.Tendo em vista a relevância da matéria em foco, solicitei a oitiva do Ministério Público junto a este Tribunal.

47.O douto parquet, em parecer de lavra do Procurador Marinus Eduardo de Vries Marsico, adotou basicamente o posicionamento da Unidade Técnica, uma vez que, segundo aquela judiciosa peça, a revogação do art. 171 da Constituição Federal teria extirpado do ordenamento jurídico pátrio apenas a possibilidade de se criar distinção entre empresas em função da origem de seu capital. Houve discordância apenas quanto à possibilidade de o TSE fixar prazo de validade das propostas superior a sessenta dias, em razão das peculiaridades do caso e das divergências doutrinárias sobre a matéria.

48.Em 19.1.2000, em razão do término do processo licitatório e da adjudicação do objeto ao licitante vencedor, bem assim da assinatura do contrato, determinei à 5ª SECEX a realização de diligência junto ao TSE, com vistas a obter, no prazo de cinco dias, a seguinte documentação:

a) recursos interpostos pelos licitantes na fase de julgamento das propostas técnicas e de preços, bem assim as deliberações proferidas pela autoridade superior;

b) deliberação da autoridade competente quanto à homologação da licitação e à adjudicação do objeto da licitação;

c) cópia do instrumento contratual firmado entre a Administração e o adjudicatário.

49.Em resposta, foram encaminhados, em 26.1.2000, os documentos de fls. 450/727. Em 3.2.2000, o Sr. Luiz César Moretzsohn Rocha trouxe as razões de fls. 729/752, bem assim a documentação complementar de fls. 753/838. Determinei à 5ª SECEX, em despacho de fl. 728, que analisasse, nos documentos colacionados aos autos, os fatos novos porventura existentes. A Unidade técnica, por seu turno, não vislumbrou, na documentação encaminhada pelo representante, nenhum fato novo. Dessarte, a instrução de fls. 839/887 cingiu-se a analisar a documentação resultante da diligência efetuada junto ao TSE.

50.Em relação às propostas técnicas, foram arrolados os recursos relativos à pontuação do item "fator sistema operacional da UE2000 com núcleo protegido" interpostos pelas empresas Procomp e Itaotec; à pontuação para o fator "suporte a serviços", interposto pela Itaotec; impugnação ao recurso da Itaotec, realizada pela Procomp. Além disso, foram juntados o Relatório do Grupo de Assessoramento Técnico (GAT) sobre os recursos interpostos pela Procomp e pela Itaotec, o Relatório da Comissão Especial de Licitação, dirigido ao Presidente do TSE, e decisão do Ministro-Presidente acerca desses recursos.

51.No essencial, a Unidade Técnica considerou satisfatórias as respostas dadas às peças recursais dos licitantes. Considerou correta, portanto, a denegação dos recursos e a manutenção da pontuação conferida a cada licitante, tanto nas propostas técnicas quanto nas de preço.

52.O resultado da licitação foi o seguinte, não considerado o eventual direito de preferência: Licitante Índice Técnico Proposta de Preço Índice de Preços Avaliação Final PROCOMP 1,0 R\$ 196.208.601,57 1,0 10 UNISYS 0,99244 R\$ 199.879.825,63 0,98154 9,8699 ITAUTEC 0,96027 R\$ 206.938.577,16 0,948149 9,5421

53.A instrução aplicou, hipoteticamente, o inciso VII do art. 3º e o art. 4º do Decreto nº 1.070/94 e considerou que todas as propostas estavam, em tese, pré-qualificadas e deveriam ser consideradas equivalentes, restando ao TSE, pois, analisar a documentação encaminhada pelos licitantes a fim de aplicar o direito de preferência.

54.Em despacho de fl. 889, determinei fosse realizada a oitiva da empresa Procomp para que esta produzisse as razões que entendesse de direito, uma vez que o deslinde do processo poderia atingir interesse jurídico da empresa adjudicatária.

55.A empresa apresentou as razões de fls. 904/927, acompanhada dos documentos de fls. 928/994. Em primeiro lugar, alegou a Procomp que o autor da presente Representação é diretamente interessado no resultado do certame, ao qual compareceu na condição de representante legal da empresa Ominitech Serviços em Tecnologia e Marketing S/C Ltda., que seria futura subcontratada da Itaotec. Informou que a Itaotec, além de ter-se classificado em terceiro e último lugar no processo de seleção, recebeu a menor nota técnica do certame e sua proposta representa um custo adicional de mais

de dez milhões de reais aos cofres da União, o que seria suficiente para a automação eleitoral no Amapá, Acre, Distrito Federal, Rondônia, Roraima, Sergipe e Tocantins. Argumentou a interessada que, após a Emenda Constitucional nº 6/95, ficou vedado qualquer tipo de diferenciação entre empresas. Indagou o porquê de o autor da presente Representação não ter impugnando os Editais de licitação do TSE em outras oportunidades, quando aquele órgão optou por não aplicar o direito de preferência.

56. Consignou a adjudicatária em seu arazoado:

"Frise-se, das três licitações, publicadas com o objetivo de ceder o direito de produzir as URNAS ELETRÔNICAS, devidamente presididas pelo TSE, nenhuma abraçou, objetivamente, o exercício do direito de preferência.

Isto porque, repita-se outra vez, o produto objeto destas licitações não possui similar nacional e foi desenvolvido pelos técnicos do TSE em toda sua extensão e, ao TSE pertence a propriedade intelectual e, toda aplicação, arquivos, fontes do software desenvolvido nas licitações, todos são de propriedade exclusiva do TSE e, a ele pertence o exclusivo direito de produção das URNAS ELETRÔNICAS, objeto do Certame questionado pelo Autor.

A partir de certa e justa remuneração, o TSE licitou o produto denominado: URNAS ELETRÔNICAS, para e por isso contratou produto específico e determinado no objeto licitatório, ali constando não só o desenvolvimento do HARDWARE, como do SOFTWARE a ser desenvolvido, fazendo constar também que, todos os direitos decorrentes daquela contratação pertencem exclusivamente ao Contratante – TSE.

É claro que, para o objeto licitado, ora em questão, não há que se falar em aplicação das normas relativas ao direito de preferência, já que o produto licitado não possui similar nacional e, sequer pode ser produzido sem a autorização, expressa e exclusiva, do TSE.

57. Em 7.4.2000, o autor da Representação trouxe as alegações de fls. 998/999, para contraditar os argumentos da vencedora da Concorrência nº 27/99.

58. A instrução de fls. 1001/1008, ao analisar as razões da Procomp, asseriu que o autor da Representação possui qualificação necessária para este processo, na forma do Regimento Interno e da Resolução nº 77/96 – TCU. Quanto ao suposto aumento de despesa que adviria com a adjudicação do objeto à Itautec, da ordem de dez milhões de reais, caso fosse utilizado o chamado "direito de preferência", entende a AFCE Fernanda Marina Oga ser apenas uma hipótese, haja vista que não foram analisados os documentos que comprovam a preferência dos licitantes.

59. A instrução aduziu que, embora os direitos autorais relativos à urna eletrônica sejam do TSE, não estaria afastada a aplicação do direito de preferência, que poderia recair sobre partes do objeto licitado, tais como impressora, disquetes e componentes (teclado, monitor, fonte, memória, dentre outros).

60.Quanto ao aspecto da economicidade, invocado pela Procomp, afirmou a Analista que cabe ao legislador definir as políticas públicas por meio das leis. Além disso, o interesse público poderia não se limitar apenas à economia monetária para o Estado. Poderia, sim, haver interesse em desenvolver a indústria de informática. Aduz a Analista que "o incentivo que se faz de um lado, muitas vezes pagando-se mais em uma licitação, pode ser amplamente compensado pelo aumento do nível de empregos, pelo crescimento das receitas tributárias, pelo aumento do know how nacional sobre os produtos de informática etc."

61.Dessarte, a instrução propôs ao Tribunal que:

"conheça da presente Representação, por preencher os requisitos de admissibilidade previstos no art. 213 do Regimento Interno deste Tribunal para, no mérito, considerá-la PROCEDENTE, determinando ao Diretor-Geral da Secretaria do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que:

a) no que se refere à licitação para aquisição de urnas eletrônicas – Concorrência nº 27/99-TSE –, adote providências para que a Comissão Especial de Licitação considere no julgamento das propostas, o estabelecido no art. 3º, incisos I e II e parágrafos 1º e 2º da Lei n.º 8.248/91, regulamentado pelo Decreto n.º 1.070, art. 1º, incisos I, II e III e §1º; art. 3º, incisos I a VII e parágrafos 1º, 2º e 4º; art. 4º, Parágrafo único e art. 5º, incisos IV a VII e parágrafos 1º, alíneas "a" , "c" , "e" , 2º, 3º, alíneas "a" e "b" e 4º;

b) nos futuros atos convocatórios:

b.1) quando se tratar da aquisição de bens e serviços de informática, observe o disposto no art. 3º, incisos I e II, §§ 1º e 2º da Lei n.º 8.248/91, regulamentado pelo Decreto n.º 1.070, art. 1º, incisos I, II, III e §§ 1º e 3º; art. 2º, incisos I a VI, Parágrafo único; art. 3º, incisos I a VII, §§ 1º, 2º, 3º e 4º; art. 4º, Parágrafo único e art. 5º incisos IV a VII, § 1º, alíneas "a", "b", "c", "d" e "e" e parágrafos 2º, 3º, alíneas "a" e "b" e 4º, estabelecendo, no respectivo edital, critérios claros de julgamento das propostas, consoante prevê o inciso VII do art. 40 da Lei n.º 8.666/93;

b.2) abstenha-se de exigir mais de 1(um) atestado técnico-operacional das empresas interessadas, conforme prevê o art. 30, § 1º, da Lei n.º 8.666/93, vez que o art. 3º, § 1º, inciso I deste dispositivo legal estabelece que nos certames licitatórios não se deve admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo;

b.3) abstenha-se de exigir que os profissionais listados pelas participantes para comprovação da capacidade técnico-operacional tenham, no momento da habilitação, vínculo profissional de qualquer natureza jurídica com a respectiva licitante, vez que de acordo com o inciso I do § 1º do art. 30 da Lei n.º 8.666/93, tal exigência somente é cabível para a comprovação da capacidade técnico-profissional, em relação aos profissionais de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentores de responsabilidade técnica;

b.4) observe o disposto no § 3º do art. 31 da Lei n.º 8.666/93 no que se refere à aceitação de que a integralização do capital social mínimo exigido das empresas participantes se dê até a data de apresentação das propostas".

62.O Ministério Público, em parecer de lavra do douto Procurador Marinus Eduardo De Vries Marsico, após breve digressão sobre o andamento deste processo, assim se pronunciou:

"Em relação ao argumento que aborda a cessão da propriedade do projeto (alínea "a", retro), entendemos que o fato de o direito de propriedade autoral pertencer ao TSE, aliado às características inovadoras da urna eletrônica, não representa qualquer óbice à aplicação do Decreto nº 1.070/94, seja ele de natureza legal, seja ele de ordem prática. A nosso ver, as características peculiares do projeto não impedem que seja identificado se a tecnologia foi desenvolvida no País ou se o produto é produzido com significativo valor agregado local, atributos cuja avaliação é necessária para aplicação do direito de preferência. Nesse sentido, para melhor compreensão, julgamos oportuno transcrever o que dispõe o art. 1º, das Portarias MCT nº 214, de 09/12/94, e nº 92, de 08/06/94, respectivamente: '... consideram-se bens ou produtos com tecnologia desenvolvida no País aqueles projetados, desenvolvidos e submetidos a ensaios de laboratório e testes de campo, por técnicos aqui residentes e domiciliados, com conhecimento e domínio das tecnologias envolvidas, e que atendam às especificações, normas e padrões técnicos e legais vigentes no País.'. '... consideram-se bens de informática produzidos com significativo valor agregado local, aqueles que estiverem habilitados a usufruir da isenção do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, mediante Portaria Interministerial dos Ministérios da Ciência e Tecnologia e da Fazenda.'

No que tange ao argumento da inviabilidade de contratação de proposta mais onerosa (alínea "b", retro), é preciso esclarecer que esta é apenas uma suposição, já que não há nos autos elementos que nos permitam concluir que a PROCOMP não seria a vencedora do certame, caso fosse considerado o direito de preferência. De qualquer forma, ainda que admitíssemos que o vencedor fosse outro, não se sustentaria o argumento apresentado, uma vez que este não pode ser invocado para justificar o descumprimento de dispositivo legal, por ser a legalidade um dos princípios fundamentais da Administração Pública. Tampouco caberia, no presente caso, invocar métodos de interpretação constitucional, com o objetivo de restringir a aplicação de dispositivo infraconstitucional, cuja clareza é evidente. Pensar em contrário, implica admitir que, se surgisse uma quarta empresa X que, não tendo participado do processo licitatório, oferecesse uma proposta ainda mais baixa que a da vencedora, a Administração deveria abandonar o resultado da licitação para adjudicar o objeto à empresa X, em razão de ser a proposta mais vantajosa, o que seria um absurdo à luz do ordenamento jurídico.

Quanto ao argumento da supremacia do interesse público (alínea 'c', retro), é preciso que a questão seja examinada com cuidado, de modo a que se identifique exatamente o interesse público em foco, sob pena de se usar o princípio de forma equivocada. A Lei nº 8.248/91 - que dispõe sobre a

capacitação e competitividade do setor de informática e automação, e dá outras providências - procedeu à reformulação da Política Nacional de Informática, adequando-a à nova Constituição. Os mecanismos por ela instituídos, que vão desde a concessão de incentivos fiscais e a atribuição de prioridade em financiamentos, até a outorga de preferência nas aquisições de bens e serviços de informática realizadas pelo setor público (direito de preferência), constituem, em seu conjunto, uma política pública setorial. É de se notar que a implementação desta política - como em regra acontece em todas as outras - acarreta custos aos cofres públicos que o legislador, ao aprovar a lei, entendeu diminutos em relação aos objetivos que ela pretende alcançar. Tendo sido essa a opção do legislador, não cabe à Administração questioná-la, uma vez que a escolha da prioridade na alocação do recurso público foi feita pelo agente político competente. Portanto, se a utilização do direito de preferência não resultar na escolha da menor proposta, esta, ainda assim, será considerada a proposta que atende ao interesse público maior, por estar em sintonia com a política setorial estabelecida e de acordo com o princípio da legalidade.

Destarte, não vislumbramos, nos documentos encaminhados, argumentos jurídicos consistentes o bastante para modificar o posicionamento que anteriormente defendemos, razão pela qual reiteramos os exatos termos do Parecer de fls. 446/447, inclusive quanto às determinações sugeridas.

Nesse sentido, ante a não adoção do direito de preferência na fase de adjudicação do objeto, restou configurada grave infringência ao disposto no art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, c/c o art. art. 3º da Lei nº 8.248/91, viciando o procedimento adjudicatório e os atos dele decorrentes, o que, segundo entendemos, deve ser imediatamente corrigido pela Administração do TSE.

Assim sendo, em atenção à Audiência Regimental propiciada pelo eminente Ministro-Relator, este membro do Ministério Público se manifesta, no geral, de acordo com a proposta de mérito alvitrada pela 5ª SECEX, em pareceres uniformes (fls. 1007/1008), opinando por que:

a) seja conhecida a presente representação, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, para, no mérito, considerá-la procedente;

b) seja fixado prazo para que o TSE, com fundamento no inciso IX do art. 71 da Constituição Federal e no art. 45 da Lei nº 8.443/92, adote as medidas necessárias ao cumprimento do art. 49 da Lei nº 8.666/93, no sentido de anular o procedimento adjudicatório e os atos dele decorrentes, relativamente à Concorrência nº 27/99-TSE, em que foi contratada a empresa PROCOMP - Indústria Eletrônica Ltda, tendo em vista que não foi observado o disposto no art. 45, § 4º, da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, deixando-se de considerar, na adjudicação do objeto, o direito de preferência estabelecido no art. 3º da Lei nº 8.248/91, regulamentado pelo Decreto

nº 1.070/94, art. 1º, incisos I, II e III e § 1º; art. 3º, incisos I a VII e §§ 1º, 2º e 4º; art. 4º, caput e parágrafo único; e art. 5º, incisos IV a VII e §§ 1º, alíneas "a", "c" e "e", 2º, 3º, alíneas "a" e "b", e 4º;

c) seja determinado ao TSE que:

c.1) encaminhe ao Tribunal, tão logo seja atendida a determinação constante da alínea "b" retro, informações acerca das providências adotadas, bem como sobre os desdobramentos da Concorrência nº 27/99-TSE;

c.2) em futuros atos convocatórios, observe as determinações constantes das alíneas "b.1" a "b.4", sugeridas pela 5ª SECEX no parecer de fls. 1007/1008;

d) seja encaminhada cópia da Decisão que vier a ser proferida, bem como do Relatório e Voto que a fundamentarem, ao representante, Sr. Luiz César Moretzsohn Rocha, e à empresa PROCOMP - Indústria Eletrônica Ltda;

e) com fundamento no art. 194, inciso II, do RI/TCU, c/c o § 1º do mesmo artigo, seja o presente processo juntado às contas do TSE relativas ao exercício de 1999, para exame em conjunto e em confronto."

63.Em 22.5.2000, o TSE encaminhou o Ofício nº 1652/00, de fls. 1020/1021, acompanhado dos anexos de fls. 1022/1063, sendo que estes já tinham sido, oportunamente, examinados pela Unidade Técnica e pelo Ministério Público. O mencionado ofício informa que, em duas circunstâncias, o TSE manifestou-se quanto à inaplicabilidade do direito de preferência: a primeira delas por ocasião na Concorrência nº 2/97 e, a segunda, na Concorrência nº 27/99, ambas para aquisição de urnas eletrônicas.

64.No primeiro momento, o então Ministro-Presidente Ilmar Galvão adotou o seguinte posicionamento:

"Deixo de conhecer do argüido direito de preferência, seja porque estranho ao regime estabelecido no edital desta licitação, seja porque incabível em face da Emenda Constitucional nº 6/95, seja porque inconciliável com a cessão, ao TSE, de todos os direitos autorais

concernentes às urnas eletrônicas utilizadas em pleitos sujeitos à Justiça Eleitoral brasileira, seja porque o argüinte não preencheria as condições regulamentadoras da preferência acaso subsistente na ordem jurídica positiva."

65.Em 24.5.2000, o Ministro-Presidente do TSE encaminhou o Ofício nº 1668, por meio do qual noticia que a empresa Unisys teve seu pedido de segurança denegado por aquele Tribunal Eleitoral e que, irresignada, interpôs recurso ordinário em mandado de segurança para o Supremo Tribunal Federal. Informa, ainda, que o licitante Itautec também requereu mandado de segurança, tendo sido negada a concessão de medida liminar.

É o Relatório.

Voto do Ministro Relator

PROPOSTA DE DECISÃO

Inicialmente, gostaria de registrar a elevada qualidade técnica do trabalho realizado pela Analista Fernanda Marina Oga, da 5ª SECEX, cujas instruções demonstram a preocupação em enfrentar com profundidade todas as questões colocadas no processo.

2.A partir do momento em que protocolizou a presente Representação, o Sr. Luiz César Moretzsohn Rocha deu início a processo de fiscalização, cuja natureza é essencialmente inquisitória, ou seja, visa à produção de provas e elementos que possam subsidiar decisão a ser exarada pelo TCU. Vigora, então, o princípio da oficialidade, que permite ao TCU a adoção, de ofício, de medidas tendentes à obtenção das informações necessárias.

3.Registre-se, entretanto, a evolução doutrinária, jurisprudencial e legislativa do direito administrativo que, aos poucos, vai acolhendo o paradigma processualista como forma usual de atuação da Administração. Nesse sentido, mesmo em processo de fiscalização, nada obsta que o Relator convoque cidadão e empresas que, de alguma forma, possam contribuir com a obtenção de uma decisão abalizada, porque resultante de um processo dialético mais denso e aprofundado.

4.De igual forma, a juízo do Relator, pessoas e empresas que possam ter sua posição jurídica prejudicada em face de eventual decisão desta Corte, podem ser previamente convocadas para apresentar suas razões. Tal procedimento, apesar de não constituir norma adjetiva cogente, redundante, muitas vezes, em economia processual e permite um posicionamento mais sólido do julgador.

5.Foi o que ocorreu neste processo. Ao verificar que eventual conclusão poderia afetar os interesses da empresa Procomp, a quem foi adjudicado o objeto da Concorrência nº 27/99 do TSE, com posterior contratação, determinei sua oitiva. E não o fiz em relação às demais empresas porque elas não seriam, de nenhuma forma, prejudicadas.

Da constitucionalidade do direito de preferência

6.Feitas essas considerações preliminares, é de esclarecer que o ponto fulcral da presente representação é a subsistência ou não, após o advento da Emenda Constitucional nº 6/95, do direito de preferência para bens e serviços de informática com tecnologia nacional ou produzidos no País com significativo valor agregado nacional.

7.Não resta dúvida de que a preferência outrora concedida à empresa brasileira de capital nacional foi afastada pela revogação do art. 171 da Magna Carta, mesmo porque, em consequência dessa alteração constitucional, o conceito de empresa brasileira de capital nacional deixou de existir no mundo jurídico. Interessa saber, para o deslinde da matéria, se o art. 3º da Lei nº 8.248/91 teria sido inteiramente revogado ou se remanesceria algum tipo de privilégio, nele previsto, para bens e serviços de informática.

8.Reza o dispositivo:

"Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União, darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, nos termos do § 2º do art. 171 da Constituição Federal, aos produzidos por empresas brasileiras de capital nacional, observada a seguinte ordem:

I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II – bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local.

§ 1º - Na hipótese da empresa brasileira de capital nacional não vir a ser objeto desta preferência, dar-se-á aos bens e serviços fabricados no País preferência em relação aos importados, observado o disposto no § 2º deste artigo.

§ 2º - Para o exercício desta preferência, levar-se-á em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço."

9. Já o art. 171 da Constituição Federal, revogado pela Emenda Constitucional nº 6/95, a par de definir "empresa brasileira" e "empresa brasileira de capital nacional", determinava que o Poder Público daria tratamento preferencial à empresa brasileira de capital nacional na aquisição de bens e serviços, observados os termos da lei.

10. A questão que se coloca diz respeito à possibilidade jurídica de os bens e serviços de informática com tecnologia nacional ou produzidos no País com significativo valor agregado local virem a ser objeto de "direito de preferência", na forma prevista no Decreto nº 1.070/94, que regulamentou a Lei nº 8.248/91.

11. O Ministério da Ciência e da Tecnologia, em parecer de lavra do Assessor Ailton Carvalho Freitas, firmou entendimento no sentido de que subsiste o direito de preferência em relação aos bens e serviços produzidos com tecnologia nacional ou com significativo valor agregado nacional. Propugna o douto jurista que o fundamento constitucional para esse tipo de benefício seriam os arts. 218 e 219, a saber:

"Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas.

§ 1º A pesquisa científica básica receberá tratamento prioritário do Estado, tendo em vista o bem público e o progresso das ciências.

§ 2º A pesquisa tecnológica voltará-se-á preponderantemente para a solução dos problemas brasileiros e para o desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional.

§ 3º O Estado apoiará a formação de recursos humanos nas áreas de ciência, pesquisa e tecnologia, e concederá aos que delas se ocupem meios e condições especiais de trabalho.

§ 4º A lei apoiará e estimulará as empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País, formação e aperfeiçoamento de seus recursos humanos e que pratiquem sistemas de remuneração que assegurem ao empregado, desvinculada do salário, participação nos ganhos econômicos resultantes da produtividade de seu trabalho.

§ 5º É facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular parcela de sua receita orçamentária a entidades públicas de fomento ao ensino e à pesquisa científica e tecnológica.

Art. 219. O mercado interno integra patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal."

12. Assim, o MCT concluiu que a revogação do art. 171 da Magna Carta teria afetado tão-somente os benefícios concedidos às empresas brasileiras de capital nacional.

13. Abraçaram o mesmo posicionamento o autor da presente Representação, a Unidade Técnica e o Ministério Público junto a esta Corte.

14. A meu ver, a interpretação que deve ser extraída do novo texto constitucional deve ponderar a norma expressa no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que determina:

"XXI - 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."

15. Antes da publicação da EC nº 6/95, era possível, em determinadas hipóteses, o afastamento do princípio da igualdade entre os licitantes. Isso porque a própria Constituição previa expressamente tal possibilidade, como se verifica do antigo texto constitucional:

"Art. 171. São consideradas:

(.....omissis.....)

§ 2º Na aquisição de bens e serviços, o Poder Público dará tratamento preferencial, nos termos da lei, à empresa brasileira de capital nacional."

16. Nesse contexto, foi editada a Lei nº 8.248/91, que a par de estabelecer, no retromencionado art. 3º, preferência para a empresa brasileira de capital nacional nas licitações na área de informática, previa a possibilidade de ser conferido tratamento preferencial aos bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País ou aos bens e serviços produzidos no País com significativo valor agregado local.

17. Percebe-se, pois, com as devidas vênias dos pareceres do MP/TCU e da Unidade Técnica, que não pode sobreviver no ordenamento jurídico brasileiro exceção à regra da isonomia dos

licitantes que não derive expressamente da Lei Maior. O contrário constituiria completa subversão ao princípio da supremacia constitucional.

18. Em reforço à tese expandida, deve-se ressaltar, em análise meramente panorâmica, a evolução do texto constitucional brasileiro no sentido de reduzir as desigualdades de tratamento conferidas ao capital estrangeiro quando comparado ao capital nacional. Nesse sentido, mencionem-se as alterações do texto constitucional originário: art. 176, § 1º, que trata da pesquisa e lavra de recursos minerais; art. 170, IX, que confere tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte; art. 178, parágrafo único, que permite às embarcações estrangeiras o transporte de mercadorias na cabotagem e a navegação interior. Além disso, merece menção a flexibilização do monopólio estatal do petróleo, previsto no art. 177 da Constituição Federal, que passou a permitir, a partir da publicação da EC nº 9/95, a contratação de empresas estrangeiras para o desenvolvimento de atividade de pesquisa, lavra, refino e transporte de petróleo e seus derivados.

19. É nesse contexto, em que o poder constituinte derivado reformador, em harmonia com as idéias norteadoras do processo de globalização, manifesta inquestionável propósito de conferir tratamento igualitário aos capitais nacional e estrangeiro, que deve ser analisado o argumento esposado pela instrução e pelo MP/TCU de que o direito de preferência para bens e serviços de informática encontra assento nos comandos programáticos insertos nos arts. 218 e 219 da Magna Carta, que tratam, no âmbito do Título VIII – Da Ordem Social, da Ciência e Tecnologia. .

20. Data maxima venia, não vislumbro nesses artigos autorização para a concessão de privilégios a determinados licitantes, de forma a justificar a não-incidência do princípio da igualdade, insculpido expressamente no inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal.

21. A promoção do desenvolvimento tecnológico é ação que não envolve, necessariamente, a utilização do poder de compra do Estado. Pode este, para tanto, financiar a pesquisa, conceder incentivos fiscais, estabelecer barreiras tributárias e não-tributárias à importação de bens, criar regimes aduaneiros especiais, dentre outras medidas. Seria até possível a prescrição legal de tratamento diferenciado aos produtos nacionais, caso não colidisse com os mandamentos do inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal, que obriga tratamento igualitário aos licitantes.

22. A interpretação dos limites dos arts. 218 e 219, cuja natureza programática é evidente, não pode infirmar os princípios insculpidos expressamente na Constituição. Fica claro que não se está retornando à antiga idéia, não compartilhada pelos modernos constitucionalistas, de que as normas programáticas não teriam força cogente. Sem embargo de reconhecer sua coercitividade, não é lícito ao intérprete buscar apoio em norma de baixa densidade semântica, de larga generalidade, para extrair afronta à norma constitucional preceptiva, que obriga o cumprimento do princípio constitucional da isonomia conferida aos licitantes.

23. Também adota entendimento similar o renomado administrativista Marçal Justen Filho (Comentários à lei de licitações e contratos administrativos, 6ª edição, Dialética, São Paulo, pp. 82/83), cujos ensinamentos transcrevo parcialmente:

"Não há mais mais fundamento constitucional para estabelecer preferência em favor de empresa brasileira. Não se admite sequer regra da preferência em função de a prestação ser produzida no Brasil. De todo o modo, observe-se que a divergência tem-se desenvolvido a propósito da aplicação de regras que são inválidas. Mais precisamente, não se admitem as soluções contidas na Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. Além disso, são totalmente indefensáveis as regras do Dec. Fed. 1.070.

(.....omissis.....)

Também não se afigura convincente a invocação do art. 219 da CF/88. Alguns sustentaram que essa regra daria supedâneo a diferenciações entre produtos nacionais e estrangeiros, para fins de licitação. Não parece ser viável esse entendimento.

Em primeiro lugar, interpretação dessa ordem tornaria inútil o próprio art. 171. Conduziria a supor que todas as diferenciações alicerçadas anteriormente naquele dispositivo manteriam a vigência em virtude desse outro dispositivo. Enfim, a revogação do art. 171 não alteraria a disciplina constitucional.

Ao contrário, afigura-se claro que o art. 219 não determina, de modo direto, nenhuma discriminação favorável a produtos nacionais. Determina-se o incentivo, o que não se confunde com o privilégio de contratar com o Estado em melhores condições. O incentivo pode desdobrar-se por inúmeras vias e através de diferentes instrumentos. Quando se tratar de contratação administrativa, porém, a regra será a prevalência da proposta mais vantajosa. O Estado até pode conceder incentivos para a pesquisa científico-tecnológica. Em algumas hipóteses poderá contratar diretamente, com dispensa de licitação. Quando, porém, instaurar-se a licitação, deverá ser julgada segundo o critério da proposta mais vantajosa. Em suma, a proposta mais vantajosa não pode ser legitimada através do argumento do incentivo à indústria nacional."

24. Também propugna a revogação total do art. 3º da Lei nº 8.248/91 o parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República Eduardo Antônio Dantas Nobre, acolhido pelo Procurador-Geral da República, Geraldo Brindeiro, no Mandado de Segurança nº 2810, impetrado pela Itaotec Componentes Eletrônicos junto ao TSE, com vistas a assegurar o direito de preferência na concorrência de que cuida esta Representação.

26. Cumpre, aqui, reproduzir excertos desse parecer, por esclarecedor:

"A regra básica sobre licitação está fincada no art. 37, XXI, Constituição Federal, que recita: '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 de cumprimento das obrigações' (Grifos acrescentados)

Resulta, daí, que as unidades federadas não podem, em absoluto, afastar os seus certames licitatórios dos limites traçados pela Constituição Federal, que encontram, no princípio da igualdade, o seu norte fundamental.

Quando aplicada à licitação, a igualdade veda, de modo terminante, que o Poder Público promova discriminações entre os participantes do procedimento seletivo, mediante a inserção, no instrumento convocatório, de cláusulas que afastem eventuais proponentes qualificados ou os desnivalem no julgamento."

27. Mais adiante, pondera o douto Subprocurador-Geral da República:

"Ressai, das considerações até aqui expendidas, que, no período anterior à Emenda nº 6, de 1995, eram legítimas e válidas as distinções levadas a efeito pelas normas legais de que se socorreu a impetrante, pois, em consonância com a ordem constitucional então vigente, elas contemplavam, primordialmente, a qualidade do concorrente, embora favorecessem, em linha meramente acessória, os bens fabricados no País, se a empresa brasileira de capital nacional não viesse a ser destinatária da preferência – Lei nº 8248, art. 3º, §§ 1º e 2º.

Ocorre, porém, que a Emenda Constitucional nº 6, de 1995, ao tempo em que alterou a redação da disposição inscrita no art. 170, IX, Constituição Federal, para circunscrever o tratamento favorecido '...as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede e administração no País' operou a completa elisão do art. 171, que serviu de fundamento ao vindicado direito de preferência."

Dos dispositivos infralegais a respeito do direito de preferência

28. Entendo, na linha do parecer mencionado, que o § 1º do art. 3º da Lei nº 8.248/91, que conferia tratamento diferenciado às empresas nas licitações, conforme a natureza do bem ou serviço de informática, é meramente acessório. O art. 3º estabelece critérios para o exercício do direito de preferência por parte da empresa brasileira de capital nacional, com fulcro no art. 171 da Constituição Federal. Assim, ficou definido que, dentre as empresas brasileiras de capital nacional, seria observada a seguinte ordem: a) bens e serviços com tecnologia nacional e b) bens e serviços produzidos no País, com significativo valor agregado local. Contudo, em não sendo possível assegurar à empresa brasileira de capital nacional o direito de preferência, aplicar-se-ia às demais empresas os mesmos critérios estabelecidos nos incisos I e II do art. 3º da Lei de Informática. Ou seja, esse último tipo de preferência não possui vida autônoma. Só subsiste se considerado, como pressuposto lógico, a existência do direito de preferência para a empresa brasileira de capital nacional. Mesmo porque o único dispositivo constitucional que permitia a diferenciação entre os licitantes era o art. 171. Aqui, o brocardo latino "o acessório segue a sorte do principal" ganha especial ênfase.

29. Pelo exposto até o momento, este Relator, na linha esposada por Marçal Justen Filho, entende revogadas, após o advento da EC nº 6/95, todas as normas infraconstitucionais que não observam o princípio da isonomia entre os licitantes.

30. Importante ressaltar que, antes mesmo da edição da EC nº 6/95, o Decreto nº 1.070/94 era impugnado por Celso Antônio Bandeira de Mello (vide parecer na publicação Informativo de Licitações e Contratos nº 22, Zênite, de dezembro de 1995), porque teria exorbitado do poder regulamentar e contrariado a própria norma objeto de regulamentação. A seu ver, a Lei nº 8.248/91 previa a utilização do direito de preferência, seja para a empresa brasileira de capital nacional, seja para os bens de tecnologia nacional ou de significativo valor agregado nacional, quando ocorressem condições equivalentes de "prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço" (§ 2º do art. 3º da Lei nº 8.248/91). O Decreto, em seu art. 4º, por outro lado, determinava fossem consideradas equivalentes as propostas pré-qualificadas que não apresentassem diferença de preço superior a doze por cento.

31. Segundo Bandeira de Mello, propostas com diferença de preço de doze por cento não poderiam ser consideradas equivalentes, nem por força de Decreto. Aqui, haveria desobediência expressa a texto legal.

32. De todo o exposto, conclui-se não ser procedente a presente Representação, uma vez que o TSE, ao não-acatar o invocado direito de preferência, observou os mandamentos constitucionais insertos no inciso XXI do art. 37, que determinam que os procedimentos licitatórios devem observar o princípio da isonomia entre os licitantes.

Da análise da possibilidade da aplicação, em concreto, do direito de preferência

33. Apesar do posicionamento já expendido, entendo pertinente, em linha apenas subsidiária, avaliar a possibilidade, em concreto, do exercício do direito de preferência.

34. Será analisada apenas a possibilidade de aplicação do direito de preferência em relação aos produtos com tecnologia nacional, sem considerar o fator "valor agregado local". Isso porque o objetivo último da presente Representação é assegurar à empresa Itautec o direito de exercer esse direito em razão de ter apresentado, na fase de habilitação da Concorrência nº 27/99, a Portaria MCT nº 413, de 27.10.97, que assegura ser o produto da empresa Omnitech desenvolvido com tecnologia nacional. Ademais, pelo que consta dos autos, as outras empresas não pleitearam a condição "bem produzido com significativo valor agregado local" para seus produtos.

35. A urna eletrônica é um projeto concebido pelo próprio TSE, em 1995, ainda que de forma precária. A empresa vencedora da primeira licitação, a Unisys, produziu o primeiro modelo e cedeu, na forma do art. 111 da Lei nº 8.666/93, os direitos patrimoniais relativos ao projeto para a União. Em 1997, foi realizada a segunda licitação para a produção da "urna eletrônica 98" (UE98), que foi uma evolução da UE96. Nesta oportunidade, a empresa Procomp sagrou-se vencedora e também

cedeu os direitos patrimoniais à Administração. A empresa Omnitech, de acordo com informações trazidas pelo autor da Representação à fl. 998, trabalhou em parceria com a Unisys e com a Procomp, para produzir os modelos UE96 e UE98.

36.O padrão de urna eletrônica licitada pelo TSE resulta de uma série de eventos, iniciados com as primeiras especificações técnicas, formuladas pelo TSE, que resultaram na UE96. É de supor que, nesse momento inicial, a contribuição do licitante vencedor, Unisys, para a definição de um padrão de urna eletrônica, foi substancial. Mas isso não pode gerar, num segundo momento, o direito de invocar tal contribuição para fins do exercício de preferência, porque, por força do disposto no art. 111 da Lei nº 8.666/93 e do contrato assinado entre essa empresa e a União, todos os direitos imateriais de propriedade foram cedidos à União.

37.Essa foi uma das razões, alegadas pelo TSE, quando do encerramento da Concorrência nº 2/97, para a não-aplicação do direito de preferência então postulado pela Unisys.

38.Ocorre, agora, situação similar. A empresa Itaotec, que não participou de qualquer dos certames anteriores, demanda ao TSE a aplicação do direito de preferência, utilizando-se, para tanto, da Portaria MCT nº 413, de 27.10.97, emitida em favor da empresa Omnitech, antes mesmo que viesse a ser definida a UE98, uma vez que a portaria do MCT antecedeu a Concorrência 2/97.

39.Tenho a firme convicção de que a adjudicação do objeto à Itaotec, pelo simples fato de ter-se associado à empresa Omnitech, detentora de Portaria do MCT, não atenderia ao fim último da Lei nº 8.248/91: o incentivo ao desenvolvimento da tecnologia nacional. Pelo contrário, a aplicação do direito de preferência, nessa hipótese, seria um desvirtuamento da Lei nº 8.248/91. Em nada contribuiria para a evolução da tecnologia nacional, haja vista que essa tecnologia já foi majoritariamente desenvolvida para atender demanda específica do Poder Público. A partir daí, a tecnologia pode e deve ser usada no interesse do Estado. Não é por outra razão que o art. 111 da Lei das Licitações determina que o direito de propriedade imaterial seja cedido à Administração. Isso torna viável que a Administração tenha margem para selecionar melhores propostas, considerados os aspectos de técnica e preço, no caso dos bens de informática.

40.Mesmo porque, registre-se, não foi a Itaotec quem desenvolveu a urna eletrônica, cuja concepção original foi do próprio TSE. Naturalmente que a implementação inicial coube à empresa que venceu a primeira licitação – a Unisys, que atuou em parceria com a Omnitech. Posteriormente, o produto evoluiu para o que ficou conhecido como UE98, produzido pela Procomp. Mas os direitos imateriais de propriedade são, por força de lei e de contrato, da União.

41.Quem iniciou e conduziu o processo de inovação, acumulou conhecimento e instruiu o mercado com relação às funcionalidades e diversas especificações físicas de como deveriam ser as urnas em 1996, 1998 e de 2000 foi o TSE. Desse modo, quando a Omnitech projetou a "UEOmnitech", usou conhecimento repassado pelo TSE e conhecimento gerado e acumulado por ela

mesma quando desenvolveu as tecnologias que materializaram os produtos UE96 e, quiçá, a UE98, cujos direitos imateriais de propriedade foram cedidos à União.

42.Portanto, apenas por exercício argumentativo, ainda que não se considere o argumento da revogação do direito de preferência por força da EC nº 6/95, pouco ou nenhum proveito adviria para a tecnologia nacional se o TSE adjudicasse o objeto à Itautec, pela simples razão de ter se associado a uma empresa que logrou obter uma Portaria no Ministério da Ciência e Tecnologia. Ainda por cima, em detrimento da proposta que obteve a mais alta pontuação técnica e cotou o menor preço.

43.Issso porque a simples existência de Portaria do MCT não é suficiente para gerar direito subjetivo do licitante à aplicação do benefício da preferência nas aquisições do setor público. As peculiaridades da licitação das urnas eletrônicas tornam, por si só, inaplicáveis os dispositivos relativos ao direito de preferência. As empresas concorrentes, nessa hipótese, não estariam introduzindo nenhuma inovação tecnológica significativa, tendo em vista o nível de detalhamento contido no edital da Concorrência nº 27/99. Estariam limitando-se a produzir bem com a solução tecnológica oferecida pelo Estado.

44.Nesse ponto, cumpre destacar que a Analista da 5ª SECEX não discorda desse entendimento, tanto assim que, ao apreciar os argumentos do TSE sobre o direito imaterial de propriedade da urna eletrônica, ponderou que isso não afastaria a possibilidade de o direito de preferência vir a ser exercido em relação a partes do objeto licitado, tais como impressora, disquetes e componentes (teclado, monitor, fonte, memória, dentre outros). Mas, no caso concreto, essa hipótese não ocorre, seja porque o direito invocado pela Itautec refere-se às urnas eletrônicas, seja porque os demais itens, em todas as propostas apresentadas, representam menos de 50% do "sistema integrado" de que trata o art. 6º do Decreto nº 1.070/94. O que significa dizer que, caso fosse acolhida a tese da não-revogação do direito de preferência, que não reputo correta, os licitantes seriam enquadrados numa das categorias estabelecidas naquele dispositivo em razão, única e exclusivamente, das urnas eletrônicas, já que os demais itens, por representarem menos de 50% do objeto licitado (em termos de valores), não teriam força para alterar a classificação das propostas consideradas equivalentes. Logo, seria de concluir que todas as propostas situam-se na mesma categoria, qual seja, a de bens e serviços de informática e automação com tecnologia nacional e produção local, conforme dispõe o Decreto nº 1.070/94:

"Art. 6º Para o estabelecimento do critério de adjudicação, entre propostas equivalentes de sistemas integrados ou apresentados por consórcios, serão adotados os seguintes critérios:

I – identificação de cada bem ou serviço de informática e automação discriminado na proposta como componente do sistema;

II – totalização dos preços dos componentes identificados, pelas seguintes categorias:

a) bens e serviços de informática e automação com tecnologia desenvolvida no País e produzidos com significativo valor agregado local;

b) bens e serviços de informática e automação com tecnologia desenvolvida no País e produzidos localmente;

c) bens e serviços de informática e automação produzidos no País com significativo valor agregado local;

d) demais bens e serviços de informática e automação produzidos no País;

a) bens e serviços de informática e automação não-produzidos no País.

III – acumulação das somas obtidas, segundo a ordem das alíneas "a" e "e" do inciso anterior, até que o resultado seja igual ou maior que cinquenta por cento do preço total dos componentes identificados, fixando-se a classificação do sistema integrado na categoria que ocorrer o atingimento desse resultado; (grifei)

IV – a aplicação do art. 5º, considerando-se a classificação do sistema integrado e a empresa integradora do sistema ou, no caso de consórcio, a empresa líder, conforme disposto no art. 33 da Lei nº 8.666/93." (grifei)

45.É de concluir, portanto, que, uma vez que a União é detentora dos direitos de propriedade imaterial dos produtos UE96 e UE98, que evoluíram para a UE2000, definida no Edital da Concorrência nº 27/99, não pode licitante invocar a tecnologia que resultou nesses produtos, para fins de obrigar o Estado a pagar mais para a utilização dessa mesma tecnologia.

Outros pontos examinados no processo

46.Esclarecidas essas questões relativas à aplicabilidade ou não do direito de preferência, deve-se observar que, em relação à exigência de atestados técnico-operacionais, abordada na instrução da Unidade Técnica, a jurisprudência desta Corte vem evoluindo a partir da Decisão nº 767/98. Mais recentemente, o Plenário, por ocasião da Decisão nº 285/2000, admitiu que a efetiva comprovação da capacidade técnico-operacional possa ser feita sem restrição quanto ao número máximo de atestados, desde que, naturalmente, a exigência mostre-se necessária à comprovação requerida. O que não se deve tolerar é a utilização dessa prerrogativa para restringir o caráter competitivo do certame.

47.No caso vertente, a exigência do TSE de dois atestados técnico-operacionais não me pareceu desarrazoada, razão pela qual deixo de acolher a proposta contida na alínea "b.2" da proposta de encaminhamento da Unidade Técnica.

48.Quanto às demais questões abordadas nas diligências, acolho as conclusões exaradas na instrução de fls. 839/887, a cargo da Analista Fernanda Marina Oga, da 5ª SECEX.

Diante do exposto, proponho que o Plenário adote a Decisão que ora submeto ao descortino deste Tribunal.

Tribunal de Contas da União, Sala das Sessões, em 31 de maio de 2000.

BENJAMIN ZYMLER

Relator

Decisão

O Plenário, diante das razões expostas pelo Relator, DECIDE:

8.1-conhecer da presente representação, com fundamento no art. 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93, para, no mérito, considerá-la improcedente;

8.2-determinar ao Tribunal Superior Eleitoral que:

8.2.1-abstenha-se de exigir que os profissionais listados pelas participantes, para comprovação da capacidade técnico-operacional, tenham, no momento da habilitação, vínculo profissional de qualquer natureza jurídica com a respectiva licitante, uma vez que, de acordo com o inciso I do § 1º do art. 30 da Lei n.º 8.666/93, tal exigência somente é cabível para a comprovação da capacidade técnico-profissional, em relação aos profissionais de nível superior, ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentores de responsabilidade técnica;

8.2.2-observe o disposto no § 3º do art. 31 da Lei n.º 8.666/93, no que se refere à integralização do capital social mínimo exigido das empresas participantes;

8.3-dar ciência desta Decisão, bem como do Relatório e Voto que a fundamentam, ao signatário da Representação e ao Tribunal Superior Eleitoral;

8.4-juntar estes autos às contas do Tribunal Superior Eleitoral relativas ao exercício de 2000.

Quorum

Ministros presentes: Iram Saraiva (Presidente), Adhemar Paladini Ghisi, Marcos Vinícios Rodrigues Vilaça, Humberto Guimarães Souto, Valmir Campelo, Adylson Motta, Guilherme Palmeira e o Ministro-Substituto Lincoln Magalhães da Rocha.

Sessão

T.C.U., Sala de Sessões, em 31 de maio de 2000.

ANEXO IV

INSTRUÇÃO NORMATIVA SEAP Nº 04, DE 08 DE ABRIL DE 1999

Dispõe sobre procedimentos a serem adotados para compras de bens, no âmbito do Sistema de Serviços Gerais - SIASG.

MINISTÉRIO DO ORÇAMENTO E GESTÃO

SECRETARIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E DO PATRIMÔNIO

A SECRETÁRIA DE ESTADO DA ADMINISTRAÇÃO E DO PATRIMÔNIO, no uso de suas atribuições, considerando o disposto no art. 15, inciso V, da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, e no Decreto n.º 1.094, de 23 de março de 1994, resolve:

Art. 1. Expedir a presente Instrução Normativa - IN, com o objetivo de introduzir novos procedimentos, no Sistema de Registro de Preços - SIREP, destinados a promover o balizamento das compras do Governo, tendo como referencial os preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Federal.

Art. 2. A cada processo de compra o gestor deverá, antes da respectiva adjudicação, verificar a relação dos preços praticados para o bem pretendido, com vistas a averiguar se o preço a ser contratado é compatível com os já praticados pela Administração, consideradas a marca e a unidade de compra.

Parágrafo único. A relação de preços praticados a que se refere este artigo está disponibilizada no módulo gerencial do COMPRASNET/SIASG (Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais) – Consulta Preços Praticados, cuja impressão será, obrigatoriamente, anexada ao processo.

Art. 3. As compras de bens cujo valor exceda em mais de 20% (vinte por cento) ao do maior preço praticado pelos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, em relação a esses bens, serão automaticamente bloqueadas pelo sistema.

§ 1. Para efeito do disposto neste artigo, os maiores preços praticados referem-se ao trimestre imediatamente anterior ao da aquisição que se pretende realizar, no respectivo Estado da Federação.

§ 2. O desbloqueio de aquisição, inicialmente vetada por descumprimento do disposto neste artigo, fica condicionado a justificativa e responsabilidade da autoridade competente do órgão ou entidade, que tiver dado causa ao procedimento.

§ 3º Os itens que terão a conformidade instituída por esta IN serão os mais comprados pela Administração, os quais estarão sendo permanentemente divulgados por intermédio do COMPRASNET/SIASG, no módulo SIREP - Sistema de Registro de Preços.

Art. 4. A implantação da sistemática instituída por esta IN, nas Unidades da Federação, dar-se-á mediante Portaria da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI, da Secretaria de Estado da Administração e do Patrimônio - SEAP.

Art. 5. Os casos omissos serão resolvidos pela SLTI, por intermédio do Departamento de Serviços Gerais - DSG.

Art. 6. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

CLÁUDIA MARIA COSTIN

D.O.U 09/04/99

INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 01 , DE 08 DE AGOSTO DE 2002

Estabelece procedimentos destinados à operacionalização dos módulos que menciona, para o Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, nos órgãos da Presidência da República, nos Ministérios, nas Autarquias e nas Fundações que integram o Sistema de Serviços Gerais - SISG, assim como os demais órgãos e entidades que utilizam o SIASG.

MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO

SECRETARIA DE LOGÍSTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO

O SECRETÁRIO DE LOGÍSTICA E TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO DO MINISTÉRIO DO PLANEJAMENTO, ORÇAMENTO E GESTÃO, no uso das atribuições que lhe confere o Decreto nº 3.858, de 4 de julho de 2001 e tendo em vista o disposto no art. 3º do Decreto nº 1.094, de 23 de março de 1994 e nos arts. 3º, 21 e 115, todos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, resolve:

Art. 1. Expedir a presente Instrução Normativa, com objetivo de estabelecer procedimentos destinados à operacionalização dos módulos do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, nos seguintes termos:

I - Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF: Registro cadastral único, cujo objetivo é habilitar pessoas físicas e jurídicas cadastradas no Sistema, mediante a apresentação da documentação estipulada nos incisos I, III e IV do art. 27, quando for o caso, combinados com os arts. 28, 29 e 31, todos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, possibilitando a análise quanto à habilitação jurídica, regularidade fiscal e qualificação econômico-financeira.

II - Catálogo de Materiais - CATMAT: Permite a catalogação dos materiais destinados às atividades fins e meios da Administração Pública Federal, de acordo com critérios adotados no Federal Supply Classification e a identificação dos itens catalogados com os padrões de desempenho desejados.

III - Catálogo de Serviços - CATSER: Permite a catalogação dos serviços destinados às atividades fins e meios da Administração Pública Federal, de acordo com critérios adotados no Federal Supply Classification e a identificação dos itens catalogados com os padrões de desempenho desejados.

IV - Sistema de Divulgação Eletrônica de Compras - SIDEC: Realiza o cadastramento de processos de compras e contratações efetuados pela Administração Pública Federal, em todo o território nacional, e o conseqüente envio eletrônico de matérias relativas aos avisos e editais de licitação, dispensa e inexigibilidade e dos resultados, à Imprensa Nacional, disponibilizando, ainda, no Portal de Compras do Governo Federal - www.comprasnet.gov.br, os avisos, os editais e os resultados de licitações.

V - Sistema de Preços Praticados - SISPP: Registra os valores praticados nos processos de contratações governamentais, discriminados por unidade de medidas de padrão legal e marcas, com vistas a subsidiar o gestor, a cada processo, na estimativa da contratação e antes da respectiva homologação, para confirmar se o preço a ser contratado é compatível com o praticado pela Administração Pública Federal.

VI - Sistema de Minuta de Empenho - SISME: Possibilita a elaboração da minuta de empenho, no SIASG, com o respectivo envio ao Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal - SIAFI, gerando a Nota de Empenho.

VII - Sistema de Gestão de Contratos - SICON: Efetua o cadastramento dos extratos de contratos firmados pela Administração Pública Federal e o envio eletrônico, para publicação, pela Imprensa Nacional, bem como o acompanhamento da execução contratual, por intermédio do respectivo cronograma físico-financeiro, disponibilizando-os no COMPRASNET.

VIII - Portal de Compras do Governo Federal - COMPRASNET: Permite o acesso, pela Internet, no endereço www.comprasnet.gov.br, às informações sobre as licitações e contratações da Administração Pública Federal, disponibilizando, ainda, a legislação vigente, os editais, as publicações e opção para o cadastramento dos fornecedores no módulo Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores - SICAF, e viabilizando o acesso ao SIASG e COMPRASNET, dos usuários dos órgãos públicos que utilizam os sistemas.

§ 1º Os órgãos e entidades integrantes do Sistema de Serviços Gerais - SISG, bem como os demais que utilizam o SIASG, ficam obrigados à adoção dos procedimentos estabelecidos nesta Instrução Normativa, visando à desejada otimização da sistemática de licitações e contratações da Administração Pública Federal.

§ 2º A relação de preços praticados, a que se refere o inciso V desta Instrução Normativa, está disponibilizada no módulo Gerencial do SIASG - Consultas Preços Praticados, podendo, também ser acessada pelo COMPRASNET, cuja impressão será anexada ao processo, devendo a consulta, quando for o caso, referir-se ao trimestre imediatamente anterior ao da aquisição que se pretende realizar, no respectivo Estado da Federação.

Art. 2. As notas de empenho relativas às compras e contratações emitidas pelos órgãos e entidades serão geradas, por intermédio do módulo Minuta de Empenho / SIASG, de acordo com o lançamento, no SISPP, dos preços homologados, independentemente de se originarem de processo licitatório, dispensa ou inexigibilidade.

Art. 3. Os pregões presenciais e eletrônicos serão realizados por intermédio do COMPRASNET, precedidos das inclusões dos respectivos avisos e editais, assim como das suas publicações, via SIDEDEC, publicados pela Imprensa Nacional e conseqüente divulgação no Portal.

Art. 4. As licitações dos órgãos e entidades integrantes do SISG, assim como os demais que optarem por utilizar o SIASG, deverão ser registradas no SIDEDEC, com os respectivos códigos de bens ou serviços constantes do Catálogo de Materiais - CATMAT e do Catálogo de Serviços - CATSER, independentemente de se tratar de processo licitatório, dispensa e inexigibilidade. Parágrafo único. Os Catálogos de Materiais e Serviços de que trata este artigo encontram-se disponibilizados no SIASG e no COMPRASNET.

Art. 5. Os contratos decorrentes das compras deverão ser registrados no SICON, com as respectivas informações sobre os cronogramas físico-financeiros, precedidos da geração dos empenhos.

§ 1º Os dados referentes aos contratos firmados a partir da publicação desta Instrução Normativa, e dos seus cronogramas físico-financeiros deverão ser registrados, simultaneamente, no SICON;

§ 2º Os cronogramas físico-financeiros provenientes das contratações de serviços continuados ou parcelados, os de manutenção em geral, inclusive os referentes a obras e serviços de engenharia, dos contratos efetuados anteriormente a vigência desta Instrução Normativa, e em vigor, deverão ser registrados até 31 de dezembro de 2002.

Art. 6. Sem prejuízo do disposto no inciso III do art. 21 da Lei nº 8.666, de 1993, os avisos de licitações, bem como as suas alterações, revogações ou anulações, os resultados parciais ou finais, deverão ser remetidas eletronicamente pelas Unidades Administrativas de Serviços Gerais - UASG, para publicação pela Imprensa Nacional, por intermédio de rotina específica do SIDEDEC.

§ 1º As informações sobre convites, bem como as alterações requeridas deverão ser registradas no SIDEDEC para divulgação no COMPRASNET, facultado à UASG decidir sobre a conveniência e oportunidade de publicação pela Imprensa Nacional.

§ 2º O custo de publicação de cada matéria, na Imprensa Nacional, será de responsabilidade da UASG que, ao efetuar a confirmação no Sistema, reconhecerá a existência do débito correspondente, com faturamento, automaticamente.

Art. 7. As licitações e as contratações informadas, respectivamente, ao SIDEDEC e ao SICON, devem ter publicações efetivadas no primeiro dia útil subsequente ao da inclusão no Sistema, observado o horário estabelecido para a remessa das matérias à Imprensa Nacional, com agendamento para datas futuras, a critério do gestor da UASG.

Parágrafo único. A UASG interessada deverá verificar se o aviso ou resumo do edital correspondente foi devidamente publicado no Diário Oficial da União, na data selecionada, procedendo às correções porventura necessárias, por meio do SIDEC, anexando o comprovante de publicação do aviso ou do edital ao respectivo processo.

Art. 8. A base de dados do SIDEC será disponibilizada às UASGs, por intermédio do SIASG e do COMPRASNET.

Art. 9. As hipóteses de dispensas de licitações previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17, nos incisos III a XX do art. 24 e as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, todos da Lei nº 8.666, de 1993, devem ser registradas e publicadas no Diário Oficial da União, por intermédio do SIDEC, após a ratificação pela autoridade superior.

Parágrafo único. As compras por dispensas previstas nos incisos I e II do art. 24 do referido diploma legal, ainda que liberadas de publicação, devem ser informadas ao SIDEC, independentemente de valor.

Art. 10. As dúvidas porventura suscitadas sobre as matérias tratadas nesta Instrução Normativa, e normas complementares, serão atendidas pelo Departamento de Logística e Serviços Gerais - DLSG, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação - SLTI, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

Art. 11. Ficam revogadas as Instruções Normativas MARE nº 3, de 20 de fevereiro de 1997, publicada no D. O.U. de 21 de fevereiro de 1997, MOG nº 3, de 31 de março de 1999, publicada no D.O.U. de 1º de abril de 1999 e SEAP nº 4, de 8 de abril de 1999, publicada no D.O.U. de 9 de abril de 1999.

Art. 12. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

SOLON LEMOS PINTO
(Of. El. nº 298/2002)
D.O.U., 09/08/2002