

**PROJETO DE LEI DA CÂMARA N.º 32 (SUBSTITUTIVO); DE 2007**  
**(COMENTÁRIOS PRELIMINARES)**

TOSHIO MUKAI\*

**I – Preliminares.**

O presente substitutivo é de autoria do Senador Eduardo Suplicy e contém inúmeras alterações (cerca de 1/3) às disposições da Lei n.º 8.666/93. Modifica, ainda a Lei n.º 8.443/92 (Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União) e a Lei n.º 10.520/2002 (Lei do Pregão Presencial). Como se sabe, o Projeto original tinha na Câmara o n.º 7.709/2002, autoria do Executivo.

II – As alterações propostas são aos arts. 3, 6, 7, 12, 15, 16, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 26, 28, 31, 32, 34, 36, 38, 40, 42, 43, 45, 46, 53, 56, 61, 65, 80, 87, 96, 109 e 114, todos da Lei n.º 8.666/93.

Em seguida vamos analisar, ainda que sumariamente todas as alterações.

1. Art. 3º, §1º, II – acrescenta às vedações deste inciso, as exceções concernentes ao parágrafo seguinte, ao art. 3º da Lei n.º 8.248, de 23 de outubro de 1991 (que dá preferência a equipamentos de informática cujos insumos sejam fabricados no País) e no Capítulo V da Lei Complementar n.º 123, de 14 de dezembro de 2006 (esta dispõe sobre tratamento favorecido às micro e empresas de pequeno porte, nos seus arts. 42 a 49, nem todos constitucionais).

2. Art. 6º - redefine “obra” e “serviço”.

Quanto à obra, acresceu como tal, e substituiu a expressão “reconstrução” por “recuperação” e colocou como elemento da definição, a condição pela qual, essas atividades impliquem em substancial modificação do objeto.

Quanto ao serviço, acrescentou-se ao rol exemplificativo anterior a “restauração”.

No inciso IX (onde se conceitua o que seja projeto básico), à alínea “f” foi exigida a anotação de responsabilidade técnica (ARTs) para a elaboração do orçamento global da obra.

No inciso XVII define-se o que seja sitio oficial da administração pública-local, na Internet, certificado digitalmente por autoridade certificadora no qual a Administração Pública disponibiliza suas informações e serviços de governo eletrônico.

Parágrafo único – a autoridade certificadora deverá estar credenciada no âmbito da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP Brasil, no caso de sitio oficial da União, sendo facultado aos Estados, Distrito Federal e aos Municípios a adoção de outros meios de comunicação oficial em forma eletrônica para comprovação da autoria e integridade de documentos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade do ICP – Brasil.

3. Art. 7º, §1º - A execução de cada etapa será obrigatoriamente precedida da conclusão e aprovação pela autoridade competente, dos trabalhos relativos às etapas anteriores (foi retirada aqui a referência ao projeto executivo (a norma anterior era o §1º do art. 7º; o caput falava na seqüência dos trabalhos).

O §2º teve o seu inciso I alterado: “*houver projetos básico e executivos aprovados pela autoridade competente*”.

A inclusão aqui, obrigatoriamente, do projeto executivo, retira a possibilidade da elaboração do projeto executivo, pelo executor da obra. Até que ponto isto é tecnicamente recomendável é uma indagação que fica.

O §2º teve o acréscimo do inciso V – existir licença prévia ambiental.

Evidente que foi uma medida oportuna, já que os tribunais de Contas têm exigido a licença referida. Contudo, também é evidente que, toda obra, seja estadual ou

federal, necessita estar com licença urbanística. A norma não a prevê, mas, ela é exigível, de acordo com as leis urbanísticas municipais.

4. O art. 12 da Lei n.º 8.666/93 trazia alguns requisitos obrigatórios na elaboração dos projetos básicos e executivos. Foram mantidos.

Acresceu-se, porém, o Parágrafo único: Sem prejuízo de outros em que seja utilizada madeira, esta deve ser oriunda de reflorestamento ou plano de manejo florestal sustentável, devidamente aprovado por órgão competente.

Trata-se de exigência oportuna, tendente a proteger as matas nativas e as florestas.

5. Art. 15 – A Lei n.º 8.666/93 traz aqui, recomendações que devem ser seguidas em relação às compras.

O substitutivo acrescenta o inciso VI – adotar especificação do bem a ser adquirido que considere critérios ambientais.

Evidentemente, dependendo do objeto a ser adquirido, nem sempre isso será possível; daí que na norma deveria constar um “*sempre que possível*”.

Os §§5º e 6º receberam novas redações:

- §5º - O sistema de controle originado do cadastro do registro de preços, quando viável, deverá ser informatizado.

- §6º - Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral e do cadastro do registro de preços em razão da incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado.

Foi acrescido aqui a expressão “*cadastro do registro de preços*”.

Foi acrescentado ao art. 15, ainda, o §9º prevendo a seguinte novidade:

*“A Administração poderá, mediante edital, publicado na forma dos incisos I, II e IV do caput do art. 21 desta Lei, convocar consulta ou audiência pública, presencial ou à distância, na forma eletrônica, sobre proposta de especificações para um bem ou serviço, ou grupo de bens e serviços que pretenda licitar ordinariamente, observando os seguintes procedimentos:*

*I – a especificação completa do bem ou serviço será disponibilizada pela Administração no seu sítio eletrônico oficial, sendo distribuída, na forma impressa, àqueles que manifestarem interesse, mediante pagamento do valor efetivo de reprodução gráfica da documentação fornecida;*

*II – no prazo e condições determinadas no edital, os interessados poderão formalizar questionamentos, sugestões e impugnações às especificações estabelecidas pela Administração;*

*III – encerrado o prazo para manifestação, a Administração publicará, na forma prevista no “caput” deste artigo, a versão final das especificações do bem ou serviço, fornecendo aos interessados cópia do relatório com as respostas fundamentadas às manifestações”.*

Foi acrescido também o §10: “*Somente poderão participar das licitações que tenham por objeto os bens e serviços cujas especificações foram estabelecidas conforme o procedimento descrito no §9º deste artigo, as empresas pré-qualificadas na forma do art. 114 desta Lei*”.

Trata-se de medida que concede ao particular ditar e influir nas regras para a fixação do objeto da licitação. Se a norma for convertida em lei, o único ponto de discricionariedade na licitação que a Administração possui, estará minado.

A Administração e somente ela deveria saber o que deseja adquirir; com a ingerência do particular, de um lado, ela perde o domínio sobre esse aspecto, e, de outro poderá sofrer influências particulares que poderão levar à discriminação e à ocorrência de condições impeditivas da competição, por descrição influenciada do objeto da licitação.

Trata-se de norma com intuito democrático, porém, na prática, poderá redundar em algo nocivo à lisura do procedimento licitatório. Além disso, a obrigatoria pré-qualificação é totalmente desnecessária e somente fará com que o processo demore.

6. O art. 16 que trata da divulgação mensal das compras efetuadas pela Administração, recebeu nova redação: *“Será dada publicidade, mensalmente, através dos meios de divulgação oficial previstos nos incisos I, II e IV do caput do art. 21, observado o §5º do mesmo artigo (?), ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a classificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinados por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação”*.

7. Art. 17 – Trata da alienação de bens da Administração Pública. Nesse sentido, o próprio caput é inconstitucional, já que pretende dispor sobre a alienação de bens móveis e imóveis dos Estados e dos Municípios.

Quanto a este aspecto, o S.T.F., na ADIN n.º 927-3-RS (medida liminar) deferiu em parte a medida cautelar para suspender, até a decisão final da ação quanto aos Estados, ao D.F. e aos Municípios, a eficácia da expressão *“permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de Governo”*, contida na letra “b” do inc. I do art. 17 da Lei Federal n.º 8.666/93, de 21.06.93; para suspender os efeitos da letra “c” do mesmo inciso etc.

Ora, no nosso entender, o art. 17 é todo ele inconstitucional, quando pretende disciplinar a alienação de bens Estaduais ou Municipais. Por serem eles os titulares desses bens, somente eles poderão dispor sobre suas alienações, na Constituição do Estado (ou Lei Ordinária) ou nas Leis Orgânicas Municipais.

O substitutivo ignora esse ponto e dá nova redação ao inciso I do art. 17 ignorando o fato de que ele é inconstitucional, valendo somente para os bens da União.

8. Art. 20 – nova redação: *“As licitações serão efetuadas no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse público, devidamente justificado, ou quando realizadas e processadas por meio de sistema eletrônico que promova a comunicação pelo Internet em conformidade com o que dispõem o inciso XVII e o parágrafo único, ambos do art. 6º desta Lei, garantindo a qualquer interessado o acesso ao processo”*.

O inciso XVII trata do sitio oficial da Administração Pública e o Parágrafo único, ambos do art. 6º, trata do credenciamento da autoridade certificadora.

O §2º deste artigo 20 dispõe: *“Ressalvado o disposto no §10 do art. 23, qualquer modalidade de licitação poderá ser realizada e processada por meio de sistema eletrônico”*.

O §10 do art. 23, no substitutivo diz: *“É vedada, a adoção da modalidade pregão em licitações do tipo ‘melhor técnica’”*. É o óbvio: pregão, presencial ou eletrônico só pode ser por menor preço.

Por outro lado, admitir que uma concorrência pública ou uma tomada de preços seja feito por pregão eletrônico ou meio eletrônico é um despautério gritante.

O §5º dispõe que os *“atos constantes dos arquivos e registros digitais serão válidos para todos os efeitos legais, inclusive para comprovação e prestação contas”*.

O §6º traz uma novidade aberrantemente imprópria. Trata-se da utilização do pregão em tudo.

Diz o §6º - *“Aplica-se o disposto nos §§2º e 3º do art. 2º da Lei n.º 10.520, de 17.07.2002, a todas as modalidades de licitação referidas nesta Lei, facultando-se às bolsas de mercadorias a cobrança de taxas e emolumentos referentes ao fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo da utilização de recursos de tecnologia de informação”*.

Em primeiro lugar, o art. 2º da Lei n.º 10.520/2002 foi vetado pelo Presidente da República.

O §2º desse artigo faculta aos entes federativos a admitirem a participação das bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos e entidades promotores da modalidade pregão, utilizando-se de recursos de tecnologia da informação.

Essas bolsas não podem ser contratadas sem licitação e se celebrarem convênios, nada poderão receber a título de remuneração, dos órgãos públicos.

O §3º dispõe que essas bolsas deverão estar organizadas sob a forma de sociedades civis sem fins lucrativos e com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões. Se isto realmente ocorrer, não haverá necessidade de licitação.

Enfim, o §6º permite que todas as modalidades de licitação se tornem numa modalidade só: o pregão, o que é ilegal, eis que a própria Lei n.º 8.666/93 e mesmo que aprovado o substitutivo, continuará a admitir as outras modalidades. Além disso, não podemos nos esquecer que não fica alterada a característica básica do pregão: serve para a contratação de bens e serviços comuns somente. Não de bens e serviços outros, mais complexos.

Portanto, a norma, embora não o diga, deve ser interpretada restritivamente, se se vai transformar uma concorrência ou tomada de preços em pregões, os objetos correspondentes deverão se constituir em bens e serviços comuns.

**9. Art. 21 – A publicidade oficial das licitações será veiculada:**

IV – no sítio oficial da Administração Pública da União, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, devendo ser os atos assinados digitalmente, nos termos do parágrafo único art. 6º desta Lei, e providos de carimbo de tempo nos padrões definidos pelo Observatório Nacional.

§1º - O aviso contendo o resumo do edital de concorrência, de tomada de preço, de pregão, de concurso, ou de leilão, conterá a descrição do objeto, a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as demais informações sobre a licitação, e deverá ser veiculado com antecedência, conforme os prazos fixados no §2º.

§2º - .....

III – quinze dias para:

- a) tomada de preços, nos casos não especificados na alínea “b” do inciso II; alínea “b” do inciso II é a tomada de preços quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço (30 dias);
- b) leilão;
- c) pregão de obras ou do tipo “técnica e preço” (o §10 do art. 22 vai vedar a adoção de pregão em licitação do tipo “melhor técnica”).

Ora, tanto o critério de melhor técnica como o de técnica e preço não podem ser objeto do pregão, que se decide por lances; a não ser que se criem lances de técnica. Veremos que, mais adiante se prevê isto!

IV – oito dias úteis para o pregão, nos casos não especificados na alínea “c” do inciso III;

V – cinco dias úteis para o convite.

O §5º dispõe que a publicidade em sítios oficiais da Administração Pública não substitui a publicação na imprensa oficial, salvo determinação em contrário contida em decreto do Poder Executivo da respectiva esfera de governo.

A norma é inconstitucional. O princípio da publicidade, inserto no caput do art. 37 diz, em especial, com a obrigatoriedade da publicação nos diários oficiais, de todos os atos de efeitos externos da Administração Pública. Não pode um simples decreto contrariar a Constituição Federal. Deverá, em todos os casos, sem exceção, serem divulgados nos diários oficiais, pena de ilegalidade e inconstitucionalidade.

No §6º ficará dispensada a Administração de efetuar a publicação prevista no inciso III do caput (em jornal de grande circulação, etc) quando se tratar de obras, serviços e compras cujo valor seja inferior a duas vezes e meia o máximo previsto, no art. 23 para a respectiva modalidade convite, devendo, nessa hipótese, realizar a publicação por meio da imprensa oficial, observado o disposto no §5º.

A dispensa da publicação em jornal de grande circulação é legítima, eis que, nessa hipótese não se deixará de lado a publicação no diário oficial, observando-se o §5º que exige tal publicação, exceto quanto à possibilidade da dispensa dessa publicação por decreto do Poder Executivo da respectiva esfera de Governo, que é inconstitucional.

O §7º dispõe que, além das publicações já referidas, será obrigatória a publicidade: I – no sítio oficial da União, quando se tratar de licitação cujo objeto seja financiado ou garantido, total ou parcialmente, com recursos da União ou de entidades da administração indireta federal; II – no sítio oficial do Estado, quando se tratar de licitação cujo objeto seja financiado ou garantido, total ou parcialmente, com recursos do Estado ou de entidades da administração indireta estadual;

O §8º dispõe que a divulgação prevista no inciso IV do caput deste artigo (cinco dias para convite), poderá realizar-se, no caso de licitações promovidas pela Administração Municipal, através do sítio oficial do Estado ao qual pertença o Município ou de sítio oficial mantido pro grupo de Municípios de um mesmo Estado.

Essas disposições, quanto aos sítios, são justificáveis, afora o da utilização do sítio do Estado pelo Município.

**10. Art. 22 (trata das modalidades de licitação).**

Inclui-se no rol das modalidades: VI – pregão.

O §5º que dispunha sobre o leilão ganhou nova redação: *“Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados, destinada à venda de bens móveis ou imóveis, à concessão de direito real de uso ou à permissão de uso de bens imóveis, a quem fizer a maior oferta, igual ou superior ao valor da avaliação, com fase de julgamento constituída pela apresentação de propostas em envelope fechado, seguida do oferecimento de lances sucessivos pelos licitantes que apresentarem as melhores propostas”.*

Essa definição de leilão, da mesma forma com o que ocorre com o art. 17 da Lei não poderá abranger bens dos Estados e Municípios, que poderão nas suas leis, previrem a concorrência pública, que, aliás, vem prevista na totalidade das leis orgânicas municipais.

Ademais, a norma conflita com o art. 17 da Lei n.º 8.666/93 que, em se tratando de alienação de imóveis, exige licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos casos indicados nas letras “a” a “g”; quando móveis, exige apenas licitação, podendo ser, assim, o leilão.

O §7º do art. 22, que trata do convite, recebeu nova redação: *“Quando, por limitações de mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de propostas válidas, observado o disposto no §6º (repetição do convite), essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo ou repetido o convite”.*

A expressão *“observado o disposto no §6º”* torna a norma confusa e inócua; se temos que repetir o convite, não há que se justificar nada: o §7º na redação anterior ficou sem validade nenhuma, ou seja, mesmo com justificativa, há que haver 3 (três) propostas válidas.

Foi acrescido o §10 ao art. 22: *“Pregão é a modalidade de licitação em que a disputa pelo fornecimento ou prestação de serviço (segundo a Lei n.º 10.520, tratam-se de bens ou serviços comuns) é feita por meio de propostas e lances em sessão pública presencial ou à distância, na forma eletrônica, mediante sistema que promova a comunicação pela Internet, nos termos da Lei n.º 10.520, de 2002”.*

É a definição de pregão, que se remete à sua Lei própria.

11. Art. 23 (traz os limites das diversas modalidades de licitações, alterando alguns deles):

I – para obras e serviços de engenharia:

- a) convite até R\$ 150.000,00 (cento e cinqüenta mil reais);
- b) tomada de preços – até R\$ 3.400.000,00 (três milhões e quatrocentos mil reais);
- c) concorrência – acima de R\$ 3.400.000,00 (três milhões e quatrocentos mil reais);

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

- a) convite – até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços até R\$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência – acima de R\$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais).

§3º - A concorrência é a modalidade de licitação cabível, tanto na compra, alienação ou permissão de uso de bens imóveis, ressalvado o disposto no §5º do art. 22 desta Lei, quanto na contratação de parceria público-privada, nos termos da Lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País, ou ainda o pregão nos casos previstos no §9º deste artigo.

Aqui, mais uma vez, outra confusão.

O §5º, que é ressalvado pela disposição trata da definição de leilão, dizendo que é ele destinado à venda de bens móveis ou imóveis (quanto a estes, o art. 17 diz que a modalidade licitatória é a concorrência), ainda, aplica-se o leilão à concessão de direito real de uso ou à permissão de uso de bens imóveis.

Portanto, a permissão de uso de bens imóveis será outorgada via concorrência (§3º do art. 23) ou via leilão?

O §9º dispõe que, observado o disposto no §10 deste artigo, é obrigatória a adoção da modalidade pregão para todas as licitações de menor preço, até o valor de R\$ 3.400.000,00, podendo, a partir deste valor, ser utilizada outra modalidade com a devida justificativa por parte da autoridade responsável pela assinatura do contrato, sob pena de responsabilidade.

A norma é absolutamente inconstitucional, na medida em que cria, direta ou expressamente uma obrigação para os Estados, D.F. e para os Municípios; portanto, é ela ofensiva das autonomias administrativas daqueles entes. Não pode a lei federal obrigar os outros entes federativos a fazer ou deixar de fazer algo, a não ser que haja autorização constitucional para isso.

Essa obrigatoriedade não se constitui em norma geral de licitação; apenas as modalidades de licitação é que são normas gerais, que são referidas expressamente pelo art. 22, inciso XXVII da Constituição. Já a obrigatoriedade da eleição de determinada modalidade de licitação é absolutamente cerceadora do poder que têm, Estados e Municípios, de escolher a modalidade de licitação que entende ser cabível em obras e serviços de engenharia.

O §10 traz esta pérola: *“É vedada a adoção da modalidade pregão em licitações do tipo “melhor técnica”*. É o óbvio ululante que não cabe decidir matéria técnica através de lances. Da mesma forma, o tipo de licitação de técnica e preço não pode ser efetuado por pregão.

12. Art. 24 (traz os casos de dispensa de licitação).

Acrescenta novos casos de dispensa de licitação:

XXIX – nas contratações visando o cumprimento do disposto no art. 3º, no inc. I do art. 4º, no art. 5º e no art. 20, todos da Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004.

O art. 3º da referida Lei dispõe que a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas agências de fomento poderão estimular e apoiar a constituição de alianças estratégicas e o desenvolvimento de projeto de cooperação envolvendo empresas nacionais, ICT e organizações de direito privado sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa e desenvolvimento, que objetivem a geração de produtos e processo inovadores.

*“Parágrafo único – O apoio previsto neste artigo poderá contemplar as redes e os projetos internacionais de pesquisa tecnológica, bem como ações de empreendedorismo tecnológico e de criação de ambientes de inovação, inclusive incubadoras e parques tecnológicos”.*

Não se pode esquecer que essas associações terão sempre em vista as finalidades de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo que são os objetivos específicos da Lei n.º 10.973, de 2 de dezembro de 2004, que, por sua vez, regulamenta os arts. 218 e 219 da Constituição Federal.

O inciso I do art. 4º da mesma Lei prevê que as ICT (Instituição Científica e Tecnológica – ICT – órgão ou entidade da administração pública que tenha por missão institucional, dentre outras, executar atividades de pesquisa básica ou aplicada de caráter científico ou tecnológico), mediante remuneração e por prazo determinado, nos termos de contrato ou convênio (aqui não pode, eis que no convênio não pode haver remuneração), poderão *“compartilhar seus laboratórios, equipamentos, instrumentos, materiais e demais instalações com microempresas e empresas de pequeno porte em atividades voltadas à inovação tecnológica, para a consecução de atividades de incubação, sem prejuízo de sua atividade finalística;”*

O art. 5º dispõe: *“Ficam a União e suas entidades autorizadas a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico (esta figura é própria das PPPs) que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produtos ou processos inovadores.*

*Parágrafo único – A propriedade intelectual sobre os resultados obtidos pertencerá às instituições detentoras do capital social, na proporção da respectiva participação.”*

Por fim, o art. 20 dispõe: *“Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar empresa, consórcio de empresas e entidades nacionais de direito privado sem fins lucrativos voltados para atividades de pesquisa, de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa e desenvolvimento, que envolvem risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de processo inovador”.*

### **13. Art. 26 (recebeu nova redação).**

Dispõe que as dispensas previstas nos §2º e 4º do art. 17 (§2º dispensa quando for concedido título de propriedade ou de direito real de uso de bens imóveis, quando o uso se destinar a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel).

II – a pessoa física que, nos termos de lei, regulamento ou ato normativo do órgão competente, haja implementado os requisitos mínimos de moradia sobre área rural situada na região da Amazônia Legal, definida no art. 2º da Lei n.º 5.173, de 27.10.1996, superior à legalmente passível de legitimação de posse referida na alínea “g” do inciso I do caput deste artigo, atendidos os limites de área definidos por ato normativo do Poder Executivo (§2º alterado pela Lei n.º 11.196 de 21.11.05).

O §4º do art. 17 reza: *“A doação com encargo será licitada e de seu instrumento constarão obrigatoriamente os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato, sendo dispensada a licitação no caso de interesse público devidamente justificado”.*

Os incisos III e seguintes do art. 24 tratam de todas as demais hipóteses de dispensa de licitação, eis que os incisos I e II tratam das contratações sem licitação, abaixo de certos valores, os casos de inexigibilidades do art. 25 e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º, deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior para ratificação e publicidade através dos meios de divulgação oficial previstos nos incisos I, II e IV do caput do art. 21, observado o §5º do mesmo artigo, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição de eficácia dos atos.

O §2º dispõe que “aos acréscimos em obras e serviços, não previstos originalmente no contrato, aplica-se o disposto no §2º do art. 25 e no caput do inciso III do §1º deste artigo”.

O §2º trata da vedação de superfaturamento nos casos de dispensa, respondendo solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

A norma é perfeitamente dispensável, já que os preços dos acréscimos terão que ser, necessariamente os já previstos nos preços unitários do contrato, mesmo que se tratem de acréscimos não previstos originalmente no contrato. É por essa razão que a doutrina se bate pela necessidade de se exigir nos editais, mesmo quando se trate de regime por preço global, orçamento dos preços unitários.

#### 14. Art. 28 (documentação relativa à habilitação jurídica).

VI – declaração do licitante, por si e por seus proprietários e diretores de que não está incurso nas sanções previstas nos incisos III e IV do art. 87 da Lei.

Comentário: A norma é oportuna, mas a declaração referida no inciso III (suspensão temporária de licitar e contar com a Administração tem abrangência somente em relação ao órgão licitador); portanto, se o licitante estiver suspenso em outro órgão ou entidade pública, ele pode fazer tal declaração e não poderá por isso, ser inabilitado. Já a pena de declaração de inidoneidade tem validade em qualquer órgão público, e, portanto, se o licitante tiver recebido em qualquer órgão ou entidade públicas do País, tal pena, ele não poderá fazer aquela declaração.

O §1º dispõe: “Não poderá licitar nem contratar com a Administração Pública pessoa jurídica cujos proprietários e diretores, inclusive quando provenientes de outra pessoa jurídica, tenham sido punidos na forma do §4º do art. 87 desta Lei, nos limites das sanções previstas no art. 87, III e IV, assegurando o direito ao contraditório e à ampla defesa”.

A norma é inconstitucional e não pode prevalecer juridicamente, no ponto em que fala em vedação de licitar e contratar com a Administração Pública, eis que, qualquer punição administrativa é um ato administrativo (punitivo, no caso) e deve respeitar e conter os cinco elementos que a doutrina tem apontado há anos, em especial, os princípios da especialidade e o da competência.

Pelo primeiro, o agente público não pode praticar atos fora de suas atribuições; portanto os efeitos de seus atos só tem validade dentro do órgão ou entidade pública que dirige; pelo segundo, um agente público qualquer não pode ter competência sobre todos os órgãos públicos federais, estaduais e municipais. Numa Federação, em especial, há o problema das autonomias legislativas e administrativas. Então, a norma referida é inconstitucional posto que pretende abolir a Federação (se nem uma Emenda Constitucional pode fazê-lo, diz o art. 60, §4º da C.F., quanto mais uma simples lei ordinária pode pretender fazer o que preceitua).

A norma, quando ao final, fala, “nos limites das sanções dos incisos III e IV do mesmo artigo, enquanto perdurar a sanção”, deve ter a interpretação já mencionada: o limite previsto para a suspensão temporária é a Administração (ver o inc. III do art. 87 da Lei n.º 8.666/93) e esta é assim conceituada: “Administração – órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente” (inc. XII). Já na definição do que seja Administração Pública, o inciso XI abarca toda a Administração Pública brasileira, e a declaração de inidoneidade, por se constituir numa pena criminal (ver o art. 97 da Lei n.º 8.666/93) abrange todo o território nacional.



O §2º transmite o impedimento de licitar e contratar ao licitante que esteja manifestamente atuando em substituição a outra pessoa jurídica, com o intuito de burlar a efetividade das sanções previstas no art. 87, III e IV, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

**15. Art. 31** (trata da documentação relativa à qualificação econômico-financeira).

O inciso II foi atualizado substituindo-se a expressão “*concordata*” por “*recuperação judicial*”.

**16. Art. 32:** “*Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração, credenciado para tal, ou publicação em órgão da imprensa oficial ou impresso de sítios oficiais do órgão emissor*”.

(acresceu-se: ou impresso de sítios oficiais do órgão emissor).

Foram acrescentados aqui os §§ 7º, 8º e 9º.

O §7º: “*As consultas a documentos diretamente realizadas pela Administração em sítios oficiais dos órgãos emissores substituirão quaisquer outros meios de prova para fins de procedimento licitatório*”.

O §8º - “*A autenticidade e validade do documento, disponibilizado por meio eletrônico deverá ser certificada por membro da Comissão de Licitação, servidor público ou pregoeiro*”.

O §9º - “*A documentação de que trata o art. 31 será dispensada em relação ao licitante que apresentar qualquer das modalidades de garantia previstas no art. 56 desta Lei no valor de 100% do valor orçado pela Administração*”.

Realmente, se o licitante, desde logo, apresentar garantia no valor de 100% do valor orçado pela Administração, para a execução do contrato, são dispensáveis os documentos para comprovar sua condição econômico-financeira.

**17. Art. 34 –** “*O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, através dos meios de divulgação oficial previstos nos incisos do caput do art. 21, observado o §5º do mesmo artigo, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados*”.

Trata-se de norma que era necessária, para que os cadastros se tornem realmente úteis nas licitações, tal como ocorre com o SICAF.

O §3º dispõe, por isso mesmo, que o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF, instituído e sob responsabilidade da União, fica disponibilizado aos demais órgãos da Administração Pública.

**18. Art. 36** (trata da inscrição dos cadastrados, por categorias, etc).

O §3º foi acrescido com a seguinte redação: “*Nas licitações para compras de grande vulto os inscritos estarão obrigados à comprovação de qualificação econômico-financeira e, quando o objeto for de maior complexidade técnica, à comprovação, de qualificação técnica específica*”.

Trata-se norma oportuna, observando-se que tais exigências já devem ser cumpridas quando do cadastramento.

**19. Art. 38** (trata do procedimento da licitação, através do processo administrativo, indicando os documentos que nele deverão ser produzidos e dele deverão fazer parte).

Aqui, a única alteração produzida foi em relação ao inciso VII que dizia que dos atos que deveriam compor o processo estariam: atos de adjudicação e da sua homologação.

A nova redação, introduzida por aqueles que erroneamente sempre quiseram que a autoridade superior é que homologasse a licitação e depois ela mesma fizesse a adjudicação, ficou assim: *“atos de homologação e de adjudicação do objeto da licitação”*.

Ficou portanto, invertida a ordem dos atos: a homologação passou a ser efetuada antes da adjudicação. Mas, não ficou dito, quem homologa e nem quem adjudica.

Se sabemos que quem homologa um procedimento licitatório (que necessita desse controle da verificação de sua regularidade) é a autoridade superior, é esta quem homologa. Por outro lado, se, doutrinariamente (Hely Lopes Meirelles), um dos princípios específicos da licitação é o da *“adjudicação compulsória ao vencedor”* e, se quem elege, o vencedor, evidentemente, quem faz essa escolha fará a adjudicação (a Comissão de Licitação ou o pregoeiro).

Assim, ao nosso ver, nada mudou em termos de competência, alterando-se apenas os momentos das práticas dos atos: a homologação é apenas em relação ao procedimento licitatório. Se tudo estiver corretamente transcrito, a autoridade superior remeterá o processo para a Comissão ou para o Pregoeiro para que estes promovam a adjudicação (a outorga do objeto da licitação ao vencedor).

#### **20. Art. 40 (trata do Edital e de suas cláusulas).**

*“O Edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu teor, a modalidade, a forma de realização da licitação – presencial ou eletrônica, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início de sua abertura e indicará obrigatoriamente o seguinte:*

*(entendemos, como já assim entendíamos, que essa descrição do edital é norma específica e não geral. Ela entra em pormenores específicos que a Lei estadual ou municipal pode legislar de modo diferente).*

Alterou-se o inc. IV – local onde poderão ser examinados e adquiridos os projetos básico e executivo; (é óbvio que esta indicação deverá vir no Edital).

O §2º (que indica quais são os anexos do Edital), recebeu alteração no inciso I, tornando anexo obrigatório, além do projeto básico, também o executivo.

Além disso, foi acrescido o §5º, com a seguinte redação: *“§5º - O Edital poderá prever o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados a contratos”*.

Sempre defendemos a necessidade da arbitragem para resolver pendências licitatórias e de contratos, posto que submeter-se tais questões, onde sempre estão envolvidos os interesses públicos primários e secundários, ao Judiciário, nas mais das vezes, as soluções demoram para vir. Por exemplo: um licitante que deveria ser o vencedor, de acordo com as regras do Edital, se vê desclassificado ilegalmente. Ele ingressa com mandado de segurança para pleitear seus direitos e não obtém liminar.

Nessa hipótese até que venha a decisão judicial o segundo colocado (ilegalmente) fora contratado e já teria recebido a respectiva remuneração. Daí a necessidade da arbitragem, que, segundo decisões do TCU, somente poderiam ser utilizadas nas licitações e contratos, se a lei previsse tal possibilidade.

Lembramos, contudo, que a Lei n.º 9.307/96, logo no seu artigo 1º declara que ela somente se aplica em relação a bens e direitos disponíveis. Portanto, nos casos de licitações e contratos, quando a questão puder envolver o eventual sacrifício do interesse público, não se poderá socorrer-se da referida Lei.

O art. 42 dispõe que nas licitações internacionais o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

Neste aspecto, essa disposição estendeu essa obrigatoriedade a todas as modalidades de licitação, quando antes ela se cingia apenas às concorrências.

21. Art. 43 (trata do processamento e do julgamento da licitação, indicando os procedimentos seqüenciais).

O inciso II recebeu nova redação: *“devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso”*.

A norma sempre pecou, por não prever a hipótese da concessão de liminar em mandado de segurança, na qual o Juiz determine a habilitação e a abertura da proposta...

O inciso III prevê a abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, bem como dos concorrentes inabilitados, que tenham recorrido.

Da mesma forma, não se prevê a hipótese de uma eventual liminar.

O inciso VI prevê a deliberação da autoridade competente quanto aos recursos interpostos.

O inciso VII prevê: *“deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”*. É a mesma redação que constava do inciso VI anterior.

Portanto, damos ao inciso VII a mesma interpretação que dávamos ao inciso VI: deliberação da autoridade competente para a homologação, que é a autoridade superior e deliberação da autoridade competente para a adjudicação do objeto da licitação, que é a Comissão de julgamento ou o Pregoeiro.

O §1º ganhou cunho novo: *“Obedecidos os princípios da eficiência e economicidade, e considerando as peculiaridades do objeto licitado, será facultado à Administração inverter as fases do processo licitatório, observado o seguinte procedimento:*

*I – abertura dos envelopes contendo as propostas de todos os participantes, verificando sua conformidade na forma do inciso IV do caput, desclassificando as propostas desconformes e incompatíveis;*

*II – julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do ato convocatório;*

*III – abertura do envelope e verificação da documentação relativa à habilitação exclusivamente do primeiro classificado;*

*IV – inabilitado o primeiro classificado, a Administração analisará a documentação relativa à habilitação do segundo classificado, e assim sucessivamente, na ordem de classificação, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no ato convocatório;*

*V – deliberação da autoridade competente quanto aos recursos interpostos;*

*VI – devolução, aos licitantes, dos envelopes contendo os documentos da habilitação não examinados; e*

*VII – deliberação da autoridade competente quanto à homologação (autoridade superior) e adjudicação do objeto da licitação (pela Comissão de Licitação ou pelo Pregoeiro).”*

A norma faculta a inversão, mas não a obriga; portanto, não ofende as autonomias dos Estados e dos Municípios.

O §2º dispõe que a abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas serão realizadas sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão.

Trata-se de providência absolutamente necessária, ignorada pela legislação do pregão e que agora se aplica subsidiariamente àquela.

O §3º dispõe que todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela Comissão.

Interessante que isto sempre foi feito nas licitações, mas nunca constou de lei nenhuma.

O §4º prevê que as licitações processadas por meio do sistema eletrônico observarão procedimento próprio quanto ao recebimento da documentação e propostas, sessões de apreciação e julgamento e arquivamento dos documentos, nos termos dos §§2º a 6º do art. 20.

O §5º faculta à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase do processo da licitação a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

Já constava da Lei n.º 8.666/93 esta previsão.

O §6º determina que o disposto neste artigo aplica-se à concorrência e, no que couber, às demais modalidades de licitação.

O §7º repete o que já constava da Lei n.º 8.666/93: a questão da desclassificação vedada, por motivos relacionados com a habilitação, ultrapassada a fase referida, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

O §8º trata da desistência da proposta e não a admite durante todo o processo licitatório, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão ou pelo pregoeiro.

O §9º exige que a Administração, quando adotar a inversão de fases, deverá exigir do representante legal do licitante, na abertura da sessão pública, declaração, sob as penas da lei, de que reúne as condições de habilitação exigidas no edital.

Trata-se de uma exigência descabida e ilegal. A exigência dessa declaração, quando se sabe que é comum a inabilitação por erro na documentação, dúvidas em sua apresentação, etc., irá levar fatalmente à pena de inabilitação do licitante; se feita, tal declaração, e ocorrer a inabilitação, o licitante será penalizado, só por esse fato, por falsidade ideológica, o que importará na quebra da vedação do "*bis-in-idem*" na aplicação de penalidades, princípio milenar do direito.

Portanto, a exigência dessa declaração, se efetuada, não poderá importar em outra pena que não a inabilitação.

O §10º diz que na hipótese do parágrafo 9º anterior, se o licitante vencedor não reunir os requisitos de habilitação necessários a sua contratação, e ficando provada sua má-fé ou conduta temerária, será aplicada a sanção de suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, nos termos do inciso III do art. 87 desta Lei.

Como vê, trata-se de uma terceira penalidade, também vedada, pois se trata de um "*bis-in-idem*"; contendo a má-fé, de difícil prova, há que ficar muito bem caracterizada, assim também, a conduta temerária, esta, por ser de natureza inteiramente subjetiva, refoge a justificativa para qualquer sanção, que tem que ser de ordem subjetiva; não pode haver pena por razões subjetivas, que não apontem objetivamente a tipicidade da infração.

De qualquer modo, com a redação à primeira parte do dispositivo, ou seja, a aplicação da pena pela simples apresentação de documento tal como exigido no edital não pode ocorrer eis que a conjunção "e" exige a má-fé.

O §11º dispõe que nas licitações para obras e serviços de engenharia, quando a Administração adotar a inversão de fases, será obrigatória a especificação, no ato convocatório da licitação, do valor orçado pela Administração, para efeito de identificação de propostas manifestamente inexequíveis, de acordo com o disposto no inciso II do caput e no §1º do art. 48 da Lei.

Ora, o valor orçado pela Administração é o orçamento, detalhado em planilhas de preços unitários, que já é obrigatório, eis que se constitui num dos anexos obrigatórios do edital (art. 40, §2º, II).

O §12 dispõe que o pregoeiro ou presidente da comissão de licitação poderá, mediante decisão fundamentada e registrada em ata, sanar erro ou falha que não altere a substância das propostas ou dos documentos, nem sua validade jurídica.

Esta disposição poderá ser alvo de sérios questionamentos, eis que o saneamento de erros e falhas das propostas ou documentos importantes em que o pregoeiro ou a Comissão de Licitações esteja alterando documentos dos licitantes, o que implica num sério precedente. Ao nosso ver, as propostas ou documentos não podem ser manipuladas, ainda que para sanar erros ou falhas, pelo pregoeiro e/ou pela Comissão.

O §13 dispõe que: *“Não configura motivo de desclassificação, nos termos do inciso IV do caput deste artigo, a inclusão, supressão ou alteração, na proposta, de itens do projeto executivo, feita motivadamente para melhor contemplar os requisitos do art. 12 desta Lei, desde que o resultado não importe descaracterização do projeto”*.

Trata-se de norma que segue o mesmo propósito presente no art. 65, I, alínea “a” que admite a alteração do projeto básico ou de suas especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos.

**16. Art. 45** (trata da disciplina do julgamento das propostas, que será objetivo).

O §4º teve sua redação alterada para:

*“Os serviços de informática de natureza predominantemente intelectual, devidamente comprovada, deverão ser licitadas no tipo ‘técnica e preço’ ou ‘melhor técnica’”*.

A redação anterior não fazia distinção. Qualquer contratação de bens e serviços de informática deveria ser antecedida de licitação do tipo técnica e preço. Agora, apenas os serviços de informática predominantemente intelectual, podem se socorrer de licitações onde os tipos de licitação serão de técnica e preço ou de melhor técnica. Nos demais casos, o tipo de licitação será o de menor preço.

**17. Art. 46** (trata do enclausuramento das licitações de melhor técnica ou técnica e preço, aos serviços de natureza predominantemente intelectual).

O inciso II recebeu a seguinte redação: *“a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com, a média ponderada das valorações das propostas técnica e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório, não se admitindo critérios que tornem as propostas de preços menos relevantes que as propostas técnicas”*.

Essa parte final, acrescida, é totalmente oportuna, porque, na prática, nas licitações de técnica e preço, fixaram-se pesos bem maiores para técnica (p. ex.: 7) e pesos bem inferiores para preços (p. ex.: 3). Assim, venceria a licitação, quem obtivesse a nota maior em técnica, após a aplicação de pesos. E, como, no julgamento técnico, é impossível o julgamento objetivo, com a prevalência da nota técnica era possível o dirigismo na licitação.

Agora, como o fator preço terá que ter peso sempre igual ou superior ao peso – critério de valorização de técnica, aquele dirigismo não mais será possível.

**18. Art. 53** (dispõe sobre o leilão)

*“O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, observada a legislação pertinente, bem como os seguintes procedimentos:*

*I – apresentação, em envelope fechado, das propostas de preço pelos interessados;*

*II – abertura dos envelopes e desclassificação das propostas com valor inferior a 80% (oitenta por cento) do constante na proposta de maior valor; (sic)*

*III – apresentação de lances pelos licitantes cujas propostas houverem sido classificadas, ou pelos que apresentarem as 3 (três) propostas de maior valor,*

se da aplicação do inciso II do caput deste artigo resultarem menos de 3 (três) competidores sendo vedado ao edital limitar o número de lances;

*IV – adjudicação do objeto ao licitante que oferecer o maior lance, superior ao valor da avaliação”.*

Nestes itens há a disciplina e os procedimentos do leilão. Vale ressaltar que logo após os lances, a Comissão faz a adjudicação, não se falando em homologação, que, naturalmente, deverá haver, como exigência feita em outro lugar, da Lei.

O §5º prevê que *“no caso de bens imóveis, a transferência da propriedade fica condicionada ao completo pagamento do valor da arrematação”.*

O §6º dispõe que o edital do leilão poderá limitar a duração da etapa de oferecimento de lances, a qual terá início imediatamente após a classificação das propostas, bem como adotar intervalo mínimo de valor em relação ao maior lance registrado para que novo lance seja admitido.

Esta última providência é deveras necessária para que a sessão de lances não se transcorra indefinidamente.

**19. Art. 56** – (trata das garantias para a execução dos contratos administrativos).

O §3º recebeu nova redação: *“Para contratos de valor superior a 10 (dez) vezes o previsto no art. 23, inciso I, alínea “c” (R\$ 3.400.000,00), que envolvem alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados mediante parecer técnico aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no §2º deste artigo poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato”.*

Aqui foi necessário indicar o novo valor, porque foram alterados os limites das diversas modalidades.

O §6º foi acrescido ao art. 56, com a seguinte redação:

*“Quando o valor da proposta vencedora for inferior a oitenta por cento do valor orçado a que se refere o art. 40%, §2º, inciso II, desta Lei, exigir-se-á, além da garantia prevista no §3º, uma garantia adicional em valor correspondente à diferença entre o valor orçado e o valor da proposta vencedora”.*

Trata-se de norma semelhante à do §2º do art. 48 da Lei, porém, mais clara.

A garantia prevista no §3º poderá (para obras e serviços de grande vulto e de alta complexidade técnica), ser de até 10% do valor do contrato; além dessa garantia poder-se-á exigir do vencedor uma garantia adicional entre o valor da proposta inferior ao valor orçado pela Administração, quando inferior a 80% dele e o valor orçado.

O §7º, também acrescido ao art. 56 dispõe que o não recolhimento, pelo adjudicatário, da garantia de fiel execução do contrato no prazo estabelecido no instrumento convocatório para assinatura do contrato caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-se às sanções correspondentes e à imediata execução da garantia de proposta.

A norma viola o princípio da proporcionalidade e não pode se considerar, aí, o descumprimento total do contrato, se a garantia, de regra é apenas de 5% do seu valor, podendo chegar a 10%.(dez por cento).

**20. Art. 61** – (trata do aspecto formal e da formalização dos contratos administrativos).

O seu Parágrafo único ganha nova redação.

*“A publicidade dos resumos dos instrumentos de contrato ou de seus aditamentos, através dos meios de divulgação oficial previstos nos incisos I, II e IV do caput do art. 21, observado o §5º do mesmo artigo, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o 5º (quinto) dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer até o final desse mês, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei”.*

Alteraram-se os veículos de divulgação, o prazo de publicação pela imprensa oficial, que passou de 25 dias para até o final do mês.

Ressalvou-se o disposto no art. 26 que deverão seguir, antes, as publicações das justificativas e da retificação.

**21. Art. 65 – (trata da alteração dos contratos).**

O §1º dispôs que *“o contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem durante a execução do contrato, respeitados os seguintes limites:*

*I – nas obras e serviços de engenharia, até 10% (dez por cento) do valor inicial atualizado do contrato;*

*II – no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, para os seus acréscimos; e*

*III – nos casos de compras e serviços diversos dos previstos nos incisos I e II, até 5% (cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato.*

Verifica-se que as denominadas alterações quantitativas foram drasticamente diminuídas, além do que, foram divididos as obras e serviços de engenharia das compras e serviços outros.

O §3º do art. 65 ganhou nova redação:

*“Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras e serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no §1º deste artigo e o disposto no §2º do art. 25 e no caput e inciso III do §1º o art. 26”.*

O §6º repete estatuição da Lei nº. 8.666/93: *“Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente ou diminua os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial”.*

Apenas foi incluída aqui a hipótese da diminuição dos encargos do contratado.

Foi acrescido ainda o §9º, com a seguinte redação:

*“§9º – Nas alterações contratuais previstas no §1º, será vedada, em qualquer dos casos, a compensação entre acréscimos e supressões para fins de cálculo do montante objeto da alteração, sendo igualmente vedados os acréscimos de bens ou serviços diversos daqueles previstos na contratação”.*

Trata-se de duas novidades não constantes da Lei nº. 8.666/93: a vedação de compensação entre acréscimos e supressões e a vedação de acréscimo de bens ou serviços diversos daqueles previstos na contratação.

Era o óbvio, mas pensamos que esta última vedação tem sua razão de ser, eis que, por lógica, só se pode crescer algo já existente e contratado e não se pode acrescer algo diferente daquilo que foi contratado.

**22. Art. 80 (trata das cláusulas do direito comum).**

O §2º foi alterado para adaptá-lo à nova Lei de Falências que, no lugar da concordata preventiva, fala em recuperação judicial.

**23. Art. 87, recebeu nova redação: “Pela inexecução total, parcial ou deficiente do contrato, a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:**

*II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato, em valor nunca inferior a 10% (dez por cento) do valor orçado pela Administração.*

*§4º – As sanções previstas nos incisos III e IV aplicam-se também aos proprietários e aos diretores das pessoas jurídicas de direito privado contratadas, quando praticarem atos com excesso de poder, abuso de direito ou infração à lei, contrato social ou estatutos, bem como na dissolução irregular da sociedade.”*

Foi acrescida no caput do art. 87 a hipótese da execução deficiente do contrato. Nessa hipótese, somente poderá a administração, aplicar qualquer sanção, após, de acordo com o art. 69 da Lei nº. 8.666/93, conceder ao contratado, que, às suas expensas, oportunidade de corrigir os vícios e deficiências constantes dos relatórios dos serviços fiscalizados; somente se não for cumprido o art. 69, é que se haverá de se cogitar de sanção.

A extensão das sanções previstas nos incisos III (suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração) e IV (declaração de inidoneidade) é salutar. As condições para suas aplicações somente serão aquelas indicadas no final do dispositivo.

O §5º dispõe que a sanção prevista no inciso III deste artigo poderá ser aplicada nas hipóteses dos incisos I a VIII e XI do art. 78 desta Lei, bem como na reincidência de conduta em virtude da qual já tenha sido aplicada qualquer das sanções previstas nos incisos I e II deste artigo.

Os incisos I a VIII são os motivos dados pelo contratado para que a Administração, querendo, poderá rescindir o contrato. Portanto, em havendo rescisão do contrato, a Administração pode aplicar a suspensão temporária. Na reincidência de conduta em virtude da qual já tenha sido aplicada uma das sanções previstas nos incisos I e II do artigo (advertência e multa).

O §6º traz outra inovação: disciplina com maiores detalhes, quando será possível a aplicação da penalidade criminal da declaração de inidoneidade.

Dispõe que a sanção do inciso IV poderá ser aplicada apenas quando houver reincidência ou na recusa em reparar os vícios ou prejuízos decorrentes de conduta em virtude da qual já tenha sido aplicada a sanção prevista no inciso III, como também em qualquer dos casos previstos nos arts. 89 a 98 desta Lei (são os crimes previstos na Lei nº. 8.666/93, dentre os quais se encontra o crime do art. 97 norma penal em branco) que veda que se admita em licitações ou se contrate, empresa declarada inidônea; com isto, qualquer declaração de inidoneidade, feita por qualquer órgão ou entidade, se transforma, de uma pena administrativa, em uma pena criminal. Daí valer ela em todo o território nacional, o que não ocorre com a suspensão temporária de licitar e contratar, que somente tem validade perante a Administração que aplicou a pena.

O §6º diz ainda, que nos casos dos artigos 89 a 98 da Lei a apuração será administrativa, independente do trânsito em julgado de sentença condenatória no âmbito penal.

Esta parte final, com certeza, não foi redigida por um operador do Direito. Sanção penal só se pode apurar em âmbito judicial e não em processo administrativo. No caso, segundo a Lei, aplicar-se-á uma sanção criminal, após um processo administrativo. É possível isso?

O §7º dispõe que, “sem prejuízo de outras disposições legais, poderá também o Tribunal de Contas competente proceder à aplicação das sanções estabelecidas nos incisos III e IV deste artigo, atendidas as seguintes condições:

*I – trânsito em julgado do processo no qual tenha sido concedido direito ao contraditório e ao término do qual foi aprovada a devida responsabilidade;*

*II – comunicação do inteiro teor da decisão do Tribunal de Contas à autoridade competente para aplicação da sanção;*

*III – decorridos noventa dias improrrogáveis da comunicação referida no inciso II deste parágrafo, ausência de imposição das sanções pela autoridade competente;*

*IV – decisão a ser tomada por dois terços do pleno do Tribunal de Contas competente, seguida da devida divulgação nos meios de publicidade oficial previstos nos incisos I, II e IV do caput do art. 21 desta Lei”.*

Essa norma possibilita aos Tribunais de Contas aplicar às empresas contratadas pela Administração, as sanções de suspensão temporária de licitar e contratar com a Administração (inc. III) e a declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública (inc. IV) ambas previstas no art. 87 da Seção II do cap. IV, que trata das “SANÇÕES ADMINISTRATIVAS”.



Ora, as sanções administrativas, pelos princípios das competências e o da especialidade administrativa, somente podem ser aplicadas pelos agentes da Administração, como é curial.

Tanto é assim que a sanção do inciso IV é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso (§3º do art. 87).

Assim, somente a Administração (o Executivo) poderá aplicar tais sanções e não poderão ser aplicadas por um órgão auxiliar (portanto, que faz parte do Legislativo) do Poder Legislativo, pena de haver aí infração ao princípio da separação de poderes constitucional.

A Constituição, por isso mesmo, no seu art. 71, estabeleceu as competências dos Tribunais de Contas e, na questão da aplicação de sanções, no inciso VIII dispôs a competência para *“aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário”*; portanto, o Tribunal somente pode aplicar sanções aos agentes administrativos, não assim à empresa contratada, segundo o texto constitucional.

Também, os Tribunais de Contas, segundo o inc. X poderá sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara de Deputados e ao Senado Federal.

O §1º dispõe que *“no caso de contrato, o ato de sustação será adotado diretamente pelo Congresso Nacional, que solicitará, de imediato, ao Poder Executivo as medidas cabíveis”*.

O §2º prevê: *“Se o Congresso Nacional ou o Poder Executivo, no prazo de noventa dias, não efetivar as medidas previstas no parágrafo anterior, o Tribunal de Contas decidirá a respeito”*.

Mas isso tudo diz, expressamente, com a sustação do contrato, não assim com a aplicação de sanções administrativas, em relação às quais, a Constituição não autoriza os Tribunais de Contas a interferirem na matéria, aplicando a suspensão temporária ou a declaração de inidoneidade, em relação às empresas contratadas. Portanto, aí está uma flagrante inconstitucionalidade.

O §8º dispõe que os contratos vigentes, celebrados entre a Administração e o contratado ao qual forem aplicadas as sanções previstas neste artigo, poderão ser mantidos desde que o prosseguimento de sua execução seja mais vantajoso para a Administração, considerados os custos e prazos envolvidos em nova contratação, devidamente justificada pela autoridade competente para a assinatura do contrato.

Trata-se de outra norma, que é conseqüência da anterior, razão porque é inconstitucional por ofensa ao princípio da separação de Poderes, além disso, ao se referir aos contratos vigentes, é outra vez inconstitucional a disposição, eis que a Constituição, como sabemos, veda que a Lei retroaja para atingir o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito.

O §9º completa o rol de inconstitucionalidades aqui denunciadas, dizendo que *“havendo a Administração decidido manter o contrato, nos termos do §8º, não implicará tal ato na novação ou no impedimento de rescindi-lo unilateralmente, quando ausentes as condições para sua manutenção, pelos mesmos motivos que ensejaram a aplicação das sanções referidas neste artigo”*. É também flagrantemente inconstitucional esta disposição, pelos mesmos motivos já apontados.

**24. Art. 96 –** Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente, ou, ainda, para contratação de obra ou serviço de engenharia.

.....

IV – alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida ou de serviços executados;

Acresceu-se, no caput a *“obra ou serviço de engenharia”*.

No inciso IV acresceu-se: “ou de serviços executados”.

**25. Art. 109 – .....**

.....  
“§2º - Os recursos não terão efeito suspensivo, salvo os dirigidos contra decisão que declare inabilitado o licitante ou desclassifique sua proposta, não resultando de sua interposição, em qualquer desses casos, a paralisação do processo licitatório, constituindo o julgamento dos recursos previstos nas alíneas “a” e “b” do inciso I deste artigo a fase imediatamente anterior à de homologação e adjudicação do objeto do certame”.

O §4º dispõe que “caso a autoridade que praticou o ato recorrido não reconsidere sua decisão de imediato, deverá fazer subir o recurso à autoridade superior, cuja decisão deverá ser proferida dentro do prazo de cinco dias úteis, contados do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade”.

**26. Art. 114 –** O sistema instituído nesta Lei não impede a pré-qualificação, a ser realizada sempre que o objeto da licitação recomende análise mais detida das condições da empresa em atender às especificações do bem ou serviço a ser executado.

.....  
§2º - A pré-qualificação poderá ser utilizada nos casos previstos nos §§9º e 10 do art. 15 desta Lei, quando deverão os interessados comprovar estarem aptos a entregar o bem ou a prestar o serviço, de acordo com as especificações e condições estabelecidas.

§3º - A pré-qualificação ficará permanentemente aberta e poderá ser utilizada em um ou mais procedimentos licitatórios.

O §9º do art. 15 prevê, mediante edital publicado, a convocação de consulta ou audiência pública; o §10 do art. 15 dispõe que somente poderão participar das licitações que tenham por objeto bens e serviços cujas especificações foram estabelecidas conforme o procedimento disciplinado no §9º deste artigo, as empresas pré-qualificadas na forma do art. 114 desta Lei.

O §3º torna a pré-qualificação como que um cadastro, pois que fica aberta permanente e poderá ser utilizada em um ou mais procedimentos. Dito isto, há que se verificar a adequação do objeto da pré-qualificação e o da licitação e, além disso, nas licitações, há que se exigir as atualizações das documentações.

Em seguida, a Lei nos apresenta o seu art. 2º (o primeiro artigo foi aquele que declinou todos os artigos da Lei n.º 8.666/93 que sofreriam alterações).

“Art. 2º - A Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 15-A:

“Fica instituído o Cadastro Nacional de Registro de Preços, sob a responsabilidade da União, que será disponibilizado às unidades administrativas da Administração Pública”.

Esse cadastro pode causar confusões de preços se não for setorializado por regiões, Estados, Municípios e Distrito Federal.

O Parágrafo único dispõe que os órgãos ou entidades da Administração Pública que utilizarem o cadastro de que trata o caput deverão informar no sítio oficial da Administração Federal os preços registrados em Atas e as contratações formalizadas.

Esta última obrigação é inconstitucional, eis que a lei federal não pode impor obrigações aos outros entes federativos, sob pena de violar a autonomia destes entes.

O art. 3º dispõe: O art. 4º da Lei n.º 10.520, de 17 de julho de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º (prevê a fase externa do pregão e do seu início).

I – a convocação dos interessados será efetuada na forma do art. 21 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993;

.....  
§1º - A modalidade pregão poderá, mediante autorização prévia da autoridade competente, ser utilizadas nas licitações de “técnica e preço”, atendido o seguinte:

I – a classificação inicial das propostas observará o disposto no §2º do art. 46 da Lei n.º 8.666/93;

II – a seleção dos participantes da fase de que tratam os incisos VIII e IX do caput deste artigo levará em conta as melhores pontuações obtidas a partir da soma ponderada das notas atribuídas às propostas de técnica e preço (inc. VIII – no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor; inc. IX – não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três) oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos).

III – os lances sucessivos referir-se-ão exclusivamente à proposta de preço, mantendo-se inalterada a proposta técnica;

IV – a classificação final será obtida a partir da soma ponderada da nota atribuída à proposta técnica com a da última proposta de preço apresentada.

A disposição é confusa. Como aplicar o pregão, que se caracteriza pelos lances, em licitação de técnica e preço?

A norma diz que, em primeiro lugar, nas licitações de técnica e preço, será adotada adicionalmente ao inc. I do parágrafo anterior (classificação técnica, após classificação das que sofrerem julgamento de valorização técnica mínima). No inciso I do §2º do art. 46, haverá a valorização das propostas e o inciso II do mesmo parágrafo, diz que a classificação será feita de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório.

Aqui, nas licitações normais, o vencedor será aquele que obtiver a maior média ponderada em técnicas e preço, levando em conta os pesos.

O inciso II da nova redação dada pela nova Lei, de certa forma, torna o julgamento efetuado de acordo com o §2º do art. 46 da Lei n.º 8.666/93, nova fase não finalizadora da licitação, falando apenas que *“as melhores pontuações obtidas a partir da soma ponderada das notas atribuídas às propostas de técnica e preço serão levadas em conta para a seleção dos participantes”*.

Os lances sucessivos serão somente em relação aos preços (inc. III).

O inciso IV dispõe que a classificação final será obtida a partir da soma ponderada na nota atribuída à proposta técnica com a da última proposta de preço apresentada.

Contudo, se aplicarmos o §2º do art. 46, como manda o inciso I do §1º do art. 4º, a média ponderada leva em conta, ao mesmo tempo a nota técnica e a nota de preços, avaliadas de acordo com os pesos pré-estabelecidos.

Como então falar-se em soma ponderada da nota técnica com a da última proposta apresentada?

Na verdade, pensamos que não há, juridicamente, validade no pregão sob a modalidade de técnica e preço, porque deveria haver não somente os lances de preços, mas os de técnica também, o que é impossível, ou, pelo menos, totalmente aleatório.

O §2º do art. 41 dispõe:

*“O pregão que tenha por objeto obras ou serviços de engenharia cujo valor orçado pela Administração seja superior ao limite constante do art. 23, I, ‘b’, da Lei n.º 8.666, de 1993 (R\$ 3.400.000,00), será realizado entre interessados cadastrados na forma da Seção III do Capítulo I (sic. – nada a haver com cadastro), da referida Lei, permitida a adjudicação do objeto ao licitante não cadastrado que apresentar a melhor proposta, desde*

que, no prazo de dois dias a contar do julgamento, comprove preencher os requisitos estabelecidos para o registro cadastral na categoria, na especialização e no grupo de licitantes indicados no edital do certame, sem prejuízo de requisitos específicos fixados no instrumento convocatório”.

Aqui, inexplicavelmente, a Lei admite o pregão para obras e serviços de engenharia cujo valor exceda a R\$ 3.400.000,00 (três milhões e quatrocentos mil reais). No caso, há que se saber se tais obras e serviços de engenharia são comuns, eis que, do contrário, não poderão ser licitados por pregão. Além disso, até mesmo obras e serviços de engenharia até R\$ 3.400.000,00 licitados através do pregão já são uma temeridade, eis que os licitantes, com certeza, “mergulharão” no preço para vencer a fase de lances, e, com isso, também obviamente, irão construir obra e oferecer serviços de baixíssima qualidade, quanto mais temerário será o se admitir o pregão para obras e serviços de engenharia para além daquele valor.

É a condenação da Administração a contratar obras e serviços da pior qualidade, com sérios perigos para a coletividade (escolas, viadutos, etc.).

Contudo, lembramos aos pregoeiros que irão licitar tais obras e serviços de engenharia dois pontos importantes:

a) – A Lei n.º 10.520/2002 diz, no seu art. 9º dispõe que *“aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade pregão, as normas da Lei n.º 8.666/93, de 21 de junho de 1993”*;

b) – Que, nessas condições, o pregoeiro está obrigado, antes de ultimar o julgamento de preço, se ele (o menor lance apresentado) não é inexequível, aplicando, para isso o que dispõe o §1º do art. 48 da Lei n.º 8.666/93, que reza: *“§1º - Para os efeitos do disposto no inc. II deste artigo, consideram-se manifestamente inexequíveis, no caso de licitações de menor preço para obras e serviços de engenharia, as propostas cujos valores sejam interiores a 70% (setenta por cento) do menor dos seguintes valores:*

*a) – média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração, ou*

*b) – o valor orçado pela administração”*.

Esse exame, na fase de lances (as propostas finais aparecem neste momento) é obrigatório, sob pena de ilegalidade e nulidade do pregão.

De outro lado, exigir-se o prévio cadastramento é também uma teimosia que já vem do famigerado SICAF, que, por isso mesmo, alterou o conceito de concorrência, tomada de preços e de convite, ilegalmente, eis que, em tais modalidades, os não cadastrados também podem participar das licitações.

A exigência de cadastro prévio é inconstitucional e ilegal por ofensa aos princípios da igualdade (art. 37, XXI da C.F.) e ao da competitividade (art. 3º, §1º, inc. I da Lei n.º 8.666/93).

O §3º completa essa excrescência: *“A celebração do contrato pelo licitante vencedor não cadastrado condiciona-se ao seu cadastramento na forma da Seção III do Capítulo I da Lei n.º 8.666/93”*.

Essa norma também é ilegal. Desde que o não cadastrado tenha apresentado todos os documentos para habilitação, deve ser contratado, se vencer o certame.

O art. 4º da nova Lei prevê:

*“O Poder Executivo fará publicar no Diário Oficial da União, no prazo de trinta dias, a integra das Leis n.º 8.666, de 21.06.1993, e n.º 10.520, de 17.07.2002 com as alterações anteriores e as resultantes desta Lei, ressalvadas as alterações decorrentes de medidas provisórias em vigor”*.

Trata-se de medida necessária e suficiente.

O art. 5º criou mais uma hipótese de dispensa de licitação: *“É dispensável a licitação para a aquisição e contratação, pelo Banco Central do Brasil, de bens e serviços necessários à execução dos serviços do meio circulante, quando a publicidade de*

*projetos básicos e executivos, memoriais descritivos e termo de referência for prejudicial à segurança da atividade”.*

A decisão quanto a este último aspecto fica no critério discricionário da autoridade monetária.

O art. 6º altera a redação do art. 45 da Lei n.º 8.443, de 16 de julho de 1992, que passa a ter mais um parágrafo:

*“Art. 45 .....*

*§4º Quando o Tribunal, na apreciação de medida cautelar, determinar a suspensão de ato, ou procedimento administrativo, deverá decidir o mérito da questão no prazo improrrogável de 90 (noventa) dias, findo o qual a decisão cautelar perderá eficácia”.*

Trata-se de norma salutar, para que os processos administrativos licitatórios não se arrastem indefinidamente no âmbito dos Tribunais de Contas.

O art. 7º dispõe: *“Esta Lei entra em vigor trinta dias após sua publicação, facultada a ampliação desse prazo, mediante decreto do respectivo Poder Executivo, para até sessenta dias após sua publicação, nos Estados e no Distrito Federal, e para até cento e vinte dias após sua publicação, nos Municípios”.*

A norma é inconstitucional: não podem simples decretos, ainda mais de níveis diferentes da entidade federativa que promulgar a Lei, alterá-la.

O §1º dispõe que o disposto no parágrafo único do art. 6º da Lei n.º 8.666, de 1993, com a redação dada por esta Lei, não será exigível até decorridos doze meses de sua publicação.

O Parágrafo único do art. 6º dispõe sobre a autoridade certificadora e faculta aos Estados, Distrito Federal e Municípios a adoção de outros meios de comunicação oficial em forma eletrônica para comprovação de autoria e integridade dos documentos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade do CIP – Brasil.

O §2º desse artigo 7º veio adiar a entrada em vigor de algumas disposições da nova Lei:

*“As alterações promovidas no §1º e no inciso I do §2º do art. 7º, no inciso IV do caput e no inciso I do §2º do art. 40 da Lei n.º 8.666, de 1993, somente terão efeito decorridos quatro anos da entrada em vigor desta Lei, permanecendo vigentes, em sua redação atual, os referidos dispositivos até o atingimento daquele prazo”.*

O §1º fala da execução sucessiva de cada etapa que deverá ser precedida da conclusão e aprovação pela autoridade competente, dos trabalhos anteriores; o inciso I do §2º do art. 7º foi alterado para o seguinte: *“houver projetos básicos ou executivos aprovados pela autoridade competente”.*

O inc. IV do caput do art. 40 recebeu a seguinte redação: *“local onde poderão ser examinados e adquiridos os projetos básico e executivo”.*

O inciso I do §2º do art. 40 tornou anexo obrigatório do Edital, também o projeto executivo.

Todas essas disposições somente entrarão em vigor após decorridos 4 (quatro) anos da entrada em vigor da Lei.

O inciso V do caput do artigo (revogado pelo §2º do art. 7º dizia: *“V – se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido”.*

A revogação se deve ao fato de que o projeto executivo passou a ser obrigatório nas licitações.

Também foi revogado o §2º do art. 9º, que dizia: *“O disposto neste artigo não impede a licitação ou contratação de obra ou serviço que inclua a elaboração de projeto executivo como encargo do contratado ou pelo preço previamente fixado”.*

Como o projeto executivo tem que existir antes de aberta a licitação, como ocorre com o projeto básico, a norma veio extirpar a possibilidade de o executor da obra elaborar, no curso dessa execução, esse projeto.

O §3º dispõe que a alteração promovida no §1º do art. 65 da Lei n.º 8.666/93, somente terá efeito decorridos dois anos da entrada em vigor desta Lei, permanecendo vigentes, em sua redação atual, os referidos dispositivos até o atingimento daquele prazo.

A norma não tem senão o sentido de, talvez, garantir aos contratos em vigor, os acréscimos de 25%. Não vemos outro sentido nela.

O art. 8º dispõe: *“Ficam revogados o §2º do art. 9º (outra vez?), o §6º do art. 17 (“para a venda de bens imóveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inc. II, alínea “b”, desta Lei, a Administração poderá permitir o leilão” – a revogação se impunha, em razão de alterações que a Lei trouxe em vários pontos do art. 17, mas como já demonstrado todo o artigo 17 é inconstitucional, já que pretende dispor sobre bens públicos dos Estados e Municípios), o inciso V do caput do art. 40 (outra vez?) e o §4º do art. 41 da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993.*

O §4º do art. 41 da referida Lei dispõe: *“A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das partes subseqüentes”.* Esta revogação foi pensada, talvez, em função da inversão das fases, onde a habilitação é a última etapa do procedimento licitatório. Contudo, esqueceram-se que a inversão das fases é facultativa, podendo haver licitações que sigam o procedimento normal. E, então, os inabilitados poderão participar das fases subseqüentes? Como? É evidente que isto seria um despautério.

\* *Mestre e Doutor em Direito (USP).*

*Ex-Professor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Mackenzie.*