

## **LICITAÇÕES: MODIFICADA A LEI** **Nº 8.666/93**

*Pela Lei Nº 9.648, De 27 De Maio De 1.998*

**Ivan Barbosa Rigolin**  
*Advogado. Professor Universitário.*

I - A lei nacional de licitações e contratos administrativos, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1.993, foi recentemente modificada, em 12 (doze) artigos, pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1.998 (DOU de 28 de maio de 1.998). Tal última lei resultou da aprovação do Projeto de Lei de Conversão nº 5, de 1.998, originado por sua vez da Medida Provisória nº 1.531-18, de 29 de abril de 1.998.

Com um saldo de qualidade *positivo* ao que nos parece - até porque parece façanha quase impossível piorar a lei de licitações - a Lei nº 9.648, ela alterou, alternando-se importantemente com desimportantemente, alguns tópicos da Lei nº 8.666/93, aqueles constantes dos seus arts. 5º, 17, 23, 24, 26, 32, 40, 45, 48, 57, 65 e 120, conforme se passa a examinar, um a um, sem entretanto transcrever-se, sempre, todo o seu teor, e com o fito de comentar sobretudo as novidades, acrescidas ao texto do projeto de conversão da Medida Provisória nº 1.531-18 mais ou menos na calada da noite (à sorrelfa ou à socapa, como diriam alguns), sem que, segundo a notícia da imprensa, sequer muitos Deputados as tivessem lido. É que a MP alterava apenas seis artigos da Lei nº 8.666, e a o projeto de conversão conteve alteração de doze artigos. Examinemos as inovações.

II - O art. 5º teve acrescido ao seu texto anterior o § 3º através do qual estabeleceu a lei que, observadas as regras do *caput* (pagamento em moeda nacional, salvo expressa previsão em contrário no edital, e observância da ordem cronológica das exigibilidades nos pagamentos contratuais, salvo se por exceção justificada e publicada), os pagamentos de despesas de até R\$ 15.000,00 (art. 24, inc. I, c/c art. 23) para obras ou serviços de engenharia contratados pela Administração direta, autárquica ou fundacional pública, ou de até R\$ 30.000,00 (art. 24, inc. II e parágrafo único, c/c art. 23) para obras ou serviços de engenharia contratados por sociedades de economia mistas ou empresas públicas, ou ainda por fundações ou autarquias que na lei instituidora ou em seus atos constitutivos estejam definidas como *agências executivas*, deverão ser efetuados em até 5 (cinco) dias úteis, contados da data da apresentação "da fatura" - assim reza a lei, porém se em vez de fatura outro documento fiscal, se idôneo para os seus fins, for apresentado pelo contratado, por evidente também valerá a regra.

A alteração é de importância quase insignificante, introduzindo um casuísmo dos menores imagináveis dentre outras modificações de efetiva relevância, constantes da Lei nº 9.648/98.

III - A segunda modificação se refere ao art. 17 da lei de licitações. Foi esse artigo alterado apenas quanto à definição de *investidura*, modificando-se o § 3º para acrescer à definição que desse instituto já constava da lei uma outra (art. 17, § 3º, inc. II): “a alienação, aos legítimos possuidores diretos ou, na falta destes, ao Poder Público, de imóveis para fins residenciais construídos em núcleos urbanos anexos a usinas hidrelétricas, desde que considerados dispensáveis na fase de operação dessas unidades e não integrem a categoria de bens reversíveis ao final da concessão.”

Passa a ser considerada *investidura*, portanto, também essa hipótese de fato jurídico que significa o trespasse ou a transmissão definitiva da propriedade, ou da titularidade, de imóveis residenciais que estejam edificados em vilas, aglomerados, povoados ou outras concentrações populacionais de característica urbana, que sejam vizinhos, adjacentes, lindeiros, fronteiriços, marginais, contíguos, limítrofes ou conurbados com usinas hidrelétricas, *concedidas a particulares*, desde que, cumulativamente: a) a *investidura* se dê em favor de quem detenha legítimo título de posse dos imóveis, seja ele qual for, admitido em direito; b) que tais imóveis objetos da *investidura* não integrem o rol daqueles imóveis indispensáveis ao funcionamento das usinas, como eventualmente poderiam integrar; dependendo de sua localização estratégica ou de outros fatores específicos; e c) desde que tais imóveis não estejam por ato oficial (sobretudo escritura) destinados a reverterem ao Poder Público concedente do serviço público prestado pelas usinas, quando do final do prazo de concessão.

Trata-se de alteração que visou cobrir uma necessidade por certo não artificial que a Administração pública deve estar enfrentando no seu dia-a-dia, relacionadas com os problemas envolvendo imóveis à beira de usinas hidrelétricas que venham a ser concedidas a particulares.

IV - A terceira alteração foi do art. 23, e se reveste de bastante relevância para toda a Administração pública brasileira com sua imediata e instantânea aplicabilidade: os valores-limites para cada modalidade de licitação, segundo a estimativa do futuro contrato, alteraram-se. Mudaram os valores estabelecidos pela Portaria MARE nº 449, de 13 de março de 1.997, que desde aquela data vigoravam no país, autorizadamente pelo art. 120, parágrafo único, da lei de licitações (dispositivo que também foi alterado pela Lei nº 9.648/98, como se irá examinar). Tal alteração terá reflexos sobretudo quanto ao art. 24 da lei de licitações, a seguir examinado.

Ainda, porém, dentro das alterações ao art. 23, foi-lhe acrescido um importante § 7º através do qual passam a poder os licitantes oferecer, nas licitações de *bens divisíveis*, quantidades menores que aquelas especificadas no edital. Nessa hipótese, *se o edital tiver assim previsto a possibilidade de cotação de quantidades inferiores ao total pretendido*, a Administração licitadora não mais precisará desclassificar a proposta de quantidades inferiores, podendo classificá-la se vantajosa a aquisição daquela única parte ofertada, e se por acaso não for inferior à quantidade *mínima* que o edital acaso tenha estabelecido. Compreenda-se bem: menor que o total desejado pela Administração. É de supor que o

edital que permita cotação de quantidades inferiores ao total que pretende adquirir esta-beleça quantidade mínimas aceitáveis sob risco de em não o fazendo, estar possibilitando um verdadeiro inferno de “soma de propostas” de quantidades irrisórias, de modo a gerar desordem e confusão na entidade. Aos editais que admitam quantidades menores, portan-to, recomenda-se esta cautela.

Exemplificando para a hipótese, pode a entidade pública licitar cem mil sacas de fei-ção, e no edital admitir propostas menores, porém de *no mínimo* vinte mil sacas. Se ocor-rer proposta de menos de vinte mil sacas, precisará ser desclassificada. Se ocorrerem pro-postas de pelo menos vinte mil sacas, e se nesse caso o seu preço for vantajoso à Administração, pode ser classificada e aproveitada. Se, nessa mesma licitação, outra pro-posta cotar trinta mil sacas a preço igualmente vantajoso com relação a quem tenha por exemplo cotado as cem mil sacas, pode ser a de trinta mil classificada em segundo lugar, e também aproveitada. Vale dizer: pode a Administração adicionar, somar, juntar várias propostas que enfim totalizem as cem mil sacas desejadas, adquirindo-se a totalidade de vários fornecedores parciais, *sempre que a Administração possa demonstrar a vantagem em tal medida.*

Com base nesse importante novo e “maleabilizante” instrumento que a lei ofereceu à Administração, e que a própria lei justifica ser “com vistas a ampliação da competitividade”, na hipótese de que, mesmo que um licitante cote apenas o total pedido, e o seu preço uni-tário seja o terceiro classificado, será lícito à Administração, após contratar a compra da parte ofertada pelos dois primeiros classificados, indagar se o terceiro baixa o preço ape-nas do que resta comprar, pelo menos até o nível dos preços do segundo colocado, e dele adquirir o que faltou, a tais preços. Regra inteligente e que irá facilitar sobremodo a lida-diária das entidades públicas, no pormenor.

V - A alteração dos limites de valor para as modalidades, constantes do art. 23, natu-ralmente refletiu no art. 24, quanto aos limites de valor para aquisições diretas com dispensabilidade de licitação, constantes dos seus incs. I e II. Assim, o valor previsto no art. 24, inc. I, passou para R\$ 15.000,00; e o valor previsto no inc. II, passou para R\$ 8.000,00, valores esses que representam 10% dos valores previstos respectivamente na al. a, do inc. I, e na al. a, do inc. II, do art. 23.

Se, entretanto, a entidade pública compradora for uma empresa pública, ou uma soci-idade de economia mista, ou ainda na hipótese de que seja uma autarquia ou uma funda-ção definida (em algum ato constitutivo) como *agência executiva* - esta importante novi-dade que já despontou no panorama jurídico brasileiro, como são a ANEEL (Agência Nacional de Energia Elétrica), a ANP (Agência Nacional do Petróleo) ou a ANATEL (Agência Nacional das Telecomunicações) - então aqueles valores duplicam, passando a ser de 10 para 20% da referência anterior, tudo conforme o novo parágrafo único do art. 24.

VI - Mas o art. 24 não se inovou apenas aí, pois que também os incs. XXI até XXIV

passaram a figurar definitivamente da lei, com a conversão da MP na Lei nº 9.648/98.

O inc. XXI cuida de dispensabilidade de licitação quando a entidade pública adquire bens destinados apenas a pesquisa com recursos concedidos pelo CNPq ou por qualquer outra entidade dedicada ao fomento de pesquisa que seja credenciada pelo CNPq.

O inc. XXII é de uma bisonhice sesquipedal, que mataria de vergonha o Conselheiro Acácio. Seu autor é o mais rematado humorista que o direito já conheceu nos últimos tempos. Por ele o seu autor acaba de inventar a roda e demonstrar que definitivamente o legislador brasileiro não conhece a distinção entre dispensabilidade e inexigibilidade de licitação. Precisa ser revogado com a rapidez do trovão e raspado com estilete da história porque consigna o mais típico exemplo que possa existir de licitação *inexigível* e não dispensável porque ainda neste momento no Brasil apenas um concessionário ou permissionário de serviço público presta o serviço a cada diferente usuário, de modo que não tem sentido, em 1.988, alguma repartição pública imaginar licitar o serviço de telefone, o de energia elétrica ou o de fornecimento de água, se apenas um prestador o fornece, de modo que impede a competição e com isso inviabiliza a competição - vale dizer: torna *inexigível*, e não apenas dispensável, a licitação.

Se apenas, em 1.998, a lei autorizou a dispensa de licitação para a obtenção de serviços públicos essenciais, então se deve indagar: como ela fazia antes para obtê-los? Teria sido porventura ilegal a contratação de serviços de energia elétrica, pela Administração, antes de a lei de licitações criar a hipótese de “dispensa”, no recente inc. XXII, do art. 24, apenas em meados de 1.998? É de morrer de rir! Se hoje a Administração quiser licitar energia elétrica, abrindo mão da dispensa como sempre pode quanto ao art. 24, como fará? Quem poderá participar do certame, senão o único concessionário fornecedor?

É por tais heresias que a lei de licitações é considerada o pior conjunto de impropriedades que alguma lei brasileira já reuniu a qualquer tempo.

VII - O inc. XXIII permite dispensar a licitação sempre que se trate de contrato de empresa pública ou sociedade de economia mista (como contratante) e de uma sua subsidiária (como contratada) para a compra de bens ou de serviços. Nada mais razoável, se as subsidiárias com frequência são criadas apenas para esse fim. O inc. XXIV, por fim, cuida de outra momentosa e curiosíssima novidade no direito público, o contrato de gestão, de entidades públicas com entidades paraestatais ou “semipúblicas”. Fica dispensada a licitação nesses casos, para tais contratos que são verdadeiramente “contratos de administração pública”, e que evidenciam que o Estado está sendo gradativa; mas inexoravelmente “desestatizado”, e a seu redor criado um Estado autenticamente paraestatal, apoiado sobre a iniciativa privada e com regras cada vez mais privatísticas, mas com amplos controles ainda mantidos em favor da Administração central.

VIII - O art. 26, que se referia ao art. 24 e ao art. 25, foi alterado para contemplar as novidades quanto ao art. 24, compatibilizando-se os dispositivos. É a questão da necessidade de justificativa e ratificação pela autoridade superior das situações de dispensa ou de

inexigibilidade, a serem, ambas, necessariamente publicadas no prazo dado pela lei.

Foi também acrescido um inc. IV ao parágrafo único do artigo para indicar outro possível elemento de justificativa da necessidade de aquisição com dispensa ou inexigibilidade: “documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens (devem ser aqueles adquiridos *sem licitação*) serão alocados.”

IX - O art. 32 teve o seu até então horrendo § 2º alterado para uma redação muitíssimo melhor, bastante mais inteligente e racional. O certificado cadastral a que se refere o § 1º do art. 36 passa a substituir todos os documentos habilitatórios que já tenham os seus dados constantes de registros informatizados da Administração, porém deve o licitante, a cada caso de licitação, declarar eventuais impedimentos ou penalidades supervenientes ao momento em que aqueles dados ingressaram no sistema informático. Deve o cadastrado praticar esse ato de suma honestidade, o que, em sendo procedido, impedirá a sua participação naquela licitação em foco, e em todas as demais realizadas enquanto não for superado aquele impedimento ou aquela penalidade. Não o fazendo, a lei simplesmente não informa o que lhe acontecerá, remetendo “as penalidades legais”. Como as penas dos arts. 86 a 88 são apenas para os *contratados* e não para os licitantes, fica o leitor a imaginar a que penas a lei se estará referindo. E provavelmente permanecerá imaginando até a barba lhe crescer - porque a lei não soluciona esse impasse. O legislador brasileiro pensa que lhe basta escrever “sob as penas da lei”, numa solene ameaça, para ter o problema equacionado. Se, entretanto, alguém perguntar ao legislador que penas serão essas, não deverá obter resposta alguma; pois que elas, na lei de licitações, simplesmente não existem...

X - Alterou-se também o art. 40 da lei, no seu inc. X, em dois momentos: o primeiros, sem a mais remota necessidade, foi apenas para informar o que todos sempre souberam: é permitida a fixação de preços máximos no edital da licitação, acima dos quais as propostas serão desclassificadas.

O segundo momento de alteração foi importante porque remeteu aos §§ 1º e 2º do art. 48, que alteraram significativamente, e para muito melhor, a caracterização legal de “proposta inexecutável”, tornando esse conceito, de subjetivo que era e sempre foi, para algo preciso e objetivo - ainda que exija muitas contas pelo aplicador da lei como se irá examinar no comentário ao art. 48.

XI - O art. 45 teve acrescido à sua antiga redação o § 6º através do qual a lei determina que na hipótese, já comentada, do art. 23, § 7º, a Administração irá selecionar (ou aproveitar, ou classificar, ou aceitar) tantas propostas com quantitativos inferiores ao total desejado no edital, quantas forem necessárias para obter aquele total. Nada, de resto, soa mais óbvio, servindo esta previsão tão-somente para confirmar o raciocínio que o § 7º, do art. 23, já só em si permitia efetuar.

XII - O art. 48 sofreu importante alteração para tentar a lei pôr fim à infundável incerteza que cercava toda tentativa de caracterização, pelas comissões de licitação, do que seria “preço inexequível”, ou “proposta inexequível”, ao menos na hipótese de se licitar obra ou serviço de engenharia.

Pela redação combinada do novo § 1º, do art. 48, preço inexequível - preparem-se os aritméticos, os matemáticos e os exatistas de todo gênero - é aquele situado abaixo de 70% ou da média aritmética (simples) dos valores das propostas de valores superiores a 50% àquele valor preestabelecido pela Administração como preço básico ou orçamento, ou, simplesmente, do valor orçado pela Administração, em casos de licitação de menor preço para obras ou serviços de engenharia. Sabe-se que para esses objetos é preciso que a Administração inclua como anexo do edital o orçamento da obra ou do serviço, em planilhas de quantitativos e valores.

Dispõe o novo § 2º do mesmo art. 48 que será exigida, como condição para a assinatura do contrato, garantia adicional, dentre as modalidades do art. 56, do licitante vencedor, que tenha sido classificado na forma do § 1º e cujo valor da proposta foi inferior a 80% do menor valor que ocorrer com base no § 1º. Tal seguro adicional deverá ser igual à diferença entre o valor resultante da aplicação do § 1º e o valor da proposta do interessado. A lei nesse momento curiosamente menciona que será exigido tal seguro “dos licitantes classificados na forma do parágrafo anterior”, no plural, e não apenas do vencedor, no singular, o que seria o lógico pois que apenas esse será contratado, e não os demais, de modo que não cabe exigir garantia adicional como condição de contratar a quem não vai ser contratado. Não está bem a redação, como se denota já à primeira leitura.

O novo § 3º é apenas o antigo parágrafo único do art. 48, renumerado.

XIII - O art. 57 passou a ter em definitivo a redação que já vinha tendo anteriormente por força da Medida Provisória nº 1.531, sem alterações com relação à última versão da MP.

O art. 65 da Lei nº 8.666 teve o antigo § 2º modificado para determinar que podem as partes contratantes acordar em *suprimir* - e apenas suprimir, e não crescer - mais que os 25% de valor do objeto nos contratos administrativos. O que antes era impossível, e constituía mesmo uma possível causa de rescisão contratual consensual entre as partes (cf. art. 78, inc. XIII), passou agora a ser permitido, ou seja, a Administração contratante e o contratado podem pactuar aditar o contrato, para considerá-lo *cumprido*, quando foi executado em parte ainda menor do que a Administração podia exigir. As partes podem portanto, doravante, pactuar dar por executado um contrato cumprido apenas em pequena parte, menor ainda que a resultante da máxima redução que a Administração podia impor ao contratado com base no art. 65, § 1º. Novidade alvissareira, neste país - e neste mundo - repleto de surpresas e eventos infelizes na economia, que com muita frequência impossibilitam a obtenção de recursos com que pagar os contratos, conforme fora programada.

XIV - O art. 120, por fim, sofreu modificação sem qualquer relevância com relação ao

direito anterior, apenas para prever que os valores estabelecidos na lei de licitações poderão ser revistos anualmente pelo Executivo federal, que ao fazê-lo mandará publicar a alteração no Diário Oficial da União, sendo que - e isto é novo - a majoração precisará ter como limite a variação geral de preços do mercado no período. A lei não especifica que índices ou fatores específicos deverão ser considerados, de modo que provavelmente o Executivo observará a variação média dos índices gerais mais comuns da economia e, também por certo, a variação daqueles índices setoriais da construção.

