

Instituto Mackenzie  
Biblioteca George Alexander  
Direito

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

Publicação do  
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado  
e Biblioteca Tullio Ascarelli  
e do Instituto de Direito Econômico e Financeiro,  
respectivamente anexos aos  
Departamentos de Direito Comercial e de  
Direito Econômico e Financeiro da  
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Edição da  
Editora Revista dos Tribunais Ltda.

# REVISTA DE DIREITO MERCANTIL INDUSTRIAL, ECONÔMICO E FINANCEIRO

*Fundador:*

WALDEMAR FERREIRA

*Diretor:*

PHILOMENO J. DA COSTA

*Diretor Executivo:*

FÁBIO KONDER COMPARATO

*Coordenador:*

WALDÍRIO BULGARELLI

*Redatores:*

ANTONIO MARTIN, CARLOS ALBERTO SENATORE, HAROLDO M. VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, MAURO DELPHIM DE MORAES, MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, NEWTON SILVEIRA, PAULO SALVADOR FRONTINI, RACHEL SZTAJN, VERA HELENA DE MELLO FRANCO.

*Serviços gráficos:* Editora Parma Ltda., Av. Antonio Bardella, 280  
- CEP 07220-020 - Guarulhos, SP, Brasil.

*Edição e distribuição da*

**EDITORA**   
**REVISTA DOS TRIBUNAIS**

Rua Conde do Pinhal, 78 — Caixa Postal 678  
Tel. (011) 607-2433 Fax (011) 607-5802  
CEP 01501-060 - São Paulo, SP, Brasil

# SUMÁRIO

---

## DOCTRINA

- **Do regime legal das operações realizadas no mercado de câmbio** — Arnoldo Wald ..... 5
- **Banco Central: questões jurídico-políticas na Constituição de 1988** — Luis Fernando Schuartz ..... 36
- **“Capital requirements and the Brazilian banking system”** — Paulo de Lorenzo Messina ..... 49
- **Construção e operação do gasoduto para importação do gás boliviano: o exercício do monopólio do gás pela União** — Luiz Gastão Paes de Barros Leães ..... 70
- **O preço de emissão das ações em aumento de capital** — José Mário Bimbato ..... 81

## ATUALIDADES

- **As licitações e contratos públicos: algumas anotações à Lei 8.666** — João Luiz Coelho da Rocha ..... 95
- **Quotas de fundos imobiliários — Novo valor mobiliário** — Rachel Sztajn ..... 104
- **O ICMS e a transferência interestadual de bens do ativo fixo** — Luiz Antonio Mattos Pimenta Araújo ..... 109

## JURISPRUDÊNCIA

- **Sociedade Anônima — Assembléia geral extraordinária de debêntures — Emissão — Conversão em ações preferenciais com e sem direito de voto — Direito de recesso dos acionistas minoritários** — José Alexandre Tavares Guerreiro ..... 114

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- **As recentes mutações do sistema bancário francês, Jean Thibaud, advogado em Paris** — Arnoldo Wald ..... 123
- **“Droit privé allemand, 1, Actes juridiques, droits subjectifs”, Claude Witz — (BGB, Partie générale, Loi sur les conditions générales d'affaires)** — Arnoldo Wald ..... 125
- **O Direito na década de 1990: novos aspectos** — André Tunc..... 127

## **CURRICULUM DOS COLABORADORES DESTE NÚMERO:**

### **ANDRÉ TUNC**

Professor de Direito da Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne)

### **ARNOLDO WALD**

Advogado no Rio de Janeiro e em São Paulo; Professor Catedrático de Direito Civil da UERJ

### **JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA**

Advogado

### **JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO**

Professor Assistente e Doutor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogado em São Paulo e Brasília

### **JOSÉ MÁRIO BIMBATO**

Mestre em Direito pela Universidade de Yale (EUA); Procurador do Estado do Rio de Janeiro

### **LUIS FERNANDO SCHUARTZ**

Mestre em Direito pela Johann-Wolfgang-Goethe Universität (Frankfurt am Main); Monitor da Cadeira de Teoria Geral do Direito da Faculdade de Direito da USP

### **LUIZ ANTONIO MATTOS PIMENTA ARAÚJO**

Professor Doutor de Legislação Tributária da Faculdade de Direito da USP

### **LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES**

Professor titular de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

### **PAULO DE LORENZO MESSINA**

Advogado

### **RACHEL SZTAJN**

Professora livre-docente de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP; Advogada em São Paulo

# ATUALIDADES

---

## AS LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS — ALGUMAS ANOTAÇÕES À LEI 8.666

JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA

1. As razões e os objetivos da Lei 8.666 — 2. As contratações abrangidas — 3. Dispensas de licitação — 4. O requisito da regularidade fiscal — 5. Perversão do princípio da melhor proposta — 6. Conclusão.

### 1. AS RAZÕES E OS OBJETIVOS DA LEI 8.666

Passou o País por longos anos de função administrativa onde as contratações de obras, compras e serviços públicos foram sendo realizadas sem a ocorrência de balizamentos legais que ditassem parâmetros, talvez mínimos, nos procedimentos seletivos necessários e nas regras obrigacionais aplicáveis.

Evidentemente, em países como o Brasil, com a questionada componente ético-cultural de muitos de seus agentes públicos, não é difícil perceber o quanto essa deficiência de padrões legais básicos terá proporcionado adjudicações indevidas, inconvenientes e injustas de contratos, o que, ao fim, sobre se mostrarem atos de imoralidade administrativa ainda se revelaram como movimentos lesivos ao patrimônio do país.

Parece ter sido necessário então o fim dos regimes militares para que, em 1986, o Dec.-lei 2.300 viesse estabelecer normas básicas para os certames de contratações da órbita estatal.

Até aquela ocasião vinham as contratações da gestão federal sujeitas a ordenamentos muito escassos, como os do Código da Contabilidade Pública da União, os arts. 125 a 144 do Dec.-lei 200/67, e certas outras prescrições es-

pecíficas, mas nada que estipulasse regras abrangentes e precisas, um estatuto orgânico, enfim, sobre os pleitos e contratos públicos federais.

Ali sim, no corpo do Dec.-lei 2.300 tratou-se, entre tantos outros parâmetros essenciais, de: princípios gerais dos pleitos; definições dos objetos contratuais pretendidos, como obras, serviços, compras, etc.; conceituação dos serviços técnicos especializados e da ocorrência da “notória especialização”; modalidades de licitações, destinadas a cada ajuste pretendido, pela natureza deste e/ou pelo valor envolvido; hipóteses de dispensa e inexigibilidade do pleito; processo habilitatório, e cadastramento; julgamento e recursos; princípios contratuais, forma dos ajustes, execução, inexecução, rescisão.

Tratava-se assim de um rigoroso, e pela primeira vez genérico, tratamento dos procedimentos contratuais e pré-contratuais da administração federal, mas limitado ali ao âmbito da gestão direta e autárquica (art. 1.º, *in fine*), ficando determinado que as sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e entidades por elas ou pela União Federal direta ou indiretamente controladas (vale dizer a administração estatal indireta *latu sensu*) editariam regulamentos licitatórios próprios, com pro-

cessos seletivos simplificados e observância dos princípios licitatórios básicos daquela lei, mas não das demais regras ali contidas.

Devemos lembrar que as questões e discussões tornadas públicas, envolvendo contratações da gestão estatal não se reduziram tanto assim, mesmo com o advento daquele estatuto.

Logo surgiu, pois, e sofreu uma gestação muito noticiada no Congresso Nacional o anteprojeto do que veio a se constituir na Lei 8.666, promulgada e publicada enfim em junho de 1993.

O novo regime legal se declarou logo (art. 1.º) como abrangente das licitações e contratos administrativos das administrações direta e indireta, federal, estadual e municipal, envolvendo assim a gestão estatal em toda a sua extensão, alargando-se para o nível político dos Estados, de seus Municípios e do Distrito Federal.

Essa projeção da *longa manus* da União, legislando em trato específico, no extenso corpo da lei, sobre licitações nas esferas infrafederais, se mostra de escassa constitucionalidade, como aliás logo observou Toshio Mukai no seu livro: *O novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos* (Ed. RT, 1993, p. 20), pois que o art. 22, XXVII da Carta só deferiu à União competência para legislar genericamente na matéria.

Já portanto aí na essencial questão da sua extensão, dos limites objetivos de sua aplicabilidade, a Lei 8.666 demonstra o seu tom de maior severidade, maior restrição, centralização, no trato das contratações públicas no país, o que vai se desdobrar nos seus diversos dispositivos que, comparados *pari passu* com os seus equivalentes do Dec.-lei 2.300 mostram-se sempre mais estritos, mais exigentes.

Nos limites óbvios dessa apreciação queremos enfatizar apenas alguns dos tópicos contidos nesse novo ordenamen-

to legal, muito despertados para as circunstâncias práticas do exercício da gestão estatal, sobretudo na sua vertente empresarial desenvolvida sob a forma das empresas públicas e mistas.

## 2. AS CONTRATAÇÕES ABRANGIDAS

Vemos então que a Lei 8.666 traçou limites objetivos à matéria daqueles contratos administrativos que passaria ela a reger, determinando que seriam por ela regulados os pleitos e contratações pertinentes a: “obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações”.

Nota-se, em confronto com o tratamento pretérito do Dec.-lei 2.300, que o legislador agora, ao referir-se a serviços — e apesar de mais adiante conceituá-los, tal como já se fazia na lei passada — cuidou em deixar expressa a inclusão das atividades publicitárias, possivelmente pelos questionamentos havidos em anos recentes quanto a verbas estatais assim direcionadas.

De outra parte, retirou-se a compreensão aos ajustes de concessão de serviços públicos, pois que esta passou a ser matéria de trato específico em legislação própria.

No mais, manteve-se a norma já prevista no *caput* do art. 1.º do Dec.-lei 2.300.

Mais adiante, e tal como este último o fazia no seu art. 5.º a Lei 8.666, utiliza o art. 6.º para dispor as definições de “obra”, “serviço”, “compra” e “alienação”, para os fins ali cuidados.

É fácil observar que as definições são exatamente iguais àquelas já utilizadas na lei anterior, com exceção no que se refere a serviços, onde a nova lei:

a) aparentemente buscou ampliar seu contexto ao suprimir o adjetivo *concreta*, ficando assim qualificados — “serviços” como “toda atividade destinada a obter simplesmente uma determinada

utilidade de interesse da administração”, não mais se demandando fosse “atividade concreta”;

b) corretamente exclui da listagem exemplificativa que se segue, a referência a “fabricação” pois que esta será ação ligada e integrada obrigatoriamente ao fornecimento, compra, portanto, de bens;

c) estranhamente suprimiu a referência a “adaptação”, pois ainda que tais tipos de atividades possam se absorver em outras ali presentes, o mesmo se dá em hipóteses ali mantidas, como “reparação” e “conservação”;

d) claramente incluiu os serviços de publicidade, em necessária consonância com a inserção procedida em seu art. 1.º;

e) reporta-se, agora expressamente, a “locação de bens”, no conceito de “serviço”.

De toda forma revela-se já aí uma das imprecisões da nova lei, no que perdeu a chance de deixar estatuído o caráter dessa definição, se exemplificativo, tal como aparenta ser, ou se exaustivo, pela sua listagem utilizada.

Ao usar da expressão “tais como” antes de listar as atividades que representariam “serviço” para a gestão pública, parece demonstrar o legislador que pretendeu traçar um painel apenas demonstrativo, não um certo limite.

Se é assim, contudo, para que a preocupação em incluir ali, aditando o dispositivo antes vigente, a publicidade e a locação de bens?

O que nos parece é que o núcleo matriz dessa disposição, assentado na idéia de “atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a administração” proporciona, ele mesmo, os contornos do alcance da palavra “serviço”, que se quer definir.

Pode-se verificar, sem maior esforço, que, no seguimento a essa idéia central, as diversas ações mencionadas após a expressão “tais como”, no art. 5.º, II do

Dec.-lei 2.300 (regra copiada com as alterações, acima, na nova, lei) significam atividades industriosas, diligências persecutórias de benefícios materiais no trato, construção e conservação de bens, na difusão de notícias e dados ou na atividade intelectual ou artística.

Tudo, porém, sob o eixo comum da atividade humana.

Dáí porque, rigorosamente considerado, aquilo que não envolva a aplicação industriosa do homem não será serviço, na clara expressão conceitual daquela Lei anterior, tal como repetida no art. 6.º, II da Lei 8.666.

Neste particular, a inserção, no elenco exemplificativo daquele dispositivo, da referência a serviços de publicidade, parece-nos correta, ainda que talvez despidendo, ou pelo seu evidente amoldamento ao conceito base ou pela anterior referência a “comunicação”, atividade que envolve a difusão publicitária.

Mas, assim considerado, ficou estranha ao meio a introdução da “locação de bens” entre as atividades ali ditas como exemplificativas, pela constatação de que ela se diferencia de todas as demais ali constantes, ausente, no seu caso, qualquer ação humana operativa que obteria a utilidade concreta de interesse da administração.

Nos seus *Comentários à nova Lei das Licitações Públicas* (Ed. Renovar p. 40), lançados pouco após o advento da nova ordem, Jesse Torres Pereira Junior parece não ter se apercebido dessa importante particularidade: “Ao elenco de serviços do estatuto revogado, a lei nova aditou atividade de locação de bens, no que sanou omissão que excluía da incidência legal negócios jurídicos habituais nas relações empresariais modernas, tal como o *leasing* de equipamentos”.

E aí, o doutrinador, em nosso ver, enganou-se, não apenas em não registrar a tecnicidade canhestra da lei, inserindo a locação em um nítido contexto de serviços ligados à atividade humana

criadora, mas equivocou-se sobretudo porque extrapolou indevidamente da expressão adotada pela lei, para vê-la como abrangente do *leasing*, contrato que é conceitual, doutrinária e legalmente não uma locação de bens, mas um vínculo jurídico obrigacional próprio, chamado de arrendamento mercantil, que, se tem qualidades aproximadas da locação, apresenta outras que daquela o diferenciam.

Por tantas razões, no que se refere à locação de bens imóveis e móveis, *legem habemus*, em que pese a impropriedade técnico-dogmática da disposição, e, assim, será caso de se aplicar a Lei 8.666 quanto às suas contratações pela órbita estatal.

Mas, decerto, no tocante ao arrendamento mercantil, que “locação de bens” não é, e que traz em sua essência não uma prestação de atividade humana, que a lei licitatória ali busca e declara buscar, mas uma, vamos dizer, vegetativa colocação do bem ao uso e desfrute remunerado do arrendatário, com opção de compra ao fim, não há que cuidar das regras da Lei 8.666, por inqualificável a hipótese como serviço, e, de resto, como qualquer outro dos tipos de contratações sujeitas às normas ali contidas.

As contratações de *leasing* vão, assim, se alinhar com as dos diversos tipos de mútuo, excluídas, pela sua natureza efetiva, do conceito de serviços, e não tratadas nas demais rubricas contratuais referidas na Lei 8.666.

A nosso ver elas não de ser ajustadas ao largo das regras da nova lei.

Para a correta e rígida obediência do novo ordenamento, apenas na hipótese de, ao curso ou ao final do termo do arrendamento mercantil, a arrendatária quiser exercer a opção de compra do bem, aí sim, por ser aquisição, as regras da Lei 8.666 se invocam compulsoriamente na hipótese, inclusive a nível de pleito licitatório.

### 3. DISPENSAS DE LICITAÇÃO

Cuidando da dispensa de licitação e suas hipóteses, a Lei 8.666 também aí trata de restringir ainda mais os preceitos da legislação anterior.

Assim, entre outros, ao caso tratado no inc. IV do Dec.-lei 2.300, de situações de emergência (agora adicionadas as situações de calamidade pública antes previstas no item anterior sem condicionantes) demandou-se os requisitos de que a contratação dispensada de pleito: somente objetivo os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa; apenas contemple obras ou serviços que passam a ser concluídas em no máximo 180 dias consecutivos e ininterruptos do evento danoso, “vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

Muito apropriado que se exija a circunscrição dos contratos apenas aos que busquem os bens necessários ao atendimento do fato emergencial ou calamitoso, devendo se observar que até pelo não prosseguimento da regra legal a respeito, haverá a presunção de que a escolha do contratante é correta, no escopo dos bens buscados, cabendo aos órgãos de fiscalização, se for o caso, contestar e provar que o órgão gestor extrapolou daquele limite objetivo.

Quanto ao limite temporal imposto às obras e serviços acertados com a dispensa do pleito sob tal motivação é importante notar o seu estrito balizamento em “dias consecutivos e ininterruptos”, desde o fato emergencial, sendo de se registrar que o ajuste sempre vai se dar, como é evidente, depois da ocorrência do fato, e o termo da lei para seu encerramento já estaria se contando desde aquela data passada do evento.

Pois que expressamente vedada a prorrogação desses contratos, na expressão final do inciso, vemos que, nas hipóteses bem prováveis — pela experiência de situações dessa natureza — de não se conseguir encerrar as obras ou serviços

naquele prazo, haverá que se proceder à licitação para seu término, até mesmo pelo fim do permissivo do Dec.-lei 2.300 (art. 22, IV), que comportava contratações diretas complementares, limitadas em valor, desde que necessárias ou convenientes, de modo comprovado, à administração.

É estranha a novidade contida no n. XIII desse art. 22, quando ali se dispensa de licitação contratos com “instituição nacional sem fins lucrativos, incumbida regimentalmente ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, desde que a pretensa contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e profissional”.

Já é no seu objetivo estranha e incompatível com o próprio sentido da demanda licitatória e com o trato estrito que a própria lei empresta à questão.

Pois se “mediante o processo licitatório a Administração provoca a apresentação de várias propostas, a fim de escolher a mais oportuna e conveniente ao Estado” (J. Cretella Junior, ob. cit., p. 19), se “licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta vantajosa para o contrato de seu interesse” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 18.<sup>a</sup> ed, p. 247), como o gestor estatal vai dispensar o pleito com base em um dispositivo que somente se reporta à subjetividade do contratado?

Então, por ser uma instituição nacional reputável, sem fins lucrativos, dedicada à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional, científico ou tecnológico, o pretendente obtém o contrato, desatendendo-se obviamente ao questionamento sobre a conveniência da administração.

Enfim, os balizamentos desse tipo de lei não se destinam apenas a evitar os favorecimentos “na ponta do favorecido”, como aí parece se presumir, pois que por ser sem fins lucrativos, e com

tais objetivos de mérito, supõe-se entendido não haver vantagens indevidas a terceiros na contratação da entidade.

As regras licitatórias pretendem, também, e principalmente, pelo próprio esboço conceitual do procedimento de licitação, como vimos, alcançar o resultado ótimo nos contratos de interesse público.

E quem garante, afora o pleito, que a Lei 8.666 aí despreza, que as citadas entidades sem fins lucrativos apresentarão com melhor e mais barato serviço?

É certo que existem também (art. 25, II e III) ensejos em que o legislador abre brechas para que se inexistam a licitação, com base em condições subjetivas dos pretendidos contratados, mas aí, ou na hipótese da “notória especialização”, (art. 25, II) ou na de profissional artista (art. 25, III) há ainda requisitos legais ligados à objetividade da contratação desejada (certos “serviços técnicos de natureza singular”) ou ainda à avaliação concreta e aferível de terceiros (“crítica especializada ou opinião pública”), sendo que aqui cuidando muito especialmente de serviços e obras de arte.

Mas, não nesse n. XIII do art. 22, que, não tratando de caso de inexigibilidade, mas de dispensa, parece deixar ao alvitre puramente subjetivo do administrador não realizar o concurso licitatório apenas por ter em frente uma entidade dotada daquelas qualificações, tudo sem o menor obséquio ao interesse real daquela proposta, ou das condições contratuais objetivas apresentadas pela entidade a ser contratada.

É interessante observar que a Lei 8.666 manteve, em seu art. 26, a obrigatoriedade de que todos os casos de inexigibilidade de licitação, e alguns de dispensa do pleito, devem ser participados, com as justificativas necessárias, à autoridade superior daquele que deferiu a situação excepcional, para ratificação, e ainda acrescentou a exigência de publicação desses atos, na imprensa oficial, em curto prazo.

Naturalmente, que assim procedendo, o legislador se acerta com o princípio por ele inserido no art. 113 e seu § 1.º, concedendo a qualquer pessoa física ou jurídica poderes de representar ao TCU e a outros órgãos do controle interno estatal sobre irregularidades na aplicação da lei licitatória.

A publicação, no *Diário Oficial*, dos casos concretos em que a gestão pública houve por entender incabível ou houve por abrir mão do concurso de propostas serve assim como meio (e presunção) de conhecimento de tais eventos por todos.

Esse orgânico e rígido sistema de controle democrático dos cursos licitatórios, criado pela lei, estendido a tal ponto de colocar à ciência de qualquer um do povo as decisões sobre a realização dos pleitos prévios às contratações e dar aos mesmos titulares o poder de perseguir irregularidades acaso turvadoras da limpidez no trato público.

Ora, à vista desse severo e louvável método de controle, não se entende porque 2 das hipóteses de dispensa do concurso (art. 24, I e II) ficaram excluídas do sistema.

As duas contingências tratadas falam de liberação do pleito em função de valores envolvidos em serviços, compras e obras de engenharia.

Admite-se que o critério excludente tenha sido o de que a limitação por parâmetro monetário, ou de valor, fala por si mesma, demonstrada que é pela simples planilha numérica. Contudo, não se pode desconhecer, sobretudo no contexto de um tratamento tão restritivo às pré-contratações públicas, que a manipulação de quantias não é acontecimento improvável, valendo ainda considerar que, por simples e clara que seja a referência ao valor limite, sempre será ela, sobretudo na experiência econômica brasileira, sujeita a variações monetárias enormes pelo efeito inflacionário.

Por tudo isto não se entende como essas dispensas assentadas no não ex-

cesso a tetos percentuais sobre valores padrões fixados na lei em moeda (art. 24, I e II) não precisem ser justificadas também ao órgão superior, publicandose tudo no *DO* para que terceiros possam exercer seu controle.

#### 4. O REQUISITO DA REGULARIDADE FISCAL

Já o Dec.-lei 2.300 (art. 25, IV) tratava da documentação exigível quanto à “regularidade fiscal” do licitante. De um modo geral a Lei 8.666 mantém os termos daquelas exigências, com uma ou outra alteração quanto às formalidades dessas comprovações.

O que nos chama aqui a atenção, tal como já sucedia na ordem anterior, é a situação muito freqüente de empresas e pessoas físicas que se acham em discussão com o fisco, em qualquer de suas esferas políticas (União, Estado ou Município) sobre tributos contra si lançados e/ou inscritos como débitos fiscais.

Pois bem. Comentaristas da lei anterior, como Toshio Mukai (*Estatuto Jurídico de Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Saraiva, 1990, p. 60) afirmavam que, com o advento da Constituição de 1988 e seu art. 37, XXI, o requisito de “regularidade fiscal” ficava prejudicado por esbarrar naquela norma da Lei Maior: “A esse texto damos interpretação ampla, no sentido de que ele vedaria as exigências de capacidade jurídicas e de regularidade fiscal. Outros autores deram-lhe interpretação restrita, no sentido de que a norma apenas impôs restrições às exigências de qualificação econômica e técnica, com o que teria deixado livres as duas outras exigências.

Admitindo-se possível esta última interpretação, entretanto, seria ela contraditória.

Numa interpretação teleológica da norma, prevalente em matéria constitucional, o fim visado pelo constituinte terá

que ser observado em qualquer hipótese, e, nesse aspecto, a razão da norma é imperativa também para a admissão ou não das outras duas exigências, pois dá-se aí o que Paulo Baptista denominou de "identidade de razão" (ampliação).

Assim, tanto a capacidade jurídica como a regularidade fiscal somente deverão ser admitidas se também forem indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Neste sentido, a exigência de capacidade jurídica realmente é indispensável, já que ninguém se obriga se não tiver aptidão para exercer direitos e obrigações. Portanto, essa exigência está conforme o fim e o espírito do texto constitucional.

Já a exigência de regularidade fiscal escapa àquele fim, pois, enquanto o débito eventual estiver na via administrativa, esse fato não tem repercussão direta na situação econômica da empresa; tê-lo-á quando o débito estiver em execução judicial, porque aqui há a penhora de bens daquela (representando "execução patrimonial").

Além disso, a regularidade fiscal constitui uma coação indireta do Poder Público para que a empresa se mantenha em dia com os cofres públicos. Portanto, a exigência de regularidade fiscal, de um lado, não é indispensável à garantia do cumprimento das obrigações, sendo excessiva e não proporcional ao fim visado pelo texto, e, de outro, nada tem que ver com esse fim. Como consequência, a regularidade fiscal não pode ser admitida em face da Constituição".

A recente lei manteve, contudo, as demandas de comprovação de regularidade fiscal, restando verificar se, como quer o doutrinador paulista, padeceria ela e não recepção pela ordem constitucional naquele particular.

Temos nós como insubsistentes as ponderações quanto à inadmissão constitucional dos requisitos ligados à regularidade tributária.

Realmente, sendo os comandos do art. 37 da Lei Magna um conjunto de princípios norteadores da gestão pública, e não um encarte de determinações específicas, entendemos o período "... nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

Como um recado de que os editais, pela lei, só poderiam demandar requisitos técnicos e econômicos estritamente ligados à garantia da exação das obrigações contratuais.

Admitimos como razoável a aplicação interpretativa de Toshio Mukai, lastreado nas lições de hermenêutica de Carlos Maximiliano e Paula Baptista, pelas quais, em hipóteses assim, a qualificação ou regularidade fiscal também seria requisito apenas quando indispensável à garantia do bom cumprimento das obrigações.

Mas dele discordamos quando não vê essa exação tributária como um elemento que seja indispensável à garantia de cumprimento dos deveres contratuais.

Muito diferentemente, cremos nós que no conceito do bom contratante, daquele que se antecipa como um parceiro de condições razoáveis para tratar com a coisa pública, a ausência de débitos tributários é essencial, por isso que, na relação de sujeição fiscal a pessoa (jurídica ou física) não se porta de modo conforme e adequado, há aí fato indicativo de provável descumprimento nas relações de contrato.

Notamos que Celso Bastos e Ives Gandra, nos seus *Comentários à Constituição do Brasil* (3 vs., t. III, p. 156), estudando esse art. 37, XXI da CF, ali se reportam à exigência de regularidade fiscal como requisito válido da lei das licitações.

De toda forma, não vemos assim como tão inibidora a exigência da "regularidade fiscal", pois esta não se prova apenas com as certidões negativas, sendo certo que o curso de procedimento

administrativo de impugnação do tributo lançado também traduz exação fiscal, já que ali se suspende o crédito tributário (art. 151, III do CTN), e mesmo a execução fiscal, tratando portanto de dívida já inscrita, desde que seguro o juízo em penhora ou depósito prévio, ou desde que ordem judicial liminar suspenda a exigência, não embarga a regularidade fiscal da empresa, conforme o prevêm os arts. 151, II e IV e 206 do mesmo CTN.

Muito pouco técnica a inserção do § 1.º do art. 41 onde a nova lei comete simplesmente a “qualquer cidadão” legitimidade para impugnar o edital por ofensa à lei, concedendo à administração o prazo de 3 (três) dias úteis para responder a tais impugnações. Há aí um excesso de “democratismo”, pois que fica inconcebível, por imprático, atender-se, com o cuidado necessário que a matéria exige, a uma possível — ilimitada em números pelo que se vê — enxurrada de embargos.

Ora, se o Ministério Público já é legal e institucionalmente o canal viabilizador desses interesses coletivos protegidos, se já existe nesta própria e específica lei a ampla possibilidade de qualquer um (art. 113, § 1.º) representar, por irregularidades, aos órgãos fiscalizadores, porque admitir essa graciosa, do lado do reclamante, mas potencialmente onerosíssima, do lado da administração, possibilidade de tantas impugnações ao edital?

## 5. PERVERSÃO DO PRINCÍPIO DA MELHOR PROPOSTA

Os verdadeiros objetivos da licitação como procedimento protelada gestão pública já aparecem de novo um tanto distorcidos no § 4.º do art. da Lei 8.666.

Prevê-se ali que, para fins de julgamento da licitação, nas propostas dos licitantes estrangeiros também se computarão os gravames derivados dos tributos” que oneram exclusivamente os

licitantes brasileiros quanto à operação final de venda”.

A força da última expressão do dispositivo estamos em que o princípio só afeta os pleitos para aquisição, por compra e venda, de bens. Contudo, mesmo aí, essa singular disposição, que pelo visto se objetiva nacionalista, vem afrontar aquele princípio básico da exigência licitatória que diz com a busca do melhor contrato, em qualidade e preço, para a gestão pública.

Assim, o custo de beneficiar os proponentes brasileiros, fazendo com que os repasses de ônus tributários que tenham no país também se considerem no preço dos estrangeiros, é claro e certo.

A disposição vem onerar o possível custo final, daquela compra, para a administração pública. Parece que o legislador aí declara que é vedado comprar mais barato de uma empresa estrangeira porque essa não sofre certas incidências tributárias brasileiras. E então, que se compre mais caro, seja do estrangeiro mesmo, seja dos nacionais.

O critério é, em nível técnico, canhestro, pois se as empresas nacionais podem sofrer aqui algumas incidências que os fornecedores estrangeiros não têm, esses últimos decerto padecem de algumas onerações fiscais que os brasileiros não sofrem.

Se tecnicamente ele é insuficiente, a nível dos princípios básicos da licitação o critério é, como vimos, lamentável, por trazer um elemento desnecessário de acréscimo aos preços a serem pagos pela gestão pública. Uma investida irresponsável no dinheiro dos contribuintes, que, ao fim, custeiam a máquina estatal.

## 6. CONCLUSÃO

Tantas outras ponderações têm cabimento sobre as disposições dessa importante lei reguladora das licitações públicas, mas que excederiam em extensão ao escopo limitado destas notas.

Não se desconheceu que o diploma legal veio na esteira dessas recentes convulsões que nos últimos anos tem agitado a gestão estatal brasileira, revelando o uso desvioso que se tem emprestado ao dinheiro público em tantas contratações.

Talvez em função desse *pathos* político, desse clima traumático que cercou a descoberta dessas manipulações da

coisa pública podemos debitar em grande parte as imperfeições e inconveniências, ou em forma ou em fundo, da Lei 8.666, sabendo-se que a excitação política e a tentação de se ver no procênio dos eventos mais momentosos não são bons conselheiros na tarefa de sedimentar em tipos legais as normas reguladoras da atividade humana.