

INTERFERÊNCIAS DA LEI DE LICITAÇÕES NA AUTONOMIA ESTADUAL*

Marcos Juruena Villela Souto**

SUMÁRIO

I - Introdução. II - Interferência no Princípio da Descentralização Administrativa. III - Interferência na Forma de Pagamento dos Contratos. IV - Interferência na Definição de Administração Pública. V - Interferência na Análise Jurídica das Minutas de Editais e Contratos. VI - Outras Interferências. VII - Conclusão.

I - INTRODUÇÃO

Quando a Constituição da República, em seu art. 37, XXI, estabeleceu a obrigatoriedade de licitação em todos os Poderes e esferas, dispôs, no art. 22, XXVII, que esse processo seria disciplinado através de *normas gerais* federais. Pela própria denominação, as normas gerais são leis nacionais que traçam diretrizes para a elaboração de outras leis, ditas *supletivas*, que cabem aos Estados e Municípios, como é da essência do federalismo.

Destarte, não deveriam descer a detalhes que suprimissem a possibilidade das unidades federadas adaptarem-se às suas peculiaridades locais.

A Lei nº 8.666/93, logo em seu artigo 1º, pretende impor todas as suas normas como gerais, muito embora com inúmeras minúcias com elas incompatíveis. Com isso não se confirma a maioria da doutrina, como se vê da lição sempre cristalina de DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *verbis*:

“É o princípio federativo que informa que qualquer condicionamento imposto à sua auto-administração das entidades federadas, por se tratar de uma *exceção* à disposição, por parte de cada unidade, de seus respectivos atos, pessoas, bens e serviços, só se deve dar no limite do explicitamente previsto na Constituição e nos termos de sua dicção, inadmitindo-se quaisquer extensões interpretativas que ampliem a interferência de normas centralizadoras nacionais sobre as competências locais.” (Palestra no I Seminário sobre a nova Lei de Licitação promovido pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ - Ago/93)

Alguns reparos cabem, pois, na interpretação da norma, evitando a inconstitucionalidade da violação ao princípio da Separação Espacial do Poder, como a seguir se propõe.

II - INTERFERÊNCIA NO PRINCÍPIO DA DESCENTRALIZAÇÃO ADMINISTRATIVA

A Lei nº 8.666, de 21.06.93, pretendendo “moralizar” o funcionamento da máquina administrativa estatal no que concerne às licitações públicas, teve uma preocupação inicial (que não vingou) de reduzir as hipóteses dispensa e inexigibilidade da licitação. Em outras palavras, a idéia era reduzir as exceções ao dever geral de licitar.

* Palestra no 14º Forum Nacional de Secretários de Estado de Administração realizada no dia 18 de março de 1994 - Rio de Janeiro - RJ.

**Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Administrativo da Universidade Estácio de Sá

Uma dessas "reduções" veio, exatamente, no inciso VIII do art. 24, cuja redação é a seguinte:

"Art. 24 - É dispensável a licitação:
(...)

VIII - quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno, exceto se houver empresas privadas ou de economia mista que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que ficarão sujeitas à licitação."

Ao tempo do Decreto-Lei nº 2.300/86, a redação abrangia um número maior de entidades, como se pode verificar em seu artigo 22, X, *verbis*:

"Quando a operação envolver exclusivamente pessoas jurídicas de direito público interno ou entidades paraestatais ou, ainda, aquelas sujeitas ao seu controle majoritário, exceto se houver empresas privadas que possam prestar ou fornecer os mesmos bens ou serviços, hipótese em que todas ficarão sujeitas a licitação;"

O citado dispositivo trazia, ainda, uma "exceção à exceção", isto é, admitia a contratação sem licitação, mesmo quando houvesse empresas privadas que pudessem oferecer tais bens e serviços, na hipótese de a entidade ter sido criada com a só finalidade de atender à matriz. Confira-se o texto do parágrafo único do art. 22 do DL nº 2.300/86, *verbis*:

"Não se aplica a exceção prevista no final do item X deste artigo, no caso de fornecimento de bens ou prestação de serviços à própria Administração Federal, por órgão que integrem, ou entidades paraestatais, criadas para esse fim específico..."

Não tendo sido mantido tal dispositivo na Lei nº 8.666/93, entendem diversos autores que foi ele revogado e, via de consequência, só a vitória em procedimento licitatório admitiria a celebração de contratos entre a Administração Centralizada ou Direta e suas empresas públicas ou de economia mista.

A tese vem calcada em argumento de que tais entidades deveriam demonstrar sua eficiência na competição com outras empresas, evitando-se, assim, que os contratos fossem feitos entre entidades vinculadas ao Poder Público por valores superiores aos praticados por empresas privadas.

Ocorre que, não obstante não encontrar amparo na própria Teoria Geral do Direito Administrativo como se verá adiante, a tese, *data maxima venia*, não se apóia no próprio texto em vigor, já que o art. 2º, ao definir a regra geral de licitação assim dispõe, *verbis*:

"Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei."

Vê-se que a licitação só é obrigatória quando a Administração desejar contratar com terceiros. A expressão, *in casu*, é dotada de algum significado, posto que, sem ela, o texto não ficaria sem sentido. Desde a época do DL nº 2.300/86 já sustentávamos que a idéia do parágrafo único do art. 22 já estava insculpida no art. 2º. Assim dizíamos (para demonstrar que não há qualquer oportunismo na tese, ao contrário de outros, que jamais tocaram neste ponto):

"Aliás, o artigo 2º é claro ao dispor que a Administração só está obrigada a licitar quando contratar com terceiros; a expressão "terceiros" foi empregada exatamente

para designar pessoas estranhas à Administração (Direta, Indireta ou Fundacional); do contrário seria inteiramente inútil (não se presumindo, na interpretação das leis, que o legislador tenha feito uso de termos ou expressões desnecessárias). Daí não ser obrigada a licitar quando contratar com entidades dela integrantes" (*Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, nº 116-out/dez 1992).

O comentário referia-se, pois, ao art. 2º do DL nº 2.300/86.

Assim, se interpreta a lei não só em razão da sua literalidade, mas também em razão dos princípios que norteiam o Direito Administrativo, entre os quais destacam-se o da descentralização e o da especialidade.

Sobre o tema, assim leciona DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, *verbis*:

"O princípio da descentralização, que informa todo o Direito Público, agindo como resposta à hipertrofia estatal, transparece desde a separação orgânica de poderes do Estado, de assento constitucional, que Otto Mayer catalogava como princípio autônomo: "Princípio de separação de Poderes," à simples desconcentração de um serviço de protocolo da mais modesta repartição autárquica municipal. É vastíssimo o seu campo, só limitado pela própria satisfação das necessidades legislativas, administrativas e judiciárias do Estado.

(...)
Derivam-se deste princípio, o da especialidade

(...)
(*Curso de Direito Administrativo*, 7ª ed., pp. 75-76. Rio de Janeiro: Forense, 1989).

E segue, explicando o Princípio da Especialidade:

"A multiplicação das atividades que devem ser desenvolvidas pela Administração Pública - e que exigem ampliação da estrutura burocrática e a adoção de cada vez maior eficiência operativa - é desafio lançado no campo da ciência da Administração, mas que repercute no campo do Direito Administrativo. Quando aquilo que especialmente se demanda é a complexidade das atividades, o problema passa a ser preponderantemente jurídico, pois exigirá a definição legal da competência do Estado para atendê-los especialmente" (*ob. cit.*, p. 83).

De tal entendimento não discrepa HELY LOPES MEIRELLES, ao dizer que descentralização:

"... É uma técnica de especialização, consistente na retirada do serviço de uma entidade e transferida a outra para que execute com mais perfeição e autonomia". (*Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 299)

Em suma, ao descentralizar, a Administração tem competência para executar a tarefa e, para desempenhá-la com mais eficiência, a especializa através da criação de uma entidade. Há, ainda, relevante opção política, posto que o serviço descentralizado passa a ser custeado apenas pelos usuários, mediante pagamento de preço ou tarifa, e não mais por toda a coletividade, via impostos.

Como diz EUGÊNIO NORONHA LOPES, a Administração não cuida de escolher o melhor prestador de serviço, muito menos o que lhe cobre o menor preço, pretendendo, isto sim, atingir a meta de interesse público que tinha em vista ao criar tais organismos. A lei criadora de tais entidades já alegou-se como a "melhor" opção (Processo nº E-19/001 954/90-6 Ofício nº 01/91 - ENL da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro).

Ora, a criação de tais entidades constitui ato formalmente legislativo, mas materialmente administrativo, e, como tal, nasce com uma presunção de legalidade só desfeita mediante decisão judicial transitada em julgado. Desnecessário, pois, ante tal presunção, que tais entidades provem, *previamente*, sua eficiência em procedimento licitatório. Daí a regra, (sem a qual descaracterizada estaria a presunção em que se calcam os atos do Estado).

Nem por isso a coletividade fica à mercê de eventual ineficiência dessas entidades, já que o administrador público tem um dever da eficiência, que é examinado sobre o triplice aspecto administrativo, econômico e técnico. Se o administrador contrata com a entidade descentralizada e não obtém os melhores resultados não fica imune ao controle do Judiciário (via ação popular) ou do Legislativo (via Tribunal de Contas). O ato lesivo ao erário pode ser desfeito, mas por controle *a priori*, qualquer que fosse a forma por ele assumida.

Cabe lembrar que RONALDO POLLETTI sequer admite a existência de *contrato* entre a União e suas entidades da Administração Indireta, porque não há interesses *opostos*, mas *comuns*. E afirma:

“Ora, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as autarquias já são pela sua própria natureza, fruto da descentralização. Contratá-las, no sentido do art. 10 do DL nº 200/67, seria uma contradição, uma repetição, um *bis in idem*. O Estado, no caso a União, através do seu Poder Executivo, já descentralizou sua atividade, a realização material de suas atividades executivas. Como agora contratá-las para descentralizar o que foi a própria criação?”
(*Convênios e Contratos*. Revista Forense, vol. 280, p. 380.)

Tal relevante indagação seria solucionável com a equivocada definição de *contrato* constante do parágrafo 2º do art. 2º da Lei nº 8.666/93, equiparando-o ao *convênio*, instrumento adequado. Entretanto, como instaurar competição para atender a interesses afins *públicos*, quando o interesse da empresa de capital privado é apenas o lucro e não o atendimento do interesse público?

Portanto, não deve prosperar a interpretação literal da Lei para exigir que Estados e Municípios promovam licitação ao invés de fazerem contratação direta ou com suas criaturas. Persiste, pois, no art. 2º da Lei nº 8.666/93 revigorado parcialmente pela Medida Provisória nº 35/93 a idéia do parágrafo único do art. 22 do DL nº 2.300/86 (e suas reedições: atualmente vigora a de nº 424/94) que introduziu um inciso XVI no art. 24 da Lei nº 8.666/93. Até porque, se não há empresas privadas a competir, a licitação seria inexigível.

III - INTERFERÊNCIA NA FORMA DE PAGAMENTO DOS CONTRATOS

Ao incluir, no artigo 40, os requisitos que devem constar do edital de licitação, a Lei nº 8.666/93 não se limitou a mencionar apenas “Condições de Pagamento” (inciso XIV). Foi mais adiante, num nítido detalhamento deste dispositivo, estabelecendo o prazo máximo para pagamento das obrigações e data a partir da qual incidiria a correção monetária.

Não obstante, tal impropriedade de uma norma dita *geral*, ainda fez pior, motivando interpretações no sentido de que a data de incidência da correção monetária é diversa daquela prevista para o pagamento. Em outras palavras, a alínea *a* do inciso XIV do art. 40 dispõe que o prazo máximo para o pagamento da prestação contratada é trinta dias da emissão da fatura, mas, pela alínea *c*, a correção monetária incide desde a data da emissão da fatura, independentemente de haver ou não atraso no pagamento, que é *posterior*.

Sustentam os ilustres defensores desta tese que a Administração não pode subtrair até trinta dias de correção monetária de seus fornecedores, o que implicaria em verdadeiro confisco. Daí sua incidência desde a fatura, porque a sistemática estabelecida para a Lei é de preços à vista.

Ora, a forma de pagamento das obrigações é matéria contratual, com contornos definidos no edital, que é um *Ato Administrativo* editado no exercício do poder discricionário do administrador, que leva em conta um juízo de valor, que lhe é privativo, de conveniência e oportunidade. Subtrair-lhe tal valoração é ignorar o Princípio da Tripartição das Funções do Estado.

Tais autores, contudo, dizem que a matéria é de Direito Monetário, por zelar pela preservação do poder aquisitivo da moeda - CF, art. 22, VI - fixando-se que o pagamento deve pautar-se pelo valor *à vista*. *Data venia*, se a norma valesse, em caráter imperativo para o consumidor público, deveria vir atrás da Lei Complementar a que se refere o art. 165, § 9º, CF, já que é a Lei de Direito Financeiro que orienta a realização da despesa pública. Ocorre que, como dito, o consumidor deve ter a liberdade de opção pela forma de pagamento, conforme sua conveniência e oportunidade. Se os recursos não estão disponíveis no ato da contratação ou não podem ser utilizados antes de um processo administrativo para sua liberação, como é o caso dos consumidores públicos, a solução é contratar pagamento *a prazo*. Trata-se de prática comercial legítima, que não se confunde com superfaturamento. Ganha o licitante que apresenta os menores encargos financeiros.

Daí porque a regulamentação do tema cabe Ato Administrativo.

Admitindo, contudo, a validade da norma, por força do Princípio da Presunção de Constitucionalidade das Leis e, ainda, por força deste princípio, que o tema não é de Direito Financeiro, a exigir Lei Complementar, não pode ser exigida a vinculação a Estados e Municípios, por violar o caráter *geral* previsto no art. 22, VI, CF.

Tanto é assim, que o Estado do Rio de Janeiro, através da Lei nº 1.604/90, ao orientar a elaboração de contratos no âmbito estadual, já recomendava que fosse incluída cláusula de correção monetária para neutralizar os atrasos de pagamentos, definindo estes como o prazo superior a trinta dias considerados razoáveis para processamento e liquidação da fatura (como dispõem os arts. 63 e 64 da Lei nº 4.320/64 e 73 da Lei nº 8.666/93). Isso na vigência do DL nº 2.300/86, que sequer previa a correção monetária.

Logo, se aceita a norma, para argumentar, só deve ela prevalecer para a Administração Federal. A legislação sobre Direito Monetário, almejando a estabilidade da moeda, já está contida na Medida Provisória nº 434, de 28.02.94, que institui a URV.

IV - INTERFERÊNCIA NA DEFINIÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O art. 6º, XI, da Lei nº 8.666/93, dentro de uma inconcebível seção “Das Definições”, estabelece um conceito de *Administração Pública* nos seguintes termos:

“a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas”.

Portanto, até mesmo controladas ou subsidiárias das empresas públicas e sociedades de economia mista se enquadrariam na idéia de Administração, qualquer que fosse a sua finalidade. Conseqüentemente, não seriam os “terceiros” referidos no artigo 2º e poderiam ser contratadas sem licitação, em flagrante prejuízo ao princípio da competitividade.

Alguns doutrinadores, mais prudentes, exigem a autorização legislativa para a criação de tais entidades, invocando uma *ampla* autonomia das unidades federadas em definir o que é do interesse público.

A lei federal não pode, contudo, ir além do que a Constituição Federal autorizou, não podendo se aceitar uma indiscriminada autonomia estadual para a criação de empresas cujos objetos, por si só, seriam de interesse público porque assim definidos na lei criadora.

Para tanto, valho-me não apenas do critério *formal*, da criação, por lei, da entidade, como da própria *finalidade* da entidade, que nem sempre é *típica* do Poder Público. Entendo, *data maxima venia*, que a criação de empresas estatais constitui uma opção político-administrativa de gestão de um serviço público atribuído ao Estado. Portanto, ao se falar em *descentralização* administrativa, é necessário que o *serviço* esteja na competência do *Poder Central* (*in casu*, da Administração Estadual).

Outra possibilidade de criação de empresas estatais seria a intervenção no domínio econômico, como exceção à regra do princípio da livre iniciativa. Para tanto, seria necessário justificar o ato interventivo no *relevante* interesse coletivo (e não *simples* interesse coletivo) ou na questão de *segurança nacional* envolvida (C.F. 173, § 1º). Ainda assim, seria questionável situar tais empresas como integrantes da Administração Pública (indireta) já que estariam ocupando um espaço típico do setor *privado* (muito embora não possa se deixar de considerar que intervir - ainda que *excepcionalmente* - no domínio econômico seja atividade típica do Estado - entendendo a maioria da doutrina, contudo, que tal poder de intervenção situa-se na esfera federal).

A definição constante do art. 6º, XI, da Lei nº 8.666/93, não obstante ser inconveniente (porque definir é tarefa da *doutrina*: à lei cabe estabelecer comandos e as respectivas sanções - positivas ou negativas), desconhece aspectos básicos de direito público e só deveria valer para a Administração *Federal* (se válida fosse a definição). Sustenta-se que a lei poderia definir Administração para fins específicos de sua aplicação, mas tal definição só poderia ocorrer dentro daquilo que constitucionalmente fosse outorgado ao Estado e, dentro deste, à Administração. Ampliar o conceito de Administração, para este ou aquele fim, poderia implicar na ampliação dos seus limites (e eventual intromissão no Estado-Legislador ou no Estado-Jurisdição) ou dos próprios limites impostos ao Estado.

Até admito que a licitação só é obrigatória quando contratada com *terceiros* (estranhos, pois, à Administração); mesmo assim, no espírito do parágrafo único do art. 22 do D.L. 2.300/86 (sem considerar as alterações da M.P. nº 351/93, cujas reedições, por ampliarem o prazo do art. 62, C.F., tornaram-na inconstitucional).

Em síntese, a Lei Federal não pode ampliar o leque de opções do administrador público além dos limites constitucionalmente aceitos, permitindo uma discricionária e subjetiva criatividade na avaliação do interesse público para que qualquer entidade possa ser criada no Estado para atendê-lo.

V - INTERFERÊNCIA NA ANÁLISE JURÍDICA DAS MINUTAS DE EDITAIS E CONTRATOS

Nos Estados, como o Rio de Janeiro, que dispõem de Assessorias Jurídicas nas Secretarias de Estado e nas entidades da Administração Indireta, de livre nomeação do Governador, e de Procuradorias Gerais do Estado, integradas por Procuradores concursados e de nomeação para cargo efetivo, muito se tem discutido a quem cabe a análise jurídica das minutas de edital e contratos.

A questão foi suscitada em razão do novo estatuto de licitações e contratos dispor, no parágrafo único do artigo 38, que "as minutas dos editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas pelo órgão de *Assessoria Jurídica* da unidade responsável pela licitação".

Oportuno frisar que cabe à União legislar, privativamente, sobre normas *gerais* de licitação e contratação, conforme reza o artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal de 1988.

Note-se, porém, que de acordo com o disposto no § 2º do artigo 24 do Texto Constitucional, esta competência conferida pelo legislador constituinte à União não exclui a competência *suplementar* dos Estados. Assim, os outros entes da Federação poderão criar normas de licitação, respeitando, todavia, as normas gerais impostas pela União, com objetivo de adequá-las às peculiaridades locais.

Feitos estes esclarecimentos, é importante observar que, no Estado do Rio de Janeiro, as funções de *elaboração* (jurídica) de editais devem caber às Assessorias Jurídicas das Secretarias de Estado, autarquias e entidades paraestatais, cabendo à Procuradoria Geral do Estado, como órgão de consultoria, o controle *a posteriori* (Decreto Estadual nº 10.443/87, artigo 2º, IV). O artigo 52, § 1º, do Dec. nº 3.149/80 determina que a Procuradoria examine as minutas de todos os contratos, salvo os já padronizados por ela ou por órgãos competentes da União, quando esta for parte.

É que, no âmbito da advocacia do Estado, a Constituição Federal estabeleceu como *privativas* do Procurador do Estado, as funções de consultoria jurídica e representação judicial, CF, artigo 132 - não fazendo o mesmo quanto às funções de Assessoria Jurídica.

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, em tese aprovada no XV Congresso Nacional dos Procuradores de Estado realizado em 1988, na cidade de Natal-RN, distingue a consultoria do assessoramento, esclarecendo que esta não tem o condão de exprimir a vontade estatal, ainda que, ao lado da diretoria jurídica e da representação judicial, sejam todas privativas de advogado (Lei nº 4.215, de 27.04.63, artigo 71). A Constituição Federal só vinculou a vontade estatal nos órgãos de representação judicial e consultoria jurídica, que cabe aos Procuradores de Estado.

Nesse passo, quaisquer normas emanadas do poder hierárquico do Executivo, Autarquias, Fundações e demais Entidades da Administração Indireta que disponham sobre a matéria, devem ser interpretadas no sentido de que às Assessorias Jurídicas cabe o exame preparatório dos editais de licitação para posterior encaminhamento à Procuradoria Geral do Estado.

Aliás, o § 1º do artigo 7º do Decreto Estadual nº 10.443/87 já dispõe a respeito:

"§ 1º - O encaminhamento de consultas à Procuradoria Geral do Estado deverá ser precedido de manifestação de órgão jurídico respectivo, com explicitação das dúvidas a serem dirimidas pelo órgão central de sistema jurídico".

Por outro lado, há que se atentar para a *ratio legis* do dispositivo. A intenção da norma (art. 38, parágrafo único) não é outra senão a de submeter os instrumentos licitatórios ao exame de órgão competente, a fim de que bastaria a apreciação da Assessoria Jurídica. Este termo significa, em última análise, os *órgãos jurídicos* competentes, definidos de acordo com cada Estado federado.

A norma geral não cabe descer a este tipo de detalhamento, competindo aos Estados a função suplementar no sentido de implementação (concretização) do seu conteúdo, o que, efetivamente, não é tarefa da norma *geral*. Interpretar de modo contrário seria ignorar a autonomia administrativa inerente às entidades federadas.

Logo, deve ser observada a legislação supletiva estadual, que impõe o exame e aprovação de tais atos pela Procuradoria Geral do Estado.

VI - OUTRAS INTERFERÊNCIAS

1 - **DOAÇÃO DE IMÓVEIS** - O artigo 17, I, b da Lei nº 8.666/93, ao limitar a dispensa de licitação às doações "para outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo" impede a livre gestão do patrimônio estadual e municipal, matéria que é inerente à autonomia administrativa que caracteriza a federação.

Ora, a doação é um contrato personalíssimo por essência e não pode ficar sujeito a competições, mas à probidade do administrador e ao interesse público envolvido na sua utilização.

Cite-se, por exemplo, que a literalidade da norma (já sustada, liminarmente, pelo Eg. STF) impediria que Estados e Municípios fizessem doações para instalação de lotes industriais, de assentamento de colonos, para instituições filantrópicas.

É, pois, inconstitucional exigir licitação nas doações.

2 - **SORTEIO** - Ao impor que o sorteio seja critério de desempate nas licitações (art. 45, § 2º), mais uma vez o legislador invadiu esfera de autonomia do administrador estadual. Os critérios de julgamento - onde se inclui o desempate - constituem matéria a ser definida no edital (ato administrativo). Ao definir como deve ser solucionada a questão, substituindo-se ao administrador, o legislador impediu que fossem usados outros critérios, como o leilão entre as propostas empatadas, que permitiria redução do valor proposto, com vantagens para todos.

3 - **CONTRATOS DE EFEITOS RETROATIVOS** - o veto presidencial aos parágrafos 2º e 3º do artigo 61 não impede que situações emergenciais sejam atendidas e, posteriormente formalizadas via "Termo de Ajuste de Contas". É que, na prática, há um contrato verbal, que, embora repudiado pelo Direito Administrativo, gera o dever de indenizar os benefícios recebidos pela Administração, sob pena de caracterizar-se enriquecimento sem causa. Busca-se, pois, no artigo. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, fundamento para tais pagamentos, destacando-se que, no Estado do Rio de Janeiro, quando os efeitos são anteriores a 180 (cento e oitenta) dias, há necessidade de autorização governamental.

É oportuno esclarecer que o art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, não autoriza, por si só, efeitos retroativos.

4 - **CONVÊNIOS** - Há quem sustente que sendo o convênio instrumento de soma de esforços para realização de atividade fim do Estado, não poderia ser tratado numa norma geral de licitações, que deveria abranger apenas os contratos. Em oposição a esta teoria, defende outra corrente que o termo "contratações" empregado no inciso XXVII, do art. 22, CF, ao invés de, simplesmente, "contratos", ampliou o universo da norma.

5 - **EMPRESAS ESTATAIS** - A Lei nº 8.666/93, em sua literalidade, desconheceu a maleabilidade que deve ser reconhecida a tais entidades, em razão da personalidade jurídica de direito privado que lhes é imposta no art. 173, § 1º, CF. Ao igualar a atuação das empresas estatais à Administração Direta, quebra-lhes a flexibilidade, tornando menos útil a descentralização administrativa, sendo, pois, mais uma interferência.

6 - **CRIMES** - A existência de mais uma lei criminalizando condutas deveria ser matéria para um Código Penal e não para normas gerais de licitação. Reprovável, pois, tal inovação da Lei nº 8.666/93.

7 - **HABILITAÇÃO NAS TOMADAS DE PREÇOS** - Ao admitir que da licitação por tomada de preços participem interessados não cadastrados (art. 22, § 2º), a Lei nº 8.666/93

deu margem a diversos entendimentos no sentido de que à comissão de licitação (de julgamento) cabe o cadastramento. Ocorre que, não obstante o cadastramento ser um ato técnico, à lei federal não cabe definir que órgão ou autoridade praticará o ato.

A resposta está adequadamente tratada no art. 18, § 2º, do Decreto Estadual RJ nº 3.149, de 28.04.80, com a redação que lhe é dada pelo Decreto nº 7.126, de 29.12.83, nos seguintes termos:

"Nas Licitações por Tomada de Preços, promovidas por Comissões Regionais ou Especiais de Licitações em que se apresentarem licitantes não inscritos no Registro Central de Fornecedores do Estado, o procedimento licitatório se desdobrará em duas fases, a primeira das quais será destinada ao recebimento dos Certificados de Registro dos Licitantes já inscritos e ao exame da documentação dos licitantes não registrados, para efeito, nesse caso, da expedição, pela própria Comissão, do Registro *Provisório* a que se refere o inciso II do art. 9º do Decreto nº 1.064, de 31.12.76, introduzido pelo Decreto nº 7.167, de 03 de fevereiro de 1984".

Portanto, quando muito, cabe interpretar que à comissão de licitação cabe o registro *provisório*, enquanto o *definitivo* fica a cargo de uma comissão de *cadastramento*.

VII - CONCLUSÃO

Enfim, caracterizado está que a Lei nº 8.666/93 ultrapassou os limites de uma norma geral, descendo a minúcias que competem à lei estadual supletiva. Destarte, devem seus comandos ser interpretados em consonância com o artigo 18 da Lei Maior, que reconhece a autonomia das unidades federadas (em especial, quanto à estruturação de seus serviços).

Rio de Janeiro, 18 de março de 1994.