

# As Autarquias, Fundações e Empresas Estatais na Lei de Responsabilidade Fiscal

Flávio Corrêa de Toledo Júnior

## 1 - INTRÓITO

Equilibrar entradas financeiras com despesas do ente governamental e, disso decorrente, evitar o engrandecimento da dívida do setor público. Eis o grande escopo do novo direito financeiro, que à Nação se apresentou, em 5 de maio de 2000, sob forma de uma lei complementar: a que carrega o número 101, cuja eficácia ganha especial significado com a posterior edição de lei ordinária, a de crimes fiscais (*nº 10.028, de outubro de 2000*), culminando, tudo isso, num novo regime fazendário, o da gestão responsável.

Em todos os níveis de governo, a Lei de Responsabilidade Fiscal alcança a Administração direta, bem assim os entes descentralizados, quer sejam autarquias, fundações ou estatais que dependam do Caixa Central, as chamadas empresas dependentes. É bem isso o que estabelecem os § 2º e 3º, art. 1º. do novel código de finanças públicas:

*“Art. 1º.- .....*

*§ 2º. - As disposições desta Lei Complementar obrigam a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.*

*§ 3º. Nas referências:*

*I - à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, estão compreendidos:*

*a) o Poder Executivo, o Poder Legislativo, neste abrangidos os Tribunais de Contas, o Poder Judiciário e o Ministério Público;*

*b) as respectivas administrações diretas, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes.*

Muito se tem dito sobre a conformação da Administração direta às novas regras fiscais; esse debate, contudo, não vem incluindo as outras pessoas jurídicas que, sob forma indireta, compõem o aparelho governamental. Nos Estados e grandes Municípios, muita das vezes, são elas numerosas, movimentando considerável soma de recursos públicos.

Essas unidades da Administração descentralizada, em sua imensa maioria, perfilam-se no Poder Executivo, malgrado vincular-se, em raríssimos casos, a outros Poderes (*ex.: autarquias relacionadas a Assembléias Legislativas*).

Flávio Corrêa de Toledo Júnior  
é Economista e Professor de Orçamento  
e Contabilidade Pública.

## 2 - CARACTERÍSTICAS DOS QUE FORMAM A ADMINISTRAÇÃO INDIRETA

No intuito de dar consecução a obras e serviços públicos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios podem se valer do instituto da descentralização administrativa, conferindo determinadas lides a pessoas jurídicas por eles legalmente criadas, o que constitui sua Administração indireta.

Essa vontade política materializa as autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, regidas umas pelo direito público (*autarquias e certas fundações*) outras pelo direito privado (*algumas fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista*).

Independentemente do direito que as informam, há traços convergentes entre aquelas entidades. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1), com maestria, assim sintetiza os vasos comunicantes:

*1 - “todas têm personalidade jurídica própria, o que implica direitos e obrigações definidos em lei, patrimônio próprio, capacidade de auto-administração, receita própria;*

*2 - a sua criação é sempre feita por lei, exigência que consta agora do art. 37, XIX, da Constituição;*

*3 - a sua finalidade essencial não é o lucro e sim a consecução do interesse público;*

*4 - falta-lhes liberdade na fixação ou modificação de seus próprios fins; é a própria lei singular que, ao criar a entidade, define o seu objeto, o qual só pode ser alterado por outra lei da mesma natureza;*

*5 - elas não tem a possibilidade de se extinguirem pela própria vontade; sendo criadas por lei, só outra lei poderá extinguí-las, em consonância com o princípio do paralelismo das formas; por isso mesmo, não se aplicam a essas entidades as formas normais de extinção previstas no direito civil e comercial;*

*6 - a todas elas se aplica o controle positivo do Estado, o qual tem por finalidade verificar se a entidade está cumprindo os fins para os quais foi criada”.*

## 3 - O ALCANCE DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Inauguralmente, já se disse que o novo direito abarca autarquias, fundações e certas empresas instituídas pela Administração, as chamadas *dependentes*.

Nesse cenário, a primeira controvérsia diz respeito às fundações e autarquias financeiramente autônomas, vale dizer, as que não recebem ajuda pecuniária do Tesouro Central; coletam suas rendas mediante a própria atividade operacional. Tendo em mira que a empresa *não-dependente* refoge das novas regras, por que destas, por simetria, também não se esquivariam ditas entidades fundacionais e autárquicas?

Preliminarmente, é preciso lembrar que a autarquia se constitui tal qual prolongamento da Administração; exerce políticas públicas formuladas pelo ente central; se é hoje monetariamente independente, amanhã pode não sê-lo, em razão de modificações na forma de conduzir a máquina governamental, sobretudo nos períodos de mudança do gestor político.

Demais disso, a LRF, na questão polemizada, não tece qualquer distinção e, se assim é, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Nesse sentido, dependente ou não dos recursos centrais, a pessoa autárquica submete-se aos ritos e procedimentos do referenciado código fiscal, entre os quais a limitação de empenho, a compensação financeira de receitas renunciadas ou de despesas continuadas e a declaração do ordenador da despesa quanto à compatibilidade orçamentária de ações de expansão governamental.

1. In: Direito Administrativo, 14ª. edição. Ed. Atlas

**“...é preciso lembrar que a autarquia se constitui tal qual prolongamento da Administração; exerce políticas públicas formuladas pelo ente central; se é hoje monetariamente independente, amanhã pode não sê-lo, em razão de modificações na forma de conduzir a máquina governamental, sobretudo nos períodos de mudança do gestor político.”**

.....

**N**o que toca às fundações, parte delas são criadas pelo ente político, mas, ao longo de sua existência, ganham vida própria, divorciando-se dos desígnios estatais e, claro, do dinheiro recolhido compulsoriamente da sociedade. Sua exoneração da Lei Fiscal, a nosso ver, está a demandar o ressarcimento dos investimentos e subvenções antes aportados pelo poder público, tudo previsto em lei que retirará a entidade federada da organicidade fundacional. Despidendo tal fundação dos capitais e interesses públicos, só assim, aparta-se ela, legalmente, da máquina pública e, por via de consequência, escapa do novel contexto fazendário. Do contrário, continua integrando a Administração Pública e, nessa condição, obedece aos comandos da LRF, vez que esta, tal qual o fez para as autarquias, não distingue entre as espécies de fundação, abrangendo, de igual modo, as que demandam ou não o erário.

À guisa de ilustração, vale mencionar, para a Constituição do Estado de São Paulo (*art. 33, II*) submetem-se à fiscalização do Tribunal de Contas as fundações instituídas *ou* mantidas pelo poder público. Nesse contexto, a conjunção “*ou*” situa na esfera pública a fundação hoje desembaraçada do dinheiro público, conquanto instituída pela vontade governamental.

Ainda, a realidade tem-nos mostrado outro tipo de fundação, as que utilizam marca de excelência de universidades e hospitais públicos, mantendo com estes convênios permanentes. São as chamadas fundações de apoio. Não se instituem por arbítrio estatal; apenas pelo querer do particular; nem, tampouco, operam às expensas do recurso público. Seu fundamento jurídico e modo de financiamento, de igual modo, afastam-se dos mecanismos de Estado. Bem por isso, não integram a Administração Pública, eximindo-se dos preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

No entanto, essa entidade fundacional não se desvincula da fiscalização das Cortes de Contas, visto que utiliza chancela de pessoa pública e com esta mantém contínua relação institucional e financeira.

Em suma, à Lei Complementar nº 101, de 2000, devem obediência dois tipos de fundação: *a) as instituídas e mantidas pelo poder público, chamadas, doutrinariamente, autarquias fundacionais; b) as instituídas, embora não mantidas pelo poder público.*

Já, quanto à empresa pública ou à sociedade de economia mista, submete-se à LRF apenas a que tem índole estruturalmente deficitária; sua corriqueira operação solicita recursos do Tesouro, sem os quais não conseguiria dar consecução às lides para as quais foi constituída na Administração indireta. O novo direito designa-lhe *empresa dependente*.

Assim, cuidou o legislador de não impor amarras à estatal que obtém, ela mesma, os recursos necessários à sua operação e manutenção, ainda que para o ente matriz venda, a preços de mercado, seus produtos e serviços.

Em leitura reversa a comando das Resoluções Senatoriais nº 40 e 43, de 2001, podemos concluir que isentas da LRF estão as empresas públicas e sociedades de economia mista enquadradas nas seguintes condições:

- não ter recebido, ano anterior, dinheiros do erário, a menos que estes se relacionem a aumento de participação acionária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- não haver previsão, no corrente orçamento da estatal, de repasses bancados pelo ente controlador.

#### 4 - OS LIMITES FISCAIS

No intuito de garantir equilíbrio orçamentário, o atual ordenamento impõe limites e condições à gestão do dinheiro público, quer para determinadas despesas (*as de pessoal e, até 2003, os serviços de terceiros*), quer para o endividamento (*dívida consolidada e na dívida flutuante, os restos a pagar*).

Essas barreiras, entretanto, são para o Poder estatal como um todo. Sob égide de norma geral, não há limites específicos para as autarquias, fundações e estatais dependentes, das quais a despesa de pessoal e a dívida adicionam-se às mesmas variáveis da Administração direta do respectivo Poder e, só depois disso, aplicam-se os limites requeridos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

Relativamente ao gasto com o fator trabalho, a lei em comento restringe-se a dois tipos de limite: o global, por nível de governo (*teto*) e o setorial, por Poder estatal (*subteto*); portanto, não há nisso qualquer distribuição no restrito âmbito de cada Poder. Enquanto um todo, o Executivo Estadual pode despender com pessoal, no máximo, 49% da receita corrente líquida (*art. 20, II, "c"*); cessa aqui a eficácia da norma geral; depois, para cada pessoa jurídica do Poder Executivo, a repartição daquele percentual é matéria que compete à legislação local.

Em direito financeiro, a lei de diretrizes orçamentárias é, por excelência, a mais graduada norma própria da entidade estatal, vez que subsidia a elaboração e a execução de peça essencial da administração financeira, renovável a cada ano civil: o *orçamento-programa*.

Sendo assim e visando cada uma das autarquias, fundações e estatais, a LDO prescreverá barreiras relativas à despesa de pessoal e à dívida de longo prazo (*consolidada*) e, no que toca ao último ano de mandato do Chefe do Poder Executivo, determinará rigorosa cobertura financeira para despesas assumidas nos últimos oito meses, bem assim proibição, nos derradeiros 180 dias, de aumento no gastos com servidores.

Não bastassem tais comandos, essa lei de diretrizes, todo ano, precisa dispor que gastar mais com pessoal solicita, antes, o aval da Administração central quanto à conformação do Poder ao limite prudencial. Sem isso, esse ato de gestão descentralizada resulta afronta ao art. 22, § único do novo código de finanças governamentais.

**“...vital se faz que a lei de diretrizes orçamentárias identifique a quota de responsabilidade de autarquias, fundações e estatais dependentes na política de contenção da despesa.”**

#### 5 - A LIMITAÇÃO DE EMPENHO

O contador geral da entidade federada, a cada dois meses, confrontará a efetiva arrecadação com a receita prevista no orçamento-programa. Ocorrendo frustração de entradas financeiras, cada um dos Chefes de Poder determinará restrição à despesa segundo critérios dispostos na lei de diretrizes orçamentárias (*LDO*). É a limitação de empenho referida no art. 9º. da Lei nº 101, de 2000; os que se regem pelo direito privado e, não realizam o empenho, fazem idêntico procedimento; apenas que sob outra denominação, contingenciando, nesse mister, a despesa prevista em seus próprios orçamentos.

Admitindo-se a hipótese de as entidades descentralizadas furtarem-se a tal esforço orçamentário, poderá o ente político apresentar, como um todo, resultado indesejado pelo vigente regime fiscal: o *déficit bruto de execução orçamentária, adiante comentado (item 7)*.

É bem assim porque o desequilíbrio global é hoje facilmente verificado, em face da obrigatoriedade de se construir o Balanço Geral Único (*art. 50, III*), o que consolida, numa só peça, o movimento financeiro da Administração direta dos Poderes, bem assim o de autarquias, fundações e outras paraestatais do mesmo nível de governo. Nesse cenário unificador, os relatórios de acompanhamento fiscal, também eles, refletirão o desempenho orçamentário registrado em todas as pessoas jurídicas da esfera de governo (*relatório resumido da execução orçamentária*) e em todas as entidades de cada Poder estatal (*relatório de gestão fiscal*).

Por tudo isso, vital se faz que a lei de diretrizes orçamentárias identifique a quota de responsabilidade de autarquias, fundações e estatais dependentes na política de contenção da despesa. Para tal atribuição, aquele plano orçamentário individualizará critérios tendo em mira dois contextos fiscais:

A) QUEDA NA ARRECADAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO CENTRAL

aqui, a LDO evidenciará a proporcional magnitude de corte nas transferências destinadas a cada uma das autarquias, fundações e estatais, a demandar-lhes, em regra, igual nível de *congelamento* de sua despesa. Essa particularização, por ente descentralizado, revela-se importante, na medida que aludidas entidades realizam diferentes encargos nas políticas públicas, uns de natureza essencial, de baixa possibilidade de compressão ou adiamento (*ensino, saúde, segurança pública*), outros mais elásticos ao corte orçamentário.

B) QUEDA NA ARRECADAÇÃO PRÓPRIA DE AUTARQUIAS, FUNDAÇÕES E ESTATAIS DEPENDENTES

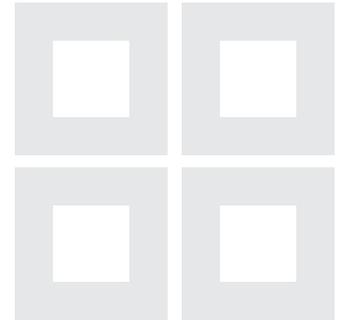
Declínio na receita própria dessas unidades, também isso, dificulta o ajuste global de todo o nível de governo; significa, além disso, risco para a entidade matriz que, no futuro, será chamada a solver a dívida que se instala no passivo das entidades descentralizadas. Nesse sentido, a LDO anunciará duas soluções: *1) contingenciamento do gasto descentralizado na proporção da queda na receita própria e/ou 2) aumento no repasse financeiro da Administração direta, buscando, com isso, compensar o declínio nos recebimentos próprios; essa segunda alternativa, óbvio, é somente para os que realizam atribuições fundamentais no programa de trabalho de União, Estados, Distrito Federal e Municípios.*

Em qualquer um desses dois casos, omitir-se ao corte redundará na multa de que trata o art. 5º., III, da Lei de Crimes Fiscais (*30% dos vencimentos anuais*), aplicável a um dos seguintes agentes políticos:

- *titular da entidade descentralizada*, no caso de a LDO prever critérios para a limitação de despesa (*art. 4º, I, "b", LRF*) e o Chefe do Poder Executivo haver emitido o decreto executivo regulamentador;
- *titular do Poder Executivo*, no caso de a LDO furtar-se àqueles critérios ou não ter havido a materialização do referenciado decreto.

De todo modo, convém enfatizar, nem sempre é possível realizar a limitação de empenho; tal se dá quando a insuficiência de receita verifica-se exatamente no último bimestre do exercício ou subsiste, no restante da execução orçamentária, apenas gastos imunes ao corte, isto é, os derivados de obrigações constitucionais ou legais da entidade (*LRF, art. 9º., § 2º.*).

Legítima ou ilegítima, a falta de limitação de despesa será verificada, com maior nível de objetividade, quando se apura o resultado de exercício. É o que passaremos a ver.



## 7 - A APURAÇÃO DO RESULTADO DE EXERCÍCIO.

Autarquias e fundações de direito público sujeitam-se à Lei nº 4.320, de 1964; registram, ao final de cada ano civil, superávit ou déficit de execução orçamentária.

Fundações de direito privado, empresas públicas e sociedades de economia mista submetem-se à Lei nº 6.404, de 1976; revelam, ao final de seus exercícios financeiros, lucro ou prejuízo. Contudo e a modo de viabilizar agregação contábil, a Portaria STN nº 589/01 determinou-lhes que, à parte, evidenciassem recebimentos e pagamentos conforme o sistema utilizado na contabilidade pública, regrado este na aludida L.4.320.

Diante disso, fundações de direito privado e outras paraestatais, em apartado, também apresentarão seus resultados sob denominação consagrada na escrita fazendária: *superávit ou déficit*.

Ademais, necessário recordar: no afã de evitar o viés da dupla contagem, Portarias Ministeriais (2) estabelecem que os repasses intragovernamentais não mais têm natureza orçamentária; apenas financeira (*extra-orçamentária*); por extensão, as verbas se alocam apenas no orçamento da instituição beneficiária, acontecendo o empenho quando esta, de fato, gasta o dinheiro recebido da Administração centralizada.

Bem por isso, em cada pessoa da Administração indireta, o resultado de exercício passa a considerar, de um lado, os recebimentos extra-orçamentários e a receita orçamentária própria; de outro, as despesas orçamentárias realizadas sob o regime de competência.

Tendo em mira o hoje obrigatório instituto da limitação da despesa, o déficit de autarquias, fundações e empresas dependentes está a indicar desvio fiscal: o da limitação de empenho, a menos que se verifiquem as exceções antes comentadas (*queda de receita no último bimestre ou subsistência de despesas imunes ao corte*), o que requer nota explicativa no relatório resumido da execução orçamentária (*LRF, art. 53, § 2º, I, II*), comprovada ao órgão do controle externo mediante fidedigna documentação contábil.

Mesmo aqui, o descompasso será necessariamente de baixíssima monta; do contrário estar-se-á descumprindo propósito elementar do novo regime fiscal.

Esse déficit, é bom que se saliente, não é o *primário*, não descarta as fontes lícitas de financiamento do desequilíbrio entre receitas e despesas (*empréstimos e financiamentos*); leva em conta, todas as despesas e todas as receitas, inclusive as de operação de crédito e refinanciamento da dívida consolidada. É o *déficit bruto de execução orçamentária*, a denotar prática evitada pelo novo direito, que outra não é senão a superestimativa da receita e, via de conseqüência, a assunção de compromissos sem o necessário lastro financeiro.

No caso de unidades federadas ligadas ao Sistema Integrado de Administração Financeira para Estados e Municípios - SIAFEM - o déficit de autarquias e fundações, a rigor, não pode ser imputado a seus titulares, conquanto esse sistema articula, como um todo, gastos às efetivas disponibilidades de caixa ou, o que dá no mesmo, não autoriza despesa sem os devidos recursos financeiros. Sendo assim, a análise do déficit será sempre global, no Balanço Geral Único; cabendo eventual responsabilização somente ao Governador ou Prefeito Municipal.

## 8 - PRESTAÇÃO DE CONTAS

O específico balanço das autarquias, fundações e estatais será remetido, todo ano, aos Tribunais de Contas, independentemente das contas prestadas pelo Chefe do Poder Executivo (*art. 56, LRF*); a pessoa jurídica por este representada não se confunde com a de cada uma dessas entidades da Administração direta.

## 9 - ANEXO DE RISCOS FISCAIS

Na elaboração da lei de diretrizes orçamentárias, a entidade federada formula o anexo de riscos fiscais, no qual se projetam despesas imprevistas, contingentes, que possam afetar o equilíbrio do orçamento vindouro (*LRF, art. 4º, § 3º*). Nessa lide, a realidade vem-nos mostrando paraestatais insolventes, as quais, ano a ano, registram prejuízos operacionais e, via de conseqüência, negativo patrimônio líquido. Eis aqui um sério risco fiscal para o ente central, a demandar respectiva previsão em tal anexo de riscos fiscais. ■

2. Art. 7º. da Portaria Interministerial nº 163, de 2001, norma depois regulada pela Portaria nº 339, 2001, da Secretaria do Tesouro Nacional.

# A Lei que Estende o Pregão a Estados e Municípios

(LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002)

Toshio Mukai

# 1

**1. A M.P. Nº 2.182-12, DE 23 DE AGOSTO DE 2001, QUE INSTITUIU O PREGÃO COMO NOVA MODALIDADE DE LICITAÇÃO SOMENTE PARA A UNIÃO, ACABA DE SER CONVERTIDA NA LEI Nº 10.520, DE 17 DE JULHO DE 2002.**

Logo em sua ementa, a nova Lei se diferencia da M.P., posto que torna utilizável a nova modalidade pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

No resto, salvo um veto ao art. 2º do projeto de lei e a faculdade de serem utilizados os serviços das bolsas de mercadorias e, ainda, a possibilidade da utilização da modalidade pregão para o registro de preços, inclusive, quanto a bens e serviços comuns na área da saúde (inclusive o pregão eletrônico), a M.P. praticamente foi mantida, apenas com um problema: o que era norma específica virou norma geral só pelo efeito da Lei, o que nos parece um simplismo e uma inconstitucionalidade flagrante, já que o inciso XXI do art. 37, no qual se fundou a Lei não autoriza a União a expedir normas gerais sobre licitações e contratos; quem a autoriza é o inciso XXVII do art. 22 da Constituição.

Mas, como sabemos que os órgãos e as entidades públicas, neste país corroído pelas ilegalidades e atitudes antiéticas, imorais e inescrupulosas, em todos os âmbitos e camadas da sociedade, mormente no plano jurídico, tudo vai continuar como se tudo fosse absolutamente legal, deixemos de lado tais preocupações.

# 2

**2. PASSEMOS A ANALISAR ALGUNS PONTOS NOVOS QUE A LEI TROUXE À NOSSA REFLEXÃO.**

O parágrafo único do art. 1º considera bens e serviços comuns, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

A M.P. nº 2.182-18 nos ofereceu essa definição no seu art. 1º § 1º, e, no § 2º dispôs que o regulamento disporá sobre os bens e serviços comuns do artigo.

O art. 1º da Lei de Conversão traz em parágrafo único a definição e, portanto, não repete o conteúdo do § 2º.

Destarte, perguntar-se-ia: o rol de bens e serviços comuns, que integra o Anexo II do Decreto federal nº 3.555, de 2000, ainda está de pé?

Entendemos que sim, mas apenas para o nível federal, eis que o Decreto nº 3.555/00 continua sendo o Regulamento do Pregão, em nível federal.

**Toshio Mukai**

é Mestre e Doutor em Direito (USP).  
Ex-Professor de Direito da Fac. Direito Mackenzie (SP). Especialista em Direito Administrativo, Urbanístico e Ambiental.

**“Qualquer que seja o objeto da licitação: bem ou serviço comum, ou não, dever-se-á levar em conta os limites de valores que fazem parte integrante das definições de concorrência, tomada de preços e convite.”**

Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão considerar quaisquer bens ou serviços como sendo comuns, desde que enquadráveis na definição do Parágrafo único do art. 1º. Poderão, ainda, em cada um dos decretos regulamentares próprios, criarem o mesmo ou outro rol de bens e serviços comuns.

O art. 2º do projeto de Lei continha elementos valiosos para a sistematização do pregão:

*a) o pregão seria utilizado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em regulamentos próprios;*

*b) o valor seria sem limite.*

A letra “a”, por sua falta, exigirá lei formal de cada Estado ou Município, ou ainda, do Distrito Federal; a letra “b” deverá criar o seguinte problema: como não há mais limitação de valor, dever-se-ão aplicar os valores fixados no art. 23 da Lei nº 8.666/93. Portanto, por enquanto, o pregão está suspenso em sua utilização. Qualquer que seja o objeto da licitação: bem ou serviço comum, ou não, dever-se-á levar em conta os limites de valores que fazem parte integrante das definições de concorrência, tomada de preços e convite.

Destarte, como era intenção do Governo, vetar a parte final do art. 2º, que vedava a utilização do pregão na contratação de serviços de transporte de valores e de segurança privada e bancária, ele teve que vetar todo o artigo, o que determina o § 2º do art. 66 da Constituição Federal (“O veto parcial somente abrangerá o texto integral de artigo, de parágrafo, de inciso ou de alínea”).

O § 1º do art. 2º permite o pregão eletrônico, regulamentado, em nível federal, pelo Decreto nº 3.697, de 21.12.00 e pela M.P. nº 2.200/01.

O § 2º faculta, nos termos de regulamentação da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, a participação de bolsas de mercadorias no apoio técnico e operacional aos órgãos entidades promotores da modalidade pregão utilizando-se de recursos de tecnologia da informação, sendo que o § 3º exige que essas bolsas sejam organizadas sem fins lucrativos e com a participação plural de corretoras que operem sistemas eletrônicos unificados de pregões.

O problema aqui consiste na questão da exigência ou não de licitação para a contratação dessas bolsas; não poderá ser convênio, pois nesse caso, elas não poderão receber remuneração pelos serviços.

Somente se a remuneração das bolsas se der através de pagamentos em percentuais do valor de cada licitação (0,5% p. ex.) pagável pelo vencedor da licitação, não deverá se falar em licitação, pois não haverá, no caso, despesas para o órgão público.

O art. 3º traz as disposições já contidas na M.P. nº 2.182-18/01. Diz respeito à fase preparatória do pregão.

O art. 4º cuida da fase externa do pregão, dispondo que serão observadas 23 (vinte três) regras, dispostas nos seus incisos.

O inciso XIV, em virtude da extensão do pregão a Estados, Distrito Federal e Municípios, teve a sua redação ampliada para permitir o uso, pelo licitantes, não só do SICAF, como dos sistemas cadastrais dos entes federativos.

O recurso (que será único) após a eleição do vencedor, terá efeito suspensivo, e, tendo ou não a manifestação dos demais licitantes sobre ele, será ele decidido pelo pregoeiro; este fará a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor (o inciso XXI fala em autoridade competente, e o inciso XX dispõe que será o pregoeiro que fará a adjudicação do objeto da licitação).

O art. 5º veda a garantia de proposta, ou seja, impede a exigência de caução para participação na licitação; veda a aquisição do edital como condição de participação na licitação e, finalmente, somente admite a cobrança de despesas referentes ao custo da reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

O art. 6º reproduz regra duvidosa, quanto à sua legalidade: o prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital.

É que o § 3º do art. 64 da Lei nº 8.666/93 dá um prazo máximo de validade para as propostas, como norma geral, de 60 (sessenta) dias.

Agora, para o pregão, como se trata também de norma geral, vale a estipulação.

O art. 7º dá nova redação, procurando esclarecer e incluindo novas “ilicitudes”, ao art. 7º da M.P. 2.182-18/01.

Os ilícitos são os seguintes:

- a) Se convocado dentro do prazo de validade da sua proposta o interessado não celebrar o contrato;*
- b) Se o interessado “deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame” (não aproveitaram da oportunidade para alterar a péssima e duvidosa redação);*
- c) Ensejar o retardamento da execução de seu objeto;*
- d) Não manter a proposta;*
- e) Falbar ou fraudar na execução do contrato;*
- f) Comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal.*

As sanções são as seguintes (aplicáveis cumulativamente):

- a) Impedimento de licitar ou contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de até 5 (cinco) anos.*
- b) Descredenciamento do SICAF ou dos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º da Lei (cadastros estaduais, municipais e do Distrito Federal), pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.*

As críticas e observações que temos são as seguintes:

*a) A cumulatividade das sanções para apenas um só ilícito é ilegal, porque viola o princípio da proporcionalidade;*

*b) A escolha da(s) sanção(ões) será efetuada com base na equidade e na proporcionalidade (bastando aplicar mais outra ou outras, sob pena de prática de abuso e excesso de poder);*

*c) Ilícitos como: retardamento na execução do objeto, não manutenção da proposta, falha na execução do contrato, deixar de entregar a documentação exigida para o certame, por exemplo, não poderão suportar penas cumulativas ou, mesmo que isoladamente, as mais severas, pena de quebra do princípio da proporcionalidade, com excesso e abuso de poder. Nesse sentido, para essas hipóteses não vemos como se possam aplicar cumulativamente ou até mesmo isoladamente, as seguintes sanções: impedimento de licitar e contratar com a União, D.F., Estados e Municípios, por dois motivos: a) - a pena de suspensão está adstrita ao órgão e/ou entidade aplicadora da pena, já que a competência do agente se esgota dentro dele ou dela; b) - a aplicação dessa pena para aqueles ilícitos (menores) viola, às escancaras, o princípio da proporcionalidade.*

Também não vemos legalidade na aplicação da pena de descredenciamento junto aos cadastros federal, estadual e municipal, pelas mesmas razões.

Para todos os casos, salvo na hipótese de inidoneidade e fraude fiscal, a sanção de impedimento de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, é esdrúxula e desproporcional.

O art. 9º continua com aquela aberração jurídica já denunciada por nós: “aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade pregão, as normas da Lei nº 8.666/93”.

Ora, a M.P. 2.182-18, trazia normas específicas sobre licitações e, portanto, jamais, as normas gerais da Lei nº 8.666/93 poderiam ser aplicadas em caráter subsidiário. Conforme a doutrina e exemplificadamente, o previsto no art. 24 da Constituição, as normas gerais (em especial as da União) se aplicam superiormente às normas específicas.

Porém, agora, estamos perante uma Lei que também se pretende geral. Então a aplicação não é mais subsidiária mas em pé de igualdade com todas as demais normas da Lei nº 8.666/93.

O art. 11 permite a utilização do pregão para as “compras e contratações de bens e serviços comuns” pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços, o que também se aplica, no caso de licitações sob o sistema de preços destinados à contratação de bens e serviços comuns da área da saúde (Lei nº 10.191, de 14.02.2001). ■

