

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SÃO JOÃO DEL REI
GESTÃO PÚBLICA

Aparecida Marlucia de Melo e Costa

LICITAÇÃO: LEI 8.666/93

Araxá
2018

APARECIDA MARLUCIA DE MELO E COSTA

LICITAÇÃO: LEI 8.666/93

Monografia apresentada como exigência final do curso
de Gestão Pública.

Araxá
2018

APARECIDA MARLUCIA DE MELO E COSTA

LICITAÇÃO: LEI 8.666/93

Local:

Data da aprovação:

Membros da Banca Examinadora:

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 OBJETIVOS.....	9
2.1 Objetivo geral.....	9
2.2 Objetivos específicos.....	9
3 REFERENCIAL TEÓRICO.....	9
4 METODOLOGIA.....	11
5 APRESENTAÇÃO, ANÁLISE, DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DO ESTUDO	12
1 Conceitos.....	14
2 Evolução Legislativa.....	15
3 Quem está obrigado a licitar.....	17
4 Finalidades da Licitação.....	18
4.1 Obtenção de proposta mais vantajosa.....	18
4.2 Garantia de impessoalidade.....	18
5 Princípios básicos da licitação.....	20
5.1 Legalidade.....	20
5.2 Impessoalidade.....	20
5.3 Moralidade.....	21
5.4 Igualdade.....	21
5.5 Publicidade.....	22
5.6 Probidade.....	23
5.7 Procedimento Formal.....	23
5.8 Vinculação ao instrumento convocatório.....	24
5.9 Julgamento objetivo.....	24
5.10 Fiscalização.....	24
5.11 Competitividade.....	25

5.12 Padronização.....	25
5.13 Adjudicação compulsória	26
6 Objeto da Licitação.....	27
7 Obrigatoriedade de licitar e suas exceções	28
7.1 Dispensa de licitação	28
7.2 Inexigibilidade de licitação.....	30
8 Fases da Licitação.....	31
8.1 Da Habilitação	32
8.2 Do julgamento das propostas.....	33
9 Tipos de licitação	36
10 Modalidades de Licitação	40
11 Considerações Finais.....	45
12 Conclusão	47
Bibliografia.....	49

RESUMO

O presente trabalho aborda alguns aspectos considerados relevantes, na área de licitações, alicerçado nas disposições da Lei 8.666/93, suas alterações, e na doutrina. Aborda, também, conceitos, evolução legislativa, quem está obrigado a licitar, finalidades da licitação, princípios básicos da licitação, objeto da licitação, obrigatoriedade de licitar e suas exceções, fases da licitação, tipos de licitação, modalidades da licitação, para demonstração da importância do processo licitatório para preceder toda e qualquer obra, serviço, compra e alienação, promovido pela Administração Pública.

RESUME

The present work concerns about meaning aspects of bidding, based on the text of the 8.666 / 93 Law, its changes and the theory about the theme. It also approaches concepts, law evolution, who has to bid, bidding objectives, basic principles of bidding, bidding object, obligation to bid and its exceptions, bidding fases, bidding types, bidding modalities, demonstration the meaning of the bidding process to precede every and any civil work, service, buy and sell made of Public Administration.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil adotou a forma de Estado Federal, desde 1891 e, conseqüentemente, passou a ser regido por uma Constituição, criada pelo próprio Estado, com a finalidade de determinar-lhes a forma e a de seu governo, de estabelecer os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos; de organizar os Poderes; de fixar as formas de aquisição, exercício e limitações do poder e de criar as estruturas de governo, responsáveis pela execução dos serviços públicos prioritários.

O Estado Brasileiro, para o desempenho de suas atividades, nos diversos níveis organizacionais, necessita de determinada estrutura de apoio (material, pessoal, tecnológica, etc). Para formar esse suporte de apoio, possibilitando o seu funcionamento e execução de suas finalidades precípua, prescinde de vários tipos de bens e serviços e, para adquiri-los e/ou mantê-los, a Magna Carta impôs-lhe a obrigação de, previamente, realizar a licitação e somente depois contratar, nos termos da lei.

Na sábia lição de José dos Santos Carvalho Filho,

Não poderia a lei deixar ao exclusivo critério do administrador a escolha das pessoas a serem contratadas, porque, fácil é prever, essa liberdade daria margem a escolhas impróprias, ou mesmo, a concertos escusos entre alguns administradores públicos inescrupuloso e particulares, com o que prejudicada, em última análise, seria a Administração Pública, gestora dos interesses coletivos.

A licitação veio contornar esses riscos. Sendo um procedimento anterior ao próprio contrato, permite que várias pessoas ofereçam suas propostas, e, em consequência, permite também que seja escolhida a mais vantajosa para a Administração.¹

Neste trabalho, decidimos abordar o tema Licitações – uma modalidade de ato administrativo expedido pela Administração Pública, após a Constituição de 1988 e a edição da Lei 8.666/93, regulamentadora dessa matéria.

A CF/88, considerando a relevância das contratações e licitações no âmbito da Administração Pública (art. 22, inciso XXVII, 37, inciso XXI, e 175), traçou os princípios norteadores desses atos administrativos e tornou-os obrigatórios para os casos de obras, serviços, compras e alienações e remeteu à lei ordinária o regramento da matéria. Assim, a Lei 8.666, editada em 21.06.1993, atendendo o mandamento constitucional, veio regular o procedimento administrativo através do qual, toda a Administração Pública que compõe a estrutura do Estado Brasileiro, irá selecionar a proposta mais vantajosa para celebrar o contrato com as partes interessadas em fornecer-lhes bens e prestar-lhes serviços.

¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos, Manual de Direito Administrativo. 28º. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014 - São Paulo: Atlas, 2015. p. 239. Apud. SAYAGUÉS LASO, tratado de derecho administrativo, v. I, p. 552.

A referida lei tratou, entre outros aspectos, das modalidades de licitações, dos casos de dispensa, dos casos de inexigibilidade, das fases licitatórias: habilitação, classificação, julgamento, adjudicação e homologação; recursos, do contrato administrativo, abordando formalização, cláusulas necessárias, vigência, prerrogativas, casos de alterações, execução e inexecução, penalidades, etc.

A regra geral consubstanciada no comando constitucional é a licitação prévia para celebrar qualquer contrato, especialmente os geradores de despesas. Contudo, o legislador ordinário, para não engessar a atividade administrativa dos órgãos públicos, cuidou de excepcionar determinados casos em que a Administração Pública, justificadamente, poderá contratar sem licitar.

Embora a Lei 8.666/93, regulamentadora do tema ora em comento, não seja recente, mas as constantes alterações ocorridas desde sua edição, dificulta o seu entendimento, aplicação e gera polêmica. E assim, com tantas mudanças ocorrendo frequentemente, tanto a Administração licitante quanto o particular interessado têm muitas dúvidas acerca do disciplinamento das licitações e contratos administrativos, sendo este um dos motivos pelos quais iremos discorrer sobre este tema em nosso trabalho, com o intuito de proporcionar alguma colaboração aos militantes desta área.

Ademais, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal LC nº 101, de 04 de maio de 2000, esse ato administrativo, objeto de nosso trabalho, ganhou maior relevância, uma vez que a referida lei impôs aos gestores da coisa pública maior acuidade na expedição de atos geradores de despesa, como os decorrentes da licitação e do contrato, forçando-os a planejarem suas despesas no exercício anterior, para execução no seguinte, evitando a assunção de gastos sem a correspondente dotação orçamentária ou disponibilidade financeira, sob pena de responsabilização.

Para desenvolver este trabalho, apoiamos no método dedutivo, tendo por base as teorias, leis e jurisprudências. A técnica utilizada foi a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tendo por fontes livros, revistas, periódicos, monografias, sites na internet, etc.

2 OBJETIVOS

2.1 Objetivo geral

Analisar uma modalidade de ato administrativo expedido pela Administração Pública – Licitações – após a Constituição de 1988 e a edição da Lei 8.666/93 .

2.2 Objetivos específicos

Analisar o disciplinamento das licitações

Analisar as fases do processo licitatório

Analisar os tipos de licitação

Analisar a evolução legislativa

3 REFERENCIAL TEÓRICO

A preocupação com o uso adequado do dinheiro público, advindo principalmente das receitas derivadas, ou seja, dos tributos impingidos aos indivíduos/cidadãos, não é coisa recente, e o tema foi abordado em vários instrumentos normativos, até ser erigido à norma constitucional, em 1965, vindo a ganhar regulamentação própria em 1986.

Com o advento de uma Constituição considerada a mais democrática do País, a matéria em questão não poderia ficar fora do seu disciplinamento, com os princípios por ela adotados em relação à atuação dos gestores e servidores na prestação de serviços e trato da coisa pública.

Segundo o entendimento, o grande objetivo que se espera com a licitação pública é alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública destinada à celebração do contrato administrativo. Para isso, todo o processo licitatório deve ser eficaz, célere, sem fugir das regras existentes. O contrato administrativo deve ser bem formulado e todas as alterações posteriores, realizadas através de termos aditivos, deverão também estarem de acordo com as disposições legais, especialmente no tocante aos acréscimos e supressões, para não configurar burla ao procedimento licitatório, com quebra dos seus princípios basilares: a isonomia e moralidade administrativa. Contudo, tem-se observado uma gama de problemas na área licitatória, nos diversos níveis de governos, como por exemplo, “...ocorrência de adjudicações

indevidas, possibilidade de superfaturamento, perda da proposta mais vantajosa, demoras e atrasos no procedimento, ausência de competitividade nas propostas...” entre outras.

Muitos criticam a Lei 8.666/93 e atribuem-lhe “as deficiências” do procedimento licitatório. Por outro lado, é fato notável que a legislação nesta seara começou bem cedo no Brasil e tem evoluído gradativamente, mas a norma jurídica, por si só, não fará grandes transformações a não ser que seja efetivamente aplicada. Isto é, não basta a existência de regras sobre licitações e contratos: faz-se necessário o seu perfeito conhecimento pelos operadores na área e sua aplicação com competência. Outro problema muito frequente em licitações é a corrupção, fraude ou desvio cometidos por administradores/servidores públicos em conluio com licitantes. Este tipo de desvio poderá ser evitado mediante controle eficaz do processo licitatório, por meio dos órgãos de controle interno, da própria Administração, e do controle externo.

É claro que algumas críticas à Lei 8.666/93 são procedentes, mas atribuir-lhe todas as mazelas ocorridas nas licitações e contratos é fugir do âmago da questão que é o “gerenciamento ineficaz do processo licitatório” ou, em outras palavras, “a simples inépcia na compreensão da lei em sua operacionalização”.

A despeito das eventuais imperfeições presente no Estatuto das Licitações e Contratos, podemos observar que alguns órgãos públicos conseguem atuar com competência e conhecimento nesta área. Tudo começa com a escolha e treinamento de servidores para comporem a Comissão de Licitação. Estarem devidamente investidos de poder para agir com independência, fundamentando suas decisões, que estarão sujeitas aos ditames legais e os recursos a elas inerentes. O processo licitatório, desde o seu nascedouro, deverá estar muito bem instruído (com o pedido caracterizado e/ou projeto básico, quando for o caso; o valor da despesa estimado; adequado, autorizado pela autoridade competente; a minuta de edital e de contrato administrativo com todas as especificações necessárias e desejadas ao objeto a ser adquirido, devidamente analisadas pela assessoria jurídica; publicação do aviso no prazo legal, etc). Todas as fundamentações e justificativas deverão ser elaboradas, de forma que, qualquer leigo, manuseando o processo, poderá entendê-lo, sem grandes dificuldades. A atuação concomitante da Administração e de um serviço de controle interno para averiguar e confirmar a legitimidade e legalidade dos atos praticados no processo são fatores primordiais na eficácia que se deseja dar ao certame e contratação.

A administração Pública quando celebra um contrato administrativo tem o dever legal de observar a indisponibilidade do interesse público, ao qual está atrelada. Para atender os ditames legais do interesse público, a Administração recebe determinadas prerrogativas, que

configuram verdadeiro direito de instabilizar o vínculo obrigacional, alterando-o, mas sempre em observância ao fim imediato que é a coisa pública.

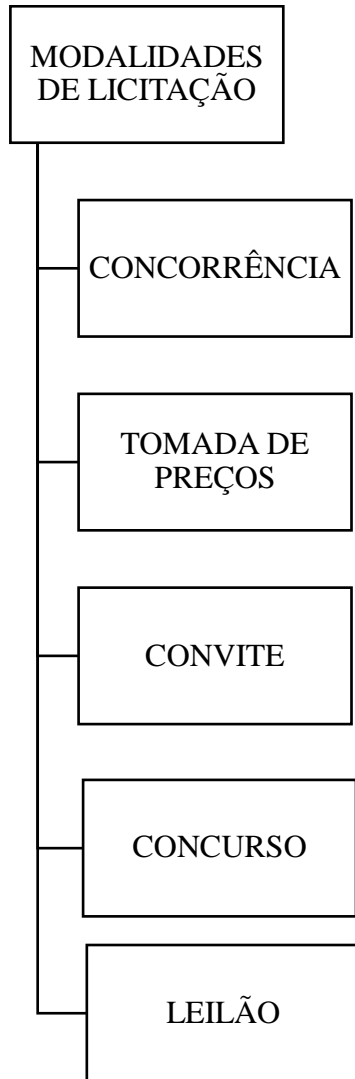
Assim, tanto o Direito Administrativo, a Constituição e a Lei 8.666/93 estipulam garantias ao administrado e ao contratado, de que determinados direitos seus não serão desrespeitados e impõe deveres à Administração de observá-los.

4 METODOLOGIA

Para o pleno desenvolvimento deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo, baseado em pesquisas doutrinárias, leis e jurisprudências acerca do tema, e a técnica foi a pesquisa bibliográfica, tendo por fontes, livros de direito Administrativo, licitações, revistas, periódicos, monografias, publicações de autores consagrados nesta área, sites na internet, etc.

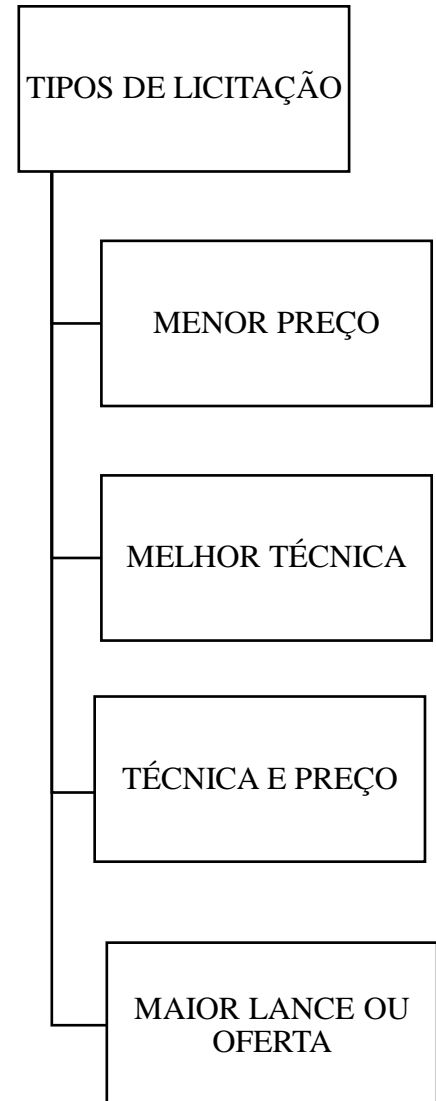
5 APRESENTAÇÃO, ANÁLISE, DISCUSSÃO DOS RESULTADOS DO ESTUDO

Figura 1- Fluxograma de Modalidades de Licitação

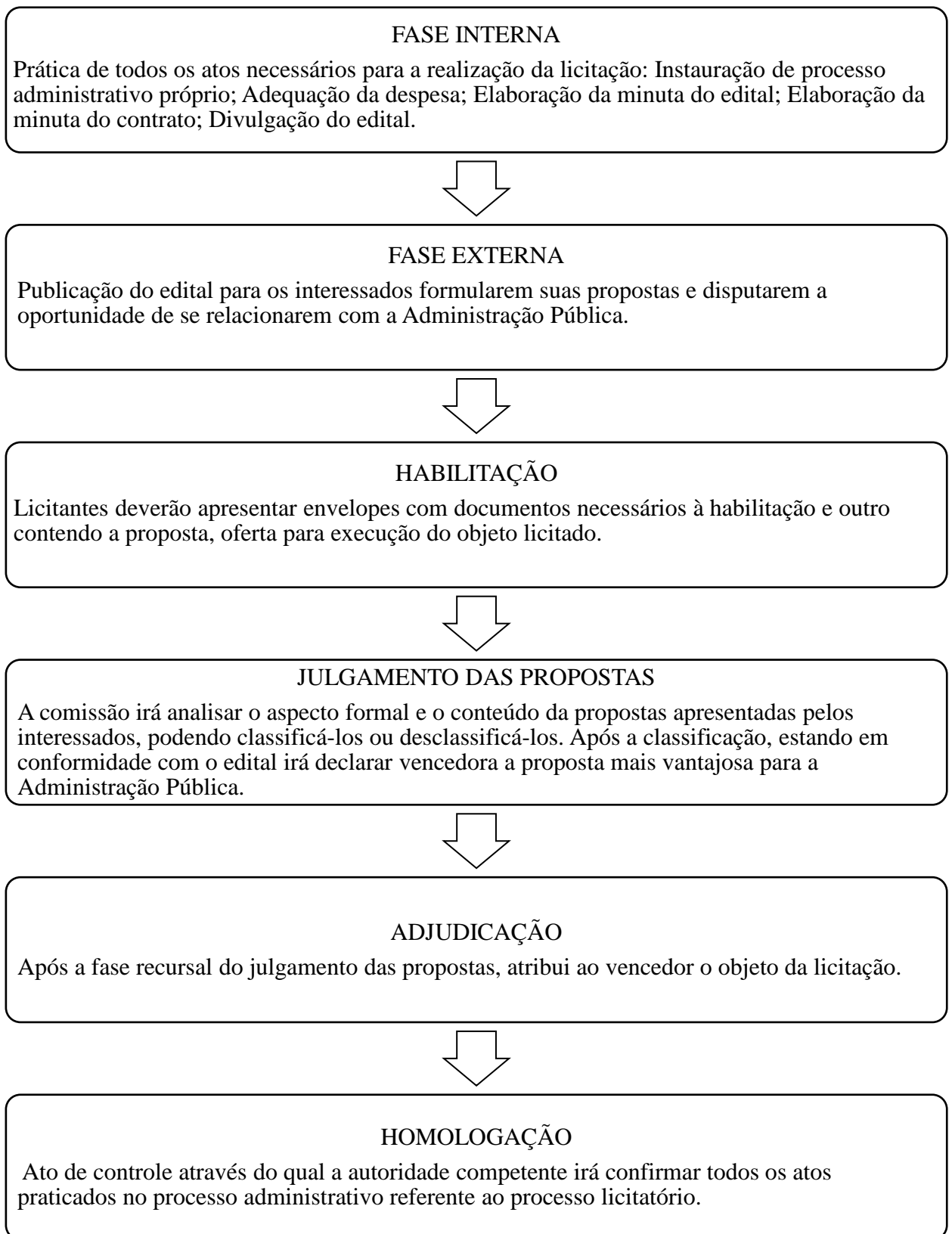


Fonte: Elaborado pela autora

Figura 2- Fluxograma de Tipos de Licitação



Fonte: Elaborado pela autora

Figura 3- Fluxograma de Fases da Licitação

Fonte: Elaborado pela autora

CAPÍTULO I

LICITAÇÃO

1 Conceitos

No prelecionamento dos doutrinadores, licitação pode ser conceituada de diversas formas. Segundo o professor Diógenes Gasparini, licitação é um:

Procedimento administrativo através do qual a pessoa a isso juridicamente obrigada seleciona, em razão de critérios objetivos previamente estabelecidos de interesse que tenham atendido a sua convocação, a proposta mais vantajosa para o contrato ou ato de seu interesse.²

Na clássica interpretação do emérito mestre e administrativista brasileiro, Hely Lopes Meirelles³, trata-se de um “procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”.

Para Lúcia Valle Figueiredo⁴, a licitação é um “procedimento administrativo formal, nominado, cuja finalidade é selecionar o melhor contratante para a Administração, contratante, este, que deverá prestar serviços, construir-lhe obras, fornecer-lhe ou adquirir-lhe bens”.

Já para o ilustre professor Celso Antônio Bandeira de Melo, trata-se de um:

“Procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas, previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados”⁵.

De acordo com o art. 3º do Estatuto de Licitações e Contratos⁶.

A licitação destina-se a garantir a observância do processo constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

A licitação, ato administrativo que antecede a contratação, pode ser conceituada como um procedimento administrativo formal, através do qual a Administração Pública irá selecionar a proposta mais vantajosa, entre as várias ofertadas, mediante critérios objetivos previamente estabelecidos em edital.

² GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 8ª ed. Saraiva: São Paulo, 2003. p.386.

³ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.281.

⁴ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.440.

⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.526.

⁶ LEI 8.666/93.

Na iniciativa privada, onde os atos jurídicos são regidos pelo Direito Privado, predomina a liberdade para celebrar os mais variados contratos, desde que estes não firam disposição legal expressa, a moral e os bons costumes. Já na Administração Pública, cuja atuação está jungida aos ditames do Direito Público, não há liberdade na escolha de suas contratações, cabendo à lei ditar se, como e quando agir. Assim, a Administração Pública só poderá adquirir os bens e contratar os serviços de que necessita de acordo com as exigências da Lei 8.666/93, que é a norma jurídica regulamentadora do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e instituidora das regras para licitações e Contratos da Administração Pública.

Quando se deseja adquirir determinado objeto ou contratar um serviço, primeiramente terá que instaurar um processo administrativo próprio, que será instruído com o pedido devidamente caracterizado, sem mencionar marca de produtos, se se tratar de fornecimento, ou com um projeto básico, nos casos de prestação de serviços. Será feita uma cotação no mercado para estimar o valor da despesa a ser adequado, de acordo com a disponibilidade orçamentária do órgão, para aquela rubrica, garantindo, assim, que haverá pagamento após sua execução. Na sequência, juntam-se as minutas do edital e do respectivo contrato para análise de sua legalidade e conformidade com o objeto pretendido e, após, o processo administrativo é submetido à autoridade competente, para apreciação do mérito da realização da despesa (conveniência e oportunidade), que poderá autorizar o seu prosseguimento e realização da licitação ou determinar o seu arquivamento.

2 Evolução Legislativa

A preocupação com o uso adequado do dinheiro público no momento de realizar uma despesa não é coisa recente, pois remonta às Ordenações Filipinas de 1592, cujo texto legal fazia menção a um “pregão” que, deveria anteceder uma “empreitada” a ser concedida a quem “fizesse melhor e por menor preço”. A legislação daquela época já tentava moralizar as contratações públicas, que não devem ficar ao bel prazer do Agente Público, ao estabelecer que deveria haver uma seleção para a proposta melhor e de menor preço, entre as várias apresentadas. Pode-se dizer que a partir desses princípios surgiram o embrião de todo arcabouço jurídico que hoje regula as licitações e os contratos na órbita da Administração Pública.

De lá para cá, o tema foi abordado em vários instrumentos normativos. Começou em 1922, no Código de Contabilidade da União (Decreto nº 4.536, de 28.1.1922), que exigia uma “concorrência pública” antes do contrato e empenho de despesa. Para o referido instrumento normativo havia duas modalidades de concorrência: a pública e a administrativa ou permanente.

Em 1964, a Lei 4.320, de 17.3.1964, editada para disciplinar o Orçamento Público da União, e também tratou a concorrência como requisito obrigatório para aquisição de material, fornecimento e adjudicação de obras e serviços.

Neste mesmo ano, surgiu a Lei 4.401, de 10.9.1964, que, pela primeira vez, referiu-se ao vocábulo licitação. Esta lei tratou das normas de licitações para serviços, obras e aquisição de materiais no serviço público e seu texto também mencionou duas modalidades de licitações: a concorrência pública e a administrativa.

Em 1965, com a Emenda Constitucional nº 15, o instituto da concorrência foi erigido à norma constitucional.

Em 1967, foi editado o Decreto nº 200, de 25.2.1967, para regulamentar a Administração Pública, e seu texto estabeleceu normas de licitação para compras, obras, serviços e alienações. Estipulou as modalidades de licitações que passaram a ser adotadas pelos instrumentos normativos posteriores: concorrência, tomada de preços, convite, leilão (para os casos de alienações) e concurso (para elaboração de projetos).

Em 1986, surge o Decreto nº 2.300, de 21.11.1986, primeiro instrumento regulamentador das licitações e contratos na Administração Federal, o qual estipula como modalidades de licitações: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o leilão e o concurso.

Em 1988, o constituinte, considerando a relevância desse tema, pois trata-se de ato administrativo gerador de despesa pública, dedicou-lhe dois importantes dispositivos constitucionais: o art. 22 (inciso XXVII), que estabeleceu competência privativa à União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos, obrigatórias em todo território nacional, e o art. 37 (inciso XXI), que determinou a obrigatoriedade da licitação prévia para toda a Administração Pública.

A despeito da vigência do Decreto Lei 2.300/86, com regras disciplinadoras da matéria em questão, parte da Administração Pública brasileira não o aplicava adequadamente, de forma que os abusos eram muitos frequentes nas licitações públicas, como por exemplo, a contratação de serviços de publicidade com fundamento legal na inexigibilidade.

A Constituição Federal de 1988, exprimindo uma nova concepção acerca da relação a ser travada entre Estado-prestador de serviços públicos essenciais- e o indivíduo-beneficiário desses serviços públicos, instituiu regras e princípios norteadores da atuação da Administração Pública, no desempenho de suas funções, especialmente no tocante à prestação de serviços públicos. Esses princípios estão esculpidos em seu art. 37, caput, *in verbis*:

A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

Neste mesmo diapasão, determinou no inciso XXI do referido artigo que:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei....

A lei acima referida foi editada em 21 de junho de 1993, e sua ementa enuncia que sua finalidade é regulamentar o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituir normas para licitações e contratos da Administração Pública. Esta lei também é chamada de Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública ou Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos.

Após sua vigência, esta lei já foi alterada diversas vezes: pela Lei 8.883 de 08/06/94; pela Lei 9.032 de 28/04/95; pela Lei 9.648 de 27/05/98; pela Lei 9.854 de 27/10/99; pela Lei 10.438 de 26/04/02; pela Lei 10.973 de 02/12/04; pela Lei 11.079 de 30/12/04; pela Lei 11.107 de 06/04/05; pela Lei 11.196 de 21/11/05; pela Lei 11.445 de 05/01/07; pela Lei 11.481 de 31/05/07; pela Lei 11.763 de 01/08/08; pela Lei 11.783 de 17/09/08; pela Lei 11.952 de 25/06/09; pela Lei 12.188 de 11/01/10; pela Lei 12.349 de 15/12/10; pela Lei 12.440 de 07/07/11; pela Lei 12.715 de 17/09/12; pela Lei 12.873 de 24/10/13; pela Lei 13.097 de 19/01/15; pela Lei 13.146 de 06/07/15; pela Lei 13.204 de 14/12/15; pela Lei 13.243 de 11/01/16; pela Lei 13.500 de 26/10/17; pela Lei 13.465 de 11/07/17; pela Lei Complementar 147, de 07/08/14 e pelo Decreto nº 9.412 de 18/06/18.

3 Quem está obrigado a licitar

A regra geral imposta pelo comando constitucional, regulamentado pela Lei 8.666/93, é de que todas as contratações efetuadas pela Administração Pública brasileira deverão ser precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas na lei. Assim, dispõe o seu art. 2º, *in verbis*:

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.

Assim, em consonância com as normas jurídicas mencionadas, estão obrigados a licitar, para a maioria de suas contratações, as entidades da Administração Pública Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); da Indireta (autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista, fundações públicas e suas subsidiárias); corporações legislativas (câmaras de vereadores, assembleias legislativas, câmara dos deputados, senado federal), Poder Judiciário e Tribunais de Contas. Também estão obrigados a licitar os fundos especiais, as

entidades controladas indiretamente pelos entes federativos (subsidiárias) e as indicadas em leis especiais (entidades sindicais, cf. art. 549, § 6º, da CLT). A EC 19/98, que alterou o inciso XXVII do art. 22, da Lei 8.666/93, excluiu as empresas públicas e sociedades de economia mista, exploradoras de atividades econômicas, do rol de pessoas obrigadas a licitar, seguindo as determinações da Lei 8.666/93, e submeteu-as à regulamentação própria em matéria de licitação, atendendo o disposto no art. 173 da CF/88. Mas, por outro lado, essa regulamentação deverá observar os princípios vetoriais daquela norma geral, especialmente os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, por força do que dispõe seu art. 119:

As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às determinações desta Lei.

Por outro lado, as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviço público continuarão sendo regidas pela Lei 8.666/93 nas suas licitações de obras, serviços e bens.

4 Finalidades da Licitação

A Lei 8.666/93, estabelece em seu art. 3º, qual é o grande objetivo, a finalidade maior que se busca com licitação: “ destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para Administração e a promoção do desenvolvimento sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade...”. Dos dispositivos constitucionais e do Estatuto Federal de Licitações infere-se que as duas finalidades básicas almejadas em toda licitação são:

4.1 Obtenção de proposta mais vantajosa: ou seja, aquela que melhor atende, sobretudo, no aspecto financeiro, os interesses da Administração licitante. Mas, nem sempre a proposta mais barata implica na proposta de menor preço. Outros fatores, de acordo com a complexidade do objeto licitado, deverão ser previamente fixados no edital e aferidos no julgamento da proposta mais vantajosa. Em conformidade com o art. 45 da Lei licitatória:

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

4.2 Garantia de impessoalidade: A Administração Pública está obrigada a manter, em toda sua atuação, estrita observância aos Princípios fundamentais expressos no art. 37 da Magna Carta e, no procedimento licitatório, aos previstos na Lei 8.666/93, art. 3º. Assim, quando a

Administração Pública promove uma licitação, deverá agir com imparcialidade, sem privilegiar ou discriminar qualquer participante, observando fielmente os princípios da legalidade e igualdade, proporcionando igual oportunidade aos interessados que desejam fornecer-lhes bens ou prestar-lhe serviços. “ O tratamento igualitário, devido a todos os licitantes, não permite cláusulas dúbias, conflitivas ou incoerentes nos editais e, tampouco, na proposta”⁸.

A primeira finalidade da licitação, qual seja, a obtenção de proposta mais vantajosa, pode ser frustrada por vício jurídico ou insatisfação das propostas, configurando o que a doutrina chama de licitação fracassada. Quando isso ocorre, a Administração Pública deve realizar nova licitação, exceto nas hipóteses previstas no art. 24, inciso VII, da Lei 8.866/93, em que o objeto licitado pode ser adjudicado diretamente por preço não superior ao constante no sistema de registro de preços ou, se com o fracasso, ficar caracterizada uma situação de emergência, a contratação poderá ser realizada sem licitação, com fulcro no art. 24, inciso IV, da lei em referência.

Pode também ser frustrada quando ao chamamento não comparece nenhum proponente, configurando a chamada licitação deserta. Nesse caso, também, se o procedimento licitatório não puder ser repetido sem prejuízo para a Administração licitante, a Lei 8.666/93 autoriza a contratação direta, com supedâneo no art. 24, inciso V.

Contudo, se não ficar configurado prejuízo na repetição do procedimento licitatório, ele deverá ser renovado, pois a regra é a licitação prévia e só excepcionalmente a Lei 8.666/93 autoriza contratações sem as respectivas licitações.

Segundo o entendimento, o grande objetivo que se espera com a licitação pública é alcançar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública destinada à celebração do respectivo contrato administrativo. Para isso, todo o processo licitatório deve ser eficaz, célere, sem fugir do regramento existente. O contrato administrativo deve ser bem formulado e todas as alterações posteriores, realizadas através de termos aditivos, deverão estar em consonância com as disposições legais, especialmente no tocante aos acréscimos e supressões, para não configurar burla ao procedimento licitatório, com quebra dos seus princípios basilares: a isonomia e moralidade administrativa.

⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. op. cit., p.465.

5 Princípios básicos da licitação

De acordo com o art. 37 da CF/88 e a Lei 8.666/93, todo procedimento licitatório, como ato administrativo emanado da Administração Pública, deverá estar calcado nos seguintes princípios, sob pena de revogação ou anulação:

5.1 Legalidade: segundo Hely Lopes Meirelles, em função desse princípio da legalidade,

O administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a reponsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso. A eficácia de toda atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei e do Direito.⁹

O agente público, no exercício regular de suas funções não tem vontade pessoal e nem liberdade de agir. Sua atuação está condicionada aos limites impostos pela lei. Diferentemente do particular, o agente público só poderá agir se, como e quando a lei autorizar. Razão pela qual todos os atos administrativos emanados da Administração Pública estão revestidos dessa presunção de legalidade. “Além de atender à legalidade, o ato do administrador público também deve conformar-se com a moralidade e finalidade administrativas para dar plena legitimidade à sua atuação”.¹⁰

A Lei 8.666/93, em seu art. 4º assegura a observância deste princípio a “todos que participem da licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei...”.

5.2 Impessoalidade: este princípio é corolário do princípio da igualdade de todos perante a Administração Pública, devendo todos os interessados em participar da licitação e contratar com Administração licitante serem tratados com neutralidade, sem quaisquer favoritismos ou discriminações. Em decorrência desse princípio, todo ato administrativo relativo à licitação não pode ser expedido tendo por objetivo a pessoa de alguém. Não pode estar predeterminado com a finalidade de beneficiar esta ou aquela pessoa ou empresa. Na lição Diógenes Gasparini, o autor José Afonso da Silva, dá maior dimensionamento a esse princípio ao afirmar que:

‘o princípio ou regra da impessoalidade significa que os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa em nome do qual age o funcionário’.¹¹

Embora nosso País tenha sido “construído a partir da valorização das relações pessoais”, tendo o favoritismo e a pessoalidade como regra, herança da monarquia portuguesa, a

9 MEIRELLES, Hely Lopes, op. cit., p.89.

10 Ibidem, p.89-90.

11 SILVA, José Afonso. Apud Diógenes Gasparini. op. cit., p.

Administração Pública não pode mais se pautar por esse caminho, uma vez que sua atuação deve estar estribada na lei, sem resvalar para privilégios ou discriminações. A CF/88 elenca este princípio como um dos pilares de toda atividade da Administração Pública brasileira, um princípio “... que deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas. E a finalidade terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o interesse público.”.¹²

O princípio da impessoalidade é perfeitamente visível no procedimento licitatório, especialmente no Pregão, quando é facultado aos licitantes ofertarem seus lances, numa verdadeira competição que respeita o Princípio da Igualdade, sagrando-se vencedor o que ofertar menor preço e atender as demais condições editalícias.

5.3 Moralidade: a licitação deverá se desenvolver dentro dos padrões éticos, impondo à Administração e licitantes um comportamento liso, escorreito e honesto. A moralidade é considerada pressuposto de validade de todo ato administrativo, de acordo com o preceito constitucional contido no art. 37 da CF/88. Citando o professor Diógenes Gasparini:

O ato e atividade da Administração Pública devem obedecer não só à lei mas à própria moral, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme afirmavam os romanos (...) a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do bom administrador, aquele que, usando de sua competência determina-se não só pelos preceitos legais vigentes, como também pela moral comum propugnando pelo que for melhor e mais útil para o interesse público.¹³

Em leis infraconstitucionais, como no Decreto 1,171, de 22.6.94, regulamentador do Código de Ética do Servidor Público, e na Lei 9.784/99 que trata do Processo Administrativo na Administração Pública, o princípio da moralidade administrativa está textualmente consagrado para validade da atuação do administrador público.

5.4 Igualdade: entre os licitantes, configurando dever da Administração tratá-los isonomicamente e permitir-lhes oportunidade de disputar a licitação de acordo com as regras editalícias previamente estabelecidas.

De acordo com o art. 5º da CF/88, “todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza...”. É o princípio da Igualdade ou Isonomia. Consentaneamente, se todos são iguais perante à lei também o são perante à Administração Pública, devendo receber desta, tratamento impessoal, igualitário ou isonômico, se em iguais condições, sob pena de ilegalidade dos atos praticados em afronta a este princípio.

Na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁴, o princípio da igualdade não deve ser entendido em termos absolutos de modo a se converter em obstáculo do bom e eficaz

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p.93.

¹³ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo, op. cit., p.9-10.

desempenho da atividade administrativa. A Administração Pública, é evidente, pode impor condições ou fazer exigências, conforme a hipótese, para a administração de alguém na fruição de um serviço público, para a nomeação de alguém com o fito de titularizar um cargo público. O que não pode é favorecer alguém, excluindo outros de um dado benefício: discriminar por discriminar.

5.5 Publicidade: os atos e termos da licitação deverão ser levado ao conhecimento de quaisquer interessados, e dos demais cidadãos, em atendimento ao dever de transparência que deve embasar todos os atos da Administração Pública.

A publicidade dos atos administrativos tem por objetivo o conhecimento, o controle e o início de seus efeitos, inclusive de contagem dos prazos para interposição de recursos, prescrição e decadência, estando isentos dessa publicidade apenas os atos excepcionados em normas jurídicas (ex. os de segurança nacional, os de investigação sigilosa, os de sessão e voto secreto, etc).

O Princípio da Publicidade está intrinsecamente ligado ao Princípio da Moralidade, em razão do componente ético atrelado à transparência da atividade administrativa, e aos Princípios da Eficiência, Legalidade e Impessoalidade.

O veículo oficial das publicações dos atos da Administração Pública é o Diário Oficial. A Lei 8.666/93 determina quais veículos deverão ser utilizados para divulgar os atos licitatórios, nas diversas esferas do governo, cf. seu art. 21, incisos I, II e III, devendo ser: o Diário Oficial da União, para a Administração Federal; o Diário Oficial do Estado, para a Administração Estadual, Municipal ou do Distrito Federal; jornal de grande circulação do Estado ou Município; outros meios de divulgação que possibilitem a ampliar a área de competição (como por ex. a internet, revistas específicas de licitações, etc). No caso da modalidade Convite, a referida Lei determina que, além de serem distribuídas as cópias do Edital aos escolhidos e convidados, seja também afixada uma cópia em local apropriado da Administração, para acesso do público interessado.

A preocupação com a publicidade dos atos licitatórios e contratuais é marcante na Lei 8.666/93, que impôs sua observância em vários dispositivos, para sua eficácia e validade: arts. 3º, §3º; 15; §2º; 21; 26; 34; §1º; 38, inciso II; 39; 43; §1º; 61, § único, entre outros.

A administração Pública não está apenas obrigada a exteriorizar os seus atos relacionados com o interesse público, mas de fazê-lo de forma clara e transparente, possibilitando ao cidadão comum identificar todos os seus elementos, inclusive seus

14 MELLO, Celso Antonio Bandeira. Apud Diógenes Gasparini, op. cit., p. 18.

fundamentos e motivação. Esta é a lição de Hely Lopes Meirelles:

Publicidade é a divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos. (...) Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, porque pública é a Administração que o realiza, só se admitindo sigilo nos casos de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração (...). Lamentavelmente, por vício burocrático, sem apoio em lei e contra a índole dos negócios estatais, os atos e contratos administrativos vem sendo ocultados dos interessados e do povo em geral, sob o falso argumento de que são “sigilosos”, quando na realidade, são públicos e devem ser divulgados e mostrados a qualquer pessoa que deseje conhecê-los e obter certidão.¹⁵

5.6 Probidade: a Administração Pública tem o dever de conduzir o procedimento licitatório obedecendo ao Princípio da Moralidade, agindo com lisura, honestidade, ética, sempre na defesa do interesse público e na manutenção da lealdade e boa fé no trato com os licitantes.

“Como a moralidade está intrinsecamente ligada à probidade administrativa, pois esta se revela pela integridade de caráter e pelo procedimento justo do agente...”, o art. 37, § 4º, da CF/88 cuidou de disciplinar a atuação do agente público quando em desacordo com o Princípio da Probidade. Segundo o referido artigo, “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. Foi editada a Lei 8.429/92, para regulamentar este dispositivo, definindo o ato de improbidade administrativa como sendo o auferimento de qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividades públicas, previstas em seu art. 1º. Dispôs, ainda, sobre as sanções aplicáveis nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, emprego ou função pública.

Não só a Administração deverá atuar com probidade mas também o licitante deverá se conduzir, no procedimento licitatório, com lealdade e boa-fé. Cabe aos cidadãos fiscalizarem a atuação do Agente Público e, em caso de abusos, poderão utilizar o remédio constitucional da Ação Popular. De acordo com o art. 5º, inciso LXXIII, da CF/88, qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou entidade de que o Estado participe e à moralidade administrativa.

5.7 Procedimento Formal: este princípio impõe a vinculação de todo procedimento licitatório às determinações legais para seus atos e fases, incluindo aquelas constantes não só da lei, mas também, do regulamento, do caderno de obrigações e do edital ou convite. Este princípio está expressamente assegurado no art. 4º, parágrafo único, da Lei 8.666/93: ‘o procedimento licitatório previsto nesta Lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Op. Cit., p.95-96.

praticado em qualquer esfera da Administração Pública”.

5.8 Vinculação ao instrumento convocatório: este é um princípio básico de toda licitação que obriga a Administração a respeitar as regras previamente estabelecidas no edital, relativas

a ela e aos licitantes. Por ser a licitação um procedimento formal, a Administração não pode descumprir as normas e condições previstas no edital, uma vez que ela se encontra estritamente vinculada a ele. Ou seja, “o edital é a lei interna da licitação”, que a Administração e os licitantes deverão cumprir em todos os seus atos e fases. Este princípio está enunciado no art. 3º e 41 da Lei das Licitações.

5.9 Julgamento objetivo: uma vez que o edital será a lei interna da Licitação, o julgamento das propostas deverá se realizar, com base nos critérios objetivos previamente nele estabelecidos. Com isso, a Administração visa impedir que a licitação seja decidida sob influência de subjetivismos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da Comissão de Licitação. Este é o comando legal do art. 44, da Lei 8.666/93:

No julgamento das propostas a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Há vedação expressa ao subjetivismo, conforme depreende-se do § 1º do citado artigo:

É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes.

5.10 Fiscalização: o direito de fiscalizar todas as fases da licitação, pelos licitantes ou qualquer cidadão está assegurado em vários dispositivos da lei licitatória: o art. 3º, § 3º, prevê que; “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”; o art. 4º garante a todos os participantes de licitações o “direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento...”; o art. 41 dispõe que “qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei...”; o art. 43, §1º, preceitua que a abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada em ato público; o art. 63 faculta ao licitante e qualquer interessado retirar cópia da minuta do futuro contrato e processo licitatório; no art. 101 dispõe que qualquer pessoa poderá provocar a atuação do Ministério Público, em casos de crimes cometidos na aplicação desta Lei; o art. 109 disciplina os mecanismos recursais na via administrativa e no art. 113 prevê os sistemas de controle das despesas, nos termos previstos na Constituição Federal: de controle interno (da própria Administração licitante) e de controle externo, realizado pelo Tribunal de Contas.

5.11 Competitividade: De acordo com o disposto no art. 3º, § 1º, inciso I, da Lei 8.666/93, “é vedado aos agentes públicos admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da...”. A razão de ser da licitação é a competitividade, é a disputa em igualdade de condições entre vários interessados em oferecer bens ou serviços para a Administração Pública. Quanto maior o rol de interessados em participar da licitação, maior possibilidade a Administração terá em alcançar o bem ou serviço pretendido, pelo menor preço. A licitação, na sua fase externa, se constitui num chamamento público aos particulares para que apresentem suas ofertas. Naquelas situações em que houver inviabilidade de competição, conforme preceitua o art. 25 da lei em comento, não há que se falar em licitação. Trata-se, então, de contratação direta, com fundamento na inexigibilidade de licitação, justamente porque lhe falta o caráter competitivo, a disputa necessária que só é possível instaurar no procedimento regular. Na lição de Hely Lopes Meirelles¹⁶,

Em todos esses casos a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.

5.12 Padronização: A Lei 8.666/93 dispõe em seu art. 11 que: “as obras e serviços destinados aos mesmos fins terão projetos padronizados por tipos, categorias ou classes, exceto...”. E em seu art. 15, inciso I, que: “As compras, sempre que possível deverão atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantias oferecidas”. Segundo o professor Diógenes Gasparini¹⁷, deve a entidade compradora, em todos os negócios para aquisição de bens, observar as regras básicas que levam à adoção de um estandar, de um padrão que, vantajosamente, possa satisfazer às necessidades das atividades que estão a seu cargo”. Ainda mais, que:

O dispositivo, embora não pareça, torna obrigatória a padronização de bens utilizáveis no serviço; impõe que toda compra seja avaliada segundo esse princípio, com o intuito de evitar aquisições de bens diferentes nos seus elementos componentes, na qualidade, na produtividade e na durabilidade, com implicações diretas e imediatas no estoque, na manutenção, na assistência técnica, nos custos, no controle e na atividade administrativa.

Se a administração desejar implantar a padronização de determinados bens ou serviços, deverá abrir um processo administrativo próprio e nomear uma comissão específica para realizar os estudos necessários que irão demonstrar a necessidade e comprovar a vantagem

¹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p.296.

¹⁷ GASPARINI, Diógenes. op. cit., p.399.

daquela padronização. O referido processo deverá ser instruído com laudos, perícias, pareceres técnicos, atestados, relatórios e demais documentos pertinentes.

Após a análise final da Comissão, consubstanciada no relatório, o processo deverá ser encaminhado à autoridade competente para decidir se adota ou não a padronização sugerida. Em caso de adoção da padronização, o ato decisório deverá ser publicado para conhecimento e apreciação dos interessados. Somente após a publicação, os bens padronizados poderão ser objeto de aquisição pelos procedimentos regulares da licitação.

5.13 Adjudicação compulsória: Por força do Princípio da Adjudicação Compulsória ao vencedor, após concluída a licitação, a Administração Pública fica impedida de atribuir o seu objeto a terceiro que não seja o vencedor legítimo. É o que preconiza o Estatuto das Licitações e Contratos, em seu art. 50: “A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade”. Em seu art. 64, o referido Estatuto legal confirma a obrigatoriedade da Administração em convocar “regularmente o interessado para assinar o termo do contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas...”.

A adjudicação, segundo os doutrinadores, “é ato discricionário quanto à sua prática, mas vinculado quanto ao seu conteúdo”. Ou seja, poderá ou não haver adjudicação, mas, se houver, será em favor do legítimo vencedor. A obrigatoriedade da adjudicação ao vencedor deixa de vigorar se este desistir expressamente do contrato ou deixar de firmá-lo no prazo assinado. Por outro lado, o vencedor poderá solicitar prorrogação do prazo assinalado para assinar o contrato, durante o seu transcurso, desde que apresente motivo justo e aceito pela Administração.

O direito do vencedor do certame se limita à adjudicação, isto é, à atribuição a ele do objeto licitado, mas não do contrato administrativo subsequente que ficará a critério da conveniência e oportunidade da Administração Pública licitante, que poderá revogar ou anular o procedimento licitatório, adiar a assinatura do contrato, quando ocorrerem motivos justificadores desses atos. Assim, dispõe o art. 49 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Por outro lado, a obrigatoriedade da adjudicação também veda que a Administração abra novo procedimento licitatório enquanto estiver válida a adjudicação anterior. Contra os atos praticados na fase da adjudicação cabem recursos administrativos, nos prazos legais, sem prejuízos dos recursos judiciais e eventuais reparações de danos, se houverem.

Ocorrendo a adjudicação, o próximo ato será a homologação encerrando-se o procedimento licitatório. As próximas fases serão a emissão da nota de empenho e assinatura do contrato administrativo com o licitante vencedor.

6 Objeto da Licitação

Sendo a regra geral a licitação, tudo que a Administração Pública puder obter de mais de um licitante ou, se for por ela ofertado, interessar a mais de um administrado, deverá haver um procedimento licitatório, para escolher a proposta mais vantajosa, dentre as várias oferecidas. Dessa forma, o universo de objetos sujeitos à licitação é mais amplo do que o previsto no art. 1º da Lei de Licitações, cuja enunciação, segundo os doutrinadores, é meramente exemplificativa.

Assim, podem ser objetos de licitações: obras, serviços, fornecimentos, alienações de bens públicos, locação, arrendamento, concessão, permissão e enfiteuse de bem público, etc. Em princípio, apenas a atividade-fim da Administração Pública não está sujeita à licitação, mas sendo esta obrigatória para sua atividade-meio.

Conseqüentemente, a licitação só faz sentido lógico, jurídico e prático se existirem vários interessados na realização de determinado negócio com a entidade obrigada a licitar.

O objeto da licitação deve ser adequadamente caracterizado, de forma clara e sucinta no edital, conforme reza o art. 14 e 40, inciso I, da Lei 8.666/93, como condição de legalidade desse instrumento:

Art. 14 Nenhuma compra será feita sem adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Art. 40

I – Objeto da licitação, em descrição sucinta e clara:

Quando se tratar de execução de obra ou prestação de serviços, deverá ser elaborado previamente o respectivo projeto básico, para aprovação da autoridade competente (art. 7º, § 2º, I, da Lei 8.666/930 e que passará a compor um dos anexos do edital:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

.....
§ 2º As obras e serviços somente poderão ser licitados quando:

I – houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em particular do processo licitatório.

O edital e seus anexos serão entregues aos interessados que, com base neles, formalizarão suas propostas. O edital poderá prever licitação global, que no caso terá apenas

um vencedor, ou por itens, poderão ter vários vencedores, pois, nesse caso, o julgamento será feito por item.

7 Obrigatoriedade de licitar e suas exceções

Em consonância com as disposições constitucionais já mencionadas, a regra geral é que toda a Administração Pública brasileira deverá licitar para contratar obras, serviços, compras e alienações, exceto nos casos especificados em lei.

São pressupostos da licitação a existência de vários ofertantes interessados em participar do processo licitatório ou de uma pluralidade de objetos que atendam os interesses da Administração, de forma que a licitação será o instrumento para a escolha da proposta mais vantajosa. Sem essa pluralidade de interessados ou de objetos estaria inviabilizada a disputa, a competição inerente ao procedimento licitatório. Celso Antonio Bandeira de Mello¹⁸ elucida bem essa questão:

Os pressupostos da licitação são de três ordens:

1. Pressuposto lógico: a existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertantes. Sem isto não há como conceber uma licitação...
2. Pressuposto jurídico de que, em face do caso concreto, a licitação possa se constituir em meio apto, ao menos em tese, para a Administração acudir ao interesse que deve prover. Posto que a função de tal instituto é servir o interesse público, em casos que tais, percebe-se que falece o pressuposto jurídico para sua instauração... Quando nem mesmo em tese pode cumprir tal função, seria descabido realizá-la. Embora fosse logicamente possível realiza-la, seria ilógico fazê-lo em face do interesse jurídico a que se tem que atender.
3. Pressuposto fático: a existência de interessados em disputa-la. Nos casos em que tal interesse não concorra, não há como realizá-la.

A Lei 8.666/93 prevê hipóteses, ora taxativas, ora exemplificativas, em que a obrigação de licitar, para a Administração Pública, é excluída. No art. 17, a supracitada Lei trata das hipóteses de licitação dispensada; no art. 24, de licitação dispensável e no art. 25, de licitação inexigível.

Esses dois institutos, o da dispensa e o da inexigibilidade, são diferentes: no primeiro, existe a possibilidade de competição, mas a lei concede uma faculdade à Administração Pública de não realizar a licitação; já no segundo, há inviabilidade de competição e, logo, impossibilidade de licitação, pelo fato de existir apenas um objeto ou um ofertante que atenda os interesses da Administração.

7.1 Dispensa de licitação

¹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. op. cit., p. 539-540.

Nas hipóteses de dispensa do art. 17, a Administração Pública está liberada de realizar a licitação por expressa determinação legal, desde que ocorra qualquer das situações ali previstas, não cabendo-lhe praticar ou editar qualquer ato, medida ou procedimento para liberar-se. São hipóteses de dispensa de licitação que ocorre automaticamente, *ex vi lege*, para alienações de bens públicos móveis e imóveis.

Nas hipóteses de licitação dispensável ou inexigível, a Administração Pública tem que justificar previamente seu ato e, em determinados casos, publicar o resumo da dispensa ou inexigibilidade na imprensa oficial, para dar-lhe eficácia.

O art. 24 da Lei 8.666/93 prevê hipóteses de licitação dispensável cabendo à Administração Pública a análise de mérito sobre sua adoção, em cada caso concreto. São hipóteses em que a Administração tem a faculdade de não licitar. Trata-se de elenco taxativo ou exaustivo, que deve ser interpretado restritamente, não podendo os demais entes federativos, quando editarem suas respectivas normas de licitações, criarem novas hipóteses de dispensabilidade, mas podem restringir as previstas na lei federal. Apenas a União pode alterar esse elenco, criando novas hipóteses. Dispensa-se a licitação nas seguintes situações:

- a) Em razão do pequeno valor: é a própria Lei 8.666/93 que traz os limites dos valores para os casos de obras e serviços de engenharia e outros serviços de compras, cf. art. 24, incisos I e II;
- b) Em razão do objeto a ser contratado: determinados objetos, como locação de imóvel para uso da Administração Pública, em que a necessidade de instalação e localização justificam as razões da escolha; contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em decorrência de rescisão contratual; aquisição de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis; de acordo com as situações previstas no art. 24, incisos X, XI, XII e XIV;
- c) Em razão de situações excepcionais: as hipóteses legais são esclarecedoras: casos de guerra, grave perturbação da ordem ou calamidade pública; ou nos casos de emergência, em que, a urgência possa comprometer a segurança de pessoas, obras, bens ou equipamentos públicos, etc. Mas é bom lembrar, como assevera Lucia Valle Figueiredo que “urgência não se identifica com desídia administrativa. Menos ainda com a vontade do administrador de colher dividendos políticos”. Essas hipóteses estão previstas no art. 24, incisos III, IV, V, VI, VII e IX da Lei 8.666/93;
- d) Em razão das pessoas a serem contratadas: quando o negócio jurídico envolver pessoas de direito público interno para aquisição de bens ou serviços, que são prestados por órgãos ou entidades integrantes da administração pública, criadas

especificamente para esse fim, antes da vigência da Lei 8.666/93; aquisição de bens e prestação de serviços específicos, entre outras. São situações previstas no art. 24, incisos VIII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII e XXIV.

7.2 Inexigibilidade de licitação

O art. 25 prevê as hipóteses de inexigibilidade de licitação (desobrigação de licitar), por impossibilidade jurídica de competição entre os ofertantes, em razão da natureza específica do negócio ou dos objetivos pretendidos pela Administração. A única forma de se adquirir o bem ou serviço é através do instituto da inexigibilidade, “...pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público ou reconhecidamente capaz de atender as exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato”¹⁹.

A Administração Pública, nas situações de inexigibilidade, não pode se afastar dos princípios constitucionais vetores da licitação, que são a Isonomia e a Moralidade administrativa. O entendimento doutrinário é de que o elenco do art. 25 é meramente exemplificativo, uma vez que o legislador arrolou apenas três situações em que poderá ocorrer a situação de inexigibilidade, conforme exegese do *caput* do referido artigo: “É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial”. Logo, muitos outros casos poderão ocorrer, pois o legislador não poderia prever todas as situações fáticas vividas pela Administração que ensejariam a inviabilidade de competição.

Essa inviabilidade pode ser em razão da exclusividade do ofertante ou da singularidade do objeto, uma vez que, para que ocorra licitação, os pressupostos necessários são a pluralidade de ofertantes ou de objetos. Desta forma, se existir apenas um ofertante ou um único objeto que atenda às necessidades da Administração Pública, está inviabilizando o processo de licitação por ausência de competição. A Administração pública, para atender os seus fins prioritários, terá que efetuar uma contratação direta, devidamente justificada e alicerçada no art. 25. A singularidade que a lei alberga é aquela “ligada à ideia de especial, notável, o único que seja capaz de corresponder ao interesse almejado pela Administração”.

É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, nas seguintes situações: produtor ou vendedor exclusivo; serviços técnicos especializados e contratação de profissional do setor artístico.

¹⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 296.

A dispensa e inexigibilidade de licitação devem ser motivadas, ou seja, justificadas, em processo administrativo próprio, contendo todos os elementos demonstradores da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso; a razão da escolha do fornecedor ou executante da obra ou serviço; a justificativa do preço. A autoridade competente irá analisar esses elementos e se entender que ficou caracterizada a situação de dispensa ou inexigibilidade, irá escolher a justificativa, submetendo-a ao seu superior hierárquico, no prazo de 3 dias, para ratificação e homologação, providenciando, em seguida, a publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 dias, com condição de eficácia dos atos praticados, de acordo com o mandamento do art. 26 e parágrafo único da Lei 8.666/93. O objetivo dessa publicação é atender ao Princípio da Publicidade, levando ao conhecimento do público as contratações diretas promovidas pela Administração Pública.

Vale ressaltar que, se a Administração Pública realizar alguma contratação por dispensa ou inexigibilidade fora das hipóteses previstas no Estatuto Federal das Licitações, ou ainda, deixar de observar as formalidades exigidas para essas situações, estará cometendo crime, cuja pena é de detenção de três a cinco anos e multa, de acordo com o seu art. 89.

8 Fases da Licitação

Por ser a licitação um procedimento administrativo, ou seja, uma sucessão encadeada de atos, ela é composta de várias fases. A realização e o regular exaurimento de cada uma é pressuposto indispensável para a fase subsequente. Praticados os atos e/ou decorridos os prazos previstos para cada fase, opera-se a preclusão e a entidade licitante precisa aguardar o término de todo o procedimento para realizar a contratação do objeto pretendido.

A licitação começa com uma fase interna, em que a entidade promotora irá praticar todos os atos necessários à sua realização, entre eles: instauração de processo administrativo próprio; caracterização sucinta e clara do objeto pretendido; elaboração de projeto básico, quando necessário; adequação da despesa; elaboração da minuta do edital, observando os ditames da Lei 8.666/93 e legislação pertinente ao objeto a ser contratado; elaboração de minuta do contrato, quando for o caso; divulgação do edital aos interessados, através da imprensa oficial e outros meios de comunicação, atendendo às exigências legais e interesses da Administração em dar ampla publicidade ao certame a ser realizado, consoante exigência do art. 38 da Lei 8.666/93:

O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a

indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente;

I – edital ou convite e respectivo anexo, quando for o caso;

II – comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei ou da entrega do convite;

III – ato de designação da comissão de licitação, do leiloeiro administrativo ou oficial, ou do responsável pelo convite.(...)

Com a publicação do edital, passa-se à fase externa da licitação, para os interessados que atenderem às condições previamente estabelecidas no edital, de formularem suas propostas e disputarem a oportunidade de se relacionarem com a Administração Pública.

A Lei 8.666/93, prevê em seu art. 39, que deverá haver uma audiência pública, antes da divulgação do edital, sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas ultrapassarem em 100 vezes o quantum previsto para a modalidade Concorrência (art. 23, inciso I, alínea c). Esta audiência se destina a divulgar a licitação que se pretende realizar e fornecer informações ou esclarecer dúvidas dos interessados no certame. Esta audiência deverá ser divulgada pelos mesmos meios previstos para publicação do edital, devendo ser realizada com antecedência mínima de quinze dias da data da publicação daquele.

8.1 Da Habilitação

Na data aprazada, haverá uma sessão pública, na qual os licitantes interessados deverão apresentar dois envelopes distintos, o primeiro contendo os documentos necessários à habilitação (jurídica, técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal). No dizer de Hely Lopes Meirelles, “a orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados”. Com esse propósito, a lei licitatória em seu art. 27, limitou a relação de documentos a serem apresentados pelo licitante, nesta fase, não podendo a Comissão ou Pregoeiro exigirem outros além dos ali previstos. O segundo envelope deverá conter a proposta, que é a oferta feita pelo licitante para a execução do objeto licitado. Nela deverá conter, entre outras coisas, o preço para o fornecimento do bem ou prestação do serviço, o prazo de entrega ou de execução, o prazo de validade da proposta e demais requisitos de forma e de conteúdo exigidos ou facultados no edital. Em decorrência do Princípio da Igualdade entre os licitantes, a proposta não poderá oferecer ou considerar nada além ou aquém do exigido no edital ou convite.

A proposta apresentada na licitação configura uma proposta de contrato, pois vincula o licitante em todos os seus termos desde o momento de sua abertura na sessão pública até o término de seu prazo de vigência. Embora a proposta seja vinculante para o

licitante/proponente, ela não obriga a Administração a contratar, que tem Poder Discricionário na homologação e contratação.

Depois da apresentação da proposta, a Lei 8.666/93 só autoriza o licitante a desistir da mesma, por motivo justo, decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão de Licitação, de acordo com o preceituamento contido em seu art. 43, § 6º.

Na fase da habilitação, a Comissão de Licitação irá abrir os envelopes contendo os documentos apresentados pelos interessados, além da realização de consulta *on line* no SICAF, quando prevista no edital, que serão vistos e rubricados, em todas as suas páginas, pelos presentes na sessão. Após esse procedimento, a Comissão ou o Pregoeiro irão analisar os documentos, manifestando sobre os requisitos pessoais dos licitantes, podendo considerá-los habilitados (se apresentarem os requisitos mínimos de capacidade jurídica, técnica, idoneidade econômica-financeira e regularidade fiscal) ou inabilitados (quando não apresentá-los). O licitante inabilitado não poderá participar dos atos subsequentes da licitação, estando excluído do certame, de acordo com o art. 41, §4º do Estatuto Federal. Ou seja, a inabilitação do licitante configura preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes. Dessa decisão cabe recurso, com efeito suspensivo, no prazo previsto no edital, de acordo com o art. 109, § 2º do citado diploma legal.

8.2 Do julgamento das propostas

Exaurida a fase da habilitação, a Comissão de Licitação, na mesma sessão pública ou em outra data, procederá a abertura dos envelopes de propostas, que serão vistos e rubricados, em todas as suas páginas, pelos presentes. Após, a Comissão irá analisar o aspecto formal e o conteúdo das propostas apresentadas pelos interessados, podendo serem classificadas (se a proposta satisfizer, na forma de apresentação e no conteúdo da oferta, às exigências do edital) ou desclassificadas (quando estiverem em desconformidade com o edital ou manifestamente inexecutável. A inexecutabilidade se manifesta por preços excessivamente baixos; prazos de entrega impraticáveis; inviabilidade técnica da oferta; nas condições de execução irrealizáveis, de acordo com a realidade do mercado, etc). A classificação das propostas significa sua ordenação, pela conveniência que representam para a Administração Pública, colocando-se em primeiro lugar a mais vantajosa, de acordo com os termos do edital. A proposta mais vantajosa é aquela que melhor atende ao interesse da Administração Pública, de acordo com o critério de julgamento fixado no edital ou convite. Esses critérios são aferidos em cada licitação, em conformidade com os fins desejados pelo órgão licitante. Assim, em algumas licitações

prepondera o interesse econômico; em outras o técnico; e outras, ainda, podem conjugar a técnica e o preço. A fixação prévia de um critério de julgamento é obrigação imposta pelo art. 40, inciso VII, da Lei 8.666/93, para atender o Princípio do Julgamento Objetivo.

Após a classificação das propostas, a Comissão irá analisá-las quanto à sua conformidade com as exigências editalícias, declarando vencedora a proposta mais vantajosa para a Administração Pública, em função do Julgamento Objetivo aplicado.

Ocorrendo empate entre propostas, o critério de desempate será o sorteio, em sessão pública, vedado qualquer outro processo, de acordo com o art. 45, § 2º da Lei 8.666/93, que assim assevera:

No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no § 2º do art. 3º desta Lei, a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.

Exaurida a fase recursal do julgamento das propostas, será feita a adjudicação (ato pelo qual se atribui ao vencedor o objeto da licitação, para posterior assinatura do contrato). Há divergências doutrinárias quanto ao momento e a quem compete este ato: se antes ou depois da homologação; se é feito pela Comissão de Licitação ou pela autoridade superior que também fará a homologação (ato de controle através do qual a autoridade competente irá confirmar todos os atos praticados no processo administrativo referentes ao procedimento licitatório).

Segundo o entendimento de Hely Lopes Meirelles²⁰,

A lei, mudando a sistemática anterior do julgamento, estabeleceu que a Comissão, após a classificação das propostas, deve enviar o resultado à autoridade superior, para homologação e adjudicação do objeto da licitação ao vencedor, convocando-o para assinar o contrato (art. 43, V e VI, e art. 64). Assim, não há homologação da adjudicação, como antes de dizia, a homologação se faz do julgamento e de todo o procedimento licitatório. Estando ele de acordo com a lei e o edital, a autoridade superior determinará a adjudicação do objeto licitado ao proponente classificado em primeiro lugar, mas se verificar qualquer ilegalidade deixará de homologar o julgamento e invalidará o ato irregular, ou todo o procedimento, conforme o caso, justificando sempre o despacho anulatório...

Assim, para ele, a homologação é o ato que precede a adjudicação e ambos são privativos da autoridade superior, ou seja, a mesma que autorizou a abertura do procedimento licitatório.

Cabe à Comissão de Licitação o ato de adjudicação ao vencedor, do objeto da licitação. Há divergências doutrinárias em relação a esse ato, eis alguns posicionamentos:

- a) Integrantes da corrente defensora de que a adjudicação é ato da Comissão de Licitação: Carlos Pinto Coelho Motta e Toshio Mukai. Incluímos nesse rol os doutrinadores

²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. op.cit. p.322.

Diógenes Gasparini e Lucia Valle Figueiredo. Esta professora esclarece que, “a comissão, ao adjudicar, apenas formaliza o julgamento, emite provimento administrativo ao declarar que o licitante “X”, ganhador da licitação, constitui-se na situação de proponente único perante ela. Portanto, a adjudicação nada mais é que do que a consequência lógica do julgamento. O conteúdo do provimento administrativo é sempre o julgamento da Comissão”.

- b) Integrantes da corrente defensora de que a adjudicação é ato da autoridade superior: Jessé Torres, Marçal Justen e Edimur Ferreira. Incluímos, também, nesse rol o mestre Hely Lopes Meirelles.

A Comissão realiza a adjudicação do objeto ao licitante vencedor, para, depois, a autoridade superior homologar todo o procedimento licitatório. Aliás, esta é a regra contida no art. 38, inciso VII”. Para corroborar seu posicionamento, menciona a lição do Prof. Toshio Mukai:²¹

‘Conclui-se, destarte, que, em face da Lei 8.666/93, a única e correta interpretação possível, diante da ciência do direito é aquela que dá prevalência ao disposto no inciso VII do art. 38, ou seja, é a comissão de licitação que, após julgar o certame, adjudica o objeto ao vencedor.

Posicionamo-nos com a primeira corrente. Dessa forma, após a adjudicação, feita pela Comissão de Licitação, que nada mais é do que “...atribuição do objeto imediato da licitação, ou seja, na acepção de que, por meio da adjudicação, constitui-se alguém na qualidade de proponente único da Administração”, o processo administrativo é encaminhado à autoridade superior que poderá tomar as seguintes providências:

- a) Homologar o certame (ou seja, declarar a conformidade de todo o procedimento licitatório ao edital, à lei e a Constituição Federal, dando, por consequência, eficácia ao ato adjudicatório, encerrando o procedimento licitatório, ou seja, é a ratificação da validade do ato submetido ao seu controle);
- b) Anular a licitação em decorrência de vício insanável (ilegalidade) em seu procedimento, A anulação, por basear-se na ilegalidade, poderá ocorrer em qualquer fase do procedimento licitatório e, se tratar de vício no julgamento, poderá ser feita pela própria Comissão. A anulação é a invalidação da licitação ou do julgamento por motivo de ilegalidade. Seus efeitos operam *ex tunc*;
- c) Revogar a licitação, se restar comprovada a inconveniência ou inoportunidade da contratação. Por se tratar de ato próprio da Administração, a revogação deverá ser

²¹ MUKAI, Toshio. A Adjudicação do Objeto da Licitação deve ser feita pela Comissão e não pela Autoridade Superior, Boletim de Licitações e Contratos, fev. 1998. P. 77-78

motivada e basear-se em fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para comprovar o interesse público em não contratar. A revogação é a invalidação da licitação por motivo de interesse público. Seus efeitos operam-se *ex nunc*.

Os atos de anulação e de revogação exigem motivação para sua prática e que se dê oportunidade do contraditório e ampla defesa aos licitantes, nos termos do disposto no art. 49 da Lei 8.666/93 e, mais amplamente, do art. 5º, inciso LV, e 37, §6º, da CF 88.

Com a adjudicação e homologação decorrem os seguintes direitos e deveres para o licitante vencedor:

- a) Direito de contratar com a Administração nos termos em que venceu a licitação;
- b) Dever de manter a proposta, vinculando-se aos encargos estabelecidos no edital e aos termos ofertados em sua proposta;
- c) Sujeição às penalidades previstas no edital e normas legais pertinentes, se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas;
- d) Direito de não ser preterido, ficando a Administração impedida de contratar o objeto licitado com outrem, durante a validade da adjudicação;
- e) Direito de exigir que sejam fundamentados os motivos para Administração não celebrar o respectivo contrato.

Os demais licitantes, após a homologação da proposta vencedora, estarão liberados de todos os encargos da licitação, "...podendo retirarem os documentos e levantarem as garantias oferecidas, salvo se obrigados a aguardar a efetivação do contrato por disposição do edital ou norma legal".

Não havendo motivos relevantes e fundamentados para a anulação ou revogação do procedimento licitatório, a Administração deverá emitir a nota de empenho da despesa e/ou assinar o respectivo contrato, nos casos exigíveis.

9 Tipos de licitação

Primeiramente, vale ressaltar a diferença entre tipos e modalidades de licitação. A modalidade identifica o processamento do certame enquanto o tipo indica a forma pela qual as propostas serão julgadas, considerando os critérios objetivos especificados no edital. A Lei 8.666/93, ao tratar do julgamento das propostas em seu art. 45, estabeleceu quais serão os tipos de licitações a serem adotados em todas as modalidades, exceto para o concurso, e também vedou a utilização de outros tipos de licitações não previstos naquele dispositivo, de acordo

com seu § 5º. Na realidade, esses tipos de licitações previstos no Estatuto das Licitações são critérios para serem utilizados no julgamento das propostas.

De acordo com o artigo em comento são tipos de licitações:

a) **a de menor preço**: (é a mais comum por ser a regra, ao passo que os demais tipos destinam-se a casos especiais, estabelecidos em lei). Utiliza-se o tipo menor preço “quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço” (art. 45, § 1º, inciso I). Na lição de Hely Lopes Meirelles²², a licitação do tipo menor preço “é usual na contratação de obras singelas, de serviços que dispensam especialização, na compra de materiais ou gêneros padronizados, porque, nesses casos, o que a Administração procura é simplesmente a vantagem econômica”.

b) **a de melhor técnica** (através deste tipo de licitação, a Administração busca a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, durável, aperfeiçoado, rentável, adequado aos objetivos por ela perseguidos). Neste tipo de licitação o fator preço não é a prioridade para selecionar a proposta mais vantajosa. Nele prevalece a singularidade do interesse público, que só poderá ser atendido se o licitante possuir os atributos e condições necessários à sua fiel realização.

Os tipos de licitações de melhor técnica ou de técnica e preço serão utilizados, de acordo com a Lei 8.666/93:

- a) Exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual;
 - a.1) em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral;
 - a.2) em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos;
- b) excepcionalmente, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora do certame, para fornecimento de bens e execução de obra ou prestação de serviços de grande vulto que dependem de tecnologia sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre

²² MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. op.cit., p. 316.

sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no edital (art. 46, caput e § 3º).

No julgamento das propostas pelo tipo da melhor técnica, a Administração Pública deverá fixar no edital:

- a) O preço máximo que se dispõe a pagar;
- b) A valorização técnica mínima para que as propostas possam ser aceitas;
- c) Os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado, definidos com clareza e objetividade no instrumento convocatório e que considerem a capacitação e a experiência do proponente, a qualidade técnica da proposta, que inclui metodologia, organização, tecnologias e recursos materiais a serem utilizados nos trabalhos, e a qualificação das equipes técnicas a serem mobilizadas para a sua execução (art. 46, § 1º, inciso I).

Nem sempre a melhor proposta técnica será a vencedora da licitação, pois, de acordo com o art. 46, § 1º, inciso II, da Lei 8.666/93, após a classificação das propostas técnicas, serão abertas as propostas de preços e a Comissão de Licitação procederá a negociação com o proponente da melhor classificada, para que ele aceite executá-la com o mesmo preço apresentado pela proposta de menor preço, dentre as classificadas. Caso ocorra insucesso nesta negociação, o mesmo procedimento será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação.

As propostas de preços dos licitantes inabilitados ou que não alcançarem valorização mínima, previamente estabelecida no edital, serão desclassificadas e os envelopes devolvidos aos respectivos licitantes.

c) a de menor preço e de melhor técnica (combina estes dois fatores para a seleção da proposta final que apresente técnica satisfatória e preço mais vantajoso). Utilizado, obrigatoriamente para contratação de bens e serviços de informática, que deverão observar, também, o disposto no art. 2º e 3º da Lei 8.248/91, permitido o uso de outro tipo de licitação, nos casos indicados em decreto do Poder Executivo (art. 45, 4º). O Decreto n. 1.070/94 veio regulamentar o art. 3º da Lei 8.248/91, e estabeleceu que, quando a modalidade de licitação for o convite, não será obrigatória a adoção do tipo técnica e preço.

Em conformidade com o § 2º do art. 46, o procedimento da licitação do tipo técnica e preço será realizado com o mesmo rito adotado para o tipo melhor técnica, isto é, primeiro serão analisadas as propostas técnicas, classificando aqueles que atingirem a valorização mínima

prevista no edital. Mas, neste caso, a classificação dos licitantes será feita de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no edital.

Vale ressaltar que, nos termos do art. 109, inciso I, alíneas a e b, da Lei 8.666/93, a Administração Pública deverá observar o direito de recursos dos licitantes nas fases de habilitação ou inabilitação, do julgamento das propostas técnicas e das de preços.

Aos licitantes que forem inabilitados, serão devolvidos os envelopes fechados das propostas técnicas e de preços. E aos licitantes que tiverem sua proposta técnica desclassificada, por não alcançar a valorização mínima, previamente estabelecidos no edital, serão devolvidos os envelopes das propostas de preços (art.46, inciso IV).

d) o de maior lance ou oferta (utilizado nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso).

Em qualquer tipo de licitação utilizado, exceto na de menor preço, a Lei 8.666/93 obriga a fixação prévia do critério para julgamento da licitação (art. 40, inciso VII) e que atenda ao Princípio do Julgamento Objetivo. Normalmente não serão os mesmos critérios em todas as licitações, pois é o interesse público preponderante que irá escolher o critério a ser utilizado. O que a norma legal obriga é o estabelecimento, a fixação do fator ou fatores prioritários, e, se possível, atribuir-lhe pesos que possibilitem a “...quantificação matemática das vantagens ofertadas, de modo a afastar ao máximo o subjetivismo da decisão”.

Conforme a doutrina ressalta, a atual lei licitatória não explica quais são esses fatores que deverão ser observados pela Comissão de Licitação na fixação do critério de julgamento da proposta mais vantajosa, mas mencionam que, para atender o interesse público, poderão considerar:

- a) a qualidade (que compreende a segurança, a durabilidade, a confiabilidade e, por se tratar de um conceito amplo, abrange “...as características e virtualidades intrínsecas e extrínsecas, formais e substanciais, da obra, do serviço ou do material ou gênero a ser adquirido”).
- b) O rendimento (é o mesmo que produtividade e está relacionada com a utilidade, sendo que sua conceituação ampla deverá abranger “...a capacidade, a potência, a dimensão, a operatividade, a manutenção, a eficiência e demais elementos de que depende a produtividade);
- c) O preço (como sendo a contraprestação pecuniária do objeto da licitação. Este poder ser global, unitário, fixo, reajustável, único ou em parcelas, conforme o estabelecido no edital);

- d) As condições de pagamentos (relacionam com os “...prazos, descontos, parcelamentos, financiamentos, carência e outras vantagens correntes no comércio”);
- e) Os prazos (estão relacionados com a execução ou entrega, com o pagamento, com a garantia, etc).

A Lei 8.666/93, em seu art. 12, ao tratar dos projetos básicos e executivos de obras e serviços, determina que os mesmos deverão considerar os seguintes requisitos: segurança; funcionalidade e adequação ao interesse público; economia na execução, conservação e operação; possibilidade de emprego de mão-de-obra, materiais, tecnologia e matérias-primas existentes no local para execução, conservação e operação; facilidade na execução, conservação e operação, sem prejuízo da durabilidade da obra ou do serviço; adoção das normas técnicas, de saúde e de segurança do trabalho adequadas e impacto ambiental. Essas indicações da Lei, por analogia, poderão ser utilizadas no julgamento das propostas, em busca da mais vantajosa, da que melhor atenderá o interesse público da Administração.

10 Modalidades de Licitação

No ensinamento de Diogénes Gasparini, “as modalidades de licitação variam, em quantidade e formalidades, de país para país, mas guardam, em regra, os mesmos princípios, não se distanciando das espécies encontradas em nosso Direito”.²³

Já o mestre Hely Lopes Meirelles adverte sobre “...a diversidade de terminologia, de conceituações e de modalidades de licitação nos vários países, a fim de evitar-se a indevida aplicação da doutrina estrangeira na licitação brasileira, que tem características próprias, nem sempre coincidentes com as de outras nações”²⁴.

Modalidade de licitação, conforme já foi dito, identifica processamento do certame. O Estatuto das Licitações e Contratos especifica as seguintes modalidades de licitação:

- a) **Concorrência:** é a modalidade de licitação própria para contratação de obras e serviços de grande valor. Nela é admitida a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que na fase inicial da habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos

²³ GASPARINI, Diógenes. op. cit., p.462.

²⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 326.

mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto (art. 22, § 1º). Por outro lado, a Lei de Licitações admite a utilização da modalidade concorrência para licitação em qualquer caso, nos termos de seu art. 23, § 4º.

A administração deverá providenciar a publicação do aviso de licitação, contendo um resumo do edital, nos diários oficiais, jornal de grande circulação e outros meios de divulgação que julgar necessário para ampliar a área de competição (art.21, inciso I, II e III).

No caso da concorrência, os prazos mínimos para publicação do edital, até o recebimento das propostas será de:

a.1) 45 dias, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço;

a.2) 30 dias, nos demais casos. Esses prazos serão contados em dias corridos, a partir da última publicação do edital resumido, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde (art. 21, §§2º e 3º). Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando a alteração não afetar a formulação das propostas (art. 21, § 4º).

Em qualquer tipo de concorrência é necessário, uma Comissão de Julgamento, composta por, no mínimo, três membros, sendo pelo menos dois deles servidores pertencentes ao quadro permanente da Administração licitante. Esta Comissão poderá ser Especial ou Permanente e, como órgão julgador da concorrência não poderá ser substituída por nenhuma outra autoridade, em sua função decisória (art. 51, art. 43, §§ 1º, 2º e 3º, art. 44, art. 45, etc).

b) **Tomada de preços:** é a modalidade de licitação realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observadas a necessária qualificação (art. 22, § 2º).

A Administração deverá providenciar a publicação do aviso de licitação, contendo um resumo do edital, nos diários oficiais, jornal de grande circulação e outros meios de divulgação que julgar necessário para ampliar a área de competição (art. 21, inciso I, II e III).

No caso da tomada de preços, os prazos mínimos para publicação do edital, até o recebimento das propostas será de:

b.1) 30 dias, quando a licitação for do tipo melhor técnica ou técnica e preço;

b.2) 15 dias, nos demais casos. Esses prazos serão contados em dias corridos, a partir da última publicação do edital resumido, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital e respectivos

anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde (art. 21, §§ 2º e 3º). Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando a alteração não afetar a formulação das propostas (art. 21, § 4º).

A diferença entre concorrência e tomada de preços é que na primeira podem participar quaisquer interessados e, na segunda somente os interessados devidamente cadastrados ou que preencherem todos os requisitos necessários ao cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. Outra diferença entre essas duas modalidades de licitação está no valor: o limite para concorrência é imediatamente superior ao da tomada de preços, conforme estipulado no art. 23, incisos I e II, alíneas b e c. Por outro lado, a Administração tem a faculdade de utilizar a concorrência no lugar da tomada de preços (art. 23, § 4º).

Assim como na concorrência, o procedimento da tomada de preços, incluindo o julgamento, é feito por uma Comissão de, no mínimo, três membros (art. 43, § 4º).

c) **Convite:** é a modalidade de licitação mais simples, destinada às contratações de pequeno valor, consistindo na solicitação escrita e pelo menos três interessados do ramo pertinente ao objeto, cadastrados ou não, para que apresentem suas propostas.

O instrumento convocatório deverá ser afixado, em local apropriado, e o convite será estendido aos demais cadastrados do mesmo ramo pertinente ao objeto, que manifestarem seu interesse até 24 horas anterior à data estabelecida para apresentação das propostas.

A Lei Licitatória não exige que o convite seja publicado no diário oficial ou jornal de grande circulação, bastando a sua afixação em local apropriado, para que os demais interessados possam tomar conhecimento do mesmo e participarem, se assim o desejarem. Dessa forma, a Administração estará dando a publicidade exigida nesta modalidade de licitação. Mas a referida lei fixa o prazo para encaminhamento do convite aos interessados: deverá ser encaminhado com antecedência mínima de 05 dias úteis da data estabelecida para recebimento das propostas. Esse prazo será contado da expedição do convite ou da sua efetiva disponibilidade e respectivos anexos (art. 21, § 3º).

A professora Lúcia Valle de Figueiredo tece algumas considerações pertinentes acerca desta modalidade de licitação. Segundo ela,

Na licitação por convite, embora haja escolha de licitantes (em termos) por parte da Administração, também não há lesão ao princípio isonômico. Prevalece o interesse público, pois torna-se desinteressante procedimento mais complicado e moroso, dado o pequeno vulto do valor envolvido. É a forma mais singela e coadunável com o futuro contrato.

Nesses casos, embora a escolha seja discricionária, não é demais repetirmos ser imperioso o respeito aos princípios básicos do Direito Administrativo, tais sejam: a

indisponibilidade e supremacia do interesse público e, também, a moralidade administrativa.²⁵

A lei 8.666/93 faz algumas ressalvas em relação a esta modalidade de licitação. Em seu art. 22, § 6º, estabelece que: existindo na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite realizado para objeto idêntico ou assemelhado é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações. No § 7º do mesmo artigo assevera que: quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes exigidos, para esta modalidade, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

Em relação a esta situação prevista no § 7º, a doutrina é divergente para Diógenes Gasparini, “ se apenas um atender à convocação, o procedimento deve prosseguir, e se sua proposta atender às exigências da carta convite e for conveniente a contratação, esta deve ser celebrada com o proponente”.²⁶

Por outro lado, Hely Lopes Meirelles²⁷ “...consistindo na solicitação escrita a pelo menos três interessados do ramo, registrados ou não, para que apresente suas propostas no prazo mínimo de cinco dias úteis”.

No caso do convite, o julgamento das propostas poderá ser feito pela Comissão de Licitação ou por servidor formalmente designado pela autoridade competente (art. 51, § 1º).

d) **Concurso:** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, predominantemente de criação intelectual, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial (art. 22, § 4º).

O prazo mínimo para publicação do edital, até a realização do evento, é de 45 dias (art. 21, § 2º inciso I, alínea a).

O concurso deverá ser precedido de regulamento próprio, a ser obtido pelos interessados, e deverá indicar: a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos. Quando se tratar de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente (art. 52, §§ 1º e 2º). O julgamento do concurso será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido

²⁵ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Op. Cit., p.451.

²⁶ GASPARINI, Diógenes, op.cit., p. 472.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. op. cit., p. 334-335.

conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não (art. 51, § 5º).

Vale ressaltar o disposto no art. 13, § 1º, da Lei 8.666/93, que assim assevera: “ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração”.

e) **Leilão**: é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação e semoventes (art. 22 § 5º e art. 19).

É facultado à Administração utilizar o leilão para a venda de bens móveis avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, alínea b (art. 17, § 6º). Se a avaliação for superior a esse limite, a modalidade de licitação será obrigatoriamente a concorrência.

A Administração também poderá utilizar a modalidade licitatória do leilão (ou da concorrência) para alienação de bens imóveis, cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento (art. 19).

O edital do leilão deve ser amplamente divulgado principalmente no município em que se realizará, cujo prazo mínimo para sua publicação, até a realização do evento, é de 15 dias (art. 21, § 2º, inciso III, alínea a e art. 53, § 4º).

Em 17 de julho de 2002, foi sancionada a lei 10.520, que institui, no âmbito da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns.

Ela surgiu com o objetivo de solucionar alguns problemas existentes na área licitatória. Esta é a sábia lição que nos proporciona José dos Santos Carvalho Filho:

As modalidades licitatórias previstas na Lei 8.666/93, em muitos casos, não conseguiram dar a celeridade desejável à atividade administrativa destinada ao processo de escolha de futuros contratantes. As grandes reclamações oriundas de órgãos administrativos não tinham como alvo os contratos de grande vulto e de maior complexidade. Ao contrário, centravam-se nos contratos menores ou de mais rápida conclusão, prejudicados pela excessiva burocracia do processo regular de licitação. Atendendo a tais reclamos, foi editada a Lei nº 10.520, de 17.7.2002, na qual foi instituído o pregão como nova modalidade de licitação, com disciplina e procedimentos próprios, visando a acelerar o processo de escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas.²⁸

28 CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 28ª ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014 – São Paulo: Atlas, 2015. p. 313

11 Considerações Finais

Neste trabalho, abordarmos uma modalidade de ato administrativo expedido pela Administração Pública, a Licitação, após a Constituição de 1988 e a edição da Lei 8.666/93, regulamentadora dessa matéria.

O Contrato Administrativo é um tipo de ato administrativo emanado da Administração Pública e pode ser conceituado como um acordo de vontades entre as partes, com o objetivo de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos e obrigações. Em regra, todo contrato é um negócio jurídico, consensual, bilateral e comutativo, pois cria um vínculo entre as partes que, voluntariamente, “...se obrigam a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens...”.

A licitação que antecede o contrato administrativo, podendo ser conceituada como um procedimento administrativo formal, através do qual a Administração Pública irá selecionar a proposta mais vantajosa, entre as várias ofertadas, mediante critérios objetivos previamente estabelecidos em edital.

A despeito da vigência do Decreto Lei 2.300/86, com regras disciplinadoras da matéria em questão, parte da Administração Pública não o aplicava adequadamente, de forma que os abusos eram muito frequentes nas contratações licitação, com fundamento na inexigibilidade.

A Constituição Federal de 1988, considerada inovadora em alguns aspectos, por ter tratado, em seu texto, primeiro do indivíduo e depois do Estado, exprimiu uma nova concepção acerca da relação a ser travada entre Estado-prestador de serviços públicos essenciais- e o indivíduo-beneficiário desses serviços públicos-, e para tanto, instituiu regras e princípios norteadores da atuação da Administração Pública, no desempenho de suas funções, especialmente no tocante á prestação de serviços públicos. Esses princípios estão esculpidos em seu art. 37, caput, *in verbis*:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...

Neste mesmo diapasão, determinou no inciso XXI do referido artigo que:

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei.

Para regulamentar os referidos artigos constitucionais foi editada a Lei 8.666, em 21 06.1993, que revogou o Decreto Lei 2.360/86 e instituiu o novo regime jurídico das licitações e contratos administrativos no Brasil. A Lei 8.666/93 já foi alterada diversas vezes, por leis, pela EC 19/98, e inclusive por medidas provisórias.

E assim, em razão das mudanças que ocorrem frequentemente, o que gera dúvidas acerca do disciplinamento das licitações e por ser essencial ao gestor público, escolhemos discorrer sobre esta matéria com o intuito de proporcionar alguma contribuição, o que será feito através da análise da legislação vigente.

A CF/88, considerando a relevância das contratações e licitações no âmbito da Administração Pública (arts. 22, XXVII, 37, XXI, 175), traçou princípios norteadores desses atos administrativos, tornou-os obrigatórios para os casos de obras, serviços, compras e alienações e remeteu à lei ordinária o regramento da matéria. Essa lei ordinária foi editada em 21.06.1993 com o número 8.666. Ela tratou, entre outros assuntos, das modalidades de licitações, dos casos de dispensa, dos casos de inexigibilidade, das fases licitatórias: habilitação, classificação, julgamento, adjudicação e homologação; do contrato administrativo, abordando formalização, cláusulas necessárias, vigência, prerrogativas, casos de alterações, execução e inexecução, penalidades, etc.

A regra geral consubstanciada no comando constitucional é a licitação prévia para celebrar qualquer contrato, especialmente os geradores de despesas. Contudo, o legislador ordinário, para não engessar a atividade administrativa dos órgãos públicos, cuidou de excepcionar determinados casos em que a Administração Pública, justificadamente, poderá contratar sem licitar.

A CF/88 e, depois, a Lei 8.666/93 impuseram a obrigação de licitar aos três poderes da União, dos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, aos órgãos da Administração Direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedade de economia mista e entidades controladas direta ou indiretamente por aquelas pessoas políticas. Com a edição da EC 19/98, os legisladores, mais acertadamente, excluíram as empresas públicas e sociedades de economia mista deste rol, por se tratarem de pessoas jurídicas regidas por normas de direito privado, logo, com autonomia da vontade para celebrar os contratos de sua conveniência, mais adequados aos seus objetivos e com regime jurídico próprio.

O Governo Federal, através da MP 2.026, de 01 de junho de 2000, introduziu uma nova modalidade de licitação: o pregão. Regulamentada pelos Decretos 3.555 de 08 de agosto de 2000 e 5.450 de 31 de maio de 2005. Em 17 de julho de 2002, foi publicada a Lei 10.520, que institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências.

Observa-se grandes problemas na fase licitatória, nos diversos níveis de governo, como por exemplo, ocorrência de adjudicações indevidas, possibilidade de superfaturamento,

preterição e perda da proposta mais vantajosa, demoras e atrasos nos procedimentos, ausência de competitividade nas propostas, entre outras. Não basta a existência de regras sobre licitações e contratos, faz-se necessário o seu perfeito conhecimento pelos operadores na área e sua aplicação com competência. A comissão de licitação teria que ser integrada por membros que tivessem tido investimento em suas qualificações técnicas.

12 Conclusão

De tudo que foi exposto neste trabalho, podemos concluir que a licitação é o procedimento obrigatório, por determinação constitucional, que deverá preceder toda e quaisquer obra, serviço, compra e alienação, na Administração Pública, excetuando as hipóteses de dispensa e inexigibilidade na Lei 8.666/93, as quais deverão ser utilizadas com bastante cautela pelo administrador público, para não configurar burla à regra geral da licitação.

A seara da licitação em nosso país parece não ter sido muito pacífica, a despeito de toda normatização existente. Em 1965, ganhou *status* de norma constitucional. Em 1986 ganhou regulamentação própria, contudo, os problemas persistiram. Muitas dúvidas, muitas críticas e os constituintes de 1988 tentaram novamente solucionar a questão, dedicando-lhes dois dispositivos constitucionais relevantes. Editou-se nova lei reguladora da matéria, em 1993. Desse período para cá, inúmeras alterações foram introduzidas em seu texto e o procedimento licitatório continua gerando muitas dúvidas, polêmicas e críticas. Muitos esquecem que o problema, na maioria das vezes, não está no texto legal, mas na sua forma de interpretação e aplicação, como sabiamente nos ensina o prof. Elísio Augusto Velloso Bastos:

De há muito sabem, com maior nitidez, os que atuam na área jurídica a verdadeira compulsão legislativa adotada por nossas autoridades com o mister de resolver problemas de diversas ordens. Promove-se, então, uma verdadeira e veloz alteração, nem sempre para melhor, em nossos institutos jurídicos antes mesmo que estes possam ter a chance de ser utilizados em todo seu potencial. Se há falhas neste ou naquele processo, se houve danos neste ou naquele procedimento, busca-se alterar o texto normativo que lhe dá sustentação, para que o dano ou as falhas possam cessar. Todavia, observamos que as mesmas falhas, os mesmos danos, por vezes com outra roupagem, voltam a ocorrer mesmo em face das novas modificações, e assim, altera-se a lei novamente na eterna busca pelo ordenamento jurídico perfeito, e, novamente, com a leve e refrescante sensação de que algo está sendo feito. Pouco se percebe que o grande problema das leis não está em sua fonte, mas sim em seu destinatário, em seu intérprete, nos profissionais ou burocratas a quem cabe o nobre mister de efetivar e cristalizar seu conteúdo. Exemplo nítido de tal experiência encontramos nos procedimentos que envolvem a contratação de bens ou serviços pela Administração Pública, em que as grandes falhas causadoras dos maiores danos ao erário público são, certamente, originadas da deficiente aplicação dos textos normativos correlatos e, em especial, da Lei 8.666/93. Peca-se ainda hoje, muitíssimo não só na fase externa da licitação, mas, também, e normalmente, na fase interna, na qual há, em grande quantidade de casos, uma deficiente definição do objeto a ser licitado, e na fase de

execução do contrato, em que a fiscalização, por parte da Administração Pública e, em muitos casos, deficitária e, por vezes, inexistente. (...).³⁰

Tem-se observado uma gama de problemas na área licitatória, nos diversos níveis de governos, como por exemplos, “... ocorrência de adjudicações indevidas, possibilidade superfaturamento, preterição e perda da proposta mais vantajosa, demoras e atrasos no procedimento, ausência de competitividade nas propostas...”, entre outras.

Muitos criticam a Lei 8.666/93 e atribuem-lhe “as deficiências” do procedimento licitatório. Por outro lado, é fato notável que a legislação nesta seara começou bem cedo no Brasil, conforme mencionamos neste trabalho, e tem evoluído gradativamente, mas a norma jurídica, por si só, não fará grandes transformações a não ser que seja efetivamente aplicada. Isto é, não basta a existência de regras sobre licitações e contratos: faz-se necessário o seu perfeito conhecimento pelos operadores na área e sua aplicação com competência. Outro problema muito frequente em licitações é a corrupção, fraude ou desvio cometidos por Agentes Públicos em conluio com licitantes. Este tipo de problema poderá ser evitado mediante controle eficaz do processo licitatório, por meio dos órgãos de controle interno, da própria Administração, e do controle externo, realizado pelo Poder Legislativo, com o auxílio do tribunal de Contas.

É claro que algumas críticas à Lei 8.666/93 são procedentes, mas atribuí-lhe todas as mazelas ocorridas nas licitações e contratos é fugir do âmago da questão que é o “gerenciamento ineficaz do processo licitatório” ou, em outras palavras, “a simples inépcia na compreensão da lei em sua operacionalização”.

30 BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Pregão – limitação ao âmbito da União. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo: RT, v.38, 2002, p. 362-363.

Bibliografia

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993 e suas alterações. Regulamenta as Licitações e Contratos Administrativos no âmbito da Administração Pública.

BASTOS, Elísio Augusto Velloso. Pregão: limitação ao Âmbito da União – Informativo de Licitações e Contratos, Zênite, Curitiba, PR, ano IX, n. 99. 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santo., Manual de Direito Administrativo. 28^a ed.rev.amp. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Curso de Direito Administrativo. 5^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36^a ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. 27^a ed. São Paulo: Malheiros, 2010.