

**FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
FACULDADE DE DIREITO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO ADMINISTRATIVO E ADMINISTRAÇÃO
PÚBLICA**

LICITAÇÕES PÚBLICAS: PROCEDIMENTOS E INEXIGIBILIDADE

JOÃO ANTÔNIO DA SILVA BALBINO

**CUIABÁ – MT
2011**

JOÃO ANTÔNIO DA SILVA BALBINO

LICITAÇÕES PÚBLICAS: PROCEDIMENTOS E INEXIGIBILIDADE

Monografia apresentada na Fundação Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito, Curso de Especialização em Direito Administrativo e Administração Pública, para obtenção de título de especialista. Sob a orientação do Prof. Dr. Marcelo Antônio Theodoro

**CUIABÁ – MT
2011**

Dedico à minha família, por estarem
sempre do meu lado.

Agradeço aos professores desta Instituição que com muita sabedoria transmitiram seus conhecimentos.
Aos meus colegas de turma pelo companheirismo e amizade.
E principalmente a Deus, pela vida, pela oportunidade e pela serenidade que nos conduz na realização dos nossos sonhos.

*“Penso 99 vezes e nada descubro;
deixo de pensar, mergulho no silêncio -
e eis que a verdade se revela! Nos
momentos de crise, só a inspiração é
mais importante que o conhecimento.”*
(Albert Einstein)

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo explicar a respeito das licitações públicas, seus procedimentos, modalidades, inexigibilidade e dispensa. O regime jurídico das licitações públicas compõe-se, predominantemente, pela Constituição Federal de 1988, e pela Lei nº. 8.666/93 e posteriores alterações. Para a aquisição de bens e serviços, a Administração Pública deve instaurar previamente um processo licitatório, salvo nos casos considerados como exceção na lei. Entre essas exceções encontra-se a inexigibilidade de licitação, sendo que, para efetivá-la, o administrador público deve seguir as regras contidas na legislação vigente. Pretende-se com esta monografia evidenciar os elementos indispensáveis que devem compor uma inexigibilidade, devido a algumas particularidades desta hipótese legal de licitação inexigível.

Palavras-chave: Licitação, Serviço Público, Procedimentos, Inexigibilidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1. O ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	09
1.1 Conceito da Administração Pública.....	09
1.2 Evolução histórica da Administração Pública.....	11
1.3 Breves contornos da Administração Pública.....	13
1.4 Alcance da Lei n. 8.666/93.....	14
2. DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS.....	15
2.1 Conceito de licitação.....	15
2.2 Princípios aplicáveis.....	16
2.3 Responsáveis pela licitação.....	22
2.4 Modalidades, limites e tipos.....	23
2.4.1 Modalidades de Licitação.....	23
2.4.1.1 Concorrência.....	23
2.4.1.2 Tomada de Preços.....	24
2.4.1.3 Convite.....	26
2.4.1.4 Concurso.....	27
2.4.1.5 Leilão.....	28
2.5 Pregão.....	29
2.6 Tipos de licitação.....	30
2.7 Fases da licitação.....	31
2.8 Procedimentos para a abertura de processo licitatório.....	32
2.9 Obras e serviços.....	34
2.10 Restrições para participar da licitação.....	36
3. INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO.....	38
3.1 Inexigibilidade de Licitação Pública.....	39
3.2 Observância da legislação.....	39
3.3 Elementos que devem compor a inexigibilidade de licitação.....	40
3.4 Princípios a serem seguidos pela Administração Pública.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	43
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	45

INTRODUÇÃO

Todo Governo precisa comprar serviços e produtos para viabilizar a Administração Pública em todas as suas esferas, seja em uma creche ou quando for construir uma hidrelétrica. A maior parte do dinheiro para essas compras vem dos impostos pagos pelo contribuinte. Para que o uso do dinheiro do contribuinte seja bem aplicado, os governos devem escolher a proposta mais vantajosa para suas compras. Este processo se dá por meio da licitação pública. Em outras palavras, as licitações tornam lícitas as compras do Governo e, como consequência, a forma como o Governo gasta nosso dinheiro.

No Brasil, a primeira legislação que tratava de compras públicas foram as Ordenações Filipinas, de 1595 (era uma lei portuguesa, que foi importada para o Brasil nos tempos da colônia). Atualmente, duas leis condicionam as licitações públicas brasileiras. A lei federal 8.666, de 1993, detalha os modelos de licitação possíveis para todas as esferas (Federal, Estadual e Municipal) e também o que pode ser dispensado de licitações.

Em 2002, foi promulgada a Lei Federal 10.520 que regularizou uma nova modalidade de licitação: o Pregão. A lei 8.666 detalha também outras duas modalidades de licitações, que não são exatamente compras de bens e serviços. São o concurso público e a alienação, ou venda, de bens públicos, que normalmente é feito em forma de Leilão.

Mais recentemente, a Lei Geral para Micro e Pequenas Empresas, promulgada em dezembro de 2006, trouxe uma série de vantagens para este tipo de empresa. Entre as facilidades, está a exclusividade de participação das micro e pequenas empresas em licitações de pequeno valor. Ou seja, atualmente, qualquer empresa pode participar de uma licitação. Assim, é importante saber como funciona a licitação pública no Brasil, seus procedimentos e modalidades, bem como a dispensa e inexigibilidade das mesmas.

1. O ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

As finalidades da Administração Pública resumem-se num único objetivo: o bem comum da coletividade administrativa. Toda atividade deve ser orientada para esse objetivo, sendo que todo ato que não for praticado no interesse da coletividade será ilícito e imoral.

GASPARINI (1993, p. 91) cita que:

Ao se observar o agir da Administração Pública, nota-se que o resultado por ela desejado algumas vezes é alcançado depois da realização de uma série de atos administrativos interligados, em que a prática de qualquer um depende da efetivação do que lhe é imediatamente anterior. Quando isso ocorre, se está diante do que os autores chamam de procedimento administrativo.

E esse é no dizer de MELLO (2008, p. 71), “uma sucessão itinerária e encadeada de atos administrativos tendendo todos a um resultado final conclusivo. Os mais notórios procedimentos administrativos são a expropriação, a licitação e o concurso”.

1.1 Conceito da Administração Pública

Seguindo o entendimento de alguns autores, podemos conceituar a Administração Pública, como um conjunto de órgãos do Estado encarregado de exercer, em benefício do bem comum, funções previstas na Constituição e nas leis.

Para MEIRELLES (1999, p. 347):

(...) pode-se falar de administração pública aludindo-se aos instrumentos de governo, como à gestão mesma dos interesses da coletividade. (...) Subjetivamente a Administração Pública é o conjunto de órgãos a serviço do Estado agindo in concreto para satisfação de seus fins de conservação, de bem-estar individual dos cidadãos e de progresso social.

E, SILVA (1992, p. 202) diz que:

Administração Pública é o conjunto de meios institucionais, materiais, financeiros e humanos preordenados à execução das decisões políticas. Essa é uma noção simples de Administração Pública que destaca, em primeiro lugar, que é subordinada ao Poder Político; em segundo lugar, que é meio e, portanto, algo que se serve para atingir fins definidos e, em terceiro lugar, denota seus aspectos: um conjunto de órgãos a serviço do Poder Político e as operações, atividades administrativas.

O Estado se manifesta por seus órgãos, que são supremos (constitucionais) ou *dependentes* (administrativos). Aqueles são os a quem incube o exercício do poder político, cujo conjunto se denomina *governo* ou órgãos governamentais. Os outros estão em plano hierárquico inferior, cujo conjunto forma a Administração Pública.

A Administração Pública pode ser definida objetivamente como a atividade concreta e imediata que o Estado desenvolve para a consecução dos interesses coletivos e subjetivamente como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado. Concluí-se, portanto que, Administração Pública é o conjunto das pessoas coletivas públicas, seus órgãos e serviços que desenvolvem a atividade ou função administrativa.

Consoante MOREIRA NETO (2002, p. 119) Administração Pública é:

O conjunto de atividades preponderantemente executórias de pessoas jurídicas de Direito Público ou delas delegatárias, gerindo interesses coletivos, na persecução dos fins desejados pelo Estado.

A Administração Pública no âmbito Federal compreende a Administração Direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos Ministérios; e a Administração Indireta, que compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: Autarquias;

Empresas Públicas; Sociedades de Economia Mista; Fundações Públicas.

No dizer de SILVA (1992, p. 115),

Administração centralizada, como conjunto de órgãos administrativos subordinados diretamente ao Poder Executivo de cada uma daquelas esferas governamentais autônomas e a administração descentralizada (ou fundacional), como órgãos integrados nas muitas entidades personalizadas de prestação de serviços ou exploração de atividades econômicas, vinculadas a cada um dos Executivos daquelas mesmas esferas governamentais.

O regime administrativo consiste em um poder político-jurídico, que é o poder executivo e administrativo, que se introduz como intermediário entre a lei e o juiz, a fim de assumir a aplicação das leis em todos os procedimentos que não sejam contenciosos, com a finalidade de facilitar e, se for necessário, impor aos cidadãos a execução das leis por meio de uma regulamentação própria, pela organização dos serviços públicos e por decisões executórias particulares.

O conceito de Administração Pública está indissociavelmente ligado à idéia de atividade desenvolvida pelo Estado, através de atos executórios concretos, para a consecução direta, ininterrupta e imediata dos interesses públicos. Trata-se, pois, da função administrativa de competência, predominantemente, do Poder Executivo.

Entretanto, a Administração Pública compreende não só o Poder Executivo, como também a complexa máquina estatal, através da qual o Estado visa a realização dos seus fins. Assim sendo, também integram a chamada Administração Pública não só Poder Executivo, mas também os Poderes Legislativo e Judiciário.

1.2 Evolução histórica da Administração Pública

Historicamente a Administração Pública Brasileira repousa sobre a ótica do patrimonialismo na administração regaliana. A

Administração Pública judiciária não fugiu à regra. Um movimento significativo no sentido de alterar esse estado de coisas ocorreu por força do Decreto-Lei nº 200/67, que procurou conferir uma melhor organização na prestação de serviços públicos. Fundamentou-se em diversos princípios, ou idéias-força, como a descentralização e a divisão de competências, a coordenação e o controle ou autotutela. Tratava-se de manifestação da Administração Burocrática da fase do estatismo e do interesse público visto como interesse do Estado.

Aprofundam-se os movimentos no sentido de enfrentar os desafios e responder com alguma efetividade ao verdadeiro estado paralelo que desafia os gestores públicos. Enfatizam-se novos focos de atenção como o do estabelecimento de controles estritos dos custos dos serviços públicos, da busca por eficiência, das privatizações, da desregulamentação, com a introdução, não sem contundentes críticas, de elementos de mercado na organização e gestão dos serviços públicos.

Na Constituição Federal de 1988, destacamos os dispositivos que constituem matéria principiológica para o desenvolvimento do tema, a saber: a) o Artigo 37, em especial, após a redação dada pela Emenda Constitucional nº 19 de 1988, que revalorizou na administração democrática o *kratein*, que é governar, deixando-o com a seguinte redação:

Art. 37:

Inciso XVII - 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 e, também, ao seguinte: ainda de destacar, em conexão com a idéia de melhor governança, a proibição de acumular cargos públicos, pois os cargos acumulados são mal executados.

A ênfase na gestão eficiente do ingresso de recursos, enfatizada pela precedência da administração fazendária (Art. 37, inc. XVIII), cuja última manifestação é a criação da criticada “Super Receita”, objeto da Medida Provisória nº 258/2005. Ainda o compartilhamento de

informações e cadastros (Art. 37, inc. XXII), pois não é racional que cada serviço renove investigações ou compilação de dados já disponíveis em outros órgãos, o importante não é o órgão, mas a função. A publicidade como princípio é outro seguro elemento para melhorar o serviço prestado que busca pelo controle da sociedade civil. A avaliação da qualidade do serviço prestado (§ 3º, inciso I, do Art. 37), a avaliação do desempenho do servidor, a hipótese de representação contra a negligência ou abuso no exercício do cargo, a avaliação de desempenho especial, além da anteriormente referida, agora para a aquisição de estabilidade no serviço público, reforçam muito especialmente o desempenho e a aptidão para exercício do cargo.

1.3 Breves contornos da Administração Pública

FIGUEIREDO (2001, p. 34) identifica como função administrativa, assim definida:

A função administrativa consiste no dever de o Estado, ou de quem aja em seu nome, dar cumprimento fiel, no caso concreto, aos comandos normativos, de maneira geral ou individual, para a realização dos fins públicos, sob regime prevalecente de direito público, por meio de atos e comportamentos controláveis internamente, bem como externamente pelo Legislativo (com o auxílio dos Tribunais de Contas), atos, estes, revisíveis pelo Judiciário.

DI PIETRO (2003, p. 54), aponta os seguintes sentidos utilizados para a expressão Administração Pública:

- a) em sentido subjetivo, formal ou orgânico, ela designa os entes que exercem a atividade administrativa; compreende pessoas jurídicas, órgãos e agentes públicos incumbidos de exercer uma das funções em que se triparte a atividade estatal: a função administrativa;
- b) em sentido objetivo, material ou funcional, ela designa a natureza da atividade exercida pelos referidos entes; nesse sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, ao Poder Executivo.

Com efeito, a Administração Pública não pode ser identificada com a atividade exercida pelo Poder Executivo, seja porque este não realiza apenas Administração, seja porque os demais poderes também administram.

Delineados os contornos da Administração, necessário que se analise os princípios a que está adstrita sua atuação, ante os reflexos que terão nos contratos administrativos.

1.4 Alcance da Lei n. 8.666/93

Tornou-se pacífico, portanto, o entendimento de que a Lei nº. 8.666/93 não pode alargar o seu alcance, extrapolando o permitido pela Constituição, para atingir entidades não pertencentes à Administração Direta e Indireta.

Tanto o Parágrafo Único do Art. 1º quanto o Art. 119 da Lei de Licitações não podem abranger os serviços sociais autônomos porque estes não se inserem entre as entidades que compõem a Administração Pública e tampouco são entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Além do mais, a competência atribuída à União para legislar em matéria de licitações e contratos não abrange os serviços sociais autônomos.

E, se a Lei n. 8.666/93, em perfeita consonância com a Constituição não enumerou essas instituições entre aquelas a que se destina, é defeso ao intérprete fazê-lo.

2. DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

2.1 Conceito de licitação

Licitação é o procedimento composto de uma série de atos que obedecem a uma seqüência determinada pela Lei de Licitações e suas alterações e tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público, mediante as condições fixadas e divulgadas no edital, em face da necessidade da entidade de comprar, alienar ou contratar a prestação de um determinado serviço ou obra, dentre outros.

MELLO (2006, p. 494) conceitua licitação como:

O procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e 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 e, função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.

Portanto, a licitação destina-se ao alcance de dois objetivos básicos:

a) a seleção da proposta mais vantajosa, em face do dever da entidade de aplicar da melhor maneira possível os recursos que administra; e,

b) assegurar igualdade de condições a todos os interessados no objeto licitado, tendo em vista a inexistência de liberdade de contratação.

Desta forma, a regra é licitar. Verificada a necessidade de contratação e sendo esta autorizada, deve a entidade optar por uma das

modalidades especificadas no Art. 22º do Lei de Licitações e Lei 10.520/02 (Pregão), dependendo do valor ou do objeto do contrato.

Porém, existem casos em que a licitação não é o meio adequado para a seleção da proposta mais vantajosa. São as hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas, respectivamente, nos Art. 24º e 25 da Lei de Licitações (Lei 8.666/93).

A licitação pressupõe a existência de competitividade. Por óbvio, só existe competitividade nas situações em que há mais de uma possibilidade concreta de contratação.

Assim sendo, a licitação, muito embora seja um dever, só pode ser exigida quando a situação fática autorizar a sua realização, impondo-se afastá-la quando houver singularidade de objeto ou de fornecedor. Dessa forma é a previsão esculpida no Artigo 25 da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), que prescreve que “a licitação será inexigível quando houver inviabilidade de competição (...)”.

Ainda que, em certas ocasiões, ela possa ser realizada, a fim de assegurar de forma mais eficaz a consecução do interesse público, autoriza-se sua dispensa, como, por exemplo, nas situações de emergência em que não há tempo hábil para realizar o certame.

Vale ressaltar, porém, que essa faculdade não está à vontade pessoal do agente, mas sim ai interesse público.

2.2 Princípios aplicáveis

Princípios são preceitos informativos, os fundamentos que integram um determinado sistema, de forma que as regras editadas devem estar respaldadas nesses princípios, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico.

Acerca da violação dos princípios jurídicos, é interessante transcrever a lição de SUNDFELD (1994, p. 19):

O princípio jurídico é norma de hierarquia superior a das meras regras, pois determina o sentido e o alcance destas,

que não podem contrariá-lo, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico (...). Em outras palavras: aplicar as regras desconsiderando os princípios é como não crer em Deus, mas preservar a fé em nossa Senhora.

CANOTILHO (2001, p. 173) assinala que:

Os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a ratio légis de uma disposição... ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do Direito.

O Art. 3º da Lei de Licitações disciplina os princípios que as entidades devem observar no procedimento licitatório, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e competitividade, dentre outros correlatos.

Conforme os ensinamentos de CARVALHO FILHO (2001, p. 79),

A probidade tem o sentido de honestidade, boa-fé, moralidade por parte dos administradores. Na verdade, 'o exercício honrado, honesto, probo da função pública leva à confiança que o cidadão comum deve ter em seus dirigentes.

O princípio da probidade exige que o administrador atue com honestidade para com os licitantes, e, sobretudo para com a própria Administração, e, evidentemente, concorra para que sua atividade esteja de fato voltada para o interesse administrativo, que é o de promover a seleção mais acertada possível.

O princípio da legalidade expressa o dever da entidade de amoldar-se ao ordenamento jurídico vigente, de forma que os atos praticados devem estar em conformidade com as normas a ela aplicáveis. Em virtude disso, só é possível exigir do licitante o que estiver previsto na ordem jurídica, uma vez que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei.

Ao se interpretar um dispositivo legal para averiguar a legalidade ou ilegalidade de um determinado ato, deve-se ter em mente que não se interpreta tal norma ou artigo de forma isolada. Há de existir uma interpretação lógico-sistemática, ou seja, considerando todo o ordenamento jurídico em que este se encontra inserido.

A impessoalidade caracteriza-se na atuação pautada por critérios objetivos, isento de qualquer valoração subjetiva do agente que possa auxiliar ou prejudicar determinada pessoa. Nesse sentido, DI PIETRO (2004, p. 71) assevera que:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados quanto a própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre interesse público que deve nortear o seu comportamento.

A moralidade impõe à entidade e aos seus agentes o dever de atuar em conformidade com os princípios éticos e próprios, compatíveis com suas finalidade e natureza. A gestão dos interesses coletivos pressupõe ética, probidade e honestidade.

WALTER *Apud* MEIRELLES (1999, p. 84) averbou que:

A moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, ela é composta por regras de boa administração, ou seja: pelo conjunto das regras finais e disciplinares suscitadas não só pela distinção entre o bem e o mal, mas também pela idéia geral de administração e pela idéia de função administrativa.

Igualdade significa conferir o mesmo tratamento àqueles que se encontram em uma mesma posição jurídica. Portanto, em licitação, não se veda o tratamento diferenciado. O que se proíbe é a diferenciação sem justificativa plausível. Quando se especificam no edital as exigências que o licitante e o produto ofertado devem atender, na verdade, está se fazendo uma discriminação entre aqueles que estão

aptos a satisfazer o interesse perseguido com a instauração da licitação que não estão.

Isso não é proibido, na medida em que é dever da entidade buscar a melhor proposta para a consecução da finalidade almejada. O que o princípio da igualdade veda é a discriminação imotivada, que não guarde nenhuma pertinência com a necessidade pública. Assim, todos os que atenderem às condições estabelecidas no edital devem ser tratados de forma isonômica.

Nesse sentido, FIGUEIREDO E FERRAZ (1994, p. 24) asseveraram que “a desigualdade não é repelida, o que se repele é a desigualdade injustificada”.

O princípio da publicidade consagra o dever de transparência administrativa e está previsto também no Artigo 4º da Lei de Licitações (Lei 8.666/93).

De acordo com esse princípio, os atos que integram o procedimento licitatório, devem ser dados a conhecer a todos os interessados. Bem como publicados nas formas previstas na Lei de Licitações.

No que se refere à vinculação ao instrumento convocatório, deve-se, como forma de propiciar segurança aos interessados, atuar em conformidade com o estritamente estipulado no edital ou convite, sob pena de ilegalidade. Nesse sentido, frise-se que o ato convocatório vincula o ente licitador e os licitantes, sendo imprescindível que o julgamento ocorra em harmonia com os critérios ali especificados.

Na basilar lição de MEIRELLES (1999, p. 257), “o edital é a lei interna da licitação e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (Art. 41).”

Ainda na visão de MEIRELLES (1999, p. 257),

Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas enquanto vigente o edital ou convite, não

poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento.

Conforme pontuado por FIGUEIREDO (1994, p. 44), ao referir-se ao ato convocatório, “se é lícito à Administração usar de alguma discricionariedade em sua elaboração, uma vez publicado torna-se imutável durante todo o transcurso do procedimento”.

Estritamente vinculado a esse princípio está o do julgamento objetivo, ao exigir que o certame seja processado e julgado em vista de critérios precisos e objetivos previstos no ato convocatório, de acordo com o tipo de licitação adotado. Após a especificação desses critérios, cabe à entidade tão somente aplicá-los no caso concreto.

Sobre o referido princípio, convém colacionar o seguinte julgado do TUC:

9.2.7. Falta de definição precisa dos critérios a serem adotados pela Comissão de Licitação para caracterizar o cumprimento (“atende/não, atende/atende parcialmente”) dos itens de planilhas de extrema complexidade de valores possíveis, ferindo o princípio do julgamento objetivo do art. 44, § 1º da Lei n. 8.666/1993.

Sendo assim, definidas as condições e publicado o instrumento convocatório, fica a entidade estritamente vinculada aos seus termos, não podendo estabelecer exigências ou condições nele não previstas, nem tampouco praticar atos não aparados pelo edital.

Importa destacar, contudo, que o princípio da vinculação ao edital não é absoluto, devendo este ser interpretado em consonância com os demais princípios, principalmente os da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, tendo-se em mira sempre o objetivo precípua da licitação: a seleção da proposta mais vantajosa.

Por fim, o princípio da competitividade expressa a existência, ao menos em tese, de disputa entre potenciais interessados no ramo do objeto, o que é da própria essência da licitação, uma vez que, sendo inviável a competição, estar-se-á diante da hipótese de inexigibilidade.

Por conta desses princípios as exigências devem guardar estrita pertinência com o objeto licitado. Somente os requisitos que sejam imprescindíveis para o atendimento do interesse público é que poderão estar previstos no edital.

Ainda que não previsto de forma expressa no artigo 3º da Lei de Licitações, é possível extrair da referida Lei, o princípio da adjudicação compulsória, que consiste no dever da entidade de, ao final do procedimento, conferir ao licitante vencedor o direito de executar o objeto, respeitada a ordem de classificação estabelecida quando do julgamento das propostas. É, portanto, o direito conferido ao vencedor de não ser preterido se o ente for realmente contratar. Isso não quer dizer, entretanto, que a contratação é obrigatória, mas sim que, se ocorrer, deverá ser efetuada com o primeiro colocado, exceto por óbvio, se este se recusar.

Os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, ainda que não previstos de forma expressa na Lei de Licitações (Lei 8.666/93 e Lei 10.520/02), são aplicáveis porquanto decorrem do próprio ordenamento jurídico.

Segundo JUSTEN FILHO (2001, p.29),

Não há necessidade de sua consagração explícita. Sua natureza é instrumental, eis que se destina a nortear, orientar e controlar aplicação e interpretação do Direito, assegurando a supremacia dos valores e princípios fundamentais – entre os quais avultam os da dignidade da pessoa humana e da República.

O princípio da razoabilidade tem por escopo impedir a prática de atos incoerentes e discrepantes do razoável. Assim, a entidade deverá se pautar em critérios razoáveis do ponto de vista racional, sendo vedada a adoção de conduta que afronte o senso comum de normalidade.

A proporcionalidade, por sua vez, tem o intuito de evitar que a conduta seja excessiva, devendo-se praticar o ato na proporção suficiente à consecução da finalidade preestabelecida na norma, sob pena de invalidação.

Quando da aplicação desses postulados, deve-se compatibilizar os dois objetivos precípuos da licitação, quais sejam: seleção da proposta mais vantajosa e tratamento isonômico entre todos os interessados.

Outro princípio que não está previsto no Artigo 3º, mas que, inquestionavelmente, aplica-se às licitações realizadas pelos órgãos públicos é o da motivação. Tal primado expressa o dever da entidade de motivar as razões de fato e de direito que respaldam suas decisões.

Ressalte-se que a motivação deve estar presente em qualquer tipo de ato e não somente nos discricionários, uma vez que tal formalidade é requisito *sine qua non* para viabilizar o controle da legalidade de todo e qualquer ato exarado no exercício da função pública.

2.3 Responsáveis pela licitação

Consideram-se responsáveis pela licitação os agentes públicos designados pela autoridade de competência, mediante ato administrativo próprio (portaria, por exemplo), para integrar comissão de licitação, ser pregoeiro ou para realizar licitação na modalidade concorrência pública, tomada de preços e carta convite.

A comissão de licitação é criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao cadastramento de licitantes e às licitações nas modalidades de concorrência, tomadas de preços e convite.

Esta pode ser permanente e especial. Será permanente quando a designação abranger a realização de licitações por período determinado de no máximo doze meses. Será especial quando for o caso de licitações específicas. Esta comissão é constituída por, no mínimo, três membros, sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

A investidura dos membros das comissões permanentes não pode exceder a um ano. Quando da renovação da comissão para o período subsequente, é possível a recondução parcial desses membros. A lei não admite apenas a recondução da totalidade.

Os membros da comissão de licitação respondem solidariamente pelos atos praticados, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

No caso de pregão, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio são designados dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação para, dentre outras atribuições, receberem a proposta escrita e os lances verbais, analisar a aceitabilidade da proposta e efetuar sua classificação, habilitar o licitante e adjudicar o objeto vencedor.

2.4 Modalidades, limites e tipos

2.4.1 Modalidades de Licitação

São modalidades de licitação, de acordo com o Art. 22 da Lei nº 8.666/93: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso, Leilão e Pregão (previsto na Lei 10.520/02).

2.4.1.1 Concorrência

Modalidade da qual podem participar quaisquer interessados que na fase de habilitação preliminar comprovem possuir requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do objeto da licitação.

Nos termos do Artigo 22º, § 1º, da Lei de Licitações, segundo VARESCHINI (2007, p. 47) concorrência é a:

Modalidade de licitação na qual será admitida a participação de qualquer interessado que, na fase inicial de habilitação, comprove possuir os requisitos mínimos de qualificação

exigidos no instrumento convocatório, para a execução de seu objeto.

Vale mencionar que a modalidade de licitação em estudo, pode ser discutida para alienações de bens, bem como na hipótese de registro de preços, devendo sempre respeitar o binômio: interesse social e oportunidade a todos de disputa.

Para participação, basta que o interessado atenda aos requisitos fixados no instrumento convocatório, sem nenhuma condição especial. Conforme destacado por JUSTEN FILHO (2001, p. 196), “o que deferência à concorrência é a amplitude de participação de interessados”.

Por ser a modalidade mais ampla, ou seja, a que possibilita o maior número de participantes, sua utilização é permitida para os casos em que seria cabível o convite. O que não se vislumbra é a utilização de modalidade mais simples, quando aplicável a mais complexa (convite nas hipóteses previstas para a concorrência).

Cumprido salientar, porém, que ainda que seja possível a utilização da concorrência, nas hipóteses previstas para o convite, sua adoção deve observar o princípio da economicidade, tendo em vista os gastos que são despendidos com a concorrência (publicação no jornal, por exemplo) se comparada ao convite.

Assim, somente em casos excepcionais, em que haja justificativa plausível, como, por exemplo, necessidade de ampliação da competitividade ou, conforme já destacado, em face da complexidade do objeto, deve-se utilizar a concorrência no lugar do convite.

2.4.1.2 Tomada de Preços

Segundo FURTADO (2001, p. 32),

Tomada de Preços é a modalidade 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, observada a necessária qualificação.

É a licitação realizada entre interessados previamente registrados, observada a necessária habilitação, convocados com a antecedência mínima prevista em lei, por aviso publicado na imprensa oficial e em jornal particular, contendo as informações essenciais da licitação e o local onde pode ser obtido o edital; é admissível nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor, estabelecidos no ato competente; tem o mesmo procedimento da concorrência; o que distingue é a existência da habilitação prévia dos licitantes através dos Registros Cadastrais (são assentamentos que se fazem nas repartições administrativas que realizam licitações, para fins de qualificação dos interessados em contratar com a Administração, no ramo de suas atividades).

É realizada entre interessados previamente cadastrados ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

A presença da universalidade na lei atual abriu as portas para maior número de licitantes, o que pode convir para o interesse da Administração e ao mesmo tempo tornou o procedimento mais complexo, já que a comissão de licitação tem que examinar a documentação dos licitantes que participarem da nova forma. A grande vantagem estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, essa fase praticamente se iguala a concorrência.

A publicidade deve ser observada na tomada de preços, com obediência as mesmas normas já referidas para a concorrência, porém com diferença do Art 21, § 2º, III, exige que a publicação se faça com 15 dias de antecedência, quando o prazo passa para 45 dias.

O registro cadastral deve ser mantido pelos órgãos e entidades que realizem freqüentes licitações, devendo ser atualizados anualmente. A pessoa cadastrada recebe um certificado do registro cadastral, com validade de um ano e do qual consta a categoria em que se inclui tendo em vista sua especialização e sua qualificação técnica e econômica. A habilitação é prévia porque feita no momento da inscrição do registro cadastral, perante a comissão permanente ou especial. O certificado pode ser aceito em qualquer modalidade de licitação, mesmo na concorrência, desde que observadas as restrições.

Em conformidade com a Lei 8.666/93.

Art. 22. (...)

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação 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, observada a necessária qualificação.

2.4.1.3 Convite

Modalidade realizada entre interessados do ramo de que trata o objeto da licitação, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela Administração.

Conforme previsto no Artigo 22º,III da Lei de Licitações, segundo VARESCHINI (2007, p. 48) convite é a:

Modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três), com antecedência mínima de vinte quatro horas, cujo instrumento convocatório será afixado em local apropriado com a finalidade de possibilitar a participação de outros interessados.

O convite é a modalidade de licitação mais simples. A Administração escolhe quem quer convidar, entre os possíveis interessados, cadastrados ou não. A divulgação deve ser feita mediante afixação de cópia do convite em quadro de avisos do órgão ou entidade, localizado em lugar de ampla divulgação.

Para alcançar o maior número possível de interessados no objeto licitado e evitar a repetição do procedimento, muitos órgãos ou entidades vêm utilizando a publicação do convite na imprensa oficial e em jornal de grande circulação, além da distribuição direta aos fornecedores do ramo.

A publicação na imprensa e em jornal de grande circulação confere ao convite divulgação idêntica à da concorrência e à tomada de preços e afasta a discricionariedade do agente público.

Quando for impossível a obtenção de três propostas válidas, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, essas circunstâncias deverão ser devidamente motivada e justificados no processo, sob pena de repetição de convite.

Limitações de mercado ou manifesto desinteresse das empresas convidadas não se caracterizam e nem podem ser justificados quando são inseridas na licitação condições que só uma ou outra empresa pode atender.

2.4.1.4 Concurso

Conforme definido no Artigo 22º, IV, da Lei de Licitações, segundo VARESCHINI (2007, p. 51) concurso é a “modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores”.

Verifica-se, portanto, que tal modalidade é adotada em razão da natureza do objeto e não do valor da contratação.

Os critérios de participação deverão ser especificados no ato convocatório, em conformidade ao interesse almejado com a instauração do concurso.

De acordo com JUSTEN FILHO (2001, p. 202),

O acesso ao concurso deverá ser o mais amplo possível. Mas serão válidas restrições se compatíveis com o princípio da isonomia e com o interesse que conduziu a Administração a desencadear o concurso. Assim, por exemplo, o interesse de incentivar o surgimento de novos artistas autoriza a vedação à participação de autores cujas obras já tenham sido publicadas.

O prêmio a que se refere a Lei de Licitações não precisa ser necessariamente, um bem economicamente avaliável. Pode consistir, por exemplo, em uma honraria ou incentivo de qualquer natureza.

O concurso deverá ser julgado por uma comissão especial, com qualificação específica para o objeto licitado. Referida escolha não pode ser feita com base em critérios subjetivos. Por mais difícil que seja a estipulação de critérios objetivos para a escolha de trabalho artístico, técnico e científico, por força do princípio do julgamento objetivo, a entidade deve prescrever a Lei 8.666/93 (Lei das Licitações) que regerá o concurso os critérios que serão considerados para a seleção, os quais, cumpre destacar mais uma vez, devem ser objetivos.

No concurso também é usual que o edital preveja a inversão das fases da licitação, ou seja, primeiro ocorre o julgamento dos trabalhos e apenas depois de escolhido o vencedor, procede-se à habilitação. Assim, para assegurar a imparcialidade do julgamento e evitar constrangimento aos participantes não premiados, pode a entidade optar por julgar os trabalhos no anonimato e, em momento posterior, conhecer dos requisitos de habilitação do vencedor.

2.4.1.5 Leilão

De acordo com FRANÇA (2002, p. 97),

Na modalidade Leilão qualquer interessado, para a venda de bens móveis inservíveis à Administração, de produtos legalmente apreendidos ou mesmo penhorados ou também, para a alienação de bens imóveis cuja a aquisição decorreu de procedimento judicial ou dação em pagamento. Dessa maneira, o leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente.

Leilão é a “modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens, a quem oferecer maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação”, nos termos do Artigo 22º, V, § 5º, da Lei de Licitações.

O artigo 53º, da mesma lei, alterada pela Lei 8.883/94, orienta de forma clara, sobre os procedimentos de tal modalidade.

No leilão, além de descrever de forma detalhada as características do bem, a entidade deve especificar no edital o valor mínimo a ser aceito, valor este decorrente de adequada e prévia avaliação, local onde o bem estará disponível para análise; forma de apresentação das propostas; forma de pagamento, entre outras.

A sessão é desenvolvida mediante o comparecimento dos interessados ao local, na data e horário previamente fixados no edital, com a formulação de lances verbais, restando vencedor aquele que apresentar o maior lance.

Geralmente inexistente fase de habilitação nessa modalidade. Nada impede, porém, que a entidade solicite documentação pertinente à comprovação da situação financeira do interessado, para demonstrar que este pode honrar sua proposta, porém, deve-se tomar cuidado para não ferir o princípio da isonomia.

2.5 Pregão

De acordo com JUSTEN FILHO (2004, p. 22),

O Pregão pode ser realizado por meio da utilização de recursos da tecnologia e da informação. O mesmo destina-se à aquisição, entre quaisquer interessados, de bens e serviços comuns, sem limite de valor, sendo que a disputa é feita por meio de propostas e lances em sessão pública.

É a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, promovida para todos os entes, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. Ele pode ser realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica.

É a modalidade licitação em que disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns é feita em sessão pública. Os licitantes apresentam suas propostas de preço por escrito e por lances verbais, independentemente do valor estimado da contratação.

Pregão, consoante previsão na Lei 10.520/2002, que instituiu a modalidade, segundo VARESCHINI (2007, p. 53) é a:

Modalidade de licitação entre quaisquer interessados para aquisição de bens e serviços, qualquer que seja o valor estimado da contratação realizada em sessão pública, podendo ser presencial, com propostas impressas e lances verbais, ou no ambiente internet, com propostas e lances eletrônicos, vedada a sua utilização para contratação de obras e serviços de engenharia.

Referida modalidade pode ser adotada tanto na forma presencial quanto eletrônica, esta última processada por meio de recursos da tecnologia da informação, principalmente pela internet.

A validade da licitação, na modalidade de pregão, não ficará comprometida se realizada a fase de lances, em razão da apresentação e/ou classificação de apenas uma proposta, levando – se em consideração, sempre, o interesse público.

Ao contrário do que ocorre em outras modalidades, no Pregão a escolha da proposta é feita antes da análise da documentação, razão maior de sua celeridade.

A modalidade pregão foi instituída pela Medida Provisória 2.026, de 4 de maio de 2000, convertida na Lei nº 10.520, de 2002, regulamentada pelo Decreto 3.555, de 2000.

O pregão é modalidade alternativa ao convite, tomada de preços e concorrência para contratação de bens e serviços comuns. Não é obrigatória, mas deve ser prioritária e é aplicável a qualquer valor estimado de contratação.

2.6 Tipos de licitação

O tipo de licitação não deve ser confundido com modalidade de licitação. Modalidade é procedimento. Tipo é o critério de julgamento utilizado pela Administração para seleção da proposta mais vantajosa.

A expressão tipo de licitação traduz o parâmetro por meio do qual será constatada a vantajosidade de uma proposta em cotejo com as demais. Ou, em outras palavras, é o critério de seleção da proposta mais vantajosa. Assim, não há porque confundir modalidade com tipo de licitação, tendo em vista serem conceitos totalmente distintos. A modalidade de licitação é a maneira pela qual a licitação será realizada, o *modus operandi*, o procedimento a ser adotado, conforme o caso e na forma prescrita na Lei de Licitações.

Já os tipos de licitação consubstanciam-se nos critérios fundamentais de julgamento. Nesse sentido, é o tipo de licitação que estipula o que deverá preponderar no julgamento do certame, se a técnica ou a conjunção de ambos.

Conforme prevê o artigo 45º da Lei de Licitações, os tipos de licitação são: menor preço, técnica e preço e maior lance ou oferta. A regra é que a licitação seja processada pelo critério de menor preço, cogitando-se a utilização da técnica e preço apenas nas hipóteses prescritas no § 3º.

Os critérios de julgamento devem ser objetivos, de acordo com os tipos de licitação, conforme princípio preconizado no Art. 3º da Lei de Licitações (Lei 8.666/93).

Destaca-se que esses tipos de licitação não se aplicam à modalidade concurso, na medida em que neste procedimento a entidade deverá especificar, de acordo com as características do objeto, os critérios que serão levados em conta para a seleção do trabalho que melhor atende ao interesse público.

2.7 Fases da licitação

Os atos da licitação devem desenvolver-se em seqüência lógica, a partir da existência de determinada necessidade pública a ser atendida. O procedimento tem início com o planejamento e prossegue até a assinatura do respectivo contrato ou a emissão de documento correspondente, em duas fases distintas:

- Fase interna ou preparatória

A fase interna da licitação é assim denominada porque ocorre exclusivamente no âmbito interno do órgão contratante, não possuindo a manifestação ou intervenção de terceiros.

Nesta etapa, cabe à entidade identificar suas necessidades e tentar englobar, sempre que possível, as parcelas de um mesmo objeto e os objetos de mesma natureza que serão contratados durante o exercício financeiro, para assegurar um melhor planejamento dessas contratações.

A fase interna começa com um pedido denominado de requisição, que é uma solicitação formal, por escrito, na qual o setor competente indica o objeto que almeja, estima o valor que será despendido e justifica a necessidade da contratação.

A fase interna é de extrema importância, uma vez que é nesse momento que a entidade, usando de seu poder discricionário, define sua necessidade e estipula as regras que regerão todo o procedimento licitatório e a posterior contratação. Qualquer falha, nesse momento, poderá comprometer a lisura de todo o certame.

- Fase externa ou executória

Inicia-se com a publicação do edital ou com a entrega do convite e termina com a contratação do fornecimento do bem, da execução da obra ou da prestação do serviço.

2.8 Procedimentos para a abertura de processo licitatório

A fase interna do procedimento relativo às licitações públicas observará a seguinte seqüência de atos preparatórios:

- solicitação expressa do setor requisitante interessado, com indicação de sua necessidade;

- aprovação da autoridade competente para início do processo licitatório, devidamente motivada e analisada sob a ótica da oportunidade, conveniência e relevância para o interesse público;
- estimativa do valor da contratação, mediante comprovada pesquisa de mercado;
- indicação de recursos orçamentários para fazer face à despesa;
- verificação da adequação orçamentária e financeira, em conformidade com a Lei de responsabilidade Fiscal, quando for o caso;
- elaboração de projeto básico, obrigatório em caso de obras e serviços;
- definição da modalidade e do tipo de licitação a serem adotados.

Com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei nº 101, de 04 de maio de 2000), outras exigências foram impostas ao gestor público para promover licitações públicas, em especial quando a despesa se referir à criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa.

Nesse caso, são condições necessárias para a efetivação do procedimento licitatório a existência de:

- estimativa de impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor a despesa e nos dois subseqüentes;
- declaração do ordenador de despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.

Para a Lei de Responsabilidade Fiscal, considera-se:

- adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que seja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;
- compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, os objetivos, prioridades e metas previstas nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

A LRF ressaltou dessas exigências apenas as despesas consideradas irrelevantes, definidas para a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO). Pelas LDO's para 2003 (Art. 98, inciso II, da Lei nº 10.524, de 25 de julho de 2002) e para 2004 (Art. 110, inciso II, da Lei nº 10.707, 30 de julho de 2003), por exemplo, são despesas irrelevantes aquelas cujo valor não ultrapasse os limites dos incisos I e II do Art. 24 da Lei de Licitações, ou seja, respectivamente, de R\$ 15.000,00, para obras e serviços de engenharia e R\$ 8.000,00 para compras e outros serviços.

2.9 Obras e serviços

Para definir o objeto da licitação, o administrador deve estar atento às peculiaridades do objeto e às diferentes exigências da Lei de Licitações na contratação de obras, serviços ou compras.

No caso de execução de obras e prestação de serviços, as licitações somente poderão ser realizadas quando:

- houver projeto básico aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório;

- existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;
- houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma de desembolso;
- a obra ou o serviço estiverem incluídos nas metas estabelecidas no PPA, se for o caso.

Não poderão ser incluídos no objeto da licitação:

- a obtenção de recursos financeiros para execução de obras e serviços, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica;
- o fornecimento de bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente injustificável, ou quando o fornecimento desses materiais e serviços for feito sob o regime de administração contratada, previsto no ato convocatório.

A empreitada por preço global é utilizada quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total. Seu uso se verifica, geralmente, em contratações de objetos mais comuns, quando os quantitativos de materiais empregados são pouco sujeitos a alterações durante a execução da obra ou da prestação de serviços e podem ser aferidos mais facilmente.

A empreitada por preço unitário é usada quando se contrata a execução da obra ou serviço por preço certo de unidades determinadas. É empregada com mais frequência em projetos de maior complexidade, cujas quantidades de serviços e dos materiais relativos às parcelas de

maior relevância e do valor significativo são definidas de forma exata no ato convocatório, nem tampouco no orçamento apresentado junto à proposta.

A tarefa é utilizada quando se contrata a mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais.

A empreitada integral é usada quando se pretende contratar o objeto em sua totalidade, ou seja, compreendendo todas as etapas da obra, serviços e instalações necessárias. Nesse regime, o contratado assume inteira responsabilidade pela execução do objeto até a sua entrega ao órgão ou entidade da Administração em condições de ser utilizado. Devem ser atendidos os requisitos técnicos e legais para o uso do objeto. Esse uso diz respeito à segurança estrutural e operacional e deve ter as características adequadas às finalidades para as quais o objeto que foi contratado.

A empreitada por preço global e a empreitada por preço unitário são os regimes mais utilizados de contratação.

Na empreitada por preço global, o pagamento deve ser efetuado após a conclusão dos serviços ou etapas definidos em cronograma físico-financeiro, por exemplo: fundações, estrutura, concretagem da laje, cobertura, revestimento, pintura e outras etapas.

Na empreitada por preço unitário, o pagamento deve ser realizado por unidades feitas, pois seus quantitativos são pouco sujeitos a alterações. Exemplo: metragem executada das fundações, de paredes levantadas, de colocação de piso, de pintura, de colocação de gesso.

É recomendável que o estabelecimento das quantidades a serem licitadas e contratadas seja o mais exato possível, a fim de evitar distorções na execução de obras ou na prestação de serviços, que possam culminar com acréscimos quantitativos além dos limites legais.

A licitação sob o regime de preço unitário é mais indicada quando o objeto incluir o fornecimento de materiais ou serviços com previsão de quantidades ou cujos quantitativos correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo, os quais devem retratar,

com adequado nível de precisão, a realidade da execução da obra ou da prestação de serviços.

Independentemente da modalidade adotada, a Administração deverá fornecer, obrigatoriamente, junto com o ato convocatório, todos os elementos e informações necessárias para que os licitantes possam elaborar suas propostas de preços com total e completo conhecimento do objeto da licitação.

2.10 Restrições para participar da licitação

Não podem participar direta ou indiretamente da licitação, da execução da obra, da prestação dos serviços e do fornecimento de bens necessários à obra ou serviços:

- o autor de projeto básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- a empresa, isoladamente ou em consórcio, de responsável pela elaboração de projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
- o servidor dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsáveis pela licitação.

Considera-se participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimento e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários. Esse entendimento é extensivo aos membros da comissão de licitação.

É permitido ao autor do projeto a participação na licitação de obra ou serviços, ou na execução, apenas na qualidade de consultor ou técnico, desde que nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, e exclusivamente a serviço da Administração.

3. INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO

Segundo BAZILLI e SANDRA (1999, p. 188) “inexigibilidade é a licitação insuscetível de ser realizada, a competição é inviável, não há porque falar em procedimento licitatório, dá-se a inexigibilidade licitatória”.

A inexigibilidade decorre da inviabilidade de competição, em face da ausência de alguns dos pressupostos que autorizariam a instauração do certame. Tal inviabilidade deriva da ausência de pluralidade de sujeitos em condições de contratar ou da impossibilidade de se compararem bens heterogêneos, pois nesse caso, não há como estabelecer critérios objetivos de julgamento.

Nesse sentido, enquanto a inexigibilidade decorre da natureza das coisas (sujeito ou objeto), a dispensa é produto da vontade legislativa.

Portanto, não são licitáveis os objetos singulares e/ou aqueles que só possam ser fornecidos por uma única pessoa. O dispositivo anteriormente citado é de cristalina clareza ao prescrever que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição.

Desse modo, as hipóteses contempladas no referido dispositivo são meramente exemplificativas, podendo haver situação fática nele não descrita, mas que configure inviabilidade de competição.

É o que acontece, por exemplo, quando não há parâmetro objetivo para a fixação dos critérios mediante os quais será feita a escolha da proposta mais vantajosa e/ou do melhor fornecedor.

Nas situações de dispensa há possibilidade de se realizar a licitação, enquanto nos casos de inexigibilidade o procedimento licitatório é materialmente impossível, na medida em que não será eficaz para ao atendimento do interesse público.

O princípio da licitação obteve expressa consagração no inciso XXI do Artigo 37 da Constituição Federal de 1988.

GUIMARÃES (2002, p. 36) ressalta que:

A licitação não é o único caminho pelo qual a Administração Pública adquire, aliena, enfim celebra contratos. Não se pode olvidar, como afirmado, que a regra a ser observada quando o Poder Público contrata com terceiros é a instauração prévia da licitação.

Todavia, pode o caso concreto se subsumir a uma das hipóteses legais de licitação dispensada, dispensável ou inexigível, fato este que autoriza o afastamento do competitivo com a consequente contratação direta.

3.1 Inexigibilidade de Licitação Pública

As Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n.º8666/93) estabelece, em seu Artigos 25, as hipóteses para a ocorrência de licitação inexigível. Esta ocorre quando há impossibilidade jurídica de competição entre os contratantes, quer pela natureza específica do negócio, quer pelos objetivos sociais visados pela Administração. Sempre que houver inviabilidade de competição há inexigibilidade de licitação, podendo a Administração Pública, em princípio obrigada a licitar, realizar diretamente o negócio de seu interesse.

3.2 Observância da legislação

Esse ato de inexigir um processo licitatório deve ser praticado em perfeita consonância com o sistema normativo vigente, sendo que o artigo 50, inciso IV da Lei 9784/99 (a qual regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal) traz a obrigatoriedade do mesmo ser devidamente motivado, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos pertinentes.

GUIMARÃES (2002, p. 57) entende que:

Em razão do princípio da motivação, nasce para o agente público a obrigação de expor, prévia ou contemporaneamente a qualquer ação, as situações fáticas e jurídicas que lhe dão sustentação.

Assim, todo e qualquer ato, seja ele vinculado ou discricionário, deve vir acompanhado da respectiva fundamentação, sob pena de torná-lo inválido.

Nesse sentido, MELLO (2001, p. 111) ensina que, “a ausência de motivação torna o ato inválido, sempre que sua enunciação, prévia ou contemporânea à emissão do ato, seja requisito indispensável para proceder-se a tal averiguação”.

A motivação dos atos, tanto vinculados quanto discricionários, constitui, além de uma garantia para o exercício do seu controle, uma obrigação para o bom administrador público, que deve pautar as suas ações na mais absoluta transparência.

3.3 Elementos que devem compor a inexigibilidade de licitação

Analisando o conteúdo até este momento citado, verificamos que a inexigibilidade deve ser necessariamente justificada e o respectivo processo deve ser instruído com elementos que demonstrem claramente a inviabilidade da competição, conferindo, como consequência, ampla transparência à atividade administrativa. Salienta-se ainda que a inexigibilidade não libera a Administração Pública de tomar as demais cautelas devidas, tais como:

- a análise dos aspectos de conveniência e oportunidade para a aquisição/contratação;
- a verificação prévia da existência de recursos orçamentários para a efetivação da contratação;
- a verificação da regularidade para com as fazendas Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede da pretensa

empresa a ser contratada, bem como de regularidade para com a Fazenda do Estado;

- prova de regularidade relativa à Seguridade Social (INSS) e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) da referida empresa;
- a consulta prévia da relação das empresas suspensas ou impedidas de licitar ou contratar com a Administração Pública do Estado;
- a juntada de atestado de exclusividade (no caso de aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, quando for o caso);
- a comunicação, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos; e, por fim,
- a celebração do contrato, o qual deverá conter as cláusulas mínimas obrigatórias contidas no artigo 55 da Lei 8666/93, com a respectiva publicação na imprensa oficial, respeitando assim, o princípio da publicidade.

A ilegalidade de qualquer um desses atos contamina os que lhe são posteriores.

3.4 Princípios a serem seguidos pela Administração Pública

Observa-se também que a Constituição Federal, no Artigo 37, preceitua que a Administração Pública obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, mas certamente não só a esses, pois há também princípios implícitos no texto constitucional, tais como os de finalidade, igualdade, proibição administrativa, legitimidade, economicidade, razoabilidade,

proporcionalidade, etc., os quais devem ser praticados pelo Poder Público inclusive quando contratam através de inexigibilidade de licitação.

Vale destacar que nenhuma ação administrativa poderá ser sustentada quando em conflito com qualquer dos princípios norteadores da Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adotou o Sistema Jurídico Brasileiro uma série de princípios norteadores da atividade administrativa. Devem ser estes princípios aplicados a todos que, direta ou indiretamente, lidem com dinheiro público, sob pena de, em caso de inobservância, serem devidamente responsabilizados civil, administrativa e penalmente, dependendo do grau de agressão ao Erário público.

Com base, mormente, nos Artigos 1º e 2º da Lei n. 8.666/93 é possível delinear o conceito de contrato administrativo, no qual se verifica que a presença da Administração é indispensável. Corolário dessa sua presença, é a irradiação dos princípios que a regem aos contratos que firma. A Lei de Licitações, coroando as normas e princípios trazidas no seio constitucional, elencou os diversos princípios administrativos aplicáveis à Licitação, sejam os básicos, ou mesmo os correlatos, todos aqui relacionados e analisados à luz da melhor doutrina e jurisprudência nacional.

Os princípios são algo maior que as normas. Estas podem ou não expressar algum princípio, quando então receberão a denominação de normas-princípios. Os princípios não necessitam, no entanto, estar descritos na letra fria da lei; transcendem eles o campo aleatório da vontade do legislador, para, em nome da segurança jurídica, arrimarem-se como postulados imanentes a todo e qualquer ordenamento que preze pela manutenção da Democracia e do Estado de Direito. Tal garantia nos tranqüiliza a partir do momento que resta impedida a louca atividade legiferante, muitas vezes irresponsável, daqueles que comandam a Nação.

Da necessidade de segurança jurídica, portanto, é que retiramos a importância do estudo da principiologia. O âmago de toda *quaestio juris* posta à apreciação do Judiciário deveria passar pela análise dos princípios, não podendo os magistrados ficarem jungidos à mera verificação da correlação dos fatos com a letra fria da lei. Tal atitude é desprezível, por engessar o Judiciário, podendo-se tornar este órgão, se ao acaso assim agir, mero escravo do Executivo ou Legislativo, o que se torna inconcebível em tempos hodiernos. O que se nota, contudo, é que, de regra, nosso Judiciário encontra-se em permanente vigília à proteção dos princípios de direito,

notadamente, pela análise e pesquisa efetuadas para a produção desta monografia, em relação aos princípios voltados para a Licitação Pública.

De todo o exposto, conclui-se que o administrador público, ao verificar que há razões que impeçam a realização de um processo licitatório, adquire bens e contrata serviços ou profissionais através da contratação direta, por inexigibilidade de licitação. Os atos devem ser praticados com base nas exigências legais e o processo deverá ser instruído com documentação hábil que comprove a caracterização da circunstância de fato que autorizou a providência, bem como, a regularidade fiscal da empresa a ser contratada.

Ressalta-se que a administração da coisa pública pressupõe ética, probidade e honestidade. O agente público deve agir com lealdade e boa fé, proporcionando total transparência dos seus atos, de forma a proporcionar a todos um efetivo conhecimento das pretensões da Administração Pública, suas ações e decisões.

Concluindo, mesmo que, vez por outra, teimem ainda os administradores inescrupulosos e imorais a querer atingir nossos princípios em sua base, entendemos que sua alma, sua sustentação, é indelével, indevassável, de maneira que somente se exercendo sua defesa, por meio de estudos e aperfeiçoamento da técnica legislativa, bem como pela conscientização de todos os setores da sociedade, é que chegaremos ao ideal, nos termos do que acima preconizamos: não mais necessitarão, em nosso País, princípios lógicos e inerentes à atividade do legislador virem expressos em normas, ainda que constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito administrativo**. 20ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BAZILLI, Roberto Ribeiro e MIRANDA, Sandra Julien. **Licitação à Luz do Direito Positivo (Atualizado conforme a Emenda Constitucional 19, de 4.6.1998, e a Lei 9.648 de 27.5.1998)**, São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 20ed. São Paulo: Atlas, 2003.

BRASIL. **Lei 8666/93, de 21/06/1993**. Regulamenta o art. 37, XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, 1993.

BRASIL. **Lei 9784/99, de 29/01/1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Brasília, 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Lei n. 101 – Lei de Responsabilidade Fiscal**. Brasília: Senado Federal, 2000.

BRASIL. Portal de pesquisa textual. **Decisões e Acórdãos do TCU**. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br>>. Acesso em: 8.out.2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Licitações e contratos**: orientações básicas. 3ed. rev. atual. e ampl. Brasília: TCU, Secretaria de Controle Interno, 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Obras públicas**: recomendações básicas para contratação e fiscalização de obras públicas. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização de Obras e Patrimônio da União, 2002.

CAETANO, Marcelo. **Manual de Ciência Política e Direito Constitucional**. Lisboa: Coimbra, 1972.

CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional**. 5^a. ed. Coimbra: Almedina, 2001.

CENEVITA, Walter. **Direito constitucional brasileiro**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 15^a. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 17^a. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Direitos dos licitantes**. 4^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 3^a. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. 5^a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo**. 7^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

FRANCO JÚNIOR, Raul de Mello. **Anotações sobre organização do Estado**. Araraquara: UNIARA, 2007.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. **Comentários à lei de Licitações e Contratos da Administração Pública**. 3ª. Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva. 1993.

GUIMARÃES, Edgar. **Controle das Licitações Públicas**. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 11ª. ed. São Paulo: Dialética, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**: teoria, prática e jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: revista dos Tribunais, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. **Comentários à leis de licitações e contratações da administração**. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCHWARTZ, Stuart B. **Burocracia e sociedade no Brasil colonial**. São Paulo: Perspectiva, 1979.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 9ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

TAVARES, José. **Os Princípios Fundamentais do Direito Civil**. 2ed. Coimbra: Coimbra, 1929.

TESSLER, Marga Inge Barth. **O conteúdo da idéia de alto desempenho na gestão pública**. Disponível em: <http://www.ibrajus.org.br/revista/artigo.asp?idArtigo=4>Acesso: 22.nov.2008.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. **Licitações e Contratos no Sistema S**. Curitiba: JML, 2007.

WALTER, Henri. *Apud* MEIRELLES, H.L. **Direito administrativo**. 24ª. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.