

Fundamentos da Gestão da Logística Pública e Teoria Geral de Licitação e Contratos

Apostila

Diretoria de Desenvolvimento Gerencial
Programa Gestão da Logística Pública



Apostila

ENAP

**Fundamentos da Gestão
da Logística Pública e
Teoria Geral de
Licitação e Contratos**

Brasília - 2013

Fundação Escola Nacional de Administração Pública*Presidente*

Paulo Sergio de Carvalho

Diretor de Desenvolvimento Gerencial

Paulo Marques

Diretora de Formação Profissional

Maria Stela Reis

Diretor de Comunicação e Pesquisa

Pedro Luiz Costa Cavalcante

Diretora de Gestão Interna

Aíla Vanessa de Oliveira Cançado

Coordenadora-Geral de Programas de Capacitação: Marcia Serôa da Motta Brandão
Editor: Pedro Luiz Costa Cavalcante; *Coordenador-Geral de Comunicação e Editoração:*
Luis Fernando de Lara Resende; *Revisão:* Renata Fernandes Mourão, Roberto Carlos R.
Araújo e Simonne Maria de Amorim Fernandes; *Capa:* Ana Carla Gualberto Cardoso;
Editoração eletrônica: Vinicius Aragão Loureiro

Ficha catalográfica: Equipe da Biblioteca Graciliano Ramos/ENAP

L7589f LINO, Gustavo

Fundamentos da gestão da logística pública e teoria geral de licitação
e contratos / Gustavo Lino. - Brasília: ENAP/DDG, 2013.

45p.

Programa Gestão da Logística Pública.

1. Administração Pública. 2. Logística. 3. Licitação. 4. Contrato.
5. Legislação. I. Título.

CDU 35:658.715

© ENAP, 2013

ENAP Escola Nacional de Administração Pública

Diretoria de Comunicação e Pesquisa

SAIS – Área 2-A – 70610-900 — Brasília, DF

Telefone: (61) 2020 3096 – Fax: (61) 2020 3178

Licitações	5
<i>Conceito</i>	<i>5</i>
<i>Finalidade</i>	<i>6</i>
<i>Princípios Gerais da Licitação</i>	<i>7</i>
<i>Princípios Específicos da Licitação</i>	<i>12</i>
<i>A Licitação na Constituição Federal</i>	<i>14</i>
<i>Modalidades de Licitação</i>	<i>27</i>
<i>Contratos Administrativos</i>	<i>38</i>
<i>Normas de Contratos Administrativos</i>	<i>39</i>
<i>Cláusulas Exorbitantes</i>	<i>41</i>
<i>Alterações Unilaterais do Contrato</i>	<i>41</i>
<i>Rescisão do Contrato</i>	<i>43</i>
Referências Bibliográficas	45

Fundamentos da Gestão da Logística Pública e Teoria Geral de Licitação e Contratos

Licitações

Conceito

Os diversos conceitos de licitação existentes na doutrina têm como denominador comum a declaração de que a licitação é um procedimento administrativo que, em regra, antecede necessariamente a realização de um ato (a exemplo da permissão de uso de bens ou de serviço público) ou de um contrato (alienação, aquisição de bens ou execução de obras e serviços, etc.) pela Administração Pública. Para delimitar o conceito, são mencionadas características comuns da licitação: condições pré-estabelecidas, disputa ampla e isonômica entre interessados e seleção da proposta mais vantajosa para a Administração com base em critérios objetivos.

O conceito atualmente adotado pelo Tribunal de Contas da União (2010, p. 19) é o seguinte: “Licitação é o procedimento administrativo formal em que a Administração Pública convoca, por meio de condições estabelecidas em ato próprio (edital ou convite), empresas interessadas na apresentação de propostas para o oferecimento de bens e serviços”.

Já Hely Lopes Meirelles (2004, p. 52) nos ensina:

Licitação é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão de atos vinculantes para a administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de moralidade nos negócios administrativos.

Para Diógenes Gasparini (1995, p. 286), a licitação pode ser conceituada como:

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

Na visão de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 350), a licitação é:

(...) o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para celebração de contrato.

O mestre Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 483) sublinha, em sua definição, o aspecto da competição:

Licitação - em suma síntese - é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na idéia de *competição*, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Finalidade

Conforme esclarecido no art. 3º da Lei nº 8.666/93, são duas as finalidades da licitação:

a) selecionar a proposta mais vantajosa para o ato ou contrato de interesse da Administração;

b) dar igualdade de oportunidades aos interessados.

Quanto à primeira finalidade, na doutrina de José Cretella Júnior (2008, p. 120):

mais vantajosa não é a *proposta de menor preço*, mas aquela que se apresenta mais adequada, mais favorável, mais consentânea com o interesse da Administração, observadas, sem dúvida, outras condições como o prazo, o pagamento do preço, a qualidade, o rendimento.

Para Diógenes Gasparini (1995, p. 286), a seleção da proposta mais vantajosa pode ser frustrada, seja diante do que a doutrina denomina de “licitação frustrada”, por vícios jurídicos ou insatisfação das propostas, seja diante da “licitação deserta”, quando não aparecem interessados ao aludido procedimento.

Segundo Marçal Justen Filho (*apud* LOBATO NETO, Lucival Lage, 2001), essa vantagem não é um critério simples e unitário, pois compreende os seguintes aspectos:

- a) subjetivo: ocorrerá vantagem para administração quando o licitante que formula a proposta apresentar requisitos de idoneidade, de tal forma que haverá grande probabilidade deste realizá-la;
- b) tecnológico: quando se relaciona a proposta com os princípios técnicos e científicos. Haverá vantagem se a proposta corresponder às exigências de execução satisfatória do objeto. Não é vantajosa quando a proposta indica que será realizado objeto imprestável, inadequado ou defeituoso;
- c) jurídico: quando a proposta for compatível com os princípios jurídicos. Há vantagem quando o objeto e as condutas dos licitantes forem lícitos, independentemente do cumprimento de exigências legais previstas no processo licitatório;
- d) econômico: quando houver vantagem para os cofres públicos, seja pelo menor desembolso, ou pelo maior ingresso de recursos.

A seleção da proposta mais vantajosa para a Administração precisa ainda ser cotejada com outras dimensões relacionadas à finalidade da licitação, como a proteção ao meio ambiente e o desenvolvimento nacional, o que será abordado mais adiante.

Note-se que, quanto ao aspecto jurídico, é fundamental saber quais são os princípios jurídicos que incidem sobre a matéria, alguns insculpidos na Constituição Federal, outros em leis ordinárias.

Princípios Gerais da Licitação

Um princípio jurídico torna visível e põe em evidência os valores subjacentes ao ordenamento jurídico, revelando o melhor sentido da interpretação legal e da conduta geral pretendida. As regras que compõem as leis podem ser, na maioria dos casos, diretamente vinculadas à noção de observância ou inobservância. Mas tal noção só se afirma como verdadeira quando exposta à luz dos princípios.

Durante todo o procedimento licitatório, seja na fase interna, seja na fase externa, deverão ser observados os princípios gerais que disciplinam a administração pública. Esses princípios estão estabelecidos na Constituição Federal e na Lei de Processo Administrativo (Lei nº 9.784/99).

No texto da Constituição Federal de 1998 encontram-se os princípios constitucionais, destacados a seguir.

1. Isonomia (art. 5º, *caput*)

O Princípio constitucional da isonomia ou da igualdade atende a uma das finalidades básicas da licitação que é a de assegurar em suas contratações igualdade de condições a todos os concorrentes e, em última instância, a competitividade no procedimento licitatório.

É certo que, ao enunciar as regras do procedimento, o administrador pode exigir alguns requisitos para a competição. Contudo, é imprescindível que tais requisitos limitem-se a critérios objetivos e a exigências de qualificação técnica indispensáveis ao cumprimento das obrigações e ao atendimento das finalidades públicas envolvidas, para que, em última instância, os princípios da isonomia e da competitividade não sejam violados.

Nesse sentido, pode ser citado o seguinte julgado do TCU (2010, p. 86):

Assunto: LICITAÇÕES. DOU de 06.09.2010, S. 1, p. 82. Ementa: alerta a um município para as seguintes impropriedades, que podem comprometer a observância do princípio constitucional da isonomia nas licitações: a) ausência de critérios objetivos para composição de um lote, sem observância da natureza distinta dos itens que o compõem, e que exigem tratamento diferenciado em termos de fornecimento, transporte, guarda e armazenamento; b) detalhamento excessivo das especificações de itens que podem restringir a competitividade do certame; c) ausência de planilha contendo os preços unitários dos produtos a serem adquiridos, na forma definida no art. 40, § 2º, da Lei nº 8.666/1993 (itens 1.4.1.1 a 1.4.1.3, TC-015.496/2010-4, Acórdão nº 2.187/2010-Plenário).

Ainda quanto à isonomia, o Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabelecem como critério de avaliação da proposta mais vantajosa o fato de o produto ser produzido em determinado Estado-membro

(vide ADI 3.583/PR) ou os valores relativos aos impostos pagos ao ente federativo que realiza a licitação (vide ADI 3.070/RN), exatamente pela afronta ao princípio da isonomia.

2. Legalidade (art. 5º, inciso II, e art. 37, *caput*)

O princípio constitucional da legalidade é o principal fundamento do Estado de Direito (i.e., do Estado limitado pelas leis que ele próprio edita e que permite o controle judicial da Administração). Ele surge da necessidade de substituir a vontade individual do soberano (i.e., o governo dos homens) por uma vontade geral contida na lei elaborada por representantes do povo (governo da lei).

A legalidade é ao mesmo tempo um direito fundamental e uma das principais garantias dos demais direitos do ser humano, pois ela estabelece precisamente os limites da atuação administrativa em prol do respeito a tais direitos. Portanto, a Administração somente pode fazer o que a lei autoriza, sob pena de nulidade do ato e de responsabilização (civil, penal e administrativa) do seu autor.

No âmbito da licitação, como nos ensina José dos Santos Carvalho Filho (2009, p. 233), o princípio da legalidade

(...) impõe, principalmente, que o administrador observe as regras que a lei traçou para o procedimento. É a aplicação do devido processo legal, segundo o qual se exige que a Administração escolha a modalidade certa. Que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos em lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais.

3. Ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV)

Por contraditório deve-se entender o direito da parte de se opor, de debater, de contraditar tudo o que for levado ao processo pela outra parte. Compreende o direito de ter ciência dos atos processuais (direito de informação); de ter a oportunidade de se manifestar no processo, produzindo provas e trazendo aos autos argumentos fáticos e jurídicos que demonstrem o seu ponto de vista; e, finalmente, de ver os seus argumentos considerados pelo julgador, pois de nada adianta às partes apresentar o seu ponto de vista no processo sem que a decisão final leve em consideração tais razões. Por ampla defesa, entende-se o direito de trazer ao processo todos os meios de prova admitidos pelo Direito (documentos, perícias, depoimentos etc.) (HOLTHE, 2010).

Exemplo claro de aplicação destes princípios ao procedimento da licitação reside no art. 49, § 3º, pelo qual se asseguram o contraditório e a ampla defesa no caso de desfazimento do processo licitatório. A propósito do tema, decidiu o TCU (2010, p. 601-602):

- Assuntos: LICITAÇÕES e REVOGAÇÃO. DOU de 23.04.2010, S. 1, p. 162. Ementa: determinação à SPOA/ME para que, *ao proceder à revogação de certames licitatórios, deixe claramente explícita a motivação condutora dessa revogação, a fim de que não fique sujeita a interpretações várias dos licitantes quanto aos reais motivos que conduziram à decisão de desfazimento, bem como para que se possa, adequadamente, permitir o acesso ao contraditório e à ampla defesa previstos no art. 49, § 3º, c/c o art. 109, inc. I, da Lei nº 8.666/1993 e art. 9º da Lei nº 10.520/2002 (item 9.2.3, TC-007.507/2010-0, Acórdão 1.711/2010-2ª Câmara).*

- Assunto: PREGÃO ELETRÔNICO. DOU de 27.04.2011, S. 1, p. 174. Ementa: alerta ao Instituto Nacional do Seguro Social quanto à impropriedade caracterizada pela anulação dos atos de homologação e adjudicação de um pregão eletrônico sem oferecer prévia oportunidade de defesa à empresa prejudicada, cerceando o seu direito ao contraditório e à ampla defesa inerentes ao devido processo legal, em afronta ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal e ao art. 49, § 3º, da Lei nº 8.666/1993 (item 9.4.1, TC-004.070/2010-0, Acórdão nº 2.401/2011-1ª Câmara).

4. Moralidade (art. 37, *caput*)

Segundo esse princípio, não basta que o ato administrativo seja conforme a lei. É preciso que haja conformidade com a moral, com a ética, *bons costumes*, princípios de justiça e ideia comum de honestidade.

Observe-se que a ofensa à moralidade administrativa não exige efetiva lesão patrimonial (CARVALHO FILHO, 2009), bastando que a conduta viole os princípios éticos que devem pautar a atuação do Estado e de quem com ele se relaciona.

5. Impessoalidade (art. 37, *caput*)

Considerando que os Poderes estatais são meros instrumentos das finalidades públicas, o atuar administrativo deve pautar-se em um mínimo de objetividade, capaz de excluir a personalização indevida do Poder com favorecimentos ou perseguições pessoais.

No âmbito da licitação, o princípio constitucional da impessoalidade ganha importância na medida em que as hipóteses de inexigibilidade de licitação, notadamente as de serviços técnicos, pautam-se pelo reconhecimento da natureza singular do serviço e da notória especialização, o que pode dar margem a tratamentos privilegiados a determinados contratantes, com prejuízo para a moralidade e a impessoalidade da atuação estatal.

6. Publicidade (art. 37, *caput*)

O princípio constitucional da publicidade impõe a mais ampla divulgação dos atos administrativos, o que possibilita à população o controle da legitimidade da atuação estatal e do cumprimento dos demais princípios constitucionais. A atuação estatal sigilosa deve ser entendida como excepcional e somente admitida nos casos expressamente previstos na Constituição Federal ou na legislação ordinária, a exemplo do sigilo a ser dado ao conteúdo das propostas dos licitantes até a respectiva abertura.

A publicidade pode ser dividida em geral e restrita.

Por publicidade geral, entende-se a publicação dos atos e contratos administrativos em órgãos oficiais de imprensa ou em jornais privados para conhecimento de toda a sociedade. Nesse ponto, a regra geral é a de que os atos sejam publicados no diário oficial, ressalvadas as exceções legais, como a do art. 22, § 3.º, da Lei n.º 8.666/93, a exigir que a carta-convite seja apenas afixada em local apropriado da unidade administrativa.

Já a publicidade restrita assegura que pessoas diretamente interessadas em determinado ato tenham dele conhecimento (a exemplo das intimações de licitantes inabilitados). Ressalte-se que o STF tem invalidado atos administrativos restritivos de direitos individuais exatamente quando a Administração deixa de proceder à intimação regular dos seus interessados (RE 158.543/RS).

O princípio da publicidade é um dos mais prestigiados pelo Estatuto Federal das Licitações, sendo concretizado, a título de exemplo, nos seus arts. 3º, § 3º, 16, 21, 26 e 39.

7. Eficiência (art. 37, *caput*)

Inserido no *caput* do art. 37 pela EC n.º 19/98, o princípio da eficiência exige que a Administração Pública brasileira realize suas funções com bom rendimento e produtividade e alcance os melhores resultados com o menor custo possível. Em verdade, a eficiência é uma das facetas de um princípio mais amplo oriundo do Direito Italiano: o princípio da boa administração (MELLO, 2004).

Para Raquel Melo Urbano de Carvalho (2008), a eficiência analisa os meios e métodos de trabalho utilizados para atingir os fins estatais. Já a eficácia mede o alcance dos resultados desejados, isto é, afere o sucesso do seu atingimento. Dito de outro modo, enquanto a eficiência analisa a relação custo-benefício (relação meios e fins) e propõe qual o melhor método para se chegar a determinado resultado, a eficácia analisa se os resultados foram alcançados com os recursos que se dispunha. Para Raquel Carvalho, o objetivo da Administração Pública é alcançar a efetividade, i.e., atingir os resultados desejados com os meios adequados.

Registre-se que não se pode reduzir a eficiência à economicidade, i.e., à maximização dos resultados com o menor custo possível, nos moldes praticados pela iniciativa privada. Esta visa ao lucro, enquanto o Estado objetiva conceder a todos uma vida digna. Nesse sentido, a eficiência impõe que as necessidades sociais sejam satisfeitas ao máximo, porém com o menor gasto possível.

Para além dos princípios constitucionais, a Lei Federal nº 9.784/99 (Lei do Processo Administrativo), em seu art. 2º, estabelece mais alguns princípios, que já estavam presentes na doutrina: “Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência” (BRASIL, 1999).

Passa-se a uma breve análise de cada um deles.

8. Finalidade

Pelo princípio da finalidade pública, o administrador somente pode agir para realizar o fim público, que é aquele descrito na lei, sob pena de desvio de finalidade, que é uma das modalidades de abuso ou desvio do poder do Estado.

No contexto do Direito Administrativo contemporâneo, os juízos de juridicidade e de legitimidade tornam inválidos os comportamentos do administrador baseados na lei, mas que se revelem imorais, não éticos e desvinculados da finalidade pública. Desse modo, afirma-se que não basta o ato ser legal, pois ele deve também ser ético e pautado na finalidade pública.

9. Interesse público

A finalidade da lei sempre será a satisfação do interesse público. Ao aplicar a lei, o administrador deve ter em mente essa finalidade. Em verdade, todo o regime jurídico administrativo baseia-se em dois postulados básicos:

a) o da supremacia do interesse público sobre o privado, o qual justifica as prerrogativas e privilégios concedidos à Administração para que ela satisfaça os interesses coletivos, a

exemplo da presunção de veracidade dos atos administrativos e do poder de alterar e rescindir unilateralmente os contratos;

b) o da indisponibilidade do interesse público, que impõe à Administração o respeito aos direitos individuais dos administrados, a observância da finalidade pública, assim como a sujeição a normas especiais que não se aplicam às relações entre particulares.

Ressalte-se que o interesse público a que se refere é o primário ou interesse público propriamente dito (que é o pertinente à sociedade como um todo), e não o secundário, i.e., o interesse das entidades estatais na condição de pessoas jurídicas.

10. Motivação

O princípio da motivação impõe limites à arbitrariedade estatal, pois exige que todos os atos da Administração Pública, vinculados e discricionários, sejam motivados de forma prévia ou ao menos concomitante à sua expedição, devendo-se indicar os fundamentos de fato e de direito que os justificam, sob pena de nulidade no caso de atos sem motivação ou com motivação insuficiente.

11. Razoabilidade/proporcionalidade

Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade derivam do princípio do devido processo legal, previsto no art. 5.º, LIV, da CF/88, e são considerados como sinônimos pela jurisprudência e doutrina dominantes, apesar da matriz norte-americana do primeiro e da origem alemã do segundo.

Como princípio da Administração Pública, a razoabilidade limita a discricionariedade dos atos administrativos e exige que o administrador atue dentro de parâmetros aceitáveis e razoáveis, de acordo com o bom senso de um homem médio.

É sabido que os atos administrativos dividem-se em vinculados e discricionários, sendo que nestes últimos a lei conferiu ao administrador certa liberdade de atuação para avaliar a conveniência e a oportunidade do ato (a que chamamos de mérito administrativo).

Pois bem. Em relação à margem de liberdade dos atos discricionários, o princípio da razoabilidade impede que os administradores adotem medidas bizarras, inaceitáveis, que extrapolem a razoável margem de liberdade que lhes foi conferida em lei, sob pena de nulidade desses atos.

Não obstante, o princípio da razoabilidade não deve ser utilizado para respaldar invasões indevidas do Poder Judiciário no estrito mérito administrativo. Esse princípio apenas limita a discricionariedade e invalida os atos que extrapolem as finalidades da lei, pois a liberdade concedida é a liberdade dentro das possibilidades que a lei comporta e o ato irrazoável não pode ser admitido pela lei, razão pela qual ele é ilegal (MELLO, 2004).

Já o princípio da proporcionalidade (ou da proibição do excesso), quando não é usado como sinônimo de razoabilidade, configura a idéia de graduação, ponderação, de sintonia fina entre o estabelecimento de restrições pelo Estado e a gravidade da conduta do particular. Para que um ato administrativo atenda ao princípio da proporcionalidade, ele deve ser:

a) adequado, ou seja, apto e eficaz aos fins a que se propõe;

b) necessário, indispensável, devendo ser escolhido o meio menos gravoso para se atingir a finalidade pública; e

c) proporcional em sentido estrito, pois as vantagens resultantes da prática do ato administrativo devem superar as suas desvantagens, não podendo também haver excesso na restrição da atividade do particular pelo Estado. Esta proibição do excesso pode ser representada pela máxima de que não se devem abater pardais com canhões!

São exemplos da adoção do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade nas licitações:

a) a vedação de que o formalismo do procedimento leve à desclassificação de propostas com simples omissões ou defeitos irrelevantes (vide a decisão do Superior Tribunal de Justiça no Mandado de Segurança nº 5.418/DF);

b) a proibição do estabelecimento, no instrumento convocatório, de critérios de julgamento desproporcionais em relação às necessidades públicas a serem satisfeitas durante a execução do contrato (vide o Acórdão nº 165/2009 do TCU).

12. Segurança jurídica

O princípio da segurança jurídica tem o principal objetivo de evitar, no âmbito da Administração Pública, a aplicação retroativa de novas interpretações da lei a situações ocorridas na vigência de interpretações anteriores, a fim de evitar a quebra da confiança e da boa fé que os cidadãos nutrem em relação às condutas estatais. Nas palavras de Di Pietro (2010, p. 85): “Se a Administração adotou determinada interpretação como correta e a aplicou a casos concretos, não pode depois vir a anular atos anteriores, sob o pretexto de que os mesmos foram praticados com base em errônea interpretação”.

O princípio da segurança jurídica ainda respalda outros institutos do Direito Administrativo como a convalidação dos atos administrativos, a prescrição e a decadência, a fim de prestigiar a estabilidade e a segurança das relações jurídicas.

Registre-se, por fim, que, segundo Di Pietro (2010, p. 85), tal princípio deve ser utilizado com cautela, para que a Administração Pública não seja impedida de anular os atos contrários à lei, sob o argumento da proteção da estabilidade das relações jurídicas. Nesse aspecto, o administrador deve se ater aos casos em que o legislador ponderou os princípios da legalidade e da segurança jurídica, excepcionando a anulação dos atos ilegais, em prol de sua convalidação.

Princípios Específicos da licitação

Além dos princípios gerais apresentados acima, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 3º, estabelece um rol de princípios específicos, que também devem ser observados por todos os que lidam com o procedimento licitatório:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da 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. (BRASIL, 1993)

15. Probidade administrativa

Relaciona-se ao princípio da moralidade. A não observância desse princípio específico pode configurar o que se chama de ato de improbidade. Os atos de improbidade estão definidos na Lei nº 8.429/92, conforme os artigos citados a seguir.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...]

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço. (BRASIL, 1993).

16. Vinculação ao instrumento convocatório

A licitação deve observar as regras estabelecidas no instrumento convocatório. O edital é a “lei da licitação”. Após a definição das regras e a divulgação do edital, com a sua publicação, não é possível alterar o que foi definido, pois as regras vinculam não apenas a administração, como os próprios licitantes.

Mas e se o edital for divulgado com erro? É possível corrigir o erro, mas deverá ser refeito o procedimento, e o edital deverá ser publicado novamente, com a observância dos prazos fixados pela lei.

17. Julgamento objetivo

Esse princípio estabelece que o julgamento da licitação deve ocorrer segundo critérios objetivos. Não é possível escolher a empresa a ser contratada com base em critérios subjetivos. Por essa razão, o ato de convocação da licitação (edital ou convite) deve indicar de forma clara e precisa o critério que será adotado no julgamento das propostas, e os fatores de avaliação.

18. Adjudicação compulsória

Uma vez atendidas as exigências do edital, o licitante que oferecer a melhor proposta tem direito subjetivo a não ser preterido na celebração do contrato. A administração pode até não celebrar o contrato se demonstrar razões de interesse público, decorrentes de fato

superveniente. Contudo, se for celebrar o contrato, é obrigada a fazê-lo com o vencedor da licitação. É o que dispõe o art. 50 da Lei nº 8.666/93: “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.”(BRASIL,1993).

19. Supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público é a superioridade do interesse público em face do interesse particular. Não se confunde com o interesse do administrador ou do Estado. Também não se trata do atendimento do interesse do Estado na condição de máquina administrativa.

20. Indisponibilidade do interesse público

Princípio não escrito. É a regra segundo a qual os interesses públicos, qualificados como próprios da coletividade não são apropriáveis por qualquer particular, nem pelos operadores do Estado.

O Decreto nº 5.450/05, que regulamenta o Pregão Eletrônico, instituído pela Lei nº 10.520, de 2002, também determina a observância de alguns princípios:

Art. 5o A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade
Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação. (BRASIL, 2005).

21. Competitividade

A licitação deve ser conduzida de modo a favorecer a competitividade dos licitantes. Deve-se evitar qualquer exigência irrelevante e destituída de interesse público, que restrinja a competição.

A Licitação na Constituição Federal

Nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal de 1988:

Art. 37. 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:
[...]

XXI - 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, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (BRASIL, 1988).

O princípio da igualdade assegura as mesmas condições a todos os concorrentes da licitação, inclusive empresas estrangeiras. Todavia, tal igualdade não é absoluta, sendo

jurídico estabelecer preferências para tutelar interesses públicos como o desenvolvimento nacional e a sustentabilidade, conforme veremos mais detidamente adiante.

A manutenção das condições efetivas da proposta é elemento de proteção do vencedor da licitação, que não pode ser obrigado ou pressionado a reduzir o preço ou melhorar condições para a assinatura do contrato. Está ligada também à ideia de manutenção da proporcionalidade e equilíbrio econômico entre as obrigações e recompensas assumidas pelas partes ao longo da vigência do contrato.

O senso comum nos indica que maiores exigências de qualificação técnica e econômica dos proponentes presentes na licitação conduzem a maiores chances de contratação de bens ou serviços de elevada qualidade. Mas o sentido de permitir somente a adoção de exigências de qualificação indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações é o de propiciar o maior número possível de concorrentes qualificados e impedir a criação de barreiras técnicas para direcionar o processo licitatório.

A Constituição Federal prevê ainda, no inciso XXXVIII do art. 22, que a competência legislativa para edição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos é privativa da União. Estados, Distrito Federal e Municípios podem editar apenas normas específicas.

Já o artigo 173 da Carta Magna permite a edição de estatuto jurídico próprio das entidades empresariais estatais para viabilizar o exercício da atividade comercial em um ambiente concorrencial, sem prejuízo da observância aos princípios da administração pública.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (BRASIL, 1988)

À falta do estatuto específico, deve ser observada a Lei nº 8.666/1993:

Até que seja editada lei dispondo sobre licitações e contratos das empresas estatais e sociedades de economia mista, em atenção ao art. artigo 173, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, devem estas observar os preceitos da Lei nº 8.666/1993 e os princípios e regras da Administração Pública.” (Acórdão TCU 1732/2009 Plenário)

O art. 175 da Constituição Federal, por sua vez, estabelece que a prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão seja precedida de licitação.

A Lei Federal nº 8.666/93 – Regulamento do ART. 37, XXI, CF/1988

Art. 1º - Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, 1993)

Normas gerais – a definição de norma geral é controversa. Norma geral é aquela que trata dos aspectos centrais e menos casuísticos ou detalhados dos fenômenos, sendo aplicável a todos os entes federativos. É a norma que dá o primeiro nível de concretude a uma disciplina.

Publicidade – a menção à publicidade deve-se ao caráter problemático da contratação de um trabalho técnico de difícil comparação objetiva. Para sua contratação foi editada uma Lei federal específica, a Lei nº 12.232/2010.

A Lei Federal nº 8.666/93 – Obrigação de Licitar

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

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada. (BRASIL, 1993).

A regra é licitar. Contratação direta é exceção.

Lei Federal nº 8.666/93 – Contratação Direta - Dispensa

No plano conceitual, quando há contratação direta?

Quando o procedimento licitatório normal é impossível ou não viabiliza a contratação mais vantajosa frente aos objetivos do Estado e da sociedade. Requer procedimento administrativo especial e simplificado que comprove de modo fundamentado a condição excepcional, previsto no art. 26 do Estatuto Federal das Licitações, não equivalendo a uma contratação informal. Há três hipóteses: licitação dispensada, licitação dispensável e licitação inexigível.

- Na licitação dispensada, a Lei não permite licitar, pois eventual licitação seria desnecessária ou antieconômica.

- Na licitação dispensável, é possível licitar, mas a Lei autoriza a dispensa.

- Na licitação inexigível, não há viabilidade de competição.

- Licitação dispensada – Art. 17 da Lei nº 8.666/93 – Alienação de bens imóveis (I) e móveis (II):

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

(...) (As alíneas declaram as hipóteses)

II - quando móveis, dependerá de avaliação prévia e de licitação, dispensada esta nos seguintes casos:

(...) (Alíneas declaram as hipóteses)(BRASIL,1993).

Licitação dispensável – Art. 24 da Lei nº 8.666/93 – Pequeno valor ou situações extraordinárias:

Art. 24. É dispensável a licitação:

I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso I do artigo anterior, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente;

II - para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea “a”, do inciso II do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez; (...) (BRASIL,1993)

Nos demais incisos do art. 24 da Lei nº 8.666/93, observa-se as seguintes situações extraordinárias ou emergenciais: guerra ou grave perturbação da ordem, emergência ou calamidade pública; licitação vazia; intervenção no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento; preço manifestamente superior aos praticados no mercado; fornecimento estatal; segurança nacional; compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração; remanescente de obra ou serviço; gêneros perecíveis, obras de arte, etc.

Lei Federal nº 8.666/93 – Contratação Direta - Inexigibilidade

Quando a licitação é inexigível?

Art. 25. É inexigível a licitação quando houver **inviabilidade de competição**, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.(BRASIL, 1993.grifo nosso).

Note que a expressão “em especial” revela que o rol da inexigibilidade é exemplificativo, o que não ocorre com as outras hipóteses de dispensa.

Serviços técnicos profissionais especializados – (Art. 13) São serviços que exigem a aplicação prática e utilitária de conhecimentos e habilidades pessoais típicas de uma profissão que requeira o domínio aprofundado de arcabouço teórico ou habilidade técnica de difícil obtenção. É o caso de auditores tributários ou restauradores de arte.

A Lei Federal nº 8.666/93 – Serviços Técnicos Profissionais Especializados

Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

- I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
- II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
- III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
- IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
- V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
- VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
- VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.
- VIII - (Vetado).(BRASIL,1993).

A Lei Federal nº 8.666/93 – Serviços Técnicos Profissionais Especializados

Art. 13. (...)

§ 1º 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.

§ 2º Aos serviços técnicos previstos neste artigo aplica-se, no que couber, o disposto no art. 111 desta Lei. (**Transferência de direitos patrimoniais** sobre o serviço).

§ 3º A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes **realizem pessoal e diretamente os serviços** objeto do contrato.(BRASIL, 1993.grifo nosso)

A preferência pelo concurso se deve ao fato de permitir a comparação da habilidade técnica e artística dos proponentes a partir da qualidade do produto que se deseja contratar, como nos casos de um projeto de arquitetura ou de um parecer sobre determinado tema.

É muito frequente a inexigibilidade de licitação para serviços técnicos, por força da previsão contida no art. 25, II, da Lei nº 8.666/93.

Responsabilização do servidor e do particular por abuso na contratação direta:

Art. 25 [...]

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado **superfaturamento**, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. (BRASIL, 1993 grifo nosso)

Superfaturamento é o pagamento de bens e serviços a preços superiores aos praticados no mercado ou orçados pela administração, levando-se em conta as circunstâncias da execução do contrato. Não deve ser confundido com o sobrepreço, que é a cotação de preço de material ou serviço com preço superior ao orçamento estimado pelo órgão ou entidade pública ou ao preço corrente de mercado.

Lei Federal nº 8.666/93 – Finalidade – Observância dos Princípios - Natureza Instrumental - Busca da Proposta mais Vantajosa.

Art. 3º - A licitação **destina-se a** garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da **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.(BRASIL, 1993, grifo nosso).

Instrumentalidade – O início do dispositivo revela que a licitação destina-se ao alcance de fins determinados. Em consequência, o estrito cumprimento dos ritos, procedimentos e formalidades licitatórios não é suficiente para garantir a conformidade da licitação ao Direito.

Proposta mais vantajosa – A proposta mais vantajosa não é a de menor preço, nem a que traz o maior benefício à coletividade independentemente de seu custo. É a proposta de melhor relação entre benefício e custo, em outras palavras, a de maior economicidade. Todavia, deve-se ter em mente que a possibilidade de a proposta mais vantajosa não corresponder à de menor preço não abre espaço para contratações desprovidas de uma análise cuidadosa dos custos envolvidos.

Desenvolvimento nacional sustentável – A menção à sustentabilidade foi inserida na Lei de Licitações em 2010 pela Lei nº 12.349/2010. É um elemento que insere uma abordagem sistêmica às licitações, pois deve ser entendida como a utilização do poder de compra estatal para o atingimento de macroobjetivos não necessariamente vinculados à necessidade imediata de contratação de bens e serviços ou com a relação benefício custo interior a uma licitação específica.

Passemos ao art. 4º, para entendermos a relação entre a natureza instrumental e a natureza procedimental da licitação, antes de retornarmos ao art. 3º.

A Lei Federal nº 8.666/93 – Licitação é Procedimental

Art. 4º Todos quantos participem de 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, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Parágrafo único. O procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública.(BRASIL,1993,grifo nosso)

Ao comentar o precitado artigo, Marçal Justen Filho (2010, p. 99-100) nos ensina:

O dispositivo acentua a natureza procedimental da licitação. Ratifica que os atos da licitação não são independentes entre si nem podem ser enfocados isoladamente. A licitação é uma série preordenada de atos. A Lei e o edital estabelecem a ordenação a ser observada. O descumprimento das fases ou sequencias estabelecidas acarreta o vício do procedimento como um todo.

Todos os atos que compõem a licitação são formais, devidos e ostensivos, a fim de afastar a prática de arbitrariedade contra os administrados e garantir a transparência.

A natureza procedimental da licitação se soma à natureza instrumental para conformar um processo em que os meios e os fins são igualmente relevantes. Nem os fins justificam os meios, nem os meios justificam os fins.

A Lei Federal nº 8.666/93 – Vedações aos Agentes Públicos

Retornemos ao art. 3º, para compreensão das vedações aos agentes públicos, relacionadas aos princípios da **competitividade** e da **isonomia**.

Art. 3º(...)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, **restringam ou frustrem o seu caráter competitivo**, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;

II - estabelecer **tratamento diferenciado** de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991;(…) (BRASIL, 1993, grifo nosso)

A Lei Federal nº 8.666/93 – Preferência Nacional

Já vimos que vários princípios incidem sobre a licitação, entre eles o da isonomia entre os participantes do certame, inserido na lei como regra geral. Mas a própria lei declara expressamente preferências que constituem exceções à isonomia. A preferência do art. 2º é pouco utilizada, por ser infrequente o empate de propostas:

Art. 3º (...)

§ 2º Em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

I - ~~produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional~~; (Revogado pela Lei nº 12.349, de 2010))

II - produzidos no País;

III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005) (BRASIL, 1993).

Em caso de empate, deve ser feita a distinção entre a preferência nacional, que está presente desde a origem na Lei de Licitações, e a margem de preferência inserida pela Lei nº12.349/2010.

A Lei Federal nº 8.666/93 – Margem de Preferência Nacional

Margem de preferência é o diferencial de preços entre os produtos e serviços nacionais e os produtos e serviços estrangeiros, que permite assegurar preferência à contratação de produtos e serviços nacionais.

Suponhamos a margem de preferência seja de 25% e que determinado produto estrangeiro seja ofertado por vinte reais. O percentual da margem de preferência é aplicado sobre o valor, elevando-o para vinte e cinco reais, chamado “preço com margem”. Portanto, se houver um produto nacional ofertado por vinte e três reais e oitenta centavos, por exemplo, a proposta nacional sairá vencedora em relação à estrangeira.

A ideia da margem de preferência é proteger o emprego, a renda, a arrecadação tributária, o desenvolvimento tecnológico, a atividade econômica e, em última instância, o desenvolvimento nacionais.

A margem de preferência pode ser normal (§ 5º) ou adicional (§ 7º):

Art. 3º

[...]

§ 5º Nos processos de licitação previstos no caput, poderá ser estabelecido **margem de preferência** para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.

§ 6º A margem de preferência de que trata o § 5o será estabelecida com base em estudos revistos periodicamente, em prazo não superior a 5 (cinco) anos, que levem em consideração:

I - geração de emprego e renda;

II - efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais;

III - desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País;

IV - custo adicional dos produtos e serviços; e

V - em suas revisões, análise retrospectiva de resultados.

§ 7o Para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País, poderá ser estabelecido **margem de preferência adicional** àquela prevista no § 5o.

§ 8o As margens de preferência por produto, serviço, grupo de produtos ou grupo de serviços, a que se referem os §§ 5o e 7o, serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros.

§ 9o As disposições contidas nos §§ 5o e 7o deste artigo não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior:

I - à quantidade a ser adquirida ou contratada; ou

II - ao quantitativo fixado com fundamento no § 7o do art. 23 desta Lei, quando for o caso.

§ 10. A margem de preferência a que se refere o § 5o poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul - Mercosul.

§ 11. Os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão, mediante prévia justificativa da autoridade competente, exigir que o contratado promova, em favor de órgão ou entidade integrante da administração pública ou daqueles por ela indicados a partir de processo isonômico, medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Poder Executivo federal.

§ 12. Nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a Lei no 10.176, de 11 de janeiro de 2001.(BRASIL,1993,grifo nosso).

As margens de preferência acima elencadas são regulamentadas em decretos, que contam com os produtos e as respectivas margens.

Preferências em outras leis – Lei Federal nº 8.248/91 – Serviços de Informática e Automação.

Art. 3º Os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem, a:

I - bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País;

II - bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

§ 1º Revogado.

§ 2º Para o exercício desta preferência, levar-se-ão em conta condições equivalentes de prazo de entrega, suporte de serviços, qualidade, padronização, compatibilidade e especificação de desempenho e preço. (BRASIL, 1991).

A preferência é uma condição de desempate. Mas com o parágrafo acima, as vantagens a considerar não são objetiváveis, o que gera várias controvérsias, algumas resolvidas pela regulamentação contida no Decreto nº 7.174, de 12 de maio de 2010.

Art. 3º [...]

§ 3º A aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, poderá ser realizada na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o Processo Produtivo Básico nos termos desta Lei e da Lei no 8.387, de 30 de dezembro de 1991.(BRASIL,2010).

Preferências em outras leis – Lei Complementar nº 123/2006 – Microempresas (ME) e Empresa de Pequeno Porte(EPP).

Art. 44. Nas licitações será assegurada, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

§ 1º Entende-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada.(BRASIL,2006).

A Lei Federal nº 8.666/93 – Disciplina Financeira

Art. 5º Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a **moeda corrente nacional**, ressalvado o disposto no art. 42 desta Lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita **ordem cronológica** das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada. (...) (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Todas as licitações nacionais devem ser expressas exclusivamente em reais, havendo correção monetária de acordo com o estipulado no edital.

Ordem cronológica dos pagamentos – Já foi muito frequente, antes da edição da Lei de Licitações e da informatização dos procedimentos o agente público, pagar alguns contratados e não outros, por afinidade pessoal, meio de punição ou recebimento de propina. Hoje, se impõe a ordem cronológica de pagamentos em verdadeira fila. A exigibilidade nasce a partir do adimplemento da obrigação assumida pelo contratatado, conforme as condições de recebimento e pagamento estabelecidas no contrato administrativo. Importante ressaltar que é vedado ao Estado suspender o pagamento de toda a fila havendo disponibilidade de recursos, pois as relações jurídicas devem ser pautadas pela boa-fé.

Pagar com preterição da ordem cronológica é crime tipificado no art. 92 da Lei nº 8.666/93.

A Lei Federal nº 8.666/93 – Obras e Serviços

A partir dos artigos 7º e 8º da Lei de Licitações, são feitas distinções entre obras, serviços e compras. Esta parte do texto legal é introduzida por definições presentes no art. 6º, que destacaremos na ordem que possibilite melhor entendimento. Tais definições são bastante incompletas e controversas, sendo as duas primeiras definições, as de obra e serviço, reveladas por exemplificações. Veja abaixo os conceitos de Obra; Serviço; Projeto Básico; e Projeto Executivo, expressos, respectivamente, nos incisos I, II, IX e X, do art. 6º da Lei de Licitações.

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I- **Obra** - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II- **Serviço** - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;

(...)

IX- **Projeto Básico** - conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

(...)

f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;

X - **Projeto Executivo** - o conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT;(…)(BRASIL,1993,grifo nosso).

Serviços de engenharia são enquadrados como obra ou como serviço? Depende. Se a modificação for significativa e permanente é obra. Se não for, é serviço. O tema é complexo. Veja o texto do art. 7º da Lei de Licitações.

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:

I - **projeto básico**;

II - **projeto executivo**;

III - execução das obras e serviços. (...)

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

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

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - 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;

IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas metas estabelecidas no Plano Plurianual de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.(BRASIL,1993, grifo nosso)

O art. 7º é um artigo de planejamento. Destina-se a garantir que a administração tenha uma antevisão da execução, prepare a documentação que fixe e detalhe o objeto da contratação feita para o atendimento de suas necessidades, e estime a despesa correspondente, obtida a partir do somatório dos custos apurados. Em seguida, há um juízo de pertinência material ao Plano Plurianual(PPA) e de suficiência dos recursos orçamentários necessários à execução. Embora tais disposições estejam no artigo específico para obras e serviços, sua disciplina serve para qualquer licitação.

Note que o conceito de projeto executivo está vinculado a obras e serviços de engenharia, não sendo plausível exigi-lo para a maioria dos outros tipos de serviços.

A Lei Federal nº 8.666/93 – Obras e Serviços - Regimes de Execução

Veja abaixo os conceitos de Execução direta e execução indireta expressos nos incisos VII e VIII, do art. 6º da Lei de Licitações.

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:(...)

VII - **Execução direta** - a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios;

VIII - **Execução indireta** - a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;(…)(BRASIL,1993, grifo nosso)

O que caracteriza a empreitada é o fornecimento pelo contratado de todos os elementos necessários ao cumprimento da prestação.

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

c) (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

d) tarefa - quando se ajusta mão-de-obra para pequenos trabalhos por preço certo, com ou sem fornecimento de materiais;

e) empreitada integral - quando se contrata um empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as etapas das obras, serviços e instalações necessárias, sob inteira responsabilidade da contratada até a sua entrega ao contratante em condições de entrada em operação, atendidos os requisitos técnicos e legais para sua utilização em condições de segurança estrutural e operacional e com as características adequadas às finalidades para que foi contratada;(BRASIL, 1993)

O Tribunal de Contas da União (2010, p. 149-150) assim nos orienta a respeito dos regimes de execução:

Empreitada por preço global é utilizada quando se contrata execução de obra ou prestação de serviço por preço certo para a totalidade do objeto. Verifica-se geralmente nos casos de empreendimentos comuns. Exemplo: construção de escolas e pavimentação de vias públicas, nas quais os quantitativos de materiais empregados são pouco sujeitos a alterações durante a execução do contrato, pois podem ser mais bem identificados na época de elaboração do projeto.

Na hipótese de empreitada por preço global, o pagamento deve ser efetuado após a conclusão das parcelas, etapas ou serviços definidos no respectivo cronograma físico-financeiro. Exemplo: terraplenagem, fundações estrutura, concretagem de laje, cobertura, revestimento, pintura.

Quanto à empreitada por preço unitário, o pagamento deve ser realizado por unidades feitas. Exemplo: metragem executada de fundações, de paredes levantadas, de colocação de piso, de pintura, de colocação de gesso. Deve ser empregada quando determinados itens representativos de obras e serviços licitados não puderem ser apurados com exatidão na fase do projeto, em função da natureza do objeto, a exemplo de obras de terraplenagem.

Independentemente do regime adotado, empreitada por preço global ou unitário, é importante que a Administração estabeleça, o mais exato possível, as quantidades dos itens licitados, a fim de evitar distorções no fornecimento de bens, na execução de obras ou na prestação de serviços. Essas distorções podem culminar com acréscimos quantitativos além dos limites legais e levar ao denominado “jogo de planilha”.

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

Empreitada integral é usada quando se contrata, por exemplo, empreendimento na integralidade, com todas as etapas da obra, serviço e instalações correspondentes. Nesse regime, o contratado assume inteira responsabilidade pela execução do objeto até entrega à Administração contratante para uso. Para isso, devem ser atendidos todos os requisitos técnicos e legais para utilização, em condições de segurança estrutural e operacional, com todas as características adequadas às finalidades da contratação.

A Lei Federal nº 8.666/93 – Obras e Serviços – Impedimentos à Participação

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;

II - empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do 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;

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

(...)

§ 3o Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste artigo, 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, fornecimentos e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes necessários.

§ 4o O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.(BRASIL, 1993).

A participação dos impedidos seria um risco aos princípios da moralidade e da isonomia. Trata-se de um artigo acautelador.

Lei Federal nº 8.666/93 – Compras

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão:

I - 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 garantia oferecidas;

II - ser processadas através de sistema de registro de preços;

III - submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado;

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade;

V - balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. (BRASIL, 1993).

Segundo Marçal Justen Filho (2010, p. 184), o princípio da padronização visa reduzir custos e gerar eficiência com base nas aquisições passadas e futuras da Administração, eliminando variações tanto no tocante à seleção de produtos no momento da contratação como também na sua utilização e conservação.

A adoção de padronizações deve ter a cautela de não restringir indevidamente o caráter competitivo da licitação. Não se pode estabelecer padronização que conduza à aquisição de determinada marca, salvo em situações muito excepcionais.

A submissão das compras às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado não significa que a Administração possa, em regra, pagar antecipadamente.

O parcelamento de compras encontra-se entre dois marcos: deve-se subdividi-las para possibilitar a participação do maior número possível de empresas até o ponto em que o benefício econômico da medida não seja comprometido por deseconomias de escala.

Lei Federal nº 8.666/93 – Compras – Registro de Preços

Art. 15. (...)

§ 1o O registro de preços será precedido de ampla pesquisa de mercado.

§ 2o Os preços registrados serão publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial.

§ 3º O sistema de registro de preços será regulamentado por decreto, atendidas as peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições:

- I - seleção feita mediante concorrência;
- II - estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados;
- III - validade do registro não superior a um ano.(BRASIL, 1993).

O Sistema de Registro de Preços – SRP é um conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição e locação de bens, para contratações futuras. O órgão executa uma licitação, mas o objeto dessa licitação não é contratação de bem ou serviço e sim o registro de preços e fornecedores para futuras e eventuais aquisições. Assim, um processo licitatório pode dar ensejo a inúmeros contratos, possibilitando uma maior economia de escala e redução dos custos operacionais, já que a administração termina por prescindir da realização de novos procedimentos a cada contratação. É regulamentado no Decreto federal nº 7.892/2013.

A licitação para sistema de registro de preços não requer previsão de recursos orçamentários. É admissível que entidades públicas adiram a registros de preços efetuados originalmente por outras entidades igualmente estatais, inclusive majorando o quantitativo de aquisições pretendido, o que é conhecido popularmente como “carona”. A existência dessa figura é polêmica e muitos sustentam que há vícios insanáveis na prática, mas não há dúvidas de que a “carona” é elemento de celeridade e desburocratização nas compras governamentais.

Modalidades de Licitação

Modalidades Comuns da Lei nº 8.666/93(utilizáveis para qualquer tipo de contratação):

- concorrência;
- tomada de preços; e
- convite.

Modalidades Especiais da Lei nº 8.666/93(utilizáveis para contratações peculiares):

- concurso(trabalho técnico e científico); e
- leilão(alienações).

Modalidade criada em outra norma (Lei nº10.520/02) para a aquisição de bens e serviços comuns:

- pregão

Nova modalidade de contratação, criada pela Lei nº12.462/02, para a execução de programas e projetos específicos:

- Regime Diferenciado de Contratações - RDC

Lei Federal nº 8.666/93 – Procedimento Licitatório – Modalidades de Licitação

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

§ 1º Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.(BRASIL, 1993).

Características da concorrência em relação à tomada de preços e ao convite:

- envolve valores maiores;
- maior prazo entre a divulgação do aviso e a data de comparecimento dos interessados; e
- fase de habilitação específica.

Art. 22 (...)

II - tomada de preços;

§ 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.(BRASIL,1993)

Características da tomada de preços em relação à concorrência e ao convite:

- envolve valores médios;
 - médio prazo entre a divulgação do aviso e a data de comparecimento dos interessados;
- e
- não haveria, em tese, fase específica de habilitação, pois só são cadastrados os interessados habilitados.

Art. 22 (...)

III - convite;

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

(...)

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (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.(BRASIL,1993)

Características do convite em relação à concorrência e à tomada de preços:

- envolve valores menores;
- prazo diminuto entre a divulgação do aviso e a data de comparecimento dos interessados; e
- não haveria, em tese, fase específica de habilitação, pois só são cadastrados os interessados habilitados.

Art. 22 (...)

IV - concurso;

§ 4º Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias. (BRASIL, 1993).

Características diferenciadoras do concurso:

- o valor é fixo (prêmio), não correspondendo à atribuição de valor ao produto;
- a execução é anterior à sua realização; e
- por vezes é inevitável a adoção de critérios subjetivos, mas esses critérios devem ser previamente estabelecidos.

Art. 22 (...)

V - leilão;

§ 5o 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 prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Características especiais do leilão:

- possibilidade de múltiplas propostas por um único interessado; e
- único critério é o maior lance.

Lei Federal nº 10.520/02 – Pregão – Modalidade de Licitação

Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Art. 2º (VETADO)

§ 1º Poderá ser realizado o pregão por meio da utilização de recursos de tecnologia da informação, nos termos de regulamentação específica. (BRASIL, 2002)

Características do pregão:

- se aplica a qualquer faixa de valor;
- como os bens tem padrões de desempenho objetivamente definidos, vence quem oferta o menor preço;
- comporta proposta prévia, lances e negociação direta com o pregoeiro; e
- a habilitação se dá após a fase de apreciação das propostas, com análise da documentação apenas do melhor classificado no pregão.

Lei Federal nº 12.462/11 – Modalidades de Licitação – RDC

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC), Lei nº 12.462/2011, representa, na visão do Governo Federal, um avanço em relação ao modelo tradicional de licitações, por encurtar o tempo do processo e o custo dos projetos ao adotar o critério de inversão de fases.

Nesse sentido, são mencionados pela Casa Civil da Presidência da República (BRASIL, 2011) os seguintes avanços do RDC,:

- O estímulo à informatização do processo licitatório, com vistas a acelerar os procedimentos e torná-los mais transparentes.

- A criação do regime de contratação integrada, no qual o contratado assume a execução de todas as etapas da obra, bem como todos os riscos associados. A obra deve ser entregue à administração, no prazo e pelo preço contratados, em condições de operação imediata, vedado qualquer aditivo por falha na elaboração dos projetos e nas etapas de execução.

- A possibilidade de utilização de remuneração variável, instituindo prêmios e sanções pecuniárias para o contratado, conforme o grau de atendimento das condições estabelecidas no edital, como prazos, qualidade do serviço ou obra etc.

- A inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento como regra geral, diminuindo a burocracia e reduzindo o custo para os participantes.

- A combinação de diferentes etapas de disputa entre os participantes, abertas ou fechadas, estimulando a concorrência e aumentando os ganhos da administração.

- A não divulgação do orçamento estimado para os participantes durante a licitação, buscando evitar conluios e outras práticas anti-concorrenciais. Vale lembrar que o orçamento fica disponível todo o tempo para os órgãos de controle e é divulgado normalmente após o encerramento do processo.

- A instituição de fase recursal única, economizando tempo e reduzindo as possibilidades de manobras protelatórias por parte dos participantes da licitação.

- A instituição da pré-qualificação permanente e do sistema de registro de preços de obras e serviços, dando celeridade ao processo e diminuindo os riscos da contratação.

De acordo com o art. 1º da Lei que o instituiu, **Lei nº12.462/11**, o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) é aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

Art. 1º(...)

I - dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

II - da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação - Fifa 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo - Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 - CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;

III - de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

IV - das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC)

V - das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS(BRASIL, 2002).

Praticamente todas as obras de grande e médio vulto da União integram o Programa de Aceleração do Crescimento, pelo que a Lei nº 8.666/93 tem aplicação restringida às demais unidades da federação e às pequenas obras.

Lei Federal nº 8.666/93 – Modalidades de licitação – Faixas de valor

Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

- a) convite - até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência - acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). (BRASIL, 1993)

Lei Federal nº 8.666/93 – Modalidades de licitação – Parcelamento x Fracionamento

Art. 23. (...)

§ 1o As obras, serviços e compras efetuadas pela Administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade sem perda da economia de escala.

§ 2o Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

§ 7o Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala. (BRASIL, 1993).

O parcelamento é obrigatório quando:

- possibilitar maior número de participantes no certame (concorrência – eficiência);
- não afetar a integralidade do objeto ou descaracterizá-lo (viabilidade técnica); e
- não afetar a economia de escala e as sinergias de execução (viabilidade econômica).

É vedado promover a divisão do objeto do contrato com o intuito de utilizar modalidade de licitação procedimentalmente mais simples em razão da consequente redução do valor estimado da contratação.

Lei Federal nº 8.666/93 – Modalidades de licitação – Regras Específicas

Art. 23. (...) § 3o A **concorrência** é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto **na compra ou alienação de bens imóveis**, ressalvado o disposto no art. 19, como **nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais**, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País.

§ 4o Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.

§ 5o É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

(...)

§ 8o No caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no caput deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número. (BRASIL, 1993, grifo nosso).

Fracionar para fugir da modalidade correta e mais complexa é inadmitido, apesar de ser possível a contratação de mais de uma empresa para trabalhar concomitantemente no mesmo objeto utilizando a modalidade correspondente à soma dos valores.

Lei Federal nº 8.666/93 – Tipos de licitação

Art. 46. Os tipos de licitação “melhor técnica” ou “técnica e preço” serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos, ressalvado o disposto no § 4o do artigo anterior.

§ 1o Nas licitações do tipo “melhor técnica” será adotado o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório, o qual fixará o preço máximo que a Administração se propõe a pagar: (...)(BRASIL, 1993).

A regra geral é a adoção do tipo “menor preço” e a objetivação dos critérios de julgamento das propostas.

- Menor preço: é o tipo mais utilizado e ocorre quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração é o menor preço ofertado, observadas as especificações estabelecidas no edital.

- Melhor técnica: aplicável nas licitações para contratação de serviços de natureza predominantemente intelectual (elaboração de projetos, estudos técnicos preliminares, projetos básicos e executivos, etc). O procedimento é diferenciado e está estabelecido no § 1o do art. 46 da Lei 8.666/93.

- Técnica e preço: utilizado nas mesmas situações da licitação do tipo melhor técnica. A diferença é que aqui a classificação dos licitantes ocorre pela aplicação de uma média ponderada das pontuações obtidas nas propostas técnica e de preço, conforme critérios estabelecidos no edital. O procedimento é diferenciado e está estabelecido no § 2o do art. 46 da Lei 8.666/93.

- Maior lance ou oferta: o critério de julgamento é o maior lance ou oferta. Aplica-se nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Lei Federal nº 8.666/93 – Procedimento Licitatório – Requisitos Gerais de Publicidade e Transparência

Art. 20. As licitações serão efetuadas no local onde se situar a repartição interessada, salvo por motivo de interesse público, devidamente justificado.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não impedirá a habilitação de interessados residentes ou sediados em outros locais.(BRASIL, 1993).

O local físico de realização da licitação tende a se tornar menos relevante com o avanço da forma eletrônica dos certames.

Art. 21. Os **avisos** contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, embora realizados no local da repartição interessada, deverão ser publicados com antecedência, no mínimo, por uma vez:

I - no Diário Oficial da União, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidas por instituições federais;

II - no Diário Oficial do Estado, ou do Distrito Federal quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública Estadual ou Municipal, ou do Distrito Federal;

III - em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

§ 1o O aviso publicado conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

§ 2o O prazo mínimo até o recebimento das propostas ou da realização do evento será:

I - quarenta e cinco dias para:

a) concurso;

b) concorrência, 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”;

II - trinta dias para:

a) concorrência, nos casos não especificados na alínea “b” do inciso anterior;

b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”;

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea “b” do inciso anterior, ou leilão;

IV - cinco dias úteis para convite.

§ 3o (...)

§ 4o Qualquer modificação no edital exige divulgação pela mesma forma que se deu o texto original, reabrindo-se o prazo inicialmente estabelecido, exceto quando, inquestionavelmente, a alteração não afetar a formulação das propostas.(BRASIL, 1993, grifo nosso).

O cumprimento dos prazos e condições de divulgação presentes nesse artigo é condição de validade da licitação.

Aviso é o documento que contém as informações essenciais da licitação, como o objeto, a modalidade, o órgão contratante e os prazos para a manifestação de interessados.

Lei Federal nº 8.666/93 – Licitação – Procedimento e Julgamento

O procedimento licitatório congrega uma sequência preordenada de atos. Didaticamente, há uma fase que se opera no seio da administração e outra que tem a participação direta dos proponentes. Na classificação de fases adotada pelo Tribunal de Contas da União (2010):

- Fase interna ou preparatória - nesse momento, verificam-se procedimentos prévios à contratação: identificação de necessidade do objeto, elaboração do projeto básico (ou termo de referência), estimativa da contratação, estabelecimento de todas as condições do ato convocatório etc.
- 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.

Lei Federal nº 8.666/93 – Licitação – Procedimento e Julgamento – Fase Interna

Art. 38. 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 respectivos anexos, 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;
- IV - original das propostas e dos documentos que as instruírem;
- V - atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora;
- VI - pareceres técnicos ou jurídicos emitidos sobre a licitação, dispensa ou inexigibilidade;
- VII - atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação;
- VIII - recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões;
- IX - despacho de anulação ou de revogação da licitação, quando for o caso, fundamentado circunstanciadamente;
- X - termo de contrato ou instrumento equivalente, conforme o caso;
- XI - outros comprovantes de publicações;
- XII - demais documentos relativos à licitação.

Parágrafo único. As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.(BRASIL,1993).

Embora a fase externa se inicie com o edital, os vícios da fase interna comunicam à fase externa e a “existência de contradição entre o edital e os atos anteriormente produzidos é causa de nulidade”, segundo ensinamento de Marçal Justen Filho (2010, p. 519).

As minutas de editais de licitações e os contratos ou similares, presentes no processo administrativo, devem ser examinadas e aprovadas por assessoria jurídica, a fim de detectar possíveis erros e inadequações. O exame deve ser prévio à exteriorização do edital e ter caráter conclusivo: aprova ou rejeita, apontando o que deve ser corrigido.

A manifestação da assessoria jurídica não vincula o dirigente máximo da entidade, mas este assume responsabilidade exclusiva pela prática dos atos em discordância. O dirigente pode tanto manifestar pela existência de defeitos jurídicos não apontados no parecer, quanto afirmar não existirem as inadequações nele declaradas.

Quanto à responsabilidade jurídica da assessoria, a questão é controversa, mas é razoável o entendimento de que só há responsabilização quando o erro é grosseiro ou intencional, ou ainda quando o assessor não fundamenta o posicionamento ou adota tese profundamente bisonha face às normas, princípios e jurisprudências existentes.

Lei Federal nº 8.666/93 – Procedimento Licitatório – Habilidade

Habilitação – comprovação da idoneidade dos interessados, que é condição geral de participação na licitação. Pela habilitação, a titularidade das condições para exercer o direito a participar da licitação é declarado pela Administração.

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:

I - habilitação jurídica;

II - qualificação técnica;

III - qualificação econômico-financeira;

IV - regularidade fiscal e trabalhista; (Nova exigência - 2011)

V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal.

(BRASIL,1993).

Quando se dá a verificação da habilitação do proponente no procedimento licitatório? Depende. No pregão e no Regime Diferenciado de Contratações, a habilitação se dá após a fase de julgamento das propostas. Nas modalidades tradicionais, a habilitação é condição para apreciação da proposta da empresa.

Habilitação jurídica – comprovação de existência, da capacidade de fato e da regular disponibilidade. Os requisitos são os definidos em lei, não havendo espaço para outros definidos em edital.

Regularidade fiscal – É uma forma indireta de punir os infratores às leis fiscais e selecionar empresas financeiramente saudáveis, que apresentam menor risco de inexecução do contrato. Para contratar com a administração é necessário estar em dia com a Fazenda, com a Seguridade Social e o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e com a Justiça do Trabalho.

Qualificação técnica e econômico-financeira – comprovação de experiência e capacidade de desenvolver e concluir o objeto do contrato, em relação respectivamente aos conhecimentos e habilidades, teóricos e práticos, e à disponibilidade de recursos financeiros para a satisfação das obrigações assumidas pelo contratado.

Lei Federal nº 8.666/93 – Procedimento Licitatório – Fase Externa – Edital

Edital (ou convite) – documento de divulgação pública da licitação que convida à participação os interessados e declara suas regras fundamentais.

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:

- I - objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;
- II - prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, como previsto no art. 64 desta Lei, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
- III - sanções para o caso de inadimplemento;
- IV - local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- V - se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;
- VI - condições para participação na licitação, em conformidade com os arts. 27 a 31 desta Lei, e forma de apresentação das propostas;
- VII - critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;
- VIII - locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;
- IX - condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;
- X - o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência, ressalvado o disposto nos parágrafos 1º e 2º do art. 48;
- XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;
- XII - (Vetado).
- XIII - limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;
- XIV - condições de pagamento, prevendo:
 - a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;
 - b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;
 - c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;
 - d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;
 - e) exigência de seguros, quando for o caso;
- XV - instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;
- XVI - condições de recebimento do objeto da licitação;
- XVII - outras indicações específicas ou peculiares da licitação. (BRASIL, 1993).

Lei Federal nº 8.666/93 – Procedimento Licitatório – - Fase Externa – Edital – Anexos Obrigatórios – Vinculação da Administração

Art. 40. (...)

§ 2º Constituem anexos do edital, dele fazendo parte integrante:

I - o projeto básico e/ou executivo, com todas as suas partes, desenhos, especificações e outros complementos;

II - orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários;

III - a minuta do contrato a ser firmado entre a Administração e o licitante vencedor;

IV - as especificações complementares e as normas de execução pertinentes à licitação.

Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

§ 1º Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei(...)(BRASIL, 1993)

Lei Federal nº 8.666/93 – Procedimento Licitatório – Fase Externa – Julgamento

Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação. (BRASIL, 1993)

Lei Federal nº 8.666/93 – Procedimento Licitatório – Fase Externa – Julgamento – Tipo de Licitação

Art. 45. 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.

§ 1º Para os efeitos deste artigo, constituem tipos de licitação, exceto na modalidade concurso:

I - a de menor preço - quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

II - a de melhor técnica;

III - a de técnica e preço.

IV - a de maior lance ou oferta - nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso. (BRASIL, 1993)

Contratos Administrativos

A Administração Pública, quando celebra contratos, relativiza as características tradicionais dos contratos celebrados entre particulares, associados: à igualdade entre as partes, ao princípio da autonomia da vontade individual para estipular suas cláusulas, à força obrigatória do quanto ajustado (*pacta sunt servanda*) e à vedação de alteração unilateral do contrato. É que a presença de finalidades e interesses públicos necessariamente envolvidos no contrato administrativo justifica o estabelecimento de prerrogativas estatais especiais em prol da continuidade do serviço público.

Nesse sentido, as leis, os regulamentos e os instrumentos convocatórios expedidos pela Administração estipulam prerrogativas especiais que incluem a possibilidade de alteração e rescisão unilaterais do contrato por parte do Poder Público, a fiscalização da execução do contrato, além da aplicação de penalidades administrativas, as quais são denominadas de **cláusulas exorbitantes do direito comum**, exatamente por não serem encontradas usualmente ou até consideradas inadmissíveis nos contratos de direito privado, que asseguram à Administração a condição de supremacia na relação contratual.

Os contratos celebrados pela Administração podem ser divididos em dois grandes grupos, a saber:

a) os contratos da Administração pactuados sob o regime jurídico do direito privado, em que o Poder Público não goza de todas as suas prerrogativas especiais, além de apresentar-se na relação jurídica em situação de maior igualdade ou de horizontalidade com o particular, a exemplo de um contrato de locação celebrado entre um particular que ocupa imóvel público e o Estado na condição de locador;

b) os contratos administrativos, conceituados por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 251), como: “os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público”. Celso Antônio Bandeira de Mello (2004, p. 573-574), por sua vez, conceitua o contrato administrativo como

[...] um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros, na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo do objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.

Registre-se que ambos devem ser antecedidos do regular processo licitatório, com as ressalvas legais já analisadas, apenas se diferenciando pelos regimes jurídicos que os regem, na medida em que, no primeiro caso, aplica-se o regime jurídico próprio do direito privado, apesar de parcialmente derogado pelo direito público (tendo em vista que, mesmo nestes contratos, há finalidades e interesses públicos necessariamente envolvidos); enquanto no segundo caso, a Administração Pública atua na relação contratual em total condição de

supremacia em relação aos particulares e impõe as prerrogativas especiais ou cláusulas exorbitantes, as quais ainda serão objeto de exame mais detalhado.

Sobre a diferença de regime jurídico entre essas duas espécies de contratos, é esclarecedora a lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 257), *verbis*:

Quando a Administração celebra *contratos administrativos*, as cláusulas exorbitantes existem *implicitamente, ainda que não expressamente previstas*; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Quando a Administração celebra contratos de direito privado, normalmente ela não necessita dessa supremacia e a sua posição pode nivelar-se à do particular; excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; *elas têm que ser expressamente previstas*, com base em lei que derogue o direito comum. Por exemplo, quando a lei permite o comodato de bem público, pode estabelecer para a Administração a faculdade de exigí-lo de volta por motivo de interesse público. (Grifos constantes do original)

A título de conclusão, observe-se que muitas cláusulas de um contrato administrativo derivam de obrigações legais e regulamentares e, como tais, são compulsórias e inegociáveis, pois visam a proteger a consecução das finalidades públicas envolvidas. A negociação, portanto, reside nas cláusulas relativas ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o qual, ressalte-se, uma vez estabelecido, não deve ser objeto de alterações que prejudiquem os interesses patrimoniais do contratante particular.

Diversas normas do Estatuto Federal de Licitações, conforme será visto adiante, buscarão a convivência e a harmonia entre esses dois valores: a supremacia do interesse público sobre o particular (alterando-se ou rescindindo-se unilateralmente o contrato quando o interesse público assim o exigir); e o respeito aos interesses patrimoniais do contratante privado (obrigando o Poder Público a ressarcir o particular dos prejuízos por ele eventualmente sofridos, quando da necessidade de alteração das cláusulas contratuais, sem que o contratante tenha dado motivos para tanto).

Normas de Contratos Administrativos

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 22, inciso XXVII, confere à União a competência privativa para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Conforme já afirmado neste opúsculo em relação às licitações públicas, isso significa que a Lei Federal nº 8.666/93 é integralmente aplicável à Administração Pública federal, mas apenas cogitável de aplicação nas demais administrações públicas (estaduais e municipais), em relação às normas gerais, i.e., as diretrizes e os princípios nela contidos.

Registre-se que, além do Estatuto Federal das Licitações, algumas leis federais específicas regem determinadas modalidades de contratos administrativos, a exemplo da:

- a) Lei nº 8.987/95, em relação à concessão e à permissão de serviços públicos;
- b) Lei nº 11.079/04, quanto às parcerias público-privadas;
- c) Lei nº 9.427/97, relativa ao serviço público de energia elétrica;

d) Lei nº 9.472/97, relativamente ao serviço público de telecomunicações.

Ocorre que não apenas as leis regulam os contratos administrativos. Nos termos do art. 54 da Lei nº 8.666/93:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta. (BRASIL, 1993).

Observe-se que o instrumento convocatório (edital ou carta-convite), que é a lei da licitação e do contrato, limita o conteúdo do contrato administrativo, de modo que nenhuma cláusula contratual pode ser acrescentada sem respaldo no edital licitatório, sob pena de nulidade do acordo (DI PIETRO, 2010).

Em respeito ao art. 54, § 1º, da Lei nº 8.666/93, que exige que o contrato administrativo deva estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, além dos direitos, obrigações e responsabilidades das partes, o art. 55 traz um rol de cláusulas necessárias de todo contrato administrativo:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

I - o objeto e seus elementos característicos;

II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;

III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;

IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;

V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;

VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;

VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;

VIII - os casos de rescisão;

IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;

X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;

XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;

XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação. (BRASIL, 1993).

Cláusulas Exorbitantes

Conforme dito acima, os contratos administrativos caracterizam-se pela existência de cláusulas exorbitantes, que conferem à Administração (e não ao contratado) algumas prerrogativas não usuais ou até inadmissíveis em contratos entre particulares, a fim de proteger os interesses públicos envolvidos na celebração do contrato. O art. 58 da Lei nº 8.666/93 contempla algumas dessas prerrogativas, a saber:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;

III - fiscalizar-lhes a execução;

IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

§ 1o As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§ 2o Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual. (BRASIL, 1993).

Alterações Unilaterais do Contrato

O art. 65, inciso I, da Lei nº 8.666/93, especifica a prerrogativa da Administração de alterar unilateralmente o contrato nos seguintes termos:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;

b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;

c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

I - (VETADO)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º (VETADO)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento. (BRASIL, 1993).

Deste dispositivo legal, destaca-se a preocupação na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, contida no inciso II, alínea “d”, e nos §§ 4º a 6º, todos deste artigo, em casos como os de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que configurem álea econômica extraordinária e extracontratual.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010, p. 277), as áleas (i.e., os riscos) que o particular enfrenta quando contrata com a Administração são as seguintes:

1) álea ordinária ou empresarial, presente em qualquer empreendimento privado, pois decorre da flutuação do mercado, sendo de responsabilidade do particular;

2) álea administrativa, que abrange três modalidades:

a) a decorrente da alteração unilateral do contrato, para atendimento do interesse público, por ela respondendo a Administração, a fim de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato;

b) o fato do príncipe, que vem a ser um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute sobre ele, a exemplo da majoração de um tributo, por ele respondendo a Administração;

c) o fato da Administração, entendido como toda conduta desta, relacionada direta e especificamente com o contrato (a exemplo da não entrega do local da obra ou do serviço), que retarda, agrava ou impede a sua execução. Por ele também responde a Administração.

3) álea econômica, que

corresponde a circunstâncias externas ao contrato, estranha à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da teoria da imprevisão; a Administração Pública, em regra, responde pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (DI PIETRO, 2010, p. 278).

Rescisão do Contrato

O art. 78 da Lei nº 8.666/93 detalha as hipóteses de rescisão do contrato administrativo da seguinte forma:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1o do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

XIII - a supressão, por parte da Administração, de obras, serviços ou compras, acarretando modificação do valor inicial do contrato além do limite permitido no § 1o do art. 65 desta Lei;

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente previstas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato;

XVIII – descumprimento do disposto no inciso V do art. 27, sem prejuízo das sanções penais cabíveis. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999).

Parágrafo único. Os casos de rescisão contratual serão formalmente motivados nos autos do processo, assegurado o contraditório e a ampla defesa. (BRASIL, 1993).

Nos termos do art. 79 da Lei nº 8.666/93, a rescisão do contrato poderá ser unilateral por ato escrito da Administração nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do art. 78. A estas situações, acrescenta-se o inciso XVIII do mesmo artigo, relacionado com a contratação de trabalho infantil pelo particular.

De outro lado, nos casos dos incisos XIII a XVI do mesmo art. 78, a rescisão do contrato poderá ser amigável, por acordo entre as partes e desde que haja conveniência para a Administração, ou ainda poderá ser judicial.

Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do art. 78, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a: devolução da garantia prestada; e pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e referentes ao custo da desmobilização.

Já quando a rescisão basear-se nos incisos I a XI e XVIII do art. 78 e, portanto, em inexecução contratual atribuída ao particular, a rescisão unilateral da Administração acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo de outras sanções legais:

- a) assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;
- b) ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade;
- c) execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;
- d) retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

Finalmente, em relação ao art. 78, inciso XII, observe-se que, para evitar atos estatais autoritários ou arbitrários baseados em um subjetivo e discutível interesse público, o legislador exigiu que as razões de interesse público que embasam a rescisão contratual sejam “de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante”. Isto revela a preocupação em não permitir que a prerrogativa extraordinária da Administração Pública de extinguir o contrato administrativo por razões de conveniência e oportunidade seja desvirtuada pela prática de atos arbitrários e destituídos de finalidade pública.

BRASIL. Casa Civil da Presidência da República. Tire suas dúvidas sobre o Regime Diferenciado de Contratações (RDC). Disponível em <<http://www.casacivil.gov.br/noticias/ultimas-noticias/2011/07/6583>>. Acesso em 10 de agosto de 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Licitações e contratos : orientações e jurisprudência do TCU / Tribunal de Contas da União*. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – Brasília : TCU, Secretaria-Geral da Presidência : Senado Federal, Secretaria Especial de Editoração e Publicações, 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21ª ed. ver., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo: parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração*. Salvador: Ed. Juspodivm, 2008.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Das licitações públicas: (comentários à Lei Federal nº8.666, de 21 de junho de 1993)*. 18ª ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GASPARINA, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

HOLTJE, Leo van. *Direito Constitucional*. 4ª ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14ª ed. São Paulo: Dialética, 2010.

LOBATO NETO, Lucival Lage. Uma sugestão para otimizar a obtenção de propostas mais vantajosas para administração ao fim do processo licitatório. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, 1 nov. 2001 . Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2400>>. Acesso em: 11 ago. 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29ª ed. atual. Rio de Janeiro: Malheiros ed., 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ver. e atual. São Paulo: Malheiros editores, 2004.