

### 3

## Processos licitatórios

Este Capítulo introduz a lei que trata de procedimentos licitatório de forma a tornar visível e compreensível a complexidade do processo. Inicia-se com a caracterização desse processo, identificando suas origens, evolução e definindo seus objetivos.

### 3.1

#### A Licitação: Definições - Histórico - Objetivos

A palavra licitação abrange diferentes significados e quase todos ligados à idéia de oferecer, arrematar, fazer preço sobre uma coisa, disputar ou concorrer (Motta, 1999). Examinando alguns conceitos de licitação no campo do Direito Administrativo, destaca-se a definição feita por Pereira (2000):

“ licitação significa um cotejo de ofertas (propostas), feitas pelos participantes ao poder público, visando a execução de uma obra pública, a prestação de um serviço, um fornecimento, ou mesmo uma alienação pela Administração, donde se há de escolher aquela (proposta) que maior vantagem oferecer, mediante um procedimento administrativo regado, que proporcione um tratamento igualitário aos proponentes, findo o qual poderá ser contratado aquele que oferecer a melhor proposta” (pág. 34).

O processo de licitação, conceito em vigor na Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações, decretada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República Federativa do Brasil, consiste em um procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública, obediente aos princípios constitucionais que a norteiam, escolhe a proposta de fornecimento de bem, obra ou serviço mais vantajosa. A Lei 8.666 regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e institui normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Segundo Meirelles, “ licitação é o antecedente necessário do contrato (...) e a condição para a sua formalização” (pág. 4, 1990). Vale ainda citar Mukai (1993), quando fala dos dois objetivos para se licitar:

“-assegurar que o poder público contrate obras, serviços e compras com o setor privado, obtendo a maior vantagem possível, no sentido de que o uso do dinheiro público seja feito com parcimônia, em razão do princípio da indisponibilidade do interesse público;

-garantir que todos os membros da coletividade tenham iguais oportunidades de contratar com a Administração, em razão do princípio da igualdade dos administradores, relevante em direito administrativo” (pág. 9).

A licitação é, portanto, o instrumento que o Poder Público tem para reunir e analisar, comparativamente, as diversas ofertas, de forma a julgá-las e decidir quanto a mais vantajosa para a Administração. É um instrumento obrigatório como mencionado em vários dispositivos da Constituição Federal de 1988 e em dispositivos da Emenda Constitucional 19/1998 (Motta, 1999). Esses dispositivos estão transcritos na seção 3.2.

Pode-se dizer que a licitação apóia-se em um tripé: isonomia, proposta mais vantajosa e legalidade (Oliveira, 2002). Portanto, ela busca assegurar que a proposta mais vantajosa deve seja obtida dando condições de igualdade aos participantes, baseando-se na lei como parâmetro para moldar as regras do certame licitatório. Motta (1999) afirma:

“A licitação representa um termômetro da Administração, porque, bem formalizada e sobretudo, ocorrendo a verdadeira disputa, é um instituto limitador da discricção administrativa. Além disso, é uma administração fática do emprego regular do dinheiro público, contribuindo para a concretização de postulados da Administração (arts. 37 e 70 da Constituição Federal)” ( p. 31 ).

### **Histórico**

Desde 1828, na Lei sancionada em 29 de agosto, em seu art. 5º, observava-se o interesse em definir a melhor forma de se fazer obra estabelecendo:

“Aprovado o plano de algumas referidas obras, imediatamente será a sua construção oferecida a Empresários por via de Editais Públicos, e havendo concorrentes, se dará a preferência a quem oferecer maiores vantagens” ( *apud* Pereira, 2000, pág. 38).

O Quadro 3 mostra a evolução da legislação relativa à regulamentação das licitações. Percebe-se que o Brasil, durante muito tempo, realizou contratações de obras, compras e serviços públicos sem uma definição de parâmetros legais que pudessem estabelecer um procedimento mínimo para selecionar com base em regras obrigatórias e de aplicações viáveis.

Quadro 3 – Pequeno histórico das leis de Licitação

<b>LEI ou DECRETO</b>	<b>O QUE É ABORDADO</b>
Código de águas (Decreto 41.019 de 26/02/1957)	Estabeleceu a obrigatoriedade de concorrência para o estabelecimento e exploração de serviços de energia elétrica.
Lei Orçamentária nº 4.320/1964	No art. 70 dispunha que a aquisição de material, o fornecimento e a adjudicação de obras e serviços serão regulados em lei, por concorrência
Decreto nº 73.140 de 09/11/1973	Regulamentou as licitações e contratos relativos a obras e serviços de engenharia.
Decreto nº 2.300 de 21/11/1986	Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências.
Lei 8.666 (Lei Nacional de Licitação) de 21 de junho de 1993	Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.
Lei 8.883 de 08 de junho de 1994	Promoveu inúmeras alterações na Lei 8.666/93, retificando, acrescentando definições, e incluindo mandamentos
Lei 9.032 de 28 de abril de 1995 Lei 9.648 de 27 de maio de 1998 Lei 9.854 de 27 de outubro de 1999	Promulgadas para esclarecer pontos ainda obscuros, preencher lacunas e adequar o texto à realidade nacional. Foram feitas alterações nos arts. 5º, 17, 23, 24, 26, 32, 40, 45, 48, 57 e 120 da Lei 8.666/93.

Fonte: Pereira, 2000 e Motta, 1999

No início dos anos 90, o cenário era de inflação alta e as críticas ao Decreto nº 2.300/86 eram muitas. Buscava-se a redução no tempo de duração do processo licitatório, sem restringir o caráter competitivo; criticava-se a facilidade que o decreto oferecia para contratações sob alegação de notória especialização e contratações diretas, estabelecendo um permissivo legal para utilização de critérios de julgamento subjetivos,

Em 1993, em substituição ao Decreto 2.300/86, surgiu a Lei 8.666. Essa 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” (art. 1º, *caput*, Lei 8.666). Deu ênfase, principalmente, às licitações e contratações de obras e serviços de engenharia.

Com a Lei 8.666, a Administração Pública experimentou uma outra mudança importante: a introdução da informática, com fácil acesso e aprendizado para todos que participavam nos procedimentos licitatórios. Essa ferramenta

tornou-se uma aliada importante nas atividades de licitar, tendo em vista que modernizou atividades que antes eram produzidas de maneira quase ‘artesanal’, por meio da máquina de datilografia.

A Lei Nacional de Licitações, como é denominada a Lei 8.666, dispõe sobre os princípios, as definições, as modalidades de licitação, os limites, trata da habilitação, dos registros cadastrais, do procedimento e do julgamento da licitação. Ainda, na parte referente aos contratos, faz definições, trata da formalização, alterações, execução, inexecução, penalidades, sanções administrativas e do direito de petição.

### 3.2

#### **A Lei Nacional das Licitações**

A Constituição Federal de 1988, no art. 22, inciso XXVII, da Emenda Constitucional nº 19 de 1998 estabelece que:

“Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

XXVII – 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, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo 1º, III;”

E ainda:

“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 específicos 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. “

E mais:

“Art.173. Ressalvados os casos previstos na 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.

Parágrafo 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;”

A Lei Nacional de Licitações regulou completamente a matéria e deve ser cumprida no âmbito Federal, Estadual e Municipal. Todos os órgãos da Administração Pública brasileira devem comprar, contratar obra, serviços, alienação ou locação por meio de licitação, sob pena de violação dos princípios fundamentais abordados a seguir, a não ser nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade, previstas na Lei (Motta,1999).

O Quadro 4 define a estrutura da Lei 8.666/93 e o anexo III apresenta o texto da lei.

Quadro 4 – Estrutura da Lei 8.666/93

CAPÍTULOS	SEÇÕES
I- DAS DISPOSIÇÕES GERAIS  Artigos 1º A 19	I – Dos Princípios II – Das Definições III- Das Obras e serviços IV- Dos Serviços técnicos profissionais especializados V – Das Compras VI – Das Alienações
II- DA LICITAÇÃO  Artigos 20 A 53	I – Das Modalidades, limites e dispensa II – Da Habilitação III – Dos Registros cadastrais IV – Dos Procedimentos e julgamento
III- DOS CONTRATOS  Artigos 54 A 80	I – Disposições preliminares II – Da Formalização dos contratos III– Da Alteração dos contratos IV – Da Execução dos contratos V – Da Inexecução e rescisão dos contratos
IV- DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS E TUTELA JUDICIAL  Artigos 81 A 108	I – Disposições gerais II – Das Sanções administrativas III – Dos Crimes e penas IV – Do Processo e procedimento judicial
V- DOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS - Artigo 109	Recursos: casos e prazos Representação Pedido de reconsideração
VI- DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS - Artigos 110 A 126	

Fonte: Motta, 1999, p. 43

Diz o art. 3º da Lei 8.666:

“A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.” (Art 3º da Lei nº 8666, Diário Oficial da República Federativa do Brasil, 1993).

Os oito princípios da licitação citados nesse artigo são a seguir analisados:

1. Legalidade: Obriga o administrador a fazer somente o que a lei autoriza;

Segundo Sérgio Ferraz e Adilson Abreu Dallari, este princípio

“significa que a Administração Pública é a atividade que se desenvolve sob a lei, na forma da lei, nos limites da lei e para atingir os fins assinalados pela lei, entendendo-se por lei tanto uma específica modalidade de ato normativo quanto o sistema jurídico como um todo, compreendendo, evidentemente a Constituição Federal” (Oliveira, 2002, p. 45).

2. Impessoalidade: Proíbe as questões pessoais, obrigando que o processo licitatório esteja ao alcance de todos os interessados. De acordo com Marçal Justen Filho,

“impessoalidade é considerada a emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade, indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados, excluindo o subjetivismo do agente administrativo” (Oliveira, 2002, p. 53);

3. Moralidade: O administrador e os licitantes devem manter uma conduta ética e honesta. Na observação de Carlos Ari Sundfeld,

“licitador e licitantes estão obrigados a observarem pautas de conduta honesta e civilizada, interditando conluíus para afastar disputantes, acordos para aumentos de preço, decisões desleais etc” (Oliveira, 2002, p.55);

4. Igualdade ou isonomia: Assegura a todos os interessados as mesmas oportunidades. Na definição de José Augusto Delgado,

“consiste em assegurar regramento às pessoas que não sejam entre si diferenciáveis, por razões lógicas e substancialmente (isto é, à face da Constituição), afinadas com eventual disparidade de tratamento” (Oliveira, 2002, p. 31).

Para Oliveira (2002) também é necessário que

“nas licitações, a Comissão, juntamente com a Autoridade Superior, ao examinar cada caso, se coloque atenta para impedir que desigualdades fáticas de natureza econômica, social e cultural venham prejudicar a algum licitante, ainda que de forma involuntária, em benefício de outros” ( p. 31);

5. Publicidade: Obriga a divulgação plena de todos os atos do processo licitatório. Esse princípio, juntamente com o da igualdade, estabelece que todos devem ter acesso a todas as informações de todo o processo;

6.Probidade Administrativa: Obriga que o administrador tenha sempre uma postura que vise o interesse público. O Ministro Marcos Vinícius Vilaça acredita que

“haverá ocasiões em que o interesse particular se choca com o interesse da coletividade – conflito a ser resolvido em favor da Administração em face do princípio da probidade administrativa “(Oliveira, 2002, p. 64).

Oliveira (2002) chama a atenção para as situações excepcionais, levantadas por Marcos Vinícius Vilaça, em que pode haver conflito de interesse entre a lei e o interesse público, levando o administrador público à necessidade de optar pela obediência a um dos dois princípios constitucionais. Nesse caso, como não há regra preestabelecida, o administrador deverá “ponderar qual sacrifício é menos danoso à coletividade, se o da segurança jurídica ou o do interesse coletivo” (p. 64).

7.Vinculação ao Instrumento Convocatório: Obriga o administrador a seguir os critérios estabelecidos no ato convocatório. O art. 41 da Lei 8.666 estabelece que “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”.

O Prof. Hely Lopes Meirelles afirma:

“O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vinculada aos seus termos tanto os licitantes quanto a Administração que o expediu. É impositivo para ambas as partes e para todos os interessados na licitação” (*apud* Motta, 1999, p.78)

No entanto, mesmo com todos os parâmetros estabelecidos no art .40 da Lei 8.666, o edital pode sair com falhas, estando sujeito a impugnações ou mesmo a alguns eventuais questionamentos que mereçam soluções por parte da Comissão de Licitação. As soluções deverão estar baseadas nos princípios básicos da licitação.

8.Julgamento Objetivo: Afasta qualquer tipo de discricionariedade na avaliação das propostas. Recomenda o Tribunal de Contas da União (TCU):

“Não apenas é necessário que a comissão de licitação se conduza em coerência com as exigências do mencionado princípio (objetivo), como também é imprescindível [...] que o edital estabeleça, com clareza e precisão, os fatores e

correspondentes critérios que serão utilizados em tal julgamento. E mais, é preciso que estes fatores e critérios, conforme Antônio Marcelo da Silva, citado por Hely Lopes Meirelles [...], sejam objetivos, no sentido de pertinentes e adequados ao objeto da licitação” (*apud* Motta, 1999, p.78).

Todo o processo licitatório deve ser conduzido com base nesses oito princípios. Na opinião de Amaral (2000), deve-se, ainda, acrescentar o princípio da economicidade, baseado no art. 70 da Constituição Federal, que assim estabelece:

“Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da Administração direta e indireta, quanto ‘a legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Parágrafo único. Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária” (Constituição Federal, art 70, Emenda Constitucional nº 19 de 1998).

De acordo com Amaral (2002), há ainda um outro princípio a ser seguido, o da razoabilidade. Esse princípio tem alcançado extraordinária relevância na interpretação das normas legais. A ênfase dada a esse princípio pode ser atribuída, principalmente, a dois juristas: Luis Recaséns-Siches (mexicano) e Chaïm Perelman (belga).

Um exemplo curioso do princípio de razoabilidade é descrito por Reaséns-Siches. No início do século XX, um letreiro colocado na entrada de uma estação de trem na Polônia, proibia o acesso às escadas externas de pessoas acompanhadas de cachorro. Certo dia, um camponês quis entrar acompanhado de um urso e o chefe da estação o impediu. Fazendo-se uma interpretação literal da regra, poder-se-ia alegar que o funcionário tenha tido uma atitude arbitrária (Amaral, 2002). A interpretação literal é sempre perigosa e pode levar a tomadas de decisão equivocadas.

“É frustrante encontrarmos quem ainda busca efetuar uma interpretação estritamente literal das normas jurídicas. Para entender uma norma jurídica, deve o intérprete analisar o texto através do qual ela é formulada. Nesse texto encontra palavras que devem ser compreendidas em seu significado comum e, com frequência, no significado técnico-jurídico específico que assumem em um determinado contexto normativo” (Amaral, 2002, p.11).

O processo licitatório é constituído por uma prática ordenada e sucessiva de uma série de atos, sendo que cada um desses atos tem uma autonomia e uma finalidade. Esses atos são concatenados e devem ser executados de uma forma preordenada (Oliveira, 2002).

O objetivo da instauração de um processo licitatório é selecionar uma proposta em condições vantajosas, ofertadas e sustentadas por licitante idôneo. Não se instaura um certame para fiscalizar papéis e formalizar processos. Sendo assim, o processo licitatório deve ser eficaz no sentido de procurar sempre atingir seu objetivo maior que é a contratação de uma proposta vantajosa e eficiente na aplicação de suas operações legais.

Verifica-se que a eficácia do processo licitatório, concernente ao atingimento dos seus objetivos, nem sempre é alcançada. Existe uma proporção muito alta de processos licitatórios que são improvisados, atribulados, viciosos, que partem de projetos incompletos e descoordenados e editais dirigidos (Motta, 1999).

Por outro lado, a verificação de eficiência de um processo, que se preocupa com o bom uso dos meios utilizados nesse processo, está ligada a suas operações. O princípio de eficiência contido no *caput* do Art. 37 da Constituição refere-se à noção de obrigações de meios, termo já existente na Ciência do Direito (Amaral, 2002, < <http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 09/06/2003).

Trabucchi (1991), ao dizer que o agente administrativo deve agir com a “diligência de um bom pai de família”, está dizendo que o administrador tem o dever de tornar o processo licitatório eficiente em seus meios, observando o princípio da legalidade. A atuação do agente administrativo deve ser eficiente e legal (*apud* Amaral, 2002, < <http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 09/06/2003).

### 3.2.1

#### **Modalidades da Licitação**

A Lei 8.666, em seu art. 22, estabelece as diversas modalidades de licitação que consistem nas diferentes formas de se licitar, de acordo com o valor estimado para a licitação. São elas:

-Concorrência: é a modalidade aplicada entre quaisquer interessados que, na fase de habilitação preliminar, devem comprovar possuir requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital. De acordo com a TABELA DE LIMITES E VALORES PARA LICITAÇÃO (EM REAIS), publicada pela COORDENAÇÃO-GERAL DE FISCALIZAÇÃO E CONTROLE – COFIC do MINISTÉRIO DA FAZENDA, apresentada no Anexo I, valores acima de R\$ 650.000,00 para compras e serviços e acima de R\$ 1.500.000,00 para obras e serviços de engenharia, requerem que se adote esta modalidade. Sua adoção é permitida para qualquer valor estimado.

-Tomada de Preços: é a modalidade aplicada entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as exigências para cadastramento até o terceiro dia anterior à data marcada para recebimento das propostas, e ainda observada as exigências de qualificação. De acordo com a tabela citada acima, para compras e serviços utiliza-se esta modalidade para valores até R\$ 650.000,00 e para obras e serviços para valores até R\$1.500.000,00.

-Convite: é a modalidade aplicada entre interessados do ramo pertinente ao objeto da licitação, que podem estar cadastrados ou não. A Administração Pública deverá fazer o convite aos possíveis interessados e ainda, fixar em local apropriado cópia do instrumento convocatório, estendendo o Convite aos demais interessados, cadastrados na correspondente especialidade, relativa ao objeto da licitação. Empresas não convidadas, porém que estejam cadastradas e que manifestem interesse em participar com uma antecedência mínima de 24 horas, poderão apreenatr propostas. De acordo com a tabela citada acima, para compras e serviços utiliza-se esta modalidade para valores até R\$ 80.000,00 e para obras e serviços para valores até R\$ 150.000,00.

-Concurso: é a modalidade aplicada entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico. A Administração Pública

poderá instituir remuneração ou mesmo prêmios aos vencedores , conforme estabelecido no edital.

-Leilão: é a modalidade aplicada entre quaisquer interessados para venda de bens móveis inservíveis ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda, para alienação de bens imóveis. O critério de julgamento para considerar vencedor deve estar estabelecido no edital como o maior lance ofertado, que seja igual ou superior ao valor da avaliação.

-Pregão: é a modalidade aplicada entre quaisquer interessados pela qual, a disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns é feita em sessão pública, por intermédio de propostas de preços escritas e lances (ofertas) verbais dos licitantes. Os licitantes devem comprovar possuir requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital, na segunda fase, a fase de habilitação. Com o objetivo de agilizar o procedimento licitatório para aquisição de alguns tipos de bens e para contratação de alguns tipos de serviços, denominados “bens e serviços comuns”, o Governo Federal, por intermédio de uma Medida Provisória Nº 2.026-2 de 29 de junho de 2000, instituiu essa nova modalidade de licitação denominada Pregão. Sem entrar no âmbito de analisar as imperfeições técnico-jurídicas cometidas pelo Executivo ao instituir tal Medida Provisória, o Pregão constitui uma modalidade que torna mais célere o procedimento licitatório, como é demonstrado no mapeamento do processo constante do Capítulo 4 deste trabalho.

Em 17 de julho de 2002, foi sancionada a Lei 10.520 que regulamenta a modalidade de Pregão para aquisição de bens e serviços comuns no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Os Decretos nº 6.697 de 21/12/2000, nº 3.693 de 20/12/2000, nº 3.784 de 06/04/2001 e nº 3.555 de 08/08/2000 também regulamentam a modalidade de Pregão.

Existe ainda na Lei 8.666, no art. 24, a possibilidade de dispensa de licitação para compras e serviços, no valor de até R\$ 16.000,00 e para obras e serviços no valor de até R\$ 30.000,00, conforme consta da Tabela apresentada no Anexo I. Nesses casos, para esses valores, a Administração Pública não necessita realizar licitação, da mesma forma como estabelece o art. 25 da Lei 8.666 para o caso da

licitação ser inexigível. Como não há licitação nessas duas possibilidades, esse trabalho não tratará desses casos.

### 3.2.2 Fases da Licitação

O art. 38 da Lei 8.666/93 dispõe que

“O procedimento licitatório será iniciado com a abertura do 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 o 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;

.....”

Com base nesse dispositivo da Lei, grande parte da doutrina separa a licitação em duas fases: uma interna e outra externa. A primeira caracteriza-se pela prática dos atos preparatórios para a sua abertura e outra, a externa, inicia-se com a publicação do aviso ou a entrega das cartas-convite (Amaral, 2002).

Para uma melhor operacionalização do processo licitatório, vários outros autores também recomendam dividi-lo nessas duas fases. Mukai (1990) explicita os limites de cada fase. A interna começa com a necessidade da compra do bem ou contratação dos serviços e vai até a elaboração do edital, e a externa inicia-se com a publicação do edital e termina com a adjudicação do objeto da licitação ou com a revogação da licitação.

Motta (1999) sugere a divisão dessas fases de forma que a fase interna seja a do processo licitatório e a fase externa a do procedimento licitatório. O Prof. Santos Moreira Silva (1992) conceitua processo como:

“o conjunto de atos ordenados para o registro de feitos administrativos em obediência à legislação própria e procedimento como o modo de realização do processo” (p. 11).

Na opinião de Amaral (2002), no entanto, a licitação só se inicia com a publicação do edital ou com a entrega da carta-convite que é o momento em que é constituído pela relação jurídica entre a Administração pública e possíveis interessados. Ainda segundo esse autor, “O ato administrativo é produzido por

uma declaração de um agente público e opera efeitos no mundo jurídico” (p. 35). Assim, para ele, a fase dita interna, em que se praticam os atos preparatórios, ainda não deve ser denominada licitação pois, caso a Administração pública, nessa fase, desista da contratação, pode, simplesmente, arquivar o processo. Já na fase externa, se a Administração desistir de contratar, deverá revogar ou anular por ilegalidade a licitação. É na fase externa que realmente ocorre o procedimento licitatório (Amaral, 2002).

No presente trabalho, será adotada a nomenclatura de *fase interna da licitação* para caracterizar todos os atos praticados, pelos diversos órgãos da Administração pública e até mesmo pela Comissão de Licitação, na intenção de preparar o processo ou de até mesmo dar andamento ao processo após os atos externos praticados. A *fase externa da licitação* é caracterizada pelos atos que envolvem diretamente os possíveis interessados e os licitantes.

Nas diversas áreas administrativas responsáveis pelas aquisições e contratações de obras e serviços, pode-se notar claras deficiências quanto ao planejamento sistematizado e ao controle de qualidade. Grande parte dessas deficiências encontra-se na fase interna. Essa fase, quando bem formalizada, tende a diminuir os erros da fase externa.

O conjunto de atos que compõe o processo licitatório (fase interna) inicia-se pela requisição (art. 38 da Lei 8.666). Para essa requisição, monta-se um processo que deve ser devidamente protocolado, numerado. Deve conter autorização específica do ordenador de despesas (órgão que solicitou a compra ou o serviço), indicação do objeto e recurso financeiro próprio. A indicação clara do objeto é de suma importância no processo. É necessário que não haja dúvidas quanto ao que será licitado, ou seja, quanto ao objeto que atenderá a Administração. A autorização do ordenador da despesa é fundamental, pois é ele o responsável pela indicação do objeto, do valor estimado para a execução do objeto, e pela reserva de recurso financeiro que será gasto em cada ano do contrato, comprovando que a Administração terá condições de arcar com as despesas. A credibilidade do valor estimado da licitação, ou seja, a correta estimativa do que será gasto pela

Administração pública, é fundamental para que, após abertura e julgamento das propostas, o preço total proposto pela empresa vencedora da licitação, ao ser comparado com o valor estimado pela Administração, esteja compatível e favoreça a uma boa e competente adjudicação.

Pela simples leitura da Lei 8.666, o empregado da empresa pública não consegue executar o processo da licitação e seus procedimentos até a adjudicação do objeto da licitação. É necessário cumprir um roteiro que aplica essa Lei.

### **Fase Interna**

Tem-se, portanto que, na fase interna do processo licitatório são praticados todos os atos obrigatórios e preparatórios para o desencadeamento do procedimento licitatório (fase externa). A seqüência, obrigatória, dos atos da fase interna que define o objeto, as regras e os limites é:

1º) Requisição do interessado: consiste no pedido feito pela unidade interessada na contratação de um serviço ou compra de um bem;

2º) Estimativa do valor: é a alma da licitação e deve ser feita com bastante critério. Define a obrigatoriedade ou não de se licitar e as possibilidades da modalidade de licitação a ser adotada. Na fase externa da licitação, permite ao administrador público, representado pela Comissão de Licitação, verificar se a proposta mais vantajosa, pelos critérios do edital, é exequível, inexequível ou superfaturada;

3º) Autorização de despesa: a autoridade competente analisa a existência ou não de recurso suficiente para cumprir com os pagamentos que serão necessários e autoriza, ou não, a instauração do processo licitatório;

4º) Elaboração do instrumento convocatório: é feita a minuta do edital em que estão relacionadas as regras para a licitação;

5º) Análise e aprovação jurídica do edital: é apreciada e aprovada pelo órgão jurídico e posteriormente, levada à publicação;

6º) Divulgação: Após aprovação da minuta do edital pelo órgão jurídico, elabora-se o documento definitivo, com todas as exigências da lei, e publica-se o aviso na imprensa oficial, quando for o caso. Pode existir a situação em que a modalidade escolhida exija, apenas, a divulgação para os convidados.

### **Fase Externa**

A seqüência de atos, cronologicamente ordenados, da fase externa da licitação é apresentada a seguir, em conformidade com o art. 43 da Lei 8.666/93.

1º) Publicação do edital ou entrega das cartas-convite – Nesta etapa é dada a divulgação necessária estabelecida no art. 21 da Lei 8.666, de acordo com cada modalidade de licitação. Para a modalidade de Pregão, essa divulgação está estabelecida no art. 11 do Decreto nº 3.555/2000.

2º) Abertura da licitação com o recebimento dos envelopes de habilitação e das propostas. Nesta etapa, podem ser entregues um, dois ou três envelopes, dependendo da modalidade de licitação escolhida e do tipo de licitação. Os envelopes são entregues pessoalmente à Comissão de Licitação ou por via postal. A Comissão de Licitação lavra ata de recebimento dos envelopes e, na maioria das vezes, de abertura do envelope nº 1.

O parágrafo 1º do art. 45 da Lei 8.666 estabelece os tipos de licitação:

I – a de menor preço – considera como proposta mais vantajosa para a Administração, aquela que estiver de acordo com as especificações do edital ou carta-convite e ofertar o menor preço;

II – a de melhor técnica – considera como proposta mais vantajosa para a Administração, aquela que estiver de acordo com as especificações do edital ou carta-convite e demonstrar a melhor técnica dentro do julgamento preestabelecido no instrumento convocatório, considerando-se a fixação do preço máximo que a Administração se propõe a pagar. Esse tipo de licitação é utilizado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual;

III – a de técnica e preço - considera como proposta mais vantajosa para a Administração, aquela que estiver de acordo com as especificações do edital ou carta-convite e obtiver a maior média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço. Os pesos, a serem utilizados na média ponderada, estarão preestabelecidos no instrumento convocatório;

IV – a de maior lance ou oferta - considera como proposta mais vantajosa para a Administração, aquela que estiver de acordo com as especificações do edital ou carta-convite e propuser o maior valor. Esse tipo de licitação é utilizado nos casos de alienação de bens ou de concessão de direito de uso.

O Quadro 5 relaciona as modalidades de licitação, os tipos de licitação, o número de envelopes que devem ser entregues pelos licitantes e a ordem de abertura desses envelopes.

Quadro 5 – Relação entre Modalidades de licitação/Tipos de licitação/Número de envelopes

MODALIDADES	TIPOS DE LICITAÇÃO	NÚMERO DE ENVELOPES
CONCORRÊNCIA	O de menor preço	Envelope nº 1 – Habilitação Envelope nº 2- Preços
	O de melhor técnica	Envelope nº 1 – Habilitação Envelope nº 2– Técnica Envelope nº 3- Preços
	O de técnica e preço	Envelope nº 1 – Habilitação Envelope nº 2– Técnica Envelope nº 3- Preços
TOMADA DE PREÇOS	O de menor preço	Envelope nº 1 – Habilitação Envelope nº 2- Preços
	O de melhor técnica	Envelope nº 1 – Habilitação Envelope nº 2– Técnica Envelope nº 3- Preços
	O de técnica e preço	Envelope nº 1 – Habilitação Envelope nº 2– Técnica Envelope nº 3- Preços
CONVITE	O de menor preço	Envelope nº 1 – Preços
	O de melhor técnica	Envelope nº 1 – Técnica Envelope nº 2- Preços
	O de técnica e preço	Envelope nº 1 – Técnica Envelope nº 2- Preços
LEILÃO	O de maior lance	Envelope nº 1 – Habilitação/Preços
PREGÃO	O de menor preço	Envelope nº 1 – Preços Envelope nº 2- Habilitação

Cabe ressaltar a inversão na abertura dos envelopes na modalidade de Pregão (inversão das fases), característica essa que proporciona maior agilidade para essa modalidade. No caso da modalidade de Convite, é suprimida a fase de habilitação que é substituída pela entrega de documentação simples e por futura complementação, na época da assinatura do contrato. Normalmente, o Convite é feito empregando-se o tipo de licitação de menor preço, mas não existe impedimento que se faça avaliando-se tecnicamente o licitante.

3º) Habilitação dos licitantes – O art. 27 da Lei das Licitações estabelece a exigência feita aos interessados em participar da licitação. A documentação exigida refere-se à habilitação jurídica (art 28 da lei), regularidade fiscal (art. 29

da lei), qualificação técnica (art.30 da lei) e qualificação econômica-financeira (art 31 da lei). Toda a documentação de habilitação deve ser entregue no envelope designado para tal.

4º) Verificação da conformidade das propostas – Aplica-se o art. 32 da lei para verificação do original das propostas e dos documentos entregues pelos licitantes.

5º) Julgamento e classificação das propostas – A Comissão de Licitação após abertura dos envelopes, tanto para a fase de habilitação, quanto para a fase técnica, bem como para a verificação dos preços propostos, lavra atas de julgamentos, que podem ser adicionadas de relatórios de avaliação, baseadas nos critérios preestabelecidos no edital ou carta-convite. A Comissão de Licitação poderá declarar vencedora a empresa que apresentar a proposta mais vantajosa, desclassificar as propostas que não atendam às exigências do instrumento convocatório, desclassificar propostas com preço muito superior ao valor estimado ou com preços inexeqüíveis, ou, ainda, recomendar à autoridade superior a revogação do processo. Todas as decisões da Comissão de Licitação deverão ser lavradas em ata e publicadas na imprensa oficial, salvo para os casos em que estejam presentes os prepostos dos licitantes, no ato em que foi adotada a decisão. Do julgamento feito pela Comissão de Licitação, podem ocorrer recursos e impugnações por parte dos licitantes. Quando o interessado na licitação é afastado da disputa, pela Comissão de Licitação, por não atender às regras do ato convocatório, ele pode não se conformar com a própria inabilitação/desclassificação ou, até mesmo, com a habilitação/classificação de outro participante. Sendo assim, o licitante poderá recorrer à Autoridade Superior (recurso) e os demais licitantes poderão manifestar-se em sentido contrário (impugnação).

6º) Anulação, revogação ou homologação e adjudicação do objeto da licitação - Cabe somente à autoridade superior a decisão de anular, revogar ou homologar e adjudicar a licitação. É possível anular por ilegalidade, revogar a licitação por interesse público decorrente de fato superveniente devidamente

comprovado e homologar e adjudicar a licitação ao licitante vencedor para posterior elaboração do contrato. No caso da homologação, a autoridade superior analisa os atos que foram praticados no processo licitatório. A autoridade, nessa ocasião, confere legitimidade aos atos praticados pela comissão. Quando a autoridade superior verifica a conveniência da licitação para o interesse público, após a análise da legalidade dos atos praticados, pode adjudicar ao vencedor o objeto da licitação (<http://www.ambito-juridico.com.br/aj/da0039.htm>, acesso em 02/06/2003).

Como atos da fase externa, pode-se ainda citar a impugnação ao edital:

“Art 41, parágrafo 1º da Lei 8.666. Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no parágrafo 1º do art. 113.”

“Art 113, parágrafo 1º da Lei 8.666. Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo”

Como anexos obrigatórios, o processo deve conter: edital com projetos básico e executivo, orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários, minuta do contrato e especificações complementares e normas de execução pertinentes ao objeto; comprovante da publicação; ato de designação da Comissão Julgadora; comprovante de entrega no caso de convite (caso em que não é obrigatória a publicação); pareceres; demonstrativos; pesquisa de mercado; parecer sobre o edital; atas, relatórios e deliberações da Comissão Julgadora; recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões; atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação; despacho de anulação ou de revogação da licitação; termo de contrato ou documento equivalente.

O Quadro 6 indica a ordem das diversas etapas e anexos obrigatórios ao processo, classificando-os como integrantes das fase internas ou externas.

Quadro 6 – Etapas e Anexos do processo licitatório

<b>ETAPAS/ANEXOS - FASE INTERNA</b>
Requisição: I.1) Processo numerado/protocolado com: I.1.1) Projeto básico aprovado/ definição clara do objeto I.1.2) Orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários I.1.3) Previsão de recursos orçamentários para assegurar o pagamento das obrigações I.1.4) Autorização específica do ordenador de despesas I.1.5) Designação da Comissão Julgadora; I.1.6) Demonstrativos; pesquisa de mercado
II) Definição da modalidade de licitação – em função do valor estimado e da melhor conveniência para a Administração: concorrência; tomada de preços; convite; concurso; leilão; pregão
III) Documentos: Edital ou carta-convite contendo: ordem de compra ou minuta do contrato, especificações complementares e normas de execução pertinentes ao objeto
IV) Pareceres da Assessoria jurídica da Administração sobre: o edital; A minuta do contrato; acordos; convênios ou ajustes.
V) Etapa final: atos de adjudicação do objeto da licitação e da sua homologação ou atos de revogação ou de anulação do processo licitatório
<b>ETAPAS/ANEXOS - FASE EXTERNA</b>
I) Publicidade: comprovante da publicação do aviso contendo resumo do edital no caso de concorrências, tomadas de preços, concursos, leilão e pregão. comprovante de entrega no caso de convite - caso em que não é obrigatória a publicação
II) Impugnação ao edital Juntar no processo a impugnação e a resposta à impugnação. Quando for o caso, republicar as modificações do edital.
III) Habilitação das empresas proponentes – formalização em ata pela Comissão de Licitação
IV) Julgamento da licitação - Atas, relatórios e deliberações da Comissão de Licitação – faz parte do rito obrigatório da Comissão
V) Recursos eventualmente apresentados pelos licitantes e respectivas manifestações e decisões
VI) Termo de contrato ou documento equivalente.

Fonte: Lei 8.666

As etapas da fase interna são as mesmas para todas as modalidades de licitação e para qualquer tipo de licitação. Já na fase externa, existem diferenças. A publicidade varia para as diferentes modalidades; a habilitação das empresas licitantes varia de acordo com a modalidade escolhida; o julgamento da licitação é diferente para cada tipo de licitação; para a modalidade do pregão, existe uma inversão na fase externa que deve ser ressaltada aqui – a habilitação passa a ser verificada somente após a declaração do pregoeiro da proposta mais vantajosa, ou seja, somente após a verificação da proposta de preço.

Inicialmente, a partir de observações e análises feitas no âmbito organizacional e no nível dos participantes do processo, alguns problemas como: ocorrência de adjudicações indevidas, possibilidade de superfaturamento, preterição e perda da proposta mais vantajosa, demoras e atrasos no procedimento, ausência de competitividade nas propostas, podem parecer inconveniências do próprio instituto da licitação. No entanto, observando com mais rigor, esses problemas são apenas as características de processos mal gerenciados. Juntamente com esses problemas, existem também as contingências do processo inflacionário, característico dos contratos com a empresa pública, em que o fornecedor ou a empresa privada trabalha sempre com a hipótese de atrasos na questão orçamentária da Administração Pública. É preciso que a Administração crie instrumentos técnicos específicos para contornar o problema.

### **3.3 O Projeto da Nova Lei**

Em outubro de 2002, foi encaminhada à Casa Civil da Presidência da República o anteprojeto da Lei Geral de Contratações da Administração Pública. Esse anteprojeto havia sido submetido pelo Ministério do Planejamento à consulta pública, para sugestões, de 15 de março até 17 de maio de 2002. Nesse período, o Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão, juntamente com a Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação – SLTI, promoveu sessões públicas para apresentar o anteprojeto, colocando-o em discussão, coletando críticas e sugestões ao seu aperfeiçoamento ([http://www.governoeletronico.gov.br/NoticiasTexto.asp?id\\_noticias=1053](http://www.governoeletronico.gov.br/NoticiasTexto.asp?id_noticias=1053)), acesso em 24/10/02). Pelo projeto, o ritual da compra governamental, que hoje em dia é regulamentado pela Lei 8.666, passaria a ser regido por essa nova lei, permanecendo a Lei 8.666 apenas para as contratações de obras e serviços de engenharia.

O anteprojeto estabelece sete modalidades de procedimentos de contratação para compra de bens e serviços. São elas: convocação geral, pregão, cotação permanente, leilão, seleção emergencial, consulta e justificção. Dessas sete modalidades, cinco (convocação geral, pregão, cotação permanente, leilão, seleção

emergencial) contemplam os chamados procedimentos licitatórios e duas (consulta e justificção) são aplicáveis a situações nas quais não é possível a seleção objetiva, sendo estabelecidos, nesse caso, procedimentos não licitatórios. Os Quadros 7A e 7B, a seguir, apresentam as características e condições de aplicação de cada uma dessas modalidades.

Qualquer compra, não dependendo do valor, poderá ser feita por uma dessas modalidades. Espera-se que os processos de compra se tornem mais rápidos e que permitam maior competição. O anteprojeto também apresenta uma proposta de utilizar os meios eletrônicos para a publicidade e até mesmo para a realização das compras, conforme explicou a secretária adjunta de logística e tecnologia da informação, do Ministério do Planejamento ([http://www.governoeletronico.gov.br/NoticiasTexto.asp?id\\_noticias=1053](http://www.governoeletronico.gov.br/NoticiasTexto.asp?id_noticias=1053)), acesso em 24/10/02).

Quadro 7 A - Características e situações de aplicação das espécies de procedimentos de contratação - Procedimentos licitatórios

Procedimento Características	Aplicação	Critério de Julgamento
<p><b>Convocação Geral (art. 10)</b> Aberta a quaisquer interessados que atendam às condições de habilitação definidas pela Administração. Permite aferição mais detida da qualificação dos interessados.</p>	<p>Concessão e permissão de obras e serviços públicos. Autorização de serviços de titularidade do Poder Público. Outorga de direito de uso ou de exploração de bens públicos. Aplicável sempre que a Administração julgar conveniente</p>	<p>Preço Técnica conjugada a preço, somente quando não for viável o uso do critério preço (art. 82, § 1º). Critérios especiais, no caso de outorga de concessão ou permissão de serviços públicos, autorização de serviços e outorga de direito de uso ou de exploração de bens públicos (art. 85).</p>
<p><b>Pregão (art. 11)</b> Propostas e lances sucessivos Pode ser restringido aos previamente cadastrados Realizado em sessão pública ou por via eletrônica segura</p>	<p>Bens e serviços comuns</p>	<p>Preço</p>
<p><b>Cotação Permanente (art. 12)</b> Recebimento permanente de propostas Restrita aos previamente cadastrados Contratação do autor da melhor proposta no momento da requisição do bem ou serviço</p>	<p>Bens e serviços comuns, rotineiramente adquiridos pela Administração.</p>	<p>Preço</p>
<p><b>Leilão de Bens (arts. 13-14)</b> Aberto a quaisquer interessados É exigida prévia avaliação do bem pela Administração, para fixação do preço mínimo de arrematação. Requer autorização legislativa, no caso de venda de bens imóveis.</p>	<p>Venda de bens móveis ou imóveis.</p>	<p>Preço</p>
<p><b>Seleção Emergencial (arts. 15-17)</b> Permite realização célere de contratação. Convocação prévia de mínimo de 5 empresas, com 3 para apresentar propostas. Há preferência para empresas cadastradas perante a Administração.</p>	<p>Situações de comprovada urgência, nas quais não possa ser adotado o procedimento específico.</p>	<p>Preço</p>

Fonte: <http://www.comprasnet.gov.br/livre/Forum2/sintese.htm>, acesso em 15/07/2003

Quadro 7B - Características e situações de aplicação das espécies de procedimentos de contratação- Procedimentos não-licitatórios -

Procedimento Características	Aplicação	Critério de Julgamento
<b>Consulta (arts. 18-24)</b> Critério subjetivo de julgamento das propostas por júri.	Contratação de bens e serviços singulares, Contratações especiais Escolha de trabalho técnico, científico ou artístico. Atribuição de direitos	Ponderação entre custo e benefício, podendo considerar a qualificação do proponente (art. 91).
<b>Justificação (arts. 25-31)</b> Procedimento de Justificação. Poderá ser exigido chamamento público prévio (art. 31).	Casos nos quais a disputa seja desnecessária ou inviável. (art. 25)	Não se aplica.

Fonte: <http://www.comprasnet.gov.br/livre/Forum2/sintese.htm>, acesso em 15/07/2003

Diferentes públicos tiveram a oportunidade de discutir o anteprojeto do Governo Federal, sendo recebidas cerca de 1.346 sugestões. Essas sugestões foram analisadas e resultaram em diversos aperfeiçoamentos. Abaixo estão relacionadas as principais inovações do projeto, incluindo as contribuições recebidas após a consulta pública, ([http://www.governoeletronico.gov.br/NoticiasTexto.asp?id\\_noticias=1053](http://www.governoeletronico.gov.br/NoticiasTexto.asp?id_noticias=1053), acesso em 24/10/02).

- “ - Adota nova tipologia de licitações, baseada nas características dos bens e serviços e não no seu valor;
- Incorpora o pregão ao conjunto de modalidades;
- Agiliza os procedimentos de contratação, com a inversão de fases e redução geral de prazos: só é habilitado o licitante vencedor;
- Desburocratiza a habilitação do fornecedor, com a criação da fase de saneamento e aceitação de declaração do participante de que está em situação regular com relação aos requisitos de pagamento de tributos e contribuições, em lugar de certidões. A declaração deverá ser posteriormente comprovada até a celebração do contrato;
- Cria a cotação permanente, para compras de rotina, realizadas com muita frequência;
- Cria procedimento específico para contratação de trabalhos técnicos, intelectuais e de consultoria, que são atualmente tratados como dispensa e inexigibilidade;
- Limita as hipóteses admitidas de dispensa e de inexigibilidade;
- Estimula a utilização de cadastros eletrônicos de fornecedores;
- Permite a criação de cadastros unificados de fornecedores, em uma mesma esfera político-administrativa;
- Prevê a possibilidade de contratação conjunta entre órgãos para concentração de compras e ganho de escala;
- Permite ampla utilização do registro de preços nos contratos, inclusive entre diferentes esferas político-administrativas (União, Estados e Municípios), por meio da adoção recíproca de tabelas;
- Prevê a celebração e registro de contratos em meio eletrônico;
- Estimula a negociação e permite a redução de valor das propostas iniciais dos fornecedores, em todas as modalidades;
- Introduz a divulgação na Internet de todos os documentos, em *site* oficial único, com esta finalidade;
- Abole a obrigatoriedade da publicação de editais em jornais diários de grande circulação;
- Fortalece o papel e responsabilidade do gestor público nas contratações e estimula a sua profissionalização.”

Não cabe, no presente trabalho, aprofundar o estudo sobre a nova lei para contratações de bens e serviços para a Administração Pública. No entanto, vale ressaltar que algumas inovações propostas no ante-projeto também serão destacadas como proposições de mudanças para que o processo licitatório, mapeado no Capítulo 4 se torne mais rápido, sendo portanto eficiente e eficaz.