

## Leitura obrigatória 1ª aula do Curso Online sobre LICITAÇÕES

### INTRODUÇÃO ÀS LICITAÇÕES

#### 1. O QUE É LICITAÇÃO, QUAL SUA FINALIDADE E LEGISLAÇÃO SOBRE O TEMA

Licitação, consoante ensinamentos de Celso Antonio Bandeira de Mello:

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 ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preenchem os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.<sup>1</sup>

O procedimento licitatório possui como finalidade a obtenção da proposta mais vantajosa à Administração Pública, assegurando igual oportunidade a todos os interessados em com ela contratar (ou seja, a observância do princípio da isonomia) e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Conforme leciona Marçal Justen Filho, a vantagem que a Administração busca consiste na maior qualidade da prestação, conjugada com o maior benefício econômico, ou seja, a presença tanto de aspectos de qualidade, quanto de onerosidade. Nas palavras do doutrinador:

A maior vantagem apresenta-se quando a Administração assumir o dever de realizar a prestação menos onerosa e o particular se obrigar a realizar a melhor e mais completa prestação. Configura-se, portanto, uma relação custo-benefício. A maior vantagem corresponde à situação de menor custo e maior benefício para a Administração.<sup>2</sup>

A Medida Provisória nº 495, de 19 de julho de 2010, convertida na Lei nº 12.349 de 15 de dezembro de 2010 e regulamentada pelo Decreto Federal nº 7746, de 5 de junho de 2012, alterou o art. 3º da Lei 8666, cujo *caput* passou a prever a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Com este objetivo, as licitações terão que prever, para suas contratações,

---

<sup>1</sup> MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 492.

<sup>2</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 63.

critérios de sustentabilidade como otimização de recursos, redução de desperdícios, economia de água e energia, dentre outras diretrizes de sustentabilidade. Exemplos de diretrizes de sustentabilidade constam no art. 4º do Decreto Federal nº 7.746, de 5 de junho de 2012,:

**Art. 4º** São diretrizes de sustentabilidade, entre outras:

- I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água;
- II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local;
- III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia;
- IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local;
- V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra;
- VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e
- VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras.

A preocupação com a redução do impacto ambiental e com a economia dos recursos naturais já nasceu antes mesmo da MP nº 495/10. Em janeiro de 2010, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, editou a Instrução Normativa Nº 01, de 19 de janeiro de 2010, para disciplinar critérios de sustentabilidade nas contratações da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional.

O Tribunal de Contas da União, por sua vez, já se posicionou pela obrigatoriedade do ente público na adoção de critérios de sustentabilidade em suas licitações e contratações:

**TCU 2380/2012- 2ª Câmara** : no âmbito da administração pública federal, direta, autárquica e fundacional, tanto em face do disposto no art. 3º da Lei 8.666/93, quanto da IN/MPOG 1, de 19/1/2010, as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras, deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, atentando-se para os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas que deram origem aos bens ou serviços a serem contratados.

Ainda, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável é o fundamento para a implantação da chamada margem de preferência para o Mercado Nacional (Introduzida no §5º do art.3º da Lei 8.666, pela Lei nº 12.349/10 e regulamentada pelo Decreto nº 7546/11, que

prevê preferência estabelecida em favor dos produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais que atendam normas técnicas brasileiras face aos estrangeiros ou face a outros nacionais que não atendam a estas normas técnicas) **\*Atenção: os critérios de preferência serão tratados na aula 12 deste curso.**

Em relação a legislação que rege o tema, atualmente, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, com suas alterações posteriores, regulamentando o artigo 37, inc. XXI, da CF/88, estabelece as **normas gerais** acerca das licitações públicas e contratos administrativos para toda a Administração Pública. É isso o que dispõe o art. 1º do Estatuto das Licitações.

A Constituição Federal de 1988 definiu claramente em seu art. 22, inc. XXVII, a competência privativa da União para instituição de normas gerais sobre licitações e contratos administrativos. Marçal Justen Filho<sup>3</sup> ensina que a expressão “normas gerais” consiste em um conceito jurídico indeterminado, resultando de um lado, na existência de um núcleo de certeza positiva - onde pode-se afirmar com precisão quais as normas efetivamente qualificáveis como gerais na Lei 8.666/93 - e, de outro, uma zona cinzenta de dúvidas. Quanto ao núcleo de certeza positiva, afirma o autor que o conceito de normas gerais “compreende os princípios e as regras destinadas a assegurar um regime jurídico uniforme para as licitações e as contratações administrativas em todas as órbitas federativas”, com o fito de assegurar a padronização mínima na atuação de toda a Administração Pública e a efetividade do controle tanto pelos órgãos externos, quanto pela comunidade.

A Constituição Federal, em seu art. 22, inc. XXVII, determina que a competência da União é privativa quanto à instituição de **normas gerais** sobre licitações e contratos administrativos. Isso significa que a União possui competência **privativa** para instituir **normas gerais**, cuja observância será obrigatória para todos os entes federativos, ou seja, toda a Administração Pública (União, Estados, Distrito Federal e Municípios, tanto à administração direta quanto indireta); significa, também, que tanto a União, quanto os Estados e Municípios, possuem competência para instituir normas específicas, com aplicabilidade restrita ao âmbito federativo de cada ente, desde que respeitem os delineamentos das normas gerais veiculadas pela União.

---

<sup>3</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 15.

Posteriormente à Lei 8.666/93, houve o advento de uma nova modalidade de licitação denominada pregão. A nova modalidade surgiu, inicialmente, com aplicação restrita à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) pela Lei nº 9.472 de 16.7.1997 que autorizava a adoção do pregão para aquisição de bens e serviços comuns (Arts. 54 a 57). Após, o pregão foi estendido a todas as agências reguladoras, pela Lei Federal nº 9.986 de 18 de julho de 2000 (Art. 37).

Foi editada a Medida Provisória nº 2.026, em 4 de maio de 2000, instituindo o pregão apenas no âmbito da União. Esta MP foi reeditada por 18 (dezoito) vezes e renumerada, até ser convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002 – Lei do Pregão, com aplicabilidade à União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Na atualidade, o pregão é regulamentado, na esfera federal, pelo Decreto Federal nº 3.555 de 08 de agosto de 2000 (pregão presencial) e Decreto Federal nº 5.450, de 31 de maio de 2005 (pregão eletrônico). Importante destacar que, diferentemente das Leis 8.666/93 e 10.520/02 (que possuem aplicabilidade nacional), tais Decretos possuem aplicação restrita à esfera federal, não sendo automaticamente aplicáveis aos Estados, Distrito Federal e Municípios, podendo estes baixarem normas próprias nas respectivas esferas (inclusive, adotar em regulamento próprio, o da União), desde que respeitados os delineamentos das normas gerais.

Desta forma, sempre que fizermos menção a legislações como sendo “normas gerais”, significa que possuem caráter nacional (isto é, são obrigatoriamente aplicáveis a todas as esferas federativas: União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Exemplos de normas gerais para fins de licitação, de aplicabilidade nacional, são as seguintes: Lei 8.666/93, Lei 10.520/2002, Lei Complementar 123/2006.

Inversamente, quando indicarmos normas específicas da esfera federal, tais normas, a princípio, possuem aplicabilidade apenas na esfera Federal, não sendo automaticamente estendida para Estados e Municípios. Exemplos de Decretos Federais, com aplicabilidade na esfera federal (União): Decreto Federal 3.555 de 08 de agosto de 2000 (Pregão Presencial), Decreto Federal 5.450 de 31 de maio de 2005 (Pregão Eletrônico), Decreto Federal 7.892 de 23 de janeiro de 2013 (Sistema de Registro de Preços). Nestes casos, cada Estado ou Município poderá instituir normas próprias (podendo, ou não, acatar integralmente as normas federais), desde que não contrariem as normas gerais existentes sobre aquela matéria.

Ainda, em 2006, tivemos importantes inovações a respeito da participação de microempresas e empresas de pequeno porte nas licitações públicas, com o advento da Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006, trazendo benefícios às ME e EPP (arts. 42 a 49). A LC 123/06 foi posteriormente regulamentada pelo Decreto Federal nº 6.204, de 05 de setembro de 2007, e alterada pela LC nº 147, de 7 de agosto de 2014, objetos de estudo no decorrer deste curso.

## **2. QUEM É A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E QUEM É OBRIGADO A PROMOVER A LICITAÇÃO**

Conforme se depreende da leitura do art. 37, *caput* e inciso XXI da CF/88, a Administração Pública, direta e indireta, de qualquer dos Poderes da União, Estados, DF e Municípios, estão obrigados a licitar. Assim, desde já fica esclarecido que além do Poder Executivo, o Poder Judiciário e o Legislativo, ao contratarem com terceiros, estão desempenhando atividade administrativa e sujeitos a todas as regras a ela pertinentes.

Além disso, o art. 1º, *caput* e parágrafo único da Lei 8.666/93, determina a obrigatoriedade de licitar aos Poderes da União, Estados, DF e Municípios, repetindo o previsto na Norma Maior, e aos fundos especiais (órgão integrante da Administração Direta), autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista (ou seja, as entidades da Administração Indireta) e demais entidades, controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, DF e Municípios.

Com relação à Administração Indireta, não obstante o previsto no art. 119 da Lei nº 8.666/93 e tendo em vista a sobrevivência da Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998, que alterou o inc. XXVII do art. 22 da CF e § 1º do art. 173, CF, importante tecer algumas considerações sobre a aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 a tais entidades.

A alteração ao § 1º do art. 173 da CF trouxe a ideia de que as **empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica** serão regidas por estatuto jurídico específico, em matéria de licitações e contratos administrativos, observados os princípios da Administração Pública. Assim, fica esclarecido, desde já, que a alteração apenas tocou às entidades do art. 173, CF (empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de atividade econômica, sujeitas ao regime próprio das empresas privadas), não aludindo às entidades do art. 175, CF (estatais prestadoras de serviços públicos, sujeitas ao

regime jurídico da Administração direta, apenas ressalvadas situações derivadas da sua estruturação como pessoas de direito privado<sup>4</sup>).

Daí decorre o entendimento esposado por Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>5</sup>, de que as sociedades de economia mista e as empresas públicas **prestadoras de serviço público** permanecem e permanecerão sujeitas ao regime da Lei Federal nº 8.666/93, tendo em vista não terem sido afetadas pela mudança no dispositivo acima mencionado. Entretanto, em relação às estatais **exploradoras de atividade econômica**, no presente, são também submetidas à Lei nº 8.666, apenas naquilo em que não inviabilize o desempenho das atividades para as quais foram criadas, sob pena de impedir sua atuação empresarial no mercado em competição com a iniciativa privada. No entanto, para o futuro, quando sobrevier a lei aludida no art. 22, XXVII em consonância com o art. 173, § 1º, III, da Constituição Federal/88, as **estatais exploradoras de atividade econômica** serão regidas por esse novo estatuto – obviamente nos casos em que o instituto não inviabilizar o normal desempenho que lhes foi cometido pois, nestes casos, inexistirá qualquer tipo de licitação (por exemplo, não há como exigir que um banco público instaure licitação aos interessados que com ele desejem abrir conta corrente).

No mesmo sentido:

As entidades da Administração indireta permanecerão sujeitas ao regime da Lei nº 8.666 até a edição de novas regras. No futuro, haverá dois regimes básicos, um destinado à Administração direta e autárquica e outro para as entidades de direito privado organizadas segundo padrões empresariais. O regime especial para essas últimas não consistirá na liberação pura e simples para realização de contratações, mas envolverá a adoção de limites e procedimentos simplificados.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 27.

<sup>5</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello *in* **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 212-218 e 537-538

<sup>6</sup>JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p.26

Dessa forma, as entidades do art. 173, CF/88, apesar da previsão da sujeição ao regime próprio das empresas privadas, não são isentas de promover licitação. Haverá a obrigatoriedade de tais entidades promoverem procedimento licitatório, em regra, quando estiverem contratando atividades-meio; em se tratando de atividade-fim, caracterizar-se-ia a inexigibilidade de licitação.<sup>7</sup>

Outrossim, cabe registrar entendimento contrário – do qual não coadunamos – de Antonio Carlos Cintra do Amaral<sup>8</sup>, para quem após a Emenda Constitucional nº 19/98 ter trazido nova redação ao art. 22, XXVII, a União continua com competência para legislar a respeito de normas gerais de licitações e contratos administrativos para a Administração Direta, Autarquias e fundações instituídas pelo Poder Público, ficando, entretanto, as estatais – empresas públicas e sociedades de economia mista – tanto as exploradoras de atividade econômica quanto as prestadoras de serviços públicos sujeitas, tão somente, aos princípios da licitação. Assim, para o jurista, a Lei 8.666/93 não é aplicável às estatais, estando estas sujeitas apenas aos princípios da licitação.

É importante destacar, a diferença entre os termos “Administração Pública” e “Administração”. Tal critério é utilizado, principalmente, para a aplicação das penalidades administrativas previstas na legislação (as penalidades serão objeto da aula 15). É o próprio artigo 6º da Lei 8.666/93 que distingue:

Art. 6º (...)

XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado

---

<sup>7</sup> Tal entendimento foi esposado pelo Tribunal de Contas da União, através do acórdão 121/1998 - Plenário, relator Min. Iram Saraiva, Processo nº 010.124/1995-0, Brasília, Sessão de 26 de agosto de 1998, apenas existindo a divergência, em relação à doutrina, quanto a qualificação da hipótese, entendendo se tratar de caso de dispensa, enquanto a doutrina enquadra como inexigibilidade. Posteriormente, no acórdão 624/2003 – Plenário, relator Min. Guilherme Palmeira, Processo nº 000.214/1997-3, Brasília, Sessão de 04 de junho de 2006, TCU, reiterou-se o mesmo entendimento, porém enquadrando corretamente em situação de inexigibilidade a hipótese da contratação de serviços que constituam a atividade-fim. Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008, p. 28

<sup>8</sup> AMARAL, Antonio Carlos Cintra do. **Licitações nas empresas estatais**. São Paulo: 2009. Disponível em <[www.celc.com.br](http://www.celc.com.br)>. Acesso em: 21 abr. 2012.

sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente.

Portanto, sempre que nos referirmos a “Administração Pública”, significa abrangência nacional, ou seja, toda a Administração direta e indireta de todas as esferas governamentais; De outro lado, a abrangência da palavra “Administração”, refere-se ao órgão/entidade que atua concretamente, individualizado.

Por fim, destacamos que, no decorrer do curso serão utilizadas jurisprudências administrativas da Corte de Contas Federal, o TCU – Tribunal de Contas da União, que é o *órgão de controle responsável por julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos federais. Compreende também os responsáveis pela aplicação de quaisquer recursos repassados pela União a Estado da Federação, ao Distrito Federal ou a município, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos semelhantes* (Conhecendo o Tribunal – 5ª ed. – p.10, disponível em [www.tcu.gov.br](http://www.tcu.gov.br)). Além disso, pela Súmula 222 do TCU, todas as orientações deste órgão que tratar de normas gerais de licitação, serão estendidas aos Municípios, Estados e DF (ou seja, todas as esferas governamentais). Daí a importância do conhecimento das orientações desta Corte:

#### **SÚMULA Nº 222 TCU**

As Decisões do Tribunal de Contas da União, relativas à aplicação de normas gerais de licitação, sobre as quais cabe privativamente à União legislar, devem ser acatadas pelos administradores dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

E, no caso da licitação e contratação ser processada por recursos federais mediante repasse voluntário de recursos públicos da União para Estados e Municípios, estes também deverão observar a legislação federal a respeito do tema e, também, sob fiscalização do TCU:

Instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União devem



conter clausula que determine que as compras, obras e serviços sejam contratados mediante processo de licitação publica, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente. **(Tribunal de Contas da União, Licitações & Contratos – Orientações e Jurisprudências do TCU, 4ª ed., 2010, p.824)**

E competência constitucional do TCU fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convenio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. **Acórdão 170/2007 Plenário (Sumário)**