

Legislação Aplicada à Logística de Suprimentos Lei nº 8.666/93, pregão e registro de preços

Conteúdo para impressão

Módulo 1: A Importância e Necessidade da Lei de Licitações

Atualizado em: dezembro de 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 Educação a Distância: Natália Teles da Mota

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; *Conteudista:* Edson Seixas Rodrigues(2005); *Revisores:* Henrique Savonitti (2008), Walter Salomão (2011), Hanna Ferreira (2013).

Diagramação realizada no âmbito do acordo de Cooperação Técnica FUB/CDT/Laboratório Latitude e ENAP.

© ENAP, 2014

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

Sumário

MÓDULO 1: A IMPORTÂNCIA E NECESSIDADE DA LEI DE LICITAÇÕES	5
1.1. OBJETIVOS DO MÓDULO	5
1.2. INTRODUÇÃO	5
1.3. OBEDIÊNCIA X TRANSGRESSÃO	6
1.4. O QUE É LICITAÇÃO?	6
1.5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	7
1.6. OBRIGATORIEDADE, FINALIDADE E IMPORTÂNCIA	8
1.6.1. OBRIGATORIEDADE.....	8
1.6.2. FINALIDADE	9
1.6.3 IMPORTÂNCIA.....	11
1.7. PONTO POLÊMICO DO MÓDULO.....	12
1.8. FINALIZANDO O MÓDULO	12

MÓDULO 1: A IMPORTÂNCIA E NECESSIDADE DA LEI DE LICITAÇÕES

1.1. OBJETIVOS DO MÓDULO

Ao final desse módulo, espera-se que você seja capaz de:

- Conhecer o conceito de licitação pública.
- Apontar a evolução histórica, obrigatoriedade, finalidade e importância da licitação.

1.2. INTRODUÇÃO

O que é a lei?

No sentido jurídico, lei é o comando escrito elaborado, em regra, pelo Poder Legislativo e imposto coercitivamente à obediência geral, tanto pelo cidadão quanto pelas instituições.

SAIBA MAIS!

Conforme formulação de Montesquieu, os poderes constituídos do Estado são três: Legislativo, Executivo e Judiciário, os quais convivem harmonicamente e são independentes entre si.

- O Legislativo tem como função principal elaborar as leis.
- O Executivo tem como atividade precípua executar as leis.
- O Judiciário tem como finalidade principal obrigar o cumprimento das leis.

1.3. OBEDIÊNCIA X TRANSGRESSÃO

Uma lei deve ser cumprida em toda sua extensão e por todos os cidadãos, do mais simples trabalhador ao Presidente da República.

Quando alguém transgredir a lei é submetido à sanção¹ previamente determinada, que varia, conforme o caso, de uma simples advertência até a restrição da liberdade (prisão).

Nesse caso, não importa se o transgressor conhece ou não a ordem legal, uma vez que o ordenamento jurídico determina que “a ninguém é dado desconhecer a lei”.

A norma que institui as regras para licitações e contratos da Administração Pública é a Lei nº 8.666, de 21.06.1993, e alterações posteriores.

SAIBA MAIS!

Para conhecer todas as alterações da Lei nº 8.666/93, acesse o seguinte endereço no sítio da Presidência da República: <http://legislacao.planalto.gov.br>

A modalidade Pregão é tratada pela Lei nº 10.520, de 17.07.2002 e por decretos de regulamentações.

O Pregão será estudado detalhadamente no Módulo 13 deste Curso.

1.4. O QUE É LICITAÇÃO?

CONCEITO

No nosso dia a dia, quando estamos negociando algo do nosso interesse, como a compra de um veículo, de um imóvel, de material de consumo (alimentos, vestuário, combustível, etc) ou contratação de um serviço (advocacia, médico, arquiteto, etc) ou de uma obra, sempre procuramos uma proposta que atenda melhor as nossas condições e expectativas para o momento.

Definimos as nossas regras (valor máximo a ser pago e condições gerais) e seguimos em busca de fornecedores (pessoa física ou jurídica) que atendam a nossa necessidade.

É neste mesmo formato que também age a Administração Pública quando precisa contratar terceiros. A diferença está em que a escolha da melhor proposta se realiza através de um procedimento administrativo chamado de licitação, cujos termos são expostos

1. Sanção ou coercibilidade, embora sinônimos de obrigatoriedade, não são sinônimos de penalidade. Nas lições do saudoso Geraldo Ataliba, encontramos importante explicação: “a sanção não é sempre e necessariamente um castigo. É mera consequência jurídica que se desencadeia (incide) no caso de ser desobedecido o mandamento principal de uma norma. É um preconceito que precisa ser dissipado - por flagrantemente anticientífico - a afirmação vulgar, infelizmente repetida por alguns juristas, no sentido de que a sanção é castigo. Pode ser, algumas vezes. Não o é muitas vezes. Castigo, pena, penalidade é espécie do gênero sanção jurídica. Nem toda sanção é castigo, embora todo castigo (espécie) seja sanção” (ATALIBA, Geraldo. Hipótese de incidência tributária. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1992. pp. 40-1).

em um documento, chamado de instrumento convocatório (edital ou convite), que vincula e obriga a todas as partes nele envolvidas, limitado as regras estabelecidas em lei. “Licitação vem do latim *licitationem*, dos verbos *liceri* ou *licitari* (lançar em leilão, dar preço, oferecer lance) e possui, em sentido literal, a significação do ato de licitar ou fazer preço sobre a coisa posta em leilão ou a venda em almoeda.”²

É o procedimento administrativo preliminar, mediante o qual a Administração, baseada em critérios prévios, seleciona, entre várias propostas referentes a compras, obras ou serviços, a que melhor atende ao interesse público, a fim de celebrar contrato com o responsável pela proposta mais vantajosa, em observância ao princípio constitucional da isonomia.

O doutrinador Renato Geraldo Mendes, em sua obra *O Processo de Contratação Pública* afirma que o “Processo de contratação pública é o conjunto de fases, etapas e atos estruturado de forma lógica para permitir que a Administração, a partir da identificação precisa da sua necessidade e demanda, possa definir com precisão o encargo desejado, minimizar seus riscos e selecionar, isonomicamente, se possível, a pessoa capaz de satisfazer a sua necessidade pela melhor relação benefício-custo.” (MENDES, Renato Geraldo. *O Processo de Contratação Pública – Fases, etapas e atos*. Curitiba: Zênite, 2012, p. 25.)

SAIBA MAIS!

“Pode-se definir a licitação como uma *invitatio ad offerendum*, isto é, um convite do Poder Público aos administrados para que façam suas propostas e tenham a chance de ser por ele contratados, para executarem determinada prestação (de dar ou fazer).” MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1.

1.5. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A noção de contratação pública surgiu com o advento do Código de Contabilidade Pública da União, Decreto nº 4.536, de 19 de janeiro de 1922, posteriormente pela Lei nº 4.401/64, mas ambos não possuíam o foco atual de observância ao princípio da isonomia e da igualdade de todos perante a lei e com a seleção da proposta mais vantajosa. A então concorrência, como era chamado o processo de contratação, visava atender ao interesse financeiro do Estado em obter o preço mínimo.

Em 1967, com a Reforma Administrativa Federal através do Decreto-lei nº 200, o processo de contratação perdeu seu caráter de discricionariedade administrativa para se constituir em instituto vinculante e obrigatório, embora exclusivamente em âmbito federal. Tal obrigatoriedade foi estendida aos Estados e Municípios através da Lei nº 5.456/68.

Posteriormente, o Decreto-lei nº 2.300, de 21/11/1986, e seu art. 85 determinou que se aplicariam aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as normas gerais nele estabelecidos, porém, somente com a Constituição Federal de 1988 foi que a

² BARROS, Wellington Pacheco. *Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Altas, 2009.

licitação ganhou foro constitucional de generalidade e de aplicação obrigatória a toda a Administração Pública, incluindo ainda os fundos especiais e os entes privados controlados direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Na evolução do conceito e propósito do processo de licitação, verifica-se que esta deixou o aspecto meramente econômico (menor preço) para se transformar em um instrumento que possibilita a participação de todos os interessados, objetivando a seleção da proposta mais vantajosa, isto é, aquela que atenda todas as regras impostas no instrumento convocatório (em obediência à lei, à impessoalidade e ao julgamento objetivo) e, ainda, ofereça o melhor preço para a Administração Pública.

Com a edição da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, restou revogado o Decreto-Lei nº 2.300/86.

Alguns diplomas normativos posteriores objetivaram disciplinar pontos específicos e complementares do Estatuto de Licitações.

1.6. OBRIGATORIEDADE, FINALIDADE E IMPORTÂNCIA

1.6.1. OBRIGATORIEDADE

Como já relatado, é a partir do advento da Constituição Federal de 1988 que a licitação passou a ser obrigatória³ para toda a Administração Pública através dos arts. 37, XXI e 175, ressalvados os casos especificados na legislação pertinente.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 estabelece normas para licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios e condiciona, em seu parágrafo único do art. 1º, ao regime desta Lei, os órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Apesar de as empresas estatais possuírem personalidade jurídica de direito privado e terem regulamento próprio, estas também ficaram sujeitas às normas gerais da Lei nº 8.666/93: "Art. 119. As sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União e pelas entidades referidas no artigo anterior editarão regulamentos próprios devidamente publicados, ficando sujeitas às disposições desta lei."

3 Hely Lopes Meirelles, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro* (São Paulo: Malheiros, 2001, p. 262) esclarece: "A expressão 'obrigatoriedade de licitação' tem duplo sentido, significando não só a compulsoriedade da licitação em geral como, também, a da modalidade prevista na lei para a espécie, pois atenta contra os princípios da moralidade e eficiência da Administração o uso da modalidade mais singela quando se exige a mais complexa, ou o emprego desta, normalmente mais onerosa, quando o objeto do procedimento licitatório não a comporta. Somente a lei pode desobrigar a Administração, quer autorizando a dispensa de licitação, quando exigível, quer permitindo a substituição de uma modalidade por outra (art. 23, §§ 3º e 4º)."

1.6.2. FINALIDADE

A instauração, de processo de licitação por parte da Administração Pública, conforme o art. 3º, da Lei nº 8.666/93 destina-se a garantir:

- Observância ao princípio constitucional da isonomia: as regras e condições estipuladas no instrumento convocatório (edital ou convite) deverão propiciar a participação dos interessados do ramo pertinente ao objeto licitado. Tais condições não poderão estar direcionadas a uma determinada especificação (marca) ou fornecedor (licitante), nem tampouco frustrar o caráter competitivo do processo.
- Seleção da proposta mais vantajosa: a proposta selecionada deverá estar de acordo (em 100%) com as especificações e demais condições estabelecidas no instrumento convocatório e conjuntamente ofertar o melhor preço apresentado entre as concorrentes. Tal requisito visa garantir que a Administração exerça o direito indisponível de guardião da finalidade e interesse público manifestada naquela contratação ao propiciar a melhor destinação possível dos recursos públicos.
 - o Promoção do desenvolvimento nacional sustentável (decorrente da Lei nº 12.349 de dezembro de 2010).

No ano de 2010, a Lei nº 8.666/93 sofreu algumas valiosas alterações, entre elas, merecem destaque as seguintes:

- Inserção da finalidade às licitações de busca do desenvolvimento nacional sustentável.

Contratações Públicas Sustentáveis são as que consideram critérios ambientais, econômicos e sociais, em todos os estágios do processo de contratação, transformando o poder de compra do Estado em um instrumento de proteção ao meio ambiente e de desenvolvimento econômico e social.

O MPOG publicou a Instrução Normativa nº 1, de 19 de janeiro de 2010, que “dispõe sobre os critérios de sustentabilidade ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional”.

Mais informações em <http://cpsustentaveis.planejamento.gov.br>

- Inserção da possibilidade de margens de preferências que favorecem produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras, além de novos critérios de desempate favoráveis às empresas brasileiras e aos bens produzidos no Brasil.
- Possibilidade de restrição nas contratações destinadas à implantação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de infor-

mação e comunicação, considerados estratégicos em ato do Poder Executivo federal, 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.

SAIBA MAIS!

Menor Preço ou Melhor Preço?

Com a clareza que lhe é peculiar, Helly Lopes Meirelles no livro *Licitação e Contrato Administrativo* (São Paulo: Malheiros Editores, 15ª edição, 2010) afirma:

“Proposta mais vantajosa é a que melhor atende ao interesse do serviço público. As vantagens da proposta serão aferidas em cada licitação segundo o fator ou fatores preponderantes indicados no edital, de acordo com os fins almejados pela Administração Pública. Isto porque, em cada obra, em cada serviço, em cada compra e em cada alienação, o interesse público se diversifica diante das circunstâncias, das peculiaridades e das finalidades da realização administrativa.

Proposta mais vantajosa - já o dissemos - não é sempre a do menor preço, mas sim a que mais favorece o interesse do serviço público e melhor atende aos objetivos da Administração expressos no edital ou no convite. Na licitação de menor preço este fator será o predominante e decisivo no julgamento; na licitação de melhor técnica prevalecerão os fatores técnicos indicados no edital e o preço que tenha sido negociado pela Administração; na licitação de técnica e preço combinam-se esses dois fatores e decide-se pela média ponderada das valorizações das propostas de técnica e preço, de acordo com os pesos estabelecidos no instrumento convocatório; na licitação de maior lance ou oferta será esse, também, o fator decisivo no julgamento, juntamente com as demais condições solicitadas no edital.”

Por ser ato administrativo formal, a manifestação de vontade da Administração Pública deverá estar absolutamente vinculada aos ditames da lei, o que a impossibilita de criar requisitos procedimentais próprios. O que estiver estabelecido na lei é o que deve ser cumprido pelo Órgão ou Entidade Pública.

A legislação de licitações é ampla porque cada ente público (Estados, Distrito Federal e Municípios) pode regulamentar o assunto, desde que não seja contrário ao disposto na Constituição e na Lei nº 8.666/93.

Todas as demais leis devem estar em consonância com a Constituição Federal, ou seja, não podem estabelecer regras que sejam contrárias a ela. Qualquer lei que contrarie a Constituição é nula, pois, a Constituição, elaborada pelos representantes do povo, é a lei mais importante de um país. Ela trata, precipuamente, da criação, organização e funcionamento do Estado. Desta forma, todas as outras normas, para serem válidas, devem estar em conformidade com a Constituição.

O artigo 22, inciso XXVII da Constituição Federal preceitua que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratos administrativos,

em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, observando o art. 37, inciso XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, observando o art. 173, §1º, inciso III, todos da CF.

Até que seja editada lei dispendo 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 1732/2009 Plenário (Sumário).

A professora Marinela esclarece que “(...), caberá à União a definição das normas gerais sobre o assunto, tendo todos os entes competência para legislar sobre normas específicas. Todavia, essas competências legislativas têm abrangências diferentes. Por exemplo, quando a União cria norma geral, esta é de âmbito nacional, aplicável em todo o território e para todos os entes da federação, o que não acontece na lei que define norma específica, porque só atinge o próprio ente que legislou”. (MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. Niterói: Impetus, 5ª ed. 2011, p.. 340).

Além disso, as Leis são divididas conforme a seguinte hierarquia:

- **Constitucionais:** referem-se à estrutura e ao funcionamento do Estado (organização da estrutura, competência dos poderes e direitos fundamentais do Estado).
- **Ordinárias:** referem-se às leis comuns, emanadas do Poder Legislativo (exemplo: A Lei de Licitações e Contratos).
- **Regulamentares:** referem-se às disposições da lei ordinária (decretos, resoluções, etc) e que são desenvolvidas no plano administrativo do Estado.

1.6.3 IMPORTÂNCIA

A licitação, por ser meio legal de se contratar bens, serviços e obras, é o instrumento de acompanhamento e controle social sobre a gestão de recursos públicos.

Para a Administração Pública, é a ferramenta de seleção de melhor proposta (mais vantajosa) para o ato ou contrato de seu interesse.

Como se trata de recursos públicos para o cidadão, é o exercício do direito de entender as condições, valores e empresas contratadas direta ou indiretamente que possibilitam o atendimento aos seus direitos sociais, tais como educação, saúde, trabalho, moradia, lazer, segurança, entre outros.

A realização de procedimento licitatório para aquisição de bens e serviços é obrigatória se ficar configurada a viabilidade de competição entre fornecedores. Acórdão 88/2008 Plenário (Sumário).

Para os concorrentes da licitação (licitantes) é o exercício do direito de participação em processo transparente, com julgamento objetivo e igualdade de condições, segundo as regras estabelecidas no instrumento convocatório e na legislação própria.

É neste formato que o art. 4º, da Lei nº 8.666/93 estabelece o direito público subjetivo⁴ aos participantes e a qualquer cidadão para acompanhamento da fiel observância da lei no procedimento licitatório.

1.7. PONTO POLÊMICO DO MÓDULO

Princípio da Isonomia X Princípio da Máxima Competitividade O princípio que refuta a restrição ao caráter competitivo não é absoluto, representando essencialmente a expressão sintetizada de uma orientação vista em caráter de generalidade, a admitir, por óbvio, excepcionalidades que sejam conduzidas por circunstâncias ensejadoras de determinada feição fora do comum.

Não se admite a discriminação arbitrária na seleção do contratante, sendo insuprimível o tratamento uniforme para situações uniformes, tendo em vista que, nos termos do art. 3º, *caput*, da Lei no 8.666/1993, a licitação destina-se a garantir não só a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública, mas também a observância do princípio constitucional da isonomia. Acórdão 1631/2007 Plenário (Sumário).

1.8. FINALIZANDO O MÓDULO

Terminamos o Módulo 1. A seguir, faça o **Exercício Avaliativo** do módulo.

Em seguida, verifique se você atingiu os objetivos desse módulo, respondendo a **auto-avaliação de aprendizagem**.

No próximo módulo, você terá oportunidade de conhecer a Lei de Licitações.

4. Segundo Wellington Pacheco Barros, em sua obra *Licitações e Contratos Administrativos* (São Paulo: Atlas, 2009, p..137), o “direito subjetivo, no conceito substantivo, é a prerrogativa que alguém possui de exigir de outrem a prática ou abstenção de certos atos, ou a respeito a situação que aproveitam. Direito público subjetivo, portanto, é quando essa prerrogativa assume referendo estatal positivo ou negativo, devendo o Estado protegê-lo e não podendo atentar conta sua existência.”