

MODALIDADES LICITATÓRIAS

Marco Luciano Wahlbrinck¹

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo visa a tecer considerações sobre as modalidades de licitações existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Pretende-se oferecer ao operador do direito, especialmente aquele envolvido com as questões da Administração Pública, elementos básicos a respeito de tal instituto.

O correto entendimento acerca das modalidades licitatórias, bem como do seu uso em cada situação, efetivamente constituirá elemento que evitará que se cometam atos de improbidade administrativa.

2 MODALIDADES

A modalidade de licitação é a forma específica de conduzir o procedimento licitatório a partir dos critérios definidos em lei. O principal fator para a escolha da modalidade de licitação está relacionado ao valor estimado para a contratação. Não seguem essa regra as modalidades do pregão, do Concurso e do Leilão, pois estas não estão vinculadas a valores, por serem modalidades com características específicas. Para cada modalidade de licitação há exigências específicas de procedimentos, formalização do processo e prazos (Gasparini, 2004).

¹ Acadêmico formando B/2006, do Curso de Direito do Centro Universitário Univates, Lajeado/RS. Publicação: Dez/06.

Convém salientar ainda que modalidade de licitação não pode ser confundida com tipo de licitação. 'Modalidade' é procedimento, ao passo que 'tipo' é critério de julgamento utilizado pela Administração Pública para a seleção da proposta mais vantajosa (Meirelles, 2001).

Os tipos de licitação mais utilizados para o julgamento das propostas são: *Menor Preço*, no qual será vencedor o licitante que apresentar a proposta de acordo com as especificações constantes no edital e ofertar o menor preço; *Melhor Técnica*, no qual será selecionado o proponente melhor qualificado para execução de uma técnica para atingir um determinado fim; e, por fim, *Técnica e Preço*, no qual será selecionada a proposta que alcance a maior média ponderada das valorizações das propostas técnicas e preço, de acordo com os pesos pré-estabelecidos (Carvalho, 2005).

Passa-se agora a expor mais detalhadamente cada uma das modalidades de licitação citadas acima.

2.1 Concorrência

A concorrência está prevista no inciso I do art. 22 da Lei 8.666/93, sendo sua definição dada pelo parágrafo primeiro do mesmo artigo e assim dispõe:

Art. 22, I - 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.

A concorrência é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade, haja vista que se quer a participação de quaisquer interessados, desde que preencham os requisitos do edital convocatório. Na concorrência, qualquer interessado pode participar da licitação, porém essa amplitude na participação produzirá reflexos na fase de habilitação, já que nesta fase a Administração examina, através dos documentos exigidos no edital, se o concorrente apresenta condições de idoneidade para ter sua proposta apreciada (Gasparini, 2004).

Essa espécie de licitação é a apropriada para contratos de grande valor, sendo que o edital deve ser publicado pela última vez com um prazo mínimo de

quarenta e cinco ou trinta dias (conforme for aplicável o inc. I, al. “b”, ou o inc. II, al. “a”, ambos dos art. 21 da lei nº 8666/93) antes do recebimento das propostas.

Independentemente do valor, a lei prevê que a modalidade da concorrência deve ser adotada nos seguintes casos: a) compra de bens imóveis; b) alienações de bens imóveis para as quais não tenha sido adotada a modalidade do leilão; c) concessões de direito real de uso, serviço ou obra pública e d) licitações internacionais, porém, neste caso admite-se a modalidade de tomada de preços quando o órgão ou a entidade licitante possuir cadastro internacional de fornecedores, ou até o convite, caso inexista fornecedor no país.

Além dessas situações peculiares, versa o Estatuto das Licitações e Contratos Públicos que a concorrência é obrigatória quando, em havendo parcelamento, o valor das licitações das parcelas, em conjunto, correspondam a montante igual ou superior ao previsto para a modalidade concorrência, que hoje [2006] corresponde a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) no caso de obras e serviços de engenharia e a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais) no caso de compras e outros serviços.

2.2 Tomada de Preços

A tomada de preços está prevista no inciso II do art. 22 da lei 8.666/93, sendo sua definição dada pelo parágrafo segundo do mesmo artigo e assim dispõe:

Art. 22, II - 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.

Como regra, pode participar da tomada de preços o interessado que tiver obtido seu cadastramento prévio até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

O que tem gerado muitas controvérsias nessa modalidade de licitação, é o fato de que podem participar também os interessados que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do

recebimento das propostas. Isso tem dado margens a controvérsias infundáveis e, mesmo, insolúveis (Justen Filho, 2002).

Essa é a modalidade de licitação para contratos de valor imediatamente inferiores aos estabelecidos para a concorrência, quais sejam: Para obras e serviços de engenharia entre R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); e para compras e outros serviços entre R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) e R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

A tomada de preços, então, é admissível nas contratações de obras, serviços e compras dentro dos limites de valor estabelecidos em lei. A grande característica dessa modalidade, que a distingue da concorrência, é a existência da habilitação prévia dos licitantes, através dos registros cadastrais. Isso não significa porém, a desnecessidade da fase de habilitação, haja vista ser necessário à conferência de todo material para qualificação, tendo em vista a participação de licitantes nessa fase.

Na tomada de preços, deve-se obedecer a um prazo de quinze dias no mínimo, entre a última publicação e a data fixada para o recebimento das propostas. Porém, caso o certame seja julgado pelos critérios de “melhor técnica” ou de “técnica e preço”, o prazo deverá ser estendido para pelo menos trinta dias (Justen Filho, 2002).

2.3 Convite

O convite está previsto no inciso III do art. 22 da lei 8.666/93, sendo sua definição dada pelo parágrafo terceiro do mesmo artigo e assim dispõe:

Art. 22, III - Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 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 vinte e quatro horas da apresentação das propostas.

O convite é a modalidade mais simples dentre todos os tipos de licitação. Conforme Justen Filho (2002 p. 202), “prevê-se a faculdade de a Administração

escolher potenciais interessados em participar da licitação, sendo que estes convidados não necessitam estar cadastrados previamente”.

Podem ser destacadas as seguintes particularidades do tema:

O convite é a modalidade de licitação com procedimento mais simplificado e menores prazos para a sua realização; é empregada para compras e serviços de menor vulto, conforme se observa nos valores limite das modalidades de licitação estabelecidos no art. 23 da lei 8.666/93; é o procedimento menos sistematizado em lei; e é a modalidade que tem, nos Tribunais de Contas, maior volume de jurisprudência, quando comparada ao Poder Judiciário (Fernandes, 2004, p. 271).

Ainda em conformidade com o referido autor, o convite é a modalidade de licitação mais utilizada, porém com o passar dos anos, vem perdendo espaço para novas modalidades bem como pelo incremento da contratação por inexigibilidade de licitação (Fernandes, 2004).

Houve uma inovação com o advento da lei n° 8.666/93, qual seja, a permissão da participação de outros interessados, havendo manifestação neste sentido, formalizada em até vinte e quatro horas antes da apresentação das propostas. Essa medida teve o intuito de aumentar o número de licitantes. Tendo sido permitida a participação de “não convidados” deve a Administração afixar cópia da convocação em local propício para tal, a fim de que seja observado o princípio da publicidade (Peixoto, 2001).

Em princípio, o convite deverá contar com, no mínimo, três licitantes qualificados, ou seja, em condições de contratar. Porém, quando for impossível a obtenção de três propostas válidas, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, tendo sido essas circunstâncias devidamente motivadas e justificadas no processo, admite-se um número inferior a três concorrentes. Não tendo sido motivado ou justificado, o convite deve ser repetido (Justen Filho, 2002).

Há que se ressaltar que limitações de mercado, ou manifesto desinteresse das empresas convidadas não se caracterizam e nem podem ser justificados quando são inseridas na licitação condições que somente uma ou outra empresa pode atender (Justen Filho, 2002).

Dentro dessas condições, consta a descrição do objeto da licitação, o qual deve ser descrito de maneira sucinta. Conforme Justen Filho (2005), a regra visa a evitar que a complexidade da descrição dificulte ou até mesmo impossibilite a compreensão e a participação de eventuais interessados. Nessa descrição deve se atentar ao fato de que a mesma não pode ser muito prolixa mas também não pode omitir tópicos essenciais. Por isso, sucinta não significa excessivamente prolixa e muito menos omissa.

Essa modalidade de licitação é a que confere maior discricionariedade² ao administrador público. Em função disso, é que deve haver um cuidado redobrado no sentido de que os princípios da administração pública sejam observados, tendo em vista que, se não observados na sua essência, pode o administrador público ser condenado a sofrer sanções administrativas e judiciais, tendo que em muitos casos restituir valores e até sofrer privações de liberdade (Justen Filho, 2002).

Em termos de valores, o convite pode ser utilizado em obras e serviços de engenharia acima de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) e em compras e outros serviços acima de R\$ 8.000,00 (oito mil reais) até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) (Justen Filho, 2002).

2.4 Concurso

O concurso está previsto no inciso IV do art. 22 da lei 8.666/93, sendo sua definição dada pelo parágrafo quarto do mesmo artigo e assim dispõe:

Art. 22, IV - Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico e artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias.

De acordo com Meirelles:

O concurso é uma modalidade de licitação de natureza especial, porque apesar de se reger pelos princípios da publicidade e da igualdade entre os participantes, objetivando a escolha do melhor trabalho, dispensa as formalidades específicas da concorrência (Meirelles, 1999, p.90).

² “A discricionariedade ou a atribuição discricionária entendida como sendo a atuação da Administração Pública em que a lei permite ao administrador certa margem de liberdade para decidir diante de uma situação concreta” (Gasparini, 2005, p. 95).

A divulgação deve ser ampla, tanto pela imprensa oficial quanto particular, através de edital, publicado com antecedência mínima de quarenta e cinco dias ao evento.

A qualificação exigida, as diretrizes, a forma de apresentação do trabalho, as condições de realização e a premiação, serão estabelecidas por um regulamento próprio do concurso (Gasparini, 2005).

De acordo com o mesmo autor, o concurso dá-se por encerrado com a classificação dos trabalhos e o pagamento do prêmio ou remuneração por parte da administração ao vencedor.

Essa modalidade de licitação pouca relação apresenta com o concurso público para recrutamento de pessoal, estabelecido pela Constituição Federal no art. 37,II. Entre as afinidades, pode-se destacar que ambos são obrigatórios para a Administração Pública direta, indireta e fundacional, dos três Poderes, de todas as esferas de governo. Ambos visam concretizar o princípio da isonomia e podem ser de provas e títulos (Fernandes, 2004).

Ainda de acordo com esse autor, existem diferenças:

[...] enquanto o concurso público de seleção de pessoal visa preencher cargo ou emprego, o concurso – modalidade de licitação – não visa a objetivo continuado da Administração. Os cargos ou empregos da Administração Pública são criados visando à satisfação de necessidades perenes da Administração; seus selecionados passam a reger-se pelo Regime Jurídico Único, ou pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme se trate de cargo ou emprego. Outra característica é que os selecionados sempre receberão vencimentos ou salários com periodicidade mensal. Por fim, no concurso público para seleção de pessoal, almeja-se um trabalho contínuo, não um resultado em si mesmo, e sempre restrito a pessoas físicas. Já o concurso modalidade de licitação, de que se ocupa a Lei nº 8666/93, tem outro propósito: a Administração pretende um resultado concreto do trabalho predominantemente intelectual, técnico, científico ou artístico. Por isso, a regra é o prêmio, pago de uma só vez. Se no concurso seleção de pessoal, o trabalho inicia-se após a contratação, no concurso modalidade de licitação, o trabalho, ao tempo do julgamento, como regra, já está realizado, cabendo apenas a premiação (Fernandes, 2004, p. 283-284).

Desta forma, percebe-se que existem diferenças substanciais entre o concurso público para provimentos de cargo na Administração Pública e o concurso público como modalidade de licitação, explicitado na Lei nº 8666/93. Saliente-se porém, que ambos possuem uma característica fundamental em comum, qual seja, a de consolidar os princípios da Administração Pública.

2.5 Leilão

O leilão está previsto no inciso V do art. 22 da lei 8.666/93, sendo sua definição dada pelo parágrafo quinto do mesmo artigo e assim dispõe:

Art. 22, V - 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.

Dois são os tipos de leilão, para Peixoto (2001). O leilão comum é privativo do leiloeiro oficial, sendo regido pela legislação federal pertinente, podendo a Administração estabelecer condições específicas. O leilão administrativo é feito por servidor público.

No edital de leilão deve haver a descrição sucinta dos bens, o local onde se encontram, o dia, à hora e o local do leilão além do valor da avaliação do bem, o qual serve de preço mínimo (Justen Filho, 2002).

Não há qualquer tipo de habilitação prévia dos licitantes, tendo em vista que a venda é feita à vista ou em curto prazo. Os lances são verbais, configurando assim uma disputa pública entre os ofertantes. Quem ao final oferecer o maior lance, desde que igual ou maior ao valor da avaliação, arremata o objeto da licitação (Peixoto, 2001).

2.6 Pregão

A modalidade do pregão foi instituída pela Medida Provisória 2.026, de 04 de maio de 2.000, tendo sido convertida na Lei 10.520 de 2002, e regulamentada pelo Decreto 3.555, de 2.000.

Nessa modalidade de licitação, em que a disputa pelo fornecimento de bens e serviços comuns é feita em sessão pública, os licitantes apresentam suas propostas de preço por escrito e por lances verbais, independentemente do valor estimado da contratação (Furtado, 2001).

Ao contrário do que ocorre nas outras modalidades de licitação, no pregão a escolha da proposta é anterior à análise da documentação, razão pela qual o processo é mais célere. Ao invés de se analisar toda a documentação de todos os licitantes, analisa-se somente a documentação de quem apresentou a melhor proposta, estando em conformidade com o que fora solicitado no edital, encerrado estará o processo, caso a documentação não estiver nos conformes do edital, analisar-se-á a documentação de quem apresentou a segunda melhor proposta, e assim sucessivamente (Gasparini, 2005).

A fase interna do pregão, em praticamente nada se difere das outras modalidades, pois existe a necessidade de justificar a necessidade da contratação, definindo o objeto do certame e estabelecendo as exigências de habilitação, critérios de aceitação de propostas, cláusulas gerais do contrato dentre outras.

A maior característica dessa modalidade, como já mencionado anteriormente pelo mesmo autor, está na inversão de procedimento na fase de habilitação e julgamento. Primeiro verifica-se a melhor proposta através de documento escrito, depois se sucedem os lances verbais ou sob forma eletrônica – que é outra grande característica dessa modalidade – até que se atinja a proposta mais vantajosa, somente após é feita à análise da documentação e tão somente do licitante que apresentou a melhor proposta, sendo que se este não apresentar os documentos em conformidade com o edital, serão analisados os documentos do seguinte classificado, até que se atinja a proposta vencedora, cujos valores e habilitação estejam em conformidade com o edital.

A utilização do pregão como modalidade licitatória vem ganhando espaço a cada dia. Apesar de certas posições de doutrinadores que se mostram ainda um pouco céticos a respeito dessa nova modalidade, o governo federal, através do decreto nº. 5.450 de 31 de maio de 2005, no seu art. 4º determina: “Art. 4 - Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória à modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica.”

Como se percebe, obrigatória se faz à utilização da modalidade do pregão para aquisição de bens e serviços comuns em âmbito Federal. Com o decreto nº. 5.504, de 05 de agosto de 2005, essa obrigatoriedade se estendeu também para os entes públicos ou privados, nas contratações de bens e serviços comuns, realizadas

em decorrência de transferências voluntárias de recursos públicos da União, decorrentes de convênios ou instrumentos congêneres, ou consórcios públicos. Ou seja, os municípios e/ou estados que recebem recursos da União através de convênios, para aquisição de bens e/ou serviços comuns, são obrigados a adotar a modalidade de licitação pública do pregão, o que faz com que aumente sobremaneira a utilização desta modalidade de licitação.

3 CONCLUSÃO

Importante salientar que a obrigatoriedade em utilizar as modalidades concorrência; tomada de preços, e convite, é dada para valores superiores a um limite estabelecido na legislação; porém, valores abaixo do limite também podem ser licitados através das modalidades mais complexas caso seja necessário, ou seja, pequenas compras podem ser realizadas através da modalidade concorrência. No caso de bens e/ou produtos comuns, pode ser adotada também a modalidade do pregão presencial ou eletrônico.

Há que se observar também, que, qualquer que seja a modalidade de licitação utilizada, deve-se sempre ter em mente os princípios administrativos como norteadores de toda e qualquer ação. De nada adianta ter um processo licitatório legalmente – no sentido estrito da palavra – perfeito, se os princípios administrativos forem deixados de lado ou em segundo plano.

Então, muito importante destacar-se que a não observância dos princípios aplicáveis à licitação pública, qualquer que seja a modalidade, constitui infração ao ordenamento jurídico vigente, podendo o infrator ser responsabilizado pelo seu ato. Desta forma, tão importante quanto conhecer bem cada modalidade, para que cada qual seja verdadeiramente adotada quando prevista, é a observância dos princípios jurídicos.

Então, conclui-se como o presente artigo que duas são as características fundamentais a serem observadas para que efetivamente se tenha um processo licitatório correto: que o mesmo tenha sido realizado na modalidade correta, conforme a legislação, e que tenham sido observados os princípios jurídicos da boa Administração Pública.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005. Regulamenta o pregão, na forma eletrônica, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 mar. 2006.

_____. Lei nº 8.666, de 07 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. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 08 jun. 1993. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 mar. 2006.

_____. Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. Institui, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 jul. 2002. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 21 mar. 2006.

CARVALHO, Paulo C. Silva de. **Política de compras na administração pública brasileira**. 2005. Disponível em <<http://licitacao.uol.com.br/artdescricao.asp?cod=59>>. Acesso em: 21 mar. 2006.

FERNANDES, Jorge U. J. **Vade-Mécum de Licitações e Contratos**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FURTADO, Lucas R. **Curso de Licitações e Contratos Administrativos: Teoria, Prática e Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2001.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 9. ed. São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely L. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

PEIXOTO, Marco A. Ventura. Modalidades de licitação: da concorrência ao pregão. A inversão do procedimento de habilitação e julgamento e a polêmica Medida Provisória nº 2026/00. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2363>>. Acesso em: 18 abr. 2006.