

DIREITO ADMINISTRATIVO



Modalidades de Licitação: Uma Interpretação Teleológica.

*Humberto Barbosa de Castro**

RESUMO: Analisam-se, no presente artigo, as modalidades de licitação previstas na legislação pátria, sob a ótica teleológica. As contradições e as incongruências existentes quanto a esse assunto somente são compreendidas se procurarmos entender a intenção do legislador ao elaborar a norma, sujeita a críticas, como se demonstrará.

PALAVRAS-CHAVE: licitações públicas; modalidades; teleologia.

1. Introdução

O procedimento licitatório, como regra geral, é obrigatório para a contratação de *bens, serviços e obras* pela Administração Pública². O presente estudo limitar-se-á a analisar esses três tipos de contratações, não abrangendo, pois, *v.g.*, concessões e permissões de serviços públicos e outras hipóteses.

Esse procedimento, em sua fase externa, tem início com a divulgação de um instrumento convocatório. Conforme o art. 40,

* Professor de Direito Administrativo da Universidade Católica de Brasília. Mestre em Direito. Professor de Licitações e Contratos Administrativos da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, e da Escola de Administração e Negócios – ESAD. Autor dos livros “Curso prático de licitações e contratos na Administração Pública”, Brasília : Editora Universa, 2004 e “Auditoria em processos licitatórios e contratos administrativos”, Brasília : Editora Brasília Jurídica, 2006. Licenciado em Letras-Português. Advogado no Distrito Federal (OAB/DF 12.575). Consultor/auditor independente em licitações e contratos administrativos.

² As exceções a essa regra estão previstas no art. 37, XXI, da Carta Magna, e nos artigos 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93 (licitação “dispensada” – art. 17, I e II e §§ 2º e 4º; “dispensável” – art. 24; e “inexigível”- art. 25, todos da Lei 8.666/1993).

caput, da Lei nº 8.666/1993, já no preâmbulo do edital deverão constar a modalidade, o regime de execução de obras e serviços e o tipo de licitação que se aplicarão ao certame.

Percebe-se, assim, a vital importância da modalidade de licitação, no dizer de JUSTEN FILHO(2010 262):

As diversas “modalidades” representam, na verdade, diversas formas de regular o procedimento de seleção. As diversas espécies de procedimentos distinguem-se entre si pela variação quanto à complexidade de cada fase do procedimento e pela variação quanto à destinação de cada uma dessas fases (...)

Se o *Regime de Execução* diz respeito à forma de pagamento do contrato (empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, empreitada integral e tarefa (art. 10 c/c art. 6º, VIII, Lei 8.666/1993), e o *Tipo de Licitação* conduz-nos ao critério de julgamento das propostas (art. 45, § 1º, e seguintes, da Lei 8.666/93), as *modalidades* indicam-nos o rito procedimental a ser adotado para a seleção da proposta vencedora.

2. As Modalidades de Licitação Previstas na Legislação Brasileira.

A Lei 8.666/1993 prevê cinco modalidades de licitação, em seu art. 22: Concorrência, Tomada de Preços, Convite, Concurso e Leilão. Em face da restrita aplicabilidade do Concurso e do fato de o Leilão ser aplicável apenas às alienações de bens da Administração Pública, ater-nos-emos apenas às três primeiras modalidades em nosso estudo.

A Lei 10.520/2002 instituiu mais uma modalidade, o Pregão, destinado à *contratação de bens e serviços comuns*. *Num primeiro momento, com a edição dessa Lei, a utilização dessa modalidade era discricionária; no entanto, o Decreto Federal 5.450/2005, em seu art. 4º, obriga a utilização do Pregão, no âmbito da União, para essas contratações.*

A Agência Nacional de Telecomunicações, ANATEL, por força de sua legislação instituidora (Lei nº 9.472/1997, art. 55), utiliza também a modalidade consulta; em face do campo restrito de utilização, também não será importante o seu estudo neste artigo. A Agência Nacional de Petróleo, ANP, também utiliza tal modalidade, por força de regulamento próprio. Interessa-nos, portanto, no presente estudo, tão-somente, aquelas modalidades utilizadas pela União, pelos Estados, pelo DF e pelos Municípios (Concorrência, Tomada de Preços e Convite).

3. As Características Gerais de Cada Modalidade da Lei 8.666/1993

Consultando-se a Lei 8.666/1993, em seu art. 22, encontramos as seguintes definições para as três modalidades que nos interessam:

Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

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

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação. (grifamos)

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

(...)

Depreende-se, pela leitura da Lei que:

A) A Concorrência acolhe quaisquer interessados que dela queiram participar; diríamos que ela tem um caráter nacional de abrangência.

B) A Tomada de Preços destina-se, prioritariamente, aos licitantes previamente cadastrados; tendo em vista que o art. 34, § 2º, da Lei 8.666/1993, não obriga, mas apenas faculta a aceitação de cadastro de outros Órgãos ou entidades da Administração Pública, podemos afirmar que a T.P. possui um caráter regional de abrangência, pois a necessidade de se obter cadastro em um Órgão ou entidade desestimula licitantes sediados em cidades distantes de onde se está promovendo o certame, devido às despesas que isso pode acarretar.

Além disso, como bem destaca JUSTEN FILHO (2010 : 263-4), há outros complicadores possíveis quanto ao cadastramento:

A autorização à participação de interessados não cadastrados gera uma dificuldade. O interessado, não cadastrado, deverá comprovar o preenchimento dos requisitos de participação até três dias antes da apresentação dos envelopes. Isso acarretará o processamento simultâneo da habilitação (cadastramento do interessado) com a tomada de preços (...) Logo, as divergências acerca do cadastramento poderão provocar disputas que influenciem o curso das licitações (...) E se o prazo de três dias for insuficiente para verificar o cumprimento dos requisitos exigidos? Ou se o cadastramento for negado e houver recurso do interessado (dotado de efeito suspensivo, por interpretação inafastável do art. 109, I, “a”)?

(...)

A) O Convite possui um caráter *local, municipal*, de abrangência; a leitura atenta do art. 22, § 3º, da Lei 8.666/1993, conduz ao entendimento de que deveriam participar, no mínimo, três convidados; aparecendo algum interessado em participar, se não tiver sido convidado, terá de ter cadastramento prévio, e note-se que a Lei não prevê mecanismo para que esse cadastramento possa ser feito, a exemplo do que ocorre na Tomada de Preços. Segundo Dallari (2000 : 77-8).

Antônio Marcello da Silva identifica a existência de características locacionais entre os critérios distinguidores de cada modalidade, o que é deveras inaceitável. Assinala que “o convite é de âmbito local, pelo que a Administração não está obrigada a recorrer a possíveis interessados de localidades vizinhas e o seu objeto pode não merecer a instauração de tomada de preços, de âmbito estadual e, muito menos, de concorrência, de âmbito nacional” [SILVA, 1971 : 70]. Tal assertiva não encontra fundamento jurídico, quer no direito positivo, quer na doutrina e, embora possa ter alguma utilidade prática, não condiz inteiramente com a realidade dos fatos, pois nos dias de hoje, em plena era da comunicação, as distâncias já perderam muito de seu antigo significado e, em consequência, sua própria relevância jurídica vai paulatinamente enfraquecendo.

Discordamos do Mestre Dallari e alinhamo-nos com a lúcida posição de Antônio Marcello da Silva, vislumbrando o caráter geográfico de cada modalidade, tendo esse aspecto fundamental importância para o entendimento da questão, como veremos a seguir.

4. As Características Gerais da Modalidade Pregão

A modalidade Pregão, bem mais moderna, ágil e transparente, rompeu inteiramente com a lógica das três modalidades da Lei 8.666/1993. Podemos sintetizar assim as diferenças básicas:

MODALIDADES LEI 8.666/93	PREGÃO (LEI 10.520/02)
Em primeiro lugar, abrem-se os envelopes de habilitação e, depois, os de preço. É a chamada “inversão de fases”.	Em primeiro lugar, abrem-se os envelopes de preço, são feitos os lances, a negociação e só é aberto o envelope de habilitação do vencedor.
São escolhidas conforme valores previstos no art. 23.	Serve para licitar qualquer valor .
As propostas são lacradas e imutáveis, salvo no tipo “Melhor Técnica”, em que pode haver negociação do preço.	As propostas podem ser alteradas por meio de lances ou de negociação.
O procedimento é conduzido por uma comissão de, no mínimo, três membros.	O procedimento é conduzido por um Pregoeiro.
A comissão julga a habilitação e os preços, cabendo à Autoridade superior homologar o procedimento e adjudicar o resultado ao vencedor	O pregoeiro julga os preços e a habilitação, adjudica o vencedor (se não houver recursos) e a Autoridade superior homologa o procedimento.

<p>Os recursos possuem prazos mais longos: cinco dias úteis para Concorrência e Tomada de Preços, e dois dias úteis para Convite.</p>	<p>Os recursos possuem prazos mais curtos: três dias úteis (presencial) e três dias (eletrônico) para apresentação das razões de recurso.</p>
<p>As sanções disciplinares têm uma gradação (advertência, multa, suspensão e declaração de inidoneidade), cfe. Art. 87. O impedimento de licitar e contratar pode chegar a dois anos.</p>	<p>As sanções disciplinares são mais rígidas. Ver: Lei 10.520/02, art. 7º; Dec. 3.555/00, art. 14; e Dec. 5.450/05, art. 28. O impedimento de licitar e contratar pode chegar a cinco anos.</p>
<p>Os prazos de divulgação do edital são: Concorrência, mínimo de 30 dias; Tomada de Preços, mínimo de 15 dias; e o Convite, cinco dias úteis.</p>	<p>O prazo de divulgação do edital é único: 8 dias úteis.</p>
<p>A modalidade Convite não é divulgada na imprensa Oficial.</p>	<p>É obrigatória a divulgação na imprensa oficial e, conforme o caso, pela <i>internet</i>.</p>

5. A Obrigatoriedade de os Estados, Municípios e Outras Entidades Utilizarem a Modalidade Pregão

Como dissemos há pouco, no âmbito da União é obrigatória a utilização da modalidade Pregão para a contratação de bens e serviços comuns, porque um Decreto Federal assim o dispôs (Dec. 5.450/2005, art. 4º). No âmbito dos Estados e Municípios, a discricionariedade prevista na Lei 10.520/2002 persiste, eis que se trata de entidades federativas politicamente autônomas. No entanto, o Decreto Federal nº 5.504/2005 assim estabelece:

Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente.

§ 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei no 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto no 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar.

§ 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente.

Vale dizer, os Estados e Municípios só possuem a discricionariedade de empregar ou não a Modalidade Pregão para a contratação de bens e serviços comuns, quando correrem à conta de dotações orçamentárias próprias, mas não quanto às dotações oriundas de repasses feitos pela União.

6. Interpretação Teleológica das Modalidades Previstas na Lei 8.666/1993

No tocante à Tomada de Preços, que exige prévio cadastramento do licitante ou que o mesmo se faça até o terceiro dia anterior à abertura dos envelopes, já afirmamos que isso representa um desestímulo à competitividade, inserta no art. 3º, § 1º, I, da Lei 8.666/93:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional, e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (Redação dada pela Medida Provisória nº 495, de 2010)

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam,

restringam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (Redação dada pela Medida Provisória nº 495, de 2010) (grifamos).

Suponha-se uma licitação sob a Modalidade Tomada de Preços levada a efeito por um Órgão municipal ou estadual sediado em Porto Alegre-RS. Qual o estímulo de um potencial licitante sediado em Belém-PA para participar, se terá de percorrer uma distância enorme apenas para obter um cadastramento, com despesas de locomoção e hospedagem?

A exigência de cadastro prévio, que alguns doutrinadores justificam pelo fato de agilizar a fase de habilitação não se justifica ante o retromencionado Princípio da Competitividade.

Observe-se que a União solucionou muito bem essa questão de cadastro prévio com a instituição do SICAF - SISTEMA DE CADASTRAMENTO UNIFICADO DE SERVIÇOS GERAIS - SICAF, MÓDULO DO SISTEMA INTEGRADO DE ADMINISTRAÇÃO DE FORNECEDORES- SIASG, por meio da Instrução Normativa MARE-GM nº 05, de 21 de julho de 1995. Segundo essa norma, o licitante que providenciar seu cadastramento no SICAF ou sua habilitação parcial poderá participar de licitações, em todo o território nacional, no âmbito federal.

Acreditamos que a redação do art. 34, § 2º, da Lei 8.666/1993, ao *facultar* (e não determinar) a aceitação de cadastro de outros Órgãos ou entidades, é que consagrou o já mencionado caráter regional da Tomada de Preços e o local do Convite. Essa redação consagra, também, uma desconfiança inexplicável quanto à licitude e à lisura dos cadastramentos feitos pelos diversos entes federativos e suas respectivas administrações diretas e indiretas. Seria um absurdo pretender que uma empresa, interessada em contratar com vários Estados e Municípios, procedesse ao cadastramento em todos eles. Uma medida salutar seria a celebração de convênios entre Estados, Municípios e a União, para o compartilhamento do SICAF.

No que concerne à Modalidade Convite, o protecionismo ao mercado *local* chega ao absurdo. Podem ser convidados cadastrados ou não, mas os não convidados que não tiverem cadastro prévio não podem participar em hipótese alguma do certame, mesmo que tenham interesse em efetuar o cadastramento (art. 3º, § 2º, da Lei 8.666/1993). Trata-se, assim como a Tomada de Preços, de uma modalidade restritiva à competitividade e parece-nos concebida sob medida para ser fraudada. Relembre-se que o art. 21 da Lei 8.666/1993 não exige a publicação, na imprensa oficial, do instrumento convocatório do Convite. Mormente nos pequenos municípios, a facilidade para a combinação de preços entre os licitantes é um estímulo à burla.

Argumentar que é importante o Município empregar suas dotações orçamentárias localmente, como forma de fomento à sua atividade empresarial, também não procede, pois é notório que a grande maioria dos nossos Municípios sobrevive graças ao Fundo de Participação, ou seja, os recursos para eles alocados

pertencem a toda a sociedade. No Brasil, temos uma federação estranha: há inúmeros Estados e Municípios federados que possuem autonomia política, mas não financeira.

Pergunta-se, então: após a instituição da Modalidade Pregão, por meio da Lei 10.520/02, que, conforme já demonstrado, é ágil, transparente, competitiva e simples, *o que justifica manterem-se as modalidades Tomada de Preços e Convite na Lei 8.666/93?*

7. Conclusão

Por todo o exposto, temos, então, duas alternativas para respondermos a essa questão:

a) em nome da proteção aos mercados regionais e locais, justifica-se que continuemos a praticar a Tomada de Preços e o Convite, em detrimento da competitividade e da economicidade, o que é lamentável;

b) em nome da competitividade, da moralidade, da eficiência e da economicidade, deveria haver apenas quatro modalidades, revogando-se a Tomada de Preços e o Convite:

b.1) a Concorrência, destinada a obras e bens e serviços não comuns, que exigem, pela sua complexidade, um procedimento mais cauteloso, além das outras hipóteses previstas na Lei 8.666/1993 (compra ou alienação de bens imóveis, concessões de direito real de uso e licitações internacionais);

b.2) o Pregão, para a contratação de bens e serviços comuns, a ser utilizado, prioritariamente, na sua versão eletrônica (Decreto 5.450/2005), como já ocorre no âmbito da União, dada a sua modernidade, transparência e competitividade. O Pregão presencial (Decreto nº 3.555/2000), apesar de representar grande avanço, tem duas desvantagens: a necessidade de o licitante deslocar-se para o local do pregão para formular lances verbais e o contato direto com o Pregoeiro e os outros licitantes, o que pode gerar manipulações.

b.3) o Concurso; e

b.4) o Leilão.

Para que a Concorrência se tornasse mais ágil, em caso de objetos de valor menor, bastaria alterar a redação do art. 21 da Lei 8.666/93 no sentido de que o prazo de divulgação do edital fosse flexível, conforme cada caso, e não como previsto hoje, em que são estabelecidos prazos mínimos.

Quanto à fase habilitatória, a redação dos arts. 28 a 31 da Lei 8.666/93 já permite simplificação, conforme cada caso. A habilitação jurídica e a regularidade fiscal são obrigatórias em qualquer edital, pois os arts. 28 e 29 determinam que “a documentação *consistirá*”. Já com relação às qualificações técnica e econômico-financeira, o edital pode exigir toda a documentação, parte dela ou nada, eis que os arts. 30 e 31 preconizam que a documentação “limitar-se-á”. Assim, basta que prevaleça o bom-senso de quem confecciona o edital para que a Concorrência seja mais complexa ou mais simples, conforme cada caso, no tocante à habilitação dos licitantes.

No que diz respeito à publicidade dos instrumentos convocatórios, há uma tendência de abolir-se a publicação na imprensa oficial, limitando-se essa publicidade à *internet*³.

Cabe à sociedade brasileira, por meio de seus representantes, discutir o tema com seriedade, pois os pesados tributos arrecadados da população merecem ser empregados da melhor forma possível.

A doutrina especializada, de um modo geral, vem se limitando a explanar tecnicamente cada modalidade, de acordo com a Lei, sem a preocupação de apresentar uma visão crítica, como aqui se faz. Possivelmente seja esse um dos motivos da inércia legiferante que caracteriza o tema.

3 Ver PLC (Projeto de Lei da Câmara) nº 32/2007, no sítio senado.gov.br, já aprovado na Câmara dos Deputados e aguardando inclusão na Ordem do Dia do Senado Federal. Esse projeto de lei pretende alterar substancialmente a Lei 8.666/93. Entre outras providências, prevê a abolição das publicações na imprensa oficial e sua substituição pela divulgação por meio da *internet*.

Referências

CEDRO, 1971, *apud* DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo : Saraiva, 2000.

DALLARI, Adilson Abreu. *Aspectos jurídicos da licitação*. São Paulo : Saraiva, 2000.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão. Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

SILVA, Antônio Marcello da. *Modalidades de licitação – obrigatoriedade e dispensa*. In: *Estudos sobre a Lei paulista n. 10.395/70*. São Paulo.