

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ANÁPOLIS - UNIEVANGÉLICA
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO, PESQUISA E EXTENSÃO E AÇÃO
COMUNITÁRIA PROGRAMA DE MESTRADO EM SOCIEDADE, TECNOLOGIA E
MEIO AMBIENTE

**PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: desenvolvimento, função social e
sustentabilidade**

Guilherme Henrique Araújo Elias

ANÁPOLIS - GOIÁS
2015

GUILHERME HENRIQUE ARAÚJO ELIAS

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: desenvolvimento, função social e sustentabilidade

Trabalho apresentado ao Programa de Mestrado em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente da UniEvangélica – Centro Universitário de Anápolis como requisito para obtenção do título de Mestre em Ciências Sociais e Ambientais sob a orientação do Prof. Dr. Rildo Mourão Ferreira.

ANÁPOLIS – GOIÁS

2015

E42

Elias, Guilherme Henrique Araújo.

Procedimento licitatório: desenvolvimento, função social e sustentabilidade / Guilherme Henrique Araújo Elias – Anápolis: Centro Universitário de Anápolis – UniEvangélica, 2015. 79 p.; il.

Orientador: Prof. Dr. Rildo Mourão Ferreira.

Dissertação (mestrado) – Programa de pós-graduação em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente – Centro Universitário de Anápolis – UniEvangélica, 2015.

Catálogo na Fonte

Elaborado por Rosilene Monteiro da Silva CRB1/3038

GUILHERME HENRIQUE ARAÚJO ELIAS

PROCEDIMENTO LICITATÓRIO: desenvolvimento, função social e sustentabilidade

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Rildo Mourão Ferreira – UniEVANGÉLICA
(orientador)

Prof^a. Dra. Josana de Castro Peixoto – Membro/UniEVANGÉLICA

Prof^a. Dra. Genilda D’Arc Bernardes – Membro/UniEVANGÉLICA

Prof. Dr. José Roberto Bonome – Suplente/UniEVANGÉLICA

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à minha família, em especial a minha esposa que de modo indiscutível foi a peça fundamental para a conclusão do presente trabalho.

AGRADECIMENTOS:

Primeiramente, a Deus, aos meus Doutos Professores e Professoras, neste Programa de Mestrado, pelos valiosos ensinamentos e compartilhamento de experiências.

Ao meu professore orientador, Dr. Rildo Mourão Ferreira, pelos conhecimentos compartilhados e dedicação envidada na conclusão do presente trabalho.

Às professoras Genilda e Josana pelas valiosas contribuições de seus conhecimentos técnicos e metodológicos

RESUMO

O trabalho realizado busca estudar a evolução do processo licitatório no Brasil com ênfase nas medidas criadas visando sua adoção como política pública de desenvolvimento social e sustentabilidade. Para isso, propõe uma análise de elementos históricos mundiais e nacionais em paralelo às consequentes reformas legislativas federais do tema. Em seguida, são abordados conceitos básicos das licitações, tratando em especial dos princípios norteadores, seus tipos e modalidades. Posteriormente, abordou-se acerca das conceituações de função social e desenvolvimento, possibilitando um elo junto às licitações na busca de tais objetivos, bem como das legislações vigentes que abordam e regem a matéria, em especial a Lei Complementar 123/2006. De forma estatística, foi apresentado dados elucidadores das conquistas alcançadas na implantação das medidas sociais apresentadas. A pesquisa se justifica ante o volume de recursos envolvidos em todos os seus processos que não somente possibilita sua utilização, mas o coloca como agente modificador de condição social, passível de ser considerado uma política pública essencial na busca por um desenvolvimento equitativo e sustentável. A metodologia usada foi de pesquisas doutrinária e jurisprudencial, com revisão literária de publicações em livros, revistas e artigos específicos.

PALAVRAS CHAVE: Licitação. Função social. Desenvolvimento. Sustentabilidade.

ABSTRACT

This study examines the development of the bidding process in Brazil, with emphasis on the measures created in view of its adoption as public policy for sustainable social development. With this in mind, the study offers an analysis of historical elements, both international and national, paralleled with the resulting federal legislative reforms in this matter. Next, the basic concepts of the bidding processes are discussed, with special emphasis on the orienting principles, their various types and their implementation. Finally is presented a study of the concepts of social function and development, which makes possible a link to the bidding processes pertinent to the search for these objectives; and of the resulting legislation which is treated and directs the matter, especially the Lei Complementar 123/2006. Using statistics, illuminating facts showed the conquests already made in the implementation of the social policy presented. This study is justified by the volume of resources involved in all of its processes, which not only make possible its utilization but also presents it as a modifier of social conditions, to be considered a public policy which is essential in the search for an equitable and sustainable development. The method used was doctrinal and jurisprudential research, with literary revision of publications, books, magazines, and specific articles.

KEY WORDS: Bidding process. Social function. Development. Sustainability.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
1. ELEMENTOS HISTÓRICOS DE DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO LICITATÓRIO NO BRASIL	04
1.1 – Origem da licitação	04
1.2 – A evolução legal da licitação	06
1.2.1 – Decreto nº 2926 de 14 de maio de 1862	06
1.2.2 – Decreto nº 4536 de 28 de janeiro de 1922	10
1.2.3 – Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967	13
1.2.4 – Lei 5456 de 20 de junho de 1968	15
1.2.5 – Decreto-Lei nº 2300 de 24 de julho de 1986	16
1.2.6 – Decreto-Lei nº 2.348 de 24 de julho de 1987	17
1.2.7 – Decreto-Lei nº 2.360 de 16 de setembro de 1987	18
2 – CONCEITOS BASILARES DA LICITAÇÃO	20
2.1 – Características gerais	20
2.2 – Convergência entre princípios	21
2.2.1 – Princípio da isonomia	21
2.2.2 – Princípio da legalidade	22
2.2.3 – Princípio da impessoalidade	22
2.2.4 – Princípio da moralidade	23
2.2.5 – Princípio da publicidade	23
2.2.6 – Princípio da probidade administrativa	24
2.2.7 – Princípio da vinculação ao instrumento convocatório	24
2.2.8 – Princípio do julgamento objetivo	24
2.2.9 – Princípio do procedimento formal	24
2.2.10 – Sigilo na apresentação das propostas	25
2.2.11 – Adjudicação compulsória	25
2.3 – Tipos de licitação	26
2.4 – Fases da licitação	26
2.5 – Formas de contratação	28
2.5.1 – Concorrência	28
2.5.2 – Tomada de preço	29

2.5.3 – Convite	30
2.5.4 – Concurso	31
2.5.5 – Leilão	31
2.5.6 – Pregão	32
2.5.7 – Regime diferenciado de contratação (RDC)	33
3 – A FUNÇÃO SOCIAL DA LICITAÇÃO E SUA CONTRIBUIÇÃO À SUSTENTABILIDADE	35
3.1 – Função social da licitação	35
3.2 – Desenvolvimento sustentável	38
3.3 – A visão de desenvolvimento na Constituição Brasileira	40
3.4 – A funcionalização da licitação pública e dos contratos administrativos com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável	43
3.4.1 – Lei complementar 123/2006	44
3.4.1.1 – Desafios de implementação efetiva da LC 123/2006.....	51
3.4.2 – As Leis 12.187/2009 e 12.305/2010 na busca pela sustentabilidade	54
4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS	59
5 - REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	62

INTRODUÇÃO

O esboço estudo histórico das aquisições públicas no Brasil é delineado por sucessivos questionamentos acerca da aplicação dos princípios basilares da constituição no que tange a legalidade de seus procedimentos e a primazia do interesse público ante a voracidade do particular.

A licitação é o meio legal criado visando a realização das aquisições públicas em questão, visando que esta seja executada pela proposta mais vantajosa, seja em relação ao preço, a técnica ou no conjunto de fatores determinantes da proposta.

A Lei Federal 8.666/93 adveio com o escopo de normatizar tal procedimento, apresentando as modalidades (que não se confunde com os tipos de licitações), limites, justificativas, exceções e demais fatores essenciais ao seu desenvolvimento.

Com o passar do tempo, em razão da evolução tecnológica e das discussões ante algumas carências apresentadas, adveio a Lei 10.520/2002 que em suma apresentou a figura do pregão eletrônico como inovação e solução ante aos problemas enfrentados.

O pregão eletrônico é uma modalidade onde se utiliza recursos da tecnologia da informação, especialmente em relação à rede mundial de computadores – internet – como ferramenta de interligação e rompimento de barreiras geográficas, o que permite maior alcance do mercado fornecedor com consequente redução nos preços dos produtos.

O trabalho se justifica em razão das aquisições e contratos públicos envolverem vultosos recursos, que, se bem aplicados e focalizados em necessidades sociais específicas são capazes de se tornar agentes de desenvolvimento social transformadores de uma realidade degradada.

A problematização que gerou essa pesquisa resulta no detido estudo dos princípios basilares da constituição e legislações específicas das contratações públicas e seus reflexos ante a necessidade e vantajosidade de imposição de limites a serem aplicados nos benefícios concedidos à determinados setores nas licitações públicas.

Possibilitar ao agente público ações de desenvolvimento social através da adoção de benefícios à licitantes que desenvolvam medidas de proteção ao meio ambiente, que beneficiem microempresários ou empresários de pequeno porte, bem como a economia local sem que tais atos firam à legislação pátria é o objetivo geral do trabalho desenvolvido.

Em sua estrutura, visando melhor entendimento e ordenação, o trabalho está dividido em três capítulos, onde os mesmos, apesar de tratarem de pontos distintos, harmonizam-se no entendimento final do tema proposto.

O primeiro capítulo: “Elementos históricos de desenvolvimento do processo licitatório no Brasil” aborda pontos desde a Europa Medieval tida como o berço da licitação, seu surgimento e desenvolvimento legal no país, de modo a se tornar o modelo atualmente conhecido e constitucionalmente protegido.

No segundo capítulo: “Conceitos basilares da licitação” trata dos princípios gerais, previstos no artigo 37 da Constituição Federal, e específicos, definidos pelas diversas legislações estudadas e apresentadas, que regem os procedimentos licitatórios no país. Em seguida, aborda os tipos existentes e suas modalidades de realização de modo a melhor proteger os interesses do Estado e o atingimento dos objetivos desejados na contratação.

O terceiro capítulo: “Função social no procedimento licitatório e sua contribuição no desenvolvimento sustentável” aborda primeiramente a conceituação de função social e a diferenciação entre crescimento e desenvolvimento social. Posteriormente trata da sua aplicabilidade nas licitações públicas com a criação de leis específicas, em especial através da Lei Complementar 123/2006, conhecida como Estatuto da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte.

A metodologia utilizada foi de pesquisas doutrinária e jurisprudencial, com revisão literária de publicações em livros, revistas e artigos específicos, sob a luz da função social das licitações, desde sua origem, desenvolvimento, culminando em sua estruturação atual.

1 – ELEMENTOS HISTÓRICOS DE DESENVOLVIMENTO DO PROCESSO LICITATÓRIO NO BRASIL

Prefacialmente, neste primeiro capítulo são trabalhados aspectos selecionados como primordiais em relação à busca do entendimento histórico sobre a licitação, de modo que se toca em pontos como história da licitação no mundo, culminando em sua implantação no Brasil, bem como noções gerais acerca da administração pública, burocracia, ética e princiologia.

1.1 – Origem da licitação

O termo licitação teve origem no vocabulário latino *licitacione* que significa “oferecer lances”. Nesse sentido, na língua portuguesa a define como a finalidade do ato de conseguir dos participantes (licitantes) o oferecimento de menor preço ou lance para adjudicação da coisa que se coloca como objeto de venda (AGUIAR, 2002)

O tipo administrativo licitação, Para Delano (2009), pode ter surgido na Europa Medieval, a fim de sanar uma necessidade de realização de serviço ou aquisição de determinado(s) objeto(s). Assim, o Estado Medieval distribuía avisos com coordenadas para aqueles que se interessassem em realizar negócios de interesse de ambos.

Por mencionar o tempo em que era permitido para realização dos lances, Delano (2009) fez um artigo explicando a funcionalidade do mesmo e o denominou “pregão à vela”, ou seja, as propostas de realização de serviços e seus custos corriam somente até se apagar uma vela que fora acendida justamente para “marcar” o tempo aberto aos lances comerciais.

Deve ser observado que nesta época o modo administrativo era o patrimonialista, dirigido por um monarca centralizador de decisões político administrativo, visando o benefício neste sentido, do clero e da nobreza, o que certamente facilitava os atos de corrupção de todos os tipos (DELANO, 2009).

Em meados do século XIX, em que já havia a presença do Estado Liberal, é que aparece a Administração Pública Burocrática visando a proteção do Estado contra a corrupção, empreguismo e nepotismo, no qual neste momento que surge o aperfeiçoamento dos processos licitatórios; a licitação passa a ter novas regras (DELANO, 2009).

No Brasil, o primeiro registro data há mais de cento e quarenta anos, na regulamentação das arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, pelo Decreto nº 2.926/1926. Posteriormente, em decorrência da continuidade das aquisições feitas por licitação foi necessário consolidar tal procedimento, este através do Decreto nº 4.563, de 1922, organizando o Código de Contabilidade da União

Contudo só com a criação do decreto não fora suficiente para regular o procedimento licitatório, impedindo vícios e garantindo eficiência. Assim, foi sistematizado pelo Decreto-Lei 200 de 1967, cujo o mesmo determinava a reforma administrativa federal e a extensão aos Estados e Municípios (CRETELLA, 1999)

Licitação, no Direito Público brasileiro atual, a partir de 1967, tem o sentido preciso e técnico de procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, seleciona, entre várias propostas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade (CRETELLA JUNIOR, 1999, p. 32)

Ocorreram várias modificações em relação às licitações, através de construções legais como decretos; exemplo, o Decreto nº 2.926, de 1862, regulamentando compras e alienações, que foi sendo complementado através de outras leis. É necessário notar que o tipo de funcionamento político influenciava essas mudanças, como no período de ditadura militar que havia um posicionamento centralizador contido nas leis de licitações.

Com a vinda da Constituição de 1988, o artigo 37, inciso XXI tratou a licitação como princípio constitucional. Vieram, a partir daí orientações sob uma Lei

específica, a 8.666 de 21 de junho de 1993, estabelecendo uma base sobre licitações e contratos da Administração Pública em todas as instâncias.

Observa-se que tal lei representa um marco na história licitatória no Brasil, embora deva se notar que há críticas quanto aos resquícios de exageros burocráticos vindos das legislações anteriores e que causam perda de agilidade processual.

É importante observar que o processo licitatório, em sua complexidade, muitas vezes depende da capacidade e agilidade de cada instituição pública, portanto entendem-se como relevantes certos esclarecimentos quanto à administração estatal.

1.2 – A evolução legal da licitação

O surgimento das leis não é um fato meramente jurídico, e sim o resultado de dinâmicas sociais em que muitas vezes a ocorrência de um fato relevante leva à reflexão da comunidade em sua plenitude, povo e organizações, inclusive jurídicas, o que levará à construção de dispositivos a amparar novas questões em novos ou antigos temas. Assim é o caso no processo licitatório, devido a esse aspecto, portanto, é possível realizar verificações históricas, inclusive sobre pontos éticos, a partir de observação na construção histórico-legal. Portanto, a seguir, utilizando as leis licitatórias, será feita uma análise, passo a passo, sobre o conteúdo das referidas leis.

1.2.1 Decreto nº 2.926 de 14 de Maio de 1.862.

Em 1862, surge o Decreto 2.926, mais precisamente, em 14 de maio; sancionada por Manoel Felizardo de Souza e Mello; e o Capítulo I, veio com o seguinte título “Do processo de Arrematações”, e valorizando a publicação, através de anúncios, de convite à participação, com prazo de quinze dias a seis meses, de fornecimento às áreas de “construção ou concerto de obras cujas despesas corram por conta do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas” (BRASIL, 1862).

O artigo 2 do Decreto orientava para o aspecto de que em se tratando de fornecimento “sempre que for possível” deveria se deixar visíveis, amostras dos objetos em questão licitatória, para que houvesse exames objetivos.

Previa-se a existência de um fiador “idôneo” para responsabilizar-se por multas que pudessem vir, em razão de alguma não obediência a contratos firmados, e previa-se a caução (em dinheiro ou fundos públicos) em igual valor da possível fiança, para substituir o fiador. As propostas eram colocadas à viva voz (art 5º), com tempos marcados de acordo com cada necessidade, pelo Presidente da Junta, e um secretário as ia organizando na forma de Ata. Finda a exposição, todos os documentos eram juntados à Ata e tudo era enviado ao Ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas para decisão (BRASIL, 1862)

Observa-se que já havia o processo de envio de cartas:

As arrematações de fornecimentos, obras novas, concertos ou conservação de obras terminadas poderão também ter lugar por meio de propostas em cartas fechadas, como atualmente se pratica, todas as vezes que o Governo entender assim conveniente; devendo, porém, as ditas propostas ser feitas segundo um modelo dado pelo Diretor da 2ª Diretoria da Secretaria de Estado dos Negócios da Agricultura, Comercio e Obras Públicas. Estas propostas, depois de examinadas pela junta de que trata o artigo antecedente serão remetidas em original com o parecer da mesma junta ao Ministro para sobre elas decidir (BRASIL, 1862, p. 137)

Note-se que embora possa parecer existir um “atalho”, na verdade se estabeleceu que antes que se fizesse objeto de carta, a proposta deveria ser analisada conforme a junta, determinada pelo surgimento da lei em questão.

Outros aspectos relevantes em relação ao documento de 1862, são, que denota-se realmente grande preocupação com o cumprimento das promessas contratuais “Art 11. Todos os concorrentes à arrematações de obras públicas deverão apresentar preliminarmente atestados que abonem sua capacidade e oferecer fiança idônea” (*idem*). Ou seja, além da natural garantia através de um fiador, documentos de atestado de capacidade (caso de serviços) eram obrigatórios. Nota-se, porém, em favor do fiador o estabelecimento de obrigação somente em relação à 20% do orçamento das obras.

Estas deveriam ter suas plantas, traçados, perfis, especificações e demais informações “assinadas”, antes da celebração final. É interessante notar que havia a

obrigação do arrematante permanecer no local da execução da obra, podendo se afastar apenas por motivos a ela ligados (até 15 dias), e exceções a este caso deveriam ter autorização do Governo (BRASIL, 1862).

Quanto a morosidade, seja natural ou não, que pudesse prejudicar as intenções do Governo, se colocava:

Art. 17. Quando por falta de materiais, operários, &c., os trabalhos marcharem mal ou lentamente, de modo que inspire receio de que não serão concluídos no prazo marcado, o arrematante receberá do Engenheiro uma notificação por escrito, ordenando os aumentos que deverá fazer nos materiais e no pessoal; bem como o tempo dentro do qual deverá cumprir esta ordem de serviço.

Se expirado esse tempo, o arrematante não tiver cumprido a dita ordem, o Governo poderá mandar fazer a obra quer por nova empreitada, quer por administração à custa do arrematante, o qual será debitado pelas somas que se despendem com a execução e conclusão das mesmas obras. Terminando o trabalho, se a despesa for inferior à importância do contrato, a diferença será entregue ao arrematante depois de expirado o prazo da garantia; se, porém, for superior, o arrematante será obrigado a concorrer com o que faltar até os limites de sua fiança e somas retidas nos pagamentos por conta (BRASIL, 1862).

Os cuidados presentes no artigo 17 referem-se diretamente à eficiência, deixando-se claro que não são justificativas, quaisquer aspectos, mesmo involuntários à vontade do arrematante, no que o Governo se responsabiliza apenas pelo redirecionamento a este, de possíveis sobras de um novo pagamento a outro arrematante.

Enfim, foca-se de fato o objetivo presente às razões de abertura de processo licitatório, e em vistas de se cumprir a meta, poderia o Governo inclusive, através do Engenheiro Responsável, determinar “demolição e reconstrução” se presumisse a existência de “vícios de construção, ou materiais de inferior qualidade, ou mal colocados” (BRASIL, 1862).

O Engenheiro do Governo tinha plenos poderes, mas poderia ser acionado pelo Ministro da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Estes poderes o autorizavam inclusive a interferir diretamente na gerência de pessoal: “O Engenheiro terá o direito

de exigir substituição dos agentes ou operários do arrematante, por motivos de insubordinação, incapacidade ou falta de probidade” (BRASIL,1862).

O arrematante corria riscos, como se viu até aqui, e um explícito no contrato celebrado com o Governo, que era o seguinte, os pagamentos seriam feitos em épocas fixadas em contrato, mas sobre aquilo que tinha sido feito. Ou seja, as despesas até o momento do recebimento, eram por conta do contratante, ignorando-se suas necessidades de garantias quanto aos investimentos iniciais. Havia, porém, uma possibilidade neste sentido:

O arrematante não terá direito a reclamar indenização alguma por perdas, avarias ou prejuízos quaisquer, ocasionados por negligência, imprevidência, falta de meios, ou erros de direção de seus trabalhos; nem ainda por casos de força maior, salvo se tiverem sido previstos nos contratos (BRASIL, 1862).

Pois o “salvo se tiverem sido previstos nos contratos”, parece possibilitar que determinados riscos, sujeitos à clara previsão, poderiam ser protegidos em relação aos investimentos do Arrematante. Mas em relação aos pagamentos devidos pelo Governo, havia o risco de “calote oficial”: “O arrematante não terá direito de reclamar indenização alguma pela demora de qualquer dos pagamentos que se lhes dever”; observando-se que essa “demora” não era objetivamente proposta.

O que se observa, numa comparação com os problemas que vencem o tempo, em relação às atitudes governamentais é que embora os mecanismos aparentem sempre uma boa intenção em relação às ações que são esperadas pela população que vem a constituir o Governo para representá-lo, ao final há grande dependência da essência ética presente nos homens que se investem do cargo público.

Note-se neste sentido que a Lei que inaugura a legislação de licitações outorga grande poder ao Engenheiro Responsável, sem questionar as alianças que pode ter com todos os chamados fornecedores, que auferirão grande porcentagem dos lucros presentes nas contratações.

Há que se levar em conta que trata-se de uma lei inaugural e por isso não pode possuir um rigoroso julgamento, e notar-se na providência grande avanço na vontade de tornar eficiente ético o processo de aquisição por parte do Estado, de bens e serviços.

Embora passível de críticas, portanto, essa Lei que abre de maneira formal/oficial o processo licitatório, abrangeu aspectos importantes, tanto que observa-se que

A licitação foi introduzida no direito público brasileiro há mais de cento e quarenta anos, pelo Decreto nº 2.926, de 14.05.1862, que regulamentava as arrematações dos serviços a cargo do então Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas. Após o advento de diversas outras leis que trataram, de forma singela, do assunto, o procedimento licitatório veio, a final, a ser consolidado, no âmbito federal, pelo Decreto nº 4.536, de 28.01.22, que organizou o Código de Contabilidade da União (arts. 49-53) (CONLICITAÇÃO, 2010).

Ou seja, o Decreto 2.926, durou simplesmente seis décadas, funcionando como documento regulador dos processos licitatórios, vindo, após 1862, somente em 1922, surgir um novo documento neste sentido, o Decreto nº 4.536.

1.2.2 Decreto nº 4.536 de 28 de janeiro de 1922

Esse decreto, segundo especialista sobre o tema, é o marco do início da evolução quanto à licitação: “Desde o antigo Código de Contabilidade da União, de 1922, o procedimento licitatório veio evoluindo, com o objetivo de conferir maior eficiência às contratações públicas” (BRASIL, 2010).

O referido Código de Contabilidade, trouxe seis capítulos, Disposições Transitoriais; e uma tabela referindo-se ao artigo 105, tratando de vencimentos de pessoal. Os capítulos trataram respectivamente de: I - Centralização dos serviços de contabilidade; II - Exercício financeiro – orçamento e contas da gestão financeira; III – Receita Pública; IV – Da Despesa Pública; V – Dos Bens Públicos e VI Dos responsáveis por Bens Públicos.

O Art 1º logo cuidou de centralizar as ações através do Ministério da Fazenda, embora esta tivesse subordinação à uma “Diretoria Central de Contabilidade da República e Fiscalização do Tribunal de Contas” no tocante ao tratamento dado à questão da centralização dos serviços de contabilidade (BRASIL, 1922,).

Observando-se que Ministérios, Correios, Telégrafos, Estradas de Ferro, Linhas de Navegação e outros estabelecimentos (do tipo industriais) ficaram subordinados diretamente à Diretoria Geral de Contabilidade da República, no que seriam atendidos por funcionários da Fazenda investidos em função diretamente pelo Presidente da República.

Determinava-se que Delegacias Fiscais do Tesouro Nacional organizariam “com elementos próprios e os fornecidos pelas repartições subordinadas, balancetes mensais” que seriam “enviados à diretoria Central de Contabilidade da Republica até o último dia do mês seguinte aquele a que se referirem as operações” (BRASIL, 1922,).

O exercício financeiro; orçamento e contas da gestão financeira, no que se refere ao Decreto 4536, trouxe nos artigos iniciais, indo até o 13º artigo, preocupação com o estabelecimento de períodos e datas:

Art. 8º O exercício financeiro começará em 1 de janeiro e terminará em 30 de abril do anno seguinte. Paragrapho unico. O anno financeiro coincide com o anno civil. Art. 9º Pertencem ao exercício sómente as operações relativas aos serviços feitos pela ou para a União e aos direitos adquiridos por ella ou seus credores, dentro do anno financeiro [...] O Governo enviará á Camara dos Deputados, até 31 de maio de cada anno, a proposta de fixarão da despesa, com o cálculo da receita geral da Republica, para servir de base á iniciativa da lei de orçamento [...] (BRASIL, 1922).

Ao realizar todo um esforço no sentido de alinhar as datas adequadas, e também os períodos pertinentes ao aspecto de fiscalização sobre os orçamentos, segue-se neste capítulo com orientações sobre a divisão em relação aos aspectos de verificação de receitas e despesas.

Mas o capítulo III vem a tratar novamente de Receita, desta vez especificamente, inclusive com o Art. 25 orientando sobre a arrecadação: “A arrecadação da receita federal orçada pelo Congresso Nacional far-se-á, em dinheiro, pelas repartições competentes” (BRASIL, 1922). Observa-se que o mesmo artigo trata de responsabilizar os funcionários quanto a “extravio de rendas ou omissão de cobrança, por desleixo ou inexecução dos preceitos regulamentares, e os superiores, em ordem hierárquica”. Notando-se que a responsabilização sobre os últimos poderia ser em relação ao afrouxamento junto aos seus subalternos.

Neste terceiro capítulo ainda não aparece a questão licitatória, propriamente dita, e prossegue-se com instruções mais especificamente direcionadas às providências em relação aos recolhimentos ao Tesouro.

No Capítulo IV, tratante da Despesa Pública, no Artigo 50, vêm-se a figura da Concorrência Pública “por meio de publicação no Diário Oficial, ou nos jornais oficiais dos Estados, das condições a serem estipuladas e com a indicação das autoridades encarregadas da adjudicação, do dia, hora e lugar...” (BRASIL, 1922).

O artigo 51, através de várias alíneas, observa sobre a dispensa da concorrência publicada:

- a) para os fornecimentos, transportes e trabalhos públicos que, por circunstancias imprevistas ou de interesse nacional, a juízo do Presidente da República, não permitirem a publicidade ou as demoras exigidas pelos prazos de concorrência;
 - b) para o fornecimento do material ou de gêneros, ou realização de trabalhos que só puderem ser effectuados pelo productor ou profissionaes especialistas, ou adquiridos no lugar da produção;
 - c) para a aquisição de animais para os serviços militares;
 - d) para arrendamento ou compra de prédios ou terrenos destinados aos serviços públicos;
 - e) quando não acudirem proponentes a primeira concorrência.
- Neste caso, si houverem sido estipulados preços máximos ou outras razões de preferênciã, não poderá ser no contracto aquele excedido ou estas modificadas, salvo nova concorrência.
- § 1º Verificada, em primeiro lugar, a idoneidade dos concurrentes, será escolhida, salvo outras razões de preferênciã antecipadamente assignaladas no edital, a proposta mais barata, que não poderá exceder de 10 % os preços correntes da praça. Poderá ser preferida mais de uma proposta quando a concorrência se fizer por unidade e o

menor preço desta, em relação á mesma, qualidade, diversificar em cada uma daquellas.

§ 2º Aos concurrentes será licito reclamar contra a inclusão ou exclusão de qualquer concorrente na lista de idoneidade, mediante prova dos factos que allegarem.

§ 3º As propostas serão entregues lacradas, abertas e lidas deante de todos os concurrentes que se apresentarem para assistir a essa formalidade. Cada um rubricará a de todos os outros e antes de qualquer decisão serão publicadas na integra.

§ 4º Haja ou não declaração no edital, presume-se sempre que o Governo se reserva o direito de annullar qualquer concorrência, por despacho motivado, se houver justa causa (BRASIL, 1922).

Observa-se que há nestas recomendações legais, a ligação com os aspectos temporais, que mudaram conforme se avançou no tempo.

1.2.3 Decreto-Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967

Esse decreto-lei instaura seus dispositivos observando a estrutura organizacional do Governo Federal e observando sobre seus serviços; legitima definições das instituições diretas e indiretas, sendo que a primeira dispõe como sendo o Poder Executivo e Ministérios e a segunda trata-se do conjunto que traz as Autarquias, Empresas Públicas, Sociedades de Economia Mista e Fundações Públicas.

No seu Título II, o Dec. Lei 200 traça os princípios fundamentais, como Planejamento, Coordenação, Descentralização, Delegação de Competência e Controle, e os explica em capítulos específicos. Nos arts. 16, 17 e 18, do capítulo III – Planejamento, Orçamento-Programa e Programação Financeira, observa-se que deveria haver a elaboração de orçamento programa pormenorizando a etapa plurianual a ser realizada no exercício seguinte, e que serviria de roteiro à uma execução coordenada. Seriam aí considerados os recursos consignados no Orçamento da União e recursos extra orçamentários vinculados à execução do programa do Governo. Observa-se em relação ao ritmo de execução:

Para ajustar o ritmo de execução do orçamento-programa ao fluxo provável de recursos, o Ministério do Planejamento e Coordenação Geral e o Ministério da Fazenda elaborarão, em conjunto, a programação financeira de desembolso, de modo a assegurar a liberação automática e oportuna dos recursos necessários à execução dos programas anuais de trabalho. Toda atividade deverá ajustar-se à

programação governamental e ao orçamento-programa e os compromissos financeiros só poderão ser assumidos em consonância com a programação financeira de desembolso (BRASIL, 1967).

Observa-se na legislação, a preocupação de ajustar os gastos com as possibilidades de arrecadação: “ajustar o ritmo de execução do orçamento programa ao fluxo provável de recursos”, inclusive com nova menção ao final do parágrafo da lei “só poderão ser assumidos em consonância com a programação financeira do desembolso”; bem como se prevê a possibilidade dos gastos que necessitam de imediata liberação de recursos.

O Título X do Decreto Lei de 1967 é bastante extenso em suas orientações legais, e abarca vários aspectos, iniciando-se pela prestação de contas obrigatória, por parte do Próprio Presidente da República, quanto ao exercício de ano anterior, ao Tribunal de Contas.

As operações financeiras ficavam diretamente subordinadas a um Ministro de Estado e por proposta de um Inspetor Geral de Finanças, em razão de alguma necessidade específica, poderia se realizar descentralização em determinada instância, sendo que todas as orientações deveriam continuar prevalecendo, como a prevista no art. 73

Nenhuma despesa poderá ser realizada sem a existência de crédito que a comporte ou quando imputada a dotação própria, vedada expressamente qualquer atribuição de fornecimento ou prestação de serviços cujo custo exceda aos limites previamente fixados em lei.
Parágrafo único. Mediante representação do órgão contábil serão impugnados quaisquer atos referentes a despesas que incidam na proibição do presente artigo (BRASIL, 1967).

O art. 127 deste Decreto Lei, que trará as específicas orientações no tocante às licitações, onde estabelecem na abertura as modalidades: concorrência; tomada de preços e convite; esclarecendo que concorrência é destinada às maiores compras, e visando maior amplitude no interesse de prestadores de serviço ou comerciantes em geral. Observando-se que essa amplitude, porém, deveria respeitar um dispositivo (§ 2º) filtrante, que resultaria em habilitação preliminar, conforme a qualificação necessária.

A Tomada de Preços se previa com realização mais imediata, porém os participantes deveriam ter registro prévio de habilitação e o Convite seria remetido a um número mínimo de três escolhidos pela unidade administrativa, também registrados, e estes receberiam, por escrito, uma convocação com prazo de três dias de antecedência para a apresentação.

Determinada modalidade foi criada buscando uma celeridade ao processo licitatório, que comparada ao procedimento judicial, é tida como o rito sumário. Entretanto, possui características e complexidades próprias, tal qual a concorrência. Para participar, o candidato deve atender as condições impostas e apresentar documentos e observar a qualificação, conforme dita a Lei 8.666/93.

Enfim, o Decreto Lei número 200, veio para reformar disposições anteriores, sem se desfazer dos critérios claramente notáveis em favor do controle no processo de licitações, principalmente no tocante ao princípio de se contrair compromissos conforme uma real expectativa de arrecadação futura.

1.2.4. Lei 5.456 de 20 de junho de 1968

Essa lei veio para dispor sobre aplicação aos Estados e Municípios, quanto às normas presentes no Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 e tocou na organização da Administração Federal, além de estabelecer diretrizes para reforma administrativa e outras providências (BRASIL, 1968).

Neste sentido, a lei em questão notou as orientações quanto às compras, obras, serviços e alienações “previstas nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200” e regulou a obrigatoriedade de os estados e municípios virem a realizar suas licitações através da mencionada lei (Decreto-Lei 200). Além disso, referiu-se aos limites estabelecidos nos §§ 5º e 6º do art 127 do mesmo Decreto-Lei, para que todos os municípios com população superior a 200.000 (duzentos mil) habitantes excederem somente 50% e os demais, de 25% dos referidos limites. Os limites a que se refere, são os seguintes:

§ 5º Quando se tratar de compras ou serviços, cabe realizar concorrência se o seu vulto for igual ou superior a dez mil vezes o valor

do maior salário-mínimo mensal; tomada de preços, se inferior àquele valor e igual ou superior a cem vezes o valor do maior salário mínimo mensal; e convite, se inferior a cem vezes o valor do maior salário-mínimo, observado o disposto na alínea i do § 2º do art. 126. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 17.9.1981)

§ 6º Quando se tratar de obras, caberá realizar concorrência se o seu vulto for igual ou superior a quinze mil vezes o valor do maior salário mínimo mensal; tomada de preços, se inferior àquele valor e igual ou superior a quinhentas vezes o valor do maior salário-mínimo mensal; convite, se inferior a quinhentas vezes o valor do salário-mínimo mensal, observado o disposto na alínea i do § 2º do art. 126. (Revogado pela Lei nº 6.946, de 17.9.1981) (BRASIL, 1967).

São medidas que conforme os valores, haveria implicância modalidade de contratação de negócios entre o Estado e prestadores de serviço ou fornecedores. Mas, embora essa lei tenha vindo para alinhar medidas administrativas nos Estados e Municípios, com as federais, deixou-se brecha para situações extraordinárias: “Art 4º Respeitado o disposto nesta Lei, os Estados poderão legislar supletivamente sobre a matéria, tendo em vista as peculiaridades regionais e locais” (BRASIL, 1968); isso amparado constitucionalmente: “nos termos do § 2º do art. 8º da Constituição”.

Após essa legislação de 1967, complementada por dispositivos vindos em 1968, viriam novas orientações somente em 1986, dois anos antes do lançamento da Constituição em vigor.

1.2.5 Decreto-lei 2.300 de 24 de julho de 1986

Esse decreto acabaria sendo revogado em 1993, naturalmente por influência da Constituição Federal de 1988; mas é um marco sobre licitações e contratos da Administração Federal; pois é a primeira lei que trata especificamente de licitações, e, portanto, trouxe consigo um detalhamento bem mais específico daqueles que vinham até então.

Em seu primeiro artigo, esclarece que se trata de um documento voltado para obras, serviços, compras e alienações no âmbito de Administração Federal “centralizada e autárquica” (BRASIL, 1986).

O Art 2º estabelece a obrigatoriedade de licitação para obras, serviços, compras e alienações da Administração, e esta virá, conforme o Art 3º destinar à

seleção de “proposta mais vantajosa para a Administração”, sendo processada e julgada “em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo...” (BRASIL, 1986).

O inciso I do mesmo Artigo 3º especifica o aspecto da competitividade, em vista de que tal inciso previne contra ação de agentes públicos que possam vir a colocar cláusulas que maculem o citado caráter.

O Artigo 5º do Dec-Lei 2.300 trata da conceituação e reflete uma preocupação que viria a estar presente a partir da década de 1980, com mais força, que é a definição clara dos objetos que são tratados em lei. Desta forma, objetos como obra, serviço, compra e outros, são esclarecidos com conceitos definidos dentro da lei: “Obra – toda construção, reforma ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta...”; “serviço – toda atividade realizada direta ou indiretamente, tais como demolição, fabricação, conserto, instalação, montagem, operação, conservação...” (BRASIL, 1986).

O Artigo 6º do Dec-Lei 2.300 reflete a continuidade da preocupação com existência de projetos em concordância com a previsão de recursos. Enfim, esse Dec-Lei, trouxe todas as antigas preocupações que construíam os dispositivos desde o início do período imperial, no entanto percebe-se neste uma espécie de “sintonia fina”, sobre estratégias legais já existentes, como já comentada preocupação quanto ao equilíbrio entre a apresentação de projetos que gerariam licitações e a previsão de receita que poderia ser disponibilizada.

Trata-se de um documento bastante abrangente, com esforços no sentido de abarcar todos os aspectos importantes no processo licitatório. Mas, já em julho de 1987, vem nova orientação legal, com o Decreto-Lei nº 2.348, complementado em setembro do mesmo ano com outro Decreto-Lei, o 2.360.

1.2.6 Decreto-Lei nº 2.348 de 24 de julho de 1987

Destinado a alterar o Decreto-lei 2.300, privilegia considerar todos os aspectos presentes no Decreto-lei anterior, construído a partir de histórica tentativa

de chegar a uma fórmula eficiente para compras e contratação de serviços por parte do Governo.

Decorrentes de necessidades não previstas na larga tentativa da lei anterior, surgiram, por exemplo, orientações no concernente à contratação de profissionais do setor artístico, compra de materiais de empresa com produtos exclusivos, profissionais únicos em seus ofícios, como restauradores de arte. Nestes casos deu-se inexigibilidade de exigência de licitação.

A necessidade de compras de perecíveis e a observação de que são produtos pertencentes a um tipo de dinâmica comercial que pode ter variação dependente de espaços mínimos de tempo, ou circunstâncias promocionais típicas, deu o seguinte dispositivo: “compras eventuais de gêneros alimentícios perecíveis, poderão ser realizadas diretamente com base no preço do dia”, observando-se que estas devem ser feitas em centros de abastecimento.

Há lembrança às empresas estrangeiras não operantes no país, que deverão atender todos os procedimentos elencados na lei para as modalidades de concorrências, com protocolos realizados juntos aos Consulados. Repetiu-se várias estratégias, como a de anulação de processo licitatório quando comprovadas irregularidades, sem ônus financeiro por parte do Estado.

Este documento permitiu a observação de que não há validade de costume; ou seja, todas as práticas referentes ao processo de compras por parte do Estado, tiveram novamente que se transformar em objeto da Lei, revigorada, que veio a ser acertada em setembro de 1987.

1.2.7 Decreto-Lei n.º 2.360 de 16 de setembro 1987

Também com alterações para o Decreto-lei nº 2.300, que procurou legalmente cercar todas as questões relacionadas às orientações obrigatórias do Estado no que concerne às compras e contratações de serviços, o Decreto-lei nº 2.360, favoreceu bens e serviços produzidos no Brasil.

Além disso, emparelhou as licitações internacionais às nacionais como modalidade cabível para compra de bens imóveis e concessões de uso, serviço ou obra pública, independente do valor do objeto; estabeleceu prazo de três dias para comunicação de parcelamentos na lei anterior previstos.

Essas foram as últimas alterações, anteriores ao surgimento da Constituição Federal de 1988, que veio a marcar, embora de lá para 2010 tenham surgido ajustes, modificações, os procedimentos atualizados de licitação.

2 - CONCEITOS BASILARES DA LICITAÇÃO

Estudada a base histórica da licitação, com sua evolução no tempo, passamos a abordar, no ordenamento jurídico em vigor, os princípios norteadores da atividade licitatória, suas modalidades de exercício, bem como características basilares de atendimento aos preceitos legais e constitucionais.

2.1 – Características Gerais

O procedimento de licitação objetiva permitir que a Administração contrate aqueles que reúnam as condições necessárias para o atendimento do interesse público, levando em consideração aspectos relacionados à capacidade técnica e econômico-financeira do licitante, à qualidade do produto e ao valor do objeto. (PEREIRA JUNIOR, 1997)

A execução de obras, a prestação de serviços e o fornecimento de bens para atendimento de necessidades públicas, as alienações e locações devem ser contratadas mediante licitações públicas, exceto nos casos previstos na Lei nº 8.666, de 1993, e alterações posteriores.

Estão sujeitos à regra de licitar, prevista na Lei nº 8.666, de 1993, além dos órgãos integrantes da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades da economia mista e demais entidades controladas direta e indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (DI PIETRO, 2004)

Uma vez definido o objeto que se quer contratar, é necessário estimar o valor total da obra, do serviço ou do bem a ser licitado, mediante realização de pesquisa de mercado. É necessário, ainda, verificar se há previsão de recursos orçamentários para o pagamento da despesa e se está se encontrará em conformidade com a Lei de Responsabilidade Fiscal (DI PIETRO, 2004)

Após apuração da estimativa, deve ser adotada a modalidade de licitação adequada, com prioridade especial para o pregão, quando o objeto pretendido referir-se a bens e serviços comuns listados no Decreto nº 3.555, de 8 de agosto de 2002,

que regulamenta esta modalidade. Consideram-se responsáveis pela licitação, os agentes públicos designados pela autoridade de competência, mediante ato administrativo próprio (portaria, por exemplo), para integrar comissão de licitação, ser pregoeiro ou para realizar licitação na modalidade convite. (CARVALHO, 2008,)

Os membros da comissão de licitação respondem solidariamente pelos atos praticados, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão. (PEREIRA JUNIOR, 1997)

2.2 – Convergência entre Princípios

O art. 3º da Lei 8.666/93 cita os princípios constitucionais que devem ter observância nas Licitações públicas, são eles a isonomia, legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos, e o presente artigo tem como objetivo, explicar de maneira explícita cada um desses princípios que devem ser respeitados pela Administração Pública.

Conquanto não seja uniforme, a doutrina pátria é acorde na acentuação de determinados princípios destacados pela lei como mais específicos da licitação, sem deixar de contemplar os demais princípios constitucionais. De acordo com o Diploma Legal que guarda o Processo Licitatório, a celebração de contratos com terceiros na Administração Pública deve ser fundamentalmente antecedida do Legal Processo Licitatório ressalvado as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação. (MEIRELLES, 2004)

2.2.1 Princípio da isonomia

Princípio também exposto na Constituição Federal inscrito no artigo 5º, vedando a distinção de toda e qualquer natureza, estabelecendo a igualdade de todos perante a lei, ou seja, não pode haver de maneira alguma distinção entre licitantes, devendo todos serem tratados de forma igual pela administração pública.

Diógenes Gasparini traz em sua obra que

A Constituição Federal, no artigo 5º estabelece que, sem distinção de qualquer natureza, todos são iguais perante a lei. É o princípio da igualdade ou isonomia. Assim, todos os iguais em face da lei também o são perante a Administração Pública. Todos, portanto, tem o direito de receber da Administração Pública o mesmo tratamento, se iguais. (GASPARINI, 2008)

Este princípio se torna fundamental, pois o mesmo impede as discriminações entre licitantes.

2.2.2 Princípio da legalidade

O princípio da Legalidade, previsto no art.5º, II da Constituição Federal, limita a administração Pública a somente poder exigir nos Editais de licitação o que está previsto na lei. O Administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza (MORAES, 2006).

E este princípio constitui em uma garantia para os licitantes, pois o mesmo proíbe que a Administração Pública, inclua como requisito para habilitação qualquer documento que não tem previsão legal e que não esteja incluída na Lei 8.666/93. Também, segundo José dos Santos Carvalho Filho (2008) “A supremacia da lei expressa a vinculação da Administração ao Direito, o postulado de que o ato administrativo que contraria norma legal é inválido”.

2.2.3 Princípio da impessoalidade

Tem por objetivo limitar as ações do Administrador Público a praticar atos para o seu fim legal, ou seja, nas licitações é basicamente escolher a proposta mais vantajosa para Administração, o impedindo de favorecer determinadas pessoas por amizade, ou simplesmente simpatia, ele também é chamado de princípio da finalidade administrativa.

O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art.37, caput), nada mais é que o clássico princípio da finalidade, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal. E o fim legal é

unicamente aquele que a norma de direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal. (MEIRELLES, 1999).

Com este princípio pode se concluir que o administrador é um executor de atos, e serve de objeto de manifestação da vontade estatal.

2.2.4 Princípio da moralidade

O princípio da Moralidade relacionasse com o princípio da legalidade, ele tem por finalidade proteger o licitante do formalismo exagerado, exemplo: o licitante que assina sua proposta de preço em local errado, fazendo com que sua proposta seja desclassificada, fere o princípio da moralidade administrativa, porque a referida empresa não descumpriu nem um item do edital, e não faltou à assinatura na proposta, ela só estava em lugar errado.

Como ressaltava Alexandre de Moraes,

Pelo princípio da moralidade administrativa, não bastará ao administrador o estrito cumprimento da estrita legalidade, devendo ele, no exercício de sua função pública, respeitar os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois a moralidade constitui, a partir da Constituição de 1988, pressuposto de validade de todo ato da administração Pública (MORAES, 2006).

O administrador Público em seus atos deve visar à coletividade, acima de tudo, pois tal princípio pode ajudar em uma licitação a escolher a proposta mais vantajosa para administração pública.

2.2.5 Princípio da publicidade

Todos os atos da administração Pública são públicos, e para que possa ser assegurada a transparência no processo licitatório, os editais de licitação, são publicados em Diário Oficial, e em jornal de grande circulação para as modalidades, Concorrência, Tomada de Preços, concursos, leilão e Pregões. Já a modalidade Convite basta apenas afixação do convite em local apropriado. (MORAES, 2006).

Esse princípio permite que os cidadãos fiscalizem as prefeituras, que assistam processos licitatórios evitando assim qualquer tipo de crime contra a administração Pública. E a própria Lei 8.666/93 traz em seu texto no art. 3 § 3º que a

licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

2.2.6 Princípio da probidade administrativa

Refere-se à honestidade que deve ter o administrador público, nas licitações, não procurando satisfazer os próprios interesses, os integrantes das Comissões de Licitação, e todos aqueles que têm participação nas licitações não devem de maneira alguma visar o proveito próprio, sendo assim honestos e íntegros. (DROMI, 1977)

2.2.7 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Após a publicação do Edital de licitação, a Administração pública se encontra vinculada a ele, sendo assim a lei interna daquele processo, não podendo ser exigido, nada mais do que consta no edital, porém não é só a administração que esta vinculada ao edital, o licitante também, pois o descumprimento de qualquer cláusula pode resultar na inabilitação ou desclassificação da proposta. (MORAES, 2002).

Cabe salientar que qualquer modificação no edital feita pela administração pública, resulta em obrigatoriedade de reabertura do prazo para apresentação de propostas, exceto quando a alteração não afetar a formulação das propostas, nos termos do artigo 21, § 4º da Lei n. 8.666/93.

2.2.8 Princípio do julgamento objetivo

Este princípio refere-se que deve ser julgada a documentação apresentada e a proposta de preço, com base no que foi pedido no edital, de forma sempre objetiva, afastando o julgamento subjetivo ou critérios que não foram pedidos no edital, tanto na habilitação jurídica, como na proposta de preço. (MORAES, 2006)

2.2.9 Princípio do procedimento formal

O princípio do procedimento formal é o que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da lei, mas também, do regulamento, do caderno de obrigações e

até do próprio edital ou convite, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere (Lei 8.666/93, art. 4º).

Art.4º Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º têm direito público subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido nesta lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.

Procedimento formal, entretanto, não se confunde com “formalismo”, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. (ANDRADE, 2010)

2.2.10 Sigilo na apresentação das propostas

O sigilo na apresentação das propostas é consectário da igualdade entre os licitantes, pois ficaria em posição vantajosa o proponente que viesse a conhecer a proposta do seu concorrente antes da apresentação da sua. (ANDRADE, 2010). Daí o necessário sigilo, que há de ser guardada relativamente a todas as propostas, até a data designada para abertura dos envelopes ou invólucros que as contenham, após a habilitação dos proponentes, nos artigos 3º e 43, Lei 8.666/93.

2.2.11 Adjudicação compulsória

O princípio da adjudicação compulsória ao vencedor impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor, nos artigos 50 e 64, ambos da Lei 8.666/93.

Art. 50. A Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade.

Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior (ANDRADE, 2010.)

2.3 – Tipos de licitação

O tipo de licitação não deve ser confundido com modalidade de licitação. Modalidade é o procedimento, tipo é o critério de julgamento utilizado pela Administração para seleção da proposta mais vantajosa para o procedimento de escolha se apresenta. Obtendo-se assim o melhor julgamento, para que saibamos como será escolhido o licitante vencedor (ANDRADE, 2010)

Os tipos de licitação utilizados para o julgamento das propostas são os seguintes: menor preço, melhor técnica, técnica e preço.

Menor preço traz como critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é a de menor preço. É utilizado para compras e serviços de modo geral e para contratação de bens e serviços de informática, nos casos indicados em decreto do Poder Executivo. (ANDRADE, 2010)

A melhor técnica que tem como critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida com base em fatores de ordem técnica. É usado exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral, e em particular, para elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos. (ANDRADE, 2010)

A técnica e preço que por sua vez utiliza-se do critério de seleção em que a proposta mais vantajosa para a Administração é escolhida com base na maior média ponderada, considerando-se as notas obtidas nas propostas de preço e de técnica. É obrigatório na contratação de bens e serviços de informática, nas modalidades tomada de preços e concorrência. (ANDRADE, 2010)

2.4 – Fases da Licitação

Os atos da licitação devem desenvolver-se em sequência lógica, a partir da existência de determinada necessidade pública a ser atendida. O procedimento tem início com o planejamento e prossegue até a assinatura do respectivo contrato ou a emissão de documento correspondente, em duas fases distintas (ANDRADE, 2010)

Fase interna ou preparatória, a qual delimita e determina as condições do ato convocatório antes de trazê-las ao conhecimento público. O órgão público efetua a pesquisa de preços de mercado, para prever o custo do objeto. Esta pesquisa é de fundamental importância para o processo, pois o valor apurado será o teto que a Administração Pública poderá gastar e isso é o que definirá a modalidade da licitação.

A definição do tipo da licitação produzirá reflexos não unicamente no julgamento das propostas, mas também em toda a sua fase externa, haja vista que cada um dos tipos possui características e exigência próprias, ritos diferenciados bem como prazos distintos. (JUSTEN FILHO, 2005)

Por sua vez, a fase externa ou executória é aquela onde se inicia com a publicação do edital ou com a entrega do convite e termina com a contratação do fornecimento do bem, da execução da obra ou da prestação do serviço da Lei 8.666/93.

Art. 9º Não poderá participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários:

- I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
- II-empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo ou da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto ou controlador, responsável técnico ou subcontratado;
- III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação.

Considera-se participação indireta a existência de qualquer vínculo de natureza técnica, comercial, econômica, financeira ou trabalhista entre o autor do projeto, pessoa física ou jurídica, e o licitante ou responsável pelos serviços, fornecimento e obras, incluindo-se os fornecimentos de bens e serviços a estes

necessários. Esse entendimento é extensivo aos membros da comissão de licitação. (DI PIETRO, 2004)

É permitida ao autor do projeto a participação na licitação de obra ou serviços, ou na execução, apenas na qualidade de consultor ou técnico, desde que nas funções de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, e exclusivamente a serviço da Administração.

2.5 - Forma de Contratação

A previsão legal expressa traz, no artigo 22 da Lei das Licitações (Lei 8.666/93) as cinco formas passíveis de contratação: concorrência, tomadas de preço, convite, concurso e leilão. Estas possuem características próprias, destinando-se a determinados tipos de contratação.

Acompanhando o desenvolvimento e a necessidade de adequar à atualidade, a Medida Provisória n.º 2.026, editada em 04 de maio de 2000 e regulamentada pelo Decreto n.º 3.555, de 08 de agosto de 2000, instituiu, no âmbito da Administração Federal, uma nova modalidade de licitação, o pregão.

Referida lei prevê a forma e o prazo que deve ser publicado cada aviso. Ainda, quais as modalidades de recurso e qual o prazo hábil para a apresentação do mesmo. Contudo, estes prazos previstos determinam o mínimo a ser seguido, podendo a Administração, verificando a complexidade do caso concreto, dilatar estes para uma melhor desenvoltura do processo licitatório.

2.5.1 Concorrência

A concorrência é a modalidade de licitação realizada, com ampla publicidade, assegurando a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital convocatório. Configura-se como a espécie apropriada para os contratos de grande vulto, devendo a divulgação para a contratação ser de 45 dias quando tratar de empreita, melhor técnica e preço, ou de

30 dia para as demais, conforme afigura-se no livro elementos do direito da Flávia Cristina Moura de Andrade.

Carvalho Filho discorre sobre o maior rigor formal decorrente desse tipo de modalidade com contratos de vultosos valores:

Exatamente porque os recursos financeiros a serem empregados pela Administração são mais elevados, essa modalidade é a que apresenta, em seu procedimento, maior rigor formal e exige mais ampla divulgação. Por isso, dela podem participar quaisquer interessados que demonstrem possuir os requisitos mínimos de qualificação fixados no edital (art. 22, I e § 1º, do Estatuto).

Exige requisitos de habilitação, na fase inicial, comprovados documentalmente. Esta modalidade ocorre quando se trata de concessão de direito real de uso, de obras ou serviços públicos – de engenharia ou não -, na compra e venda de imóveis (bens públicos), licitações internacionais.

O artigo 23 da Lei 8.666/93 define os limites de valores para esta modalidade e quando deverão ser utilizados. Contudo, caso o valor ultrapasse R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais) torna-se imprescritível a realização de Audiência Pública 15 dias posteriores à publicação do edital.

2.5.2 Tomada de preço

Buscando uma celeridade ao processo licitatório foi desenvolvido tal modalidade, que comparada ao procedimento judicial, é tida como o rito sumário. Entretanto, possui características e complexidades próprias, tal qual a concorrência. Para participar, o candidato deve atender as condições impostas três dias antes do recebimento da proposta, apresentando documentos e observar a qualificação, conforme dita a Lei 8.666/93.

A vantagem que havia na legislação anterior é que a comissão limitava-se a examinar os certificados de registro cadastral, o que já não pode ocorrer sob a nova lei, pois, havendo licitantes fora do cadastro, a comissão de licitação terá que examinar toda a documentação para a qualificação (JUSTEN FILHO, 2005). Os valores para

esse tipo de modalidade também estão delimitados no artigo 23 da Lei 8.666/93, onde demonstra qual o tipo de modalidade deverá ser usada:

Art. 23 As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

[...]

b) tomada de preços - até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

[...]

b) tomada de preços - até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);

Deverá correr na tomada de preços, um prazo de 15 dias, no mínimo, entre a publicação e a data fixada para o recebimento das propostas. Contudo, caso o certame seja julgado na conformidade dos "tipos", ou seja, pelos critérios de "melhor técnica" ou de "técnica e preço", o prazo será de, pelo menos, 30 dias, sendo a contagem feita da mesma forma que na concorrência.

2.5.3 Convite

Como a própria palavra já diz, está modalidade tem como característica a escolha dos convidados a participarem da licitação pela unidade administrativa, independente de cadastro. É obrigatório que o convite seja feito à no mínimo 03 interessados, caso não compareça esse mínimo exigido deverá ser feito novo convite, convocando-se outros possíveis interessados, a fim de garantir a legitimidade do certame (ANDRADE, 2010).

Sucintamente, Maria Sylvia Di Pietro (2004), disse que para que não ocorra à alegação da inobservância do princípio constitucional da igualdade, mesmo não sendo convidado, o candidato devidamente cadastrado pode, com antecedência de 24 horas da apresentação da proposta, manifestar a sua vontade. Tida como a modalidade mais simples, conseqüentemente é usada em pequenas contratações, devendo o valor ser pequeno e não haver demais complexidades.

Ainda, tem como característica ser a única modalidade de licitação que não exige publicação de edital, já que a convocação é feita por escrito, obedecendo a uma antecedência legal de cinco dias úteis, por meio da carta-convite.

2.5.4 Concurso

Qualquer interessado que deseje participar do trabalho técnico, científico ou artístico, mediante remuneração, observado o edital pode participar. Sendo usual a seleção de projetos que buscam a melhor técnica ao invés do menor preço. Nesse sentido, 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, 2004)

O edital conterà os requisitos que os participantes devem preencher para se cadastrarem, regulamentando ainda as condições da realização e a bonificação concedida. Tal edital deverá ser publicado com antecedência mínima de 45 dias da realização do evento. Finaliza-se, portanto, o concurso com a classificação dos trabalhos e o pagamento do prêmio ou da remuneração, não sendo conferido qualquer direito a contrato com a Administração.

2.5.5 Leilão

O 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 ainda para a alienação de bens imóveis cuja aquisição haja derivado de procedimento judicial ou de dação em pagamento, (DI PIETRO, 2004)

Pode-se verificar a ocorrência de dois tipos de leilão, que são: o comum e o administrativo. O leilão comum, que é privativo do leiloeiro oficial, é regido pela legislação federal pertinente, podendo a Administração estabelecer as condições específicas. Já o leilão administrativo é feito por servidor público, (GASPARINI, 2004).

Antes do leilão, devem os bens ser previamente avaliados, constando no edital o preço mínimo a ser ofertado. Indispensável se faz ainda que o edital descreva os bens, possibilitando sua perfeita identificação. O dia, horário e local do pregão são especificados também pelo instrumento convocatório, (ANDRADE, 2010).

Para o leilão, não se exige qualquer tipo de habilitação prévia dos licitantes, tendo em vista que a venda é feita à vista ou em curto prazo. Admite-se, entretanto, a exigência, quando o pagamento não for todo à vista, de um depósito percentual do preço, servindo como garantia.

Os lances no leilão deverão ser verbais, configurando uma disputa pública entre os ofertantes, enquanto durar o pregão. Aquele que, ao final, oferecer maior lance, de valor igual ou superior ao avaliado previamente, arremata o objeto da licitação, (ANDRADE, 2010).

2.5.6 Pregão

Constitui-se o pregão em uma nova modalidade de licitação, criada através da Medida Provisória n.º 2.026, de 04 de maio de 2000, e regulamentada pelo Decreto n.º 3.555, de 08 de agosto de 2000.

Em sentido literal, a palavra pregão corresponde ao ato de apregoar, significando proclamação pública. Antes dessa medida provisória, associava-se o pregão, no âmbito do Direito Administrativo, ao modo pelo qual se realiza o leilão. Tal nova modalidade de licitação, instituída através da referida Medida Provisória, destina-se à aquisição de bens e serviços comuns, promovida exclusivamente no âmbito da União, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. (GASPARINI, 2004).

Pretendeu-se, com a instituição do pregão, uma maior concentração, flexibilização e desburocratização do procedimento licitatório convencional. Ocorre em uma sessão pública, configurando uma disputa entre os licitantes através de propostas e lances. No pregão, a licitação desenvolve-se em duas etapas, compreendendo uma fase interna de preparação e outra externa. Na primeira, deve-

se 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, sanções pelo inadimplemento, dentre outras. (MEIRELLES, 2004).

A fase externa da licitação na modalidade pregão compreende, inicialmente, a divulgação. Nesse instrumento de aviso, fixa-se uma data para a realização de sessão pública, na qual deverão comparecer todos os interessados, munidos dos envelopes de propostas e documentos relativos à habilitação, (DI PIETRO, 2004).

Exige-se uma habilitação prévia, a priori, na qual cada licitante se declara habilitado, afirmando estar em regularidade perante à seguridade social e demais órgãos. Fica previsto que quem fizer declaração falsa, nesta pré-habilitação, ficará impedido de contratar com a União, pelo prazo de até cinco anos, bem como é descredenciado do SICAF.

Por fim, entende-se que a nova modalidade criada, apesar do louvável intuito de flexibilizar e dinamizar o procedimento licitatório deve ensejar uma maior reflexão por parte dos detentores do poder, para que sejam efetuados os ajustes necessários, a fim de que não se percam as mudanças exigidas no seio social.

2.5.7 Regime diferenciado de contratação (RDC)

A Lei n. 12.462/2011 instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC; alterou a Lei nº. 10.683, de 28 de maio de 2003, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, a legislação da Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) e a legislação da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); criou a Secretaria de Aviação Civil, cargos de Ministro de Estado, cargos em comissões e cargos de Controlador de Tráfego Aéreo; autorizou a contratação de controladores de tráfego aéreo temporários; e alterou ainda outras leis.

Seu núcleo principal, contudo, é o Regime Diferenciado de Contratações Públicas, previsto no capítulo I, do art. 1º ao 47 da Lei n. 12.462/11. É, destarte, uma normal geral de licitação por força da competência da União para legislar sobre normais gerais de licitação e contrato (art. 22, XXVII da CF/88), aplicando-se, de forma vinculada, a todos os entes federativos (FERRAZ, 2009). Nesse sentido também:

“[...]premissa que deve orientar a hermenêutica de toda a Lei 12.462/2011: o RDC é regime excepcional de licitações e contratos administrativos que tem a natureza de norma geral e que, por isso mesmo, tem autonomia interpretativa – tanto em relação às licitações e contratos ordinários da LGL como no que respeita às demais licitações e contratos extraordinários (pregão, concessões comuns e parcerias público-privadas). Isto significa dizer que não se deve ler a Lei 12.462/2011 com a lente da LGL (e/ou demais diplomas pretéritos)” (MOREIRA; GUIMARÃES, 2012)

A justificativa do legislador para o RDC é baseada em uma constatação, bastante aceita pela doutrina, de que a Lei vigente até então tem se mostrado pouco eficaz em diversas áreas e que, para a realização dos maiores eventos esportivos do mundo, se fazia necessária uma nova lei que combatesse os atrasos e protelações, tradicionalíssimos em nosso país⁴⁹. Em seu § 1º do art. 1º, o RDC apresenta seu objetivo que vai ao encontro desse propósito do legislador: “I - ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes”.

As diretrizes amparam-se nos princípios da segurança jurídica (no tocante às padronizações), da eficiência (no que se refere à remuneração variável pelo desempenho) e da economicidade (na busca de maior vantagem econômica para a Administração Pública). Ademais, percebe-se a consagração pelo RDC da tendência denominada de função regulatória da licitação, ou seja, da busca não apenas da economicidade nas contratações, mas também de outros valores constitucionais (OLIVEIRA, 2006).

3 – A FUNÇÃO SOCIAL DA LICITAÇÃO E SUA CONTRIBUIÇÃO À SUSTENTABILIDADE

O presente capítulo enfatizará de forma prática as medidas de cunho social dotada nas licitações públicas do ordenamento jurídico brasileiro, demonstrando o alcance que a referida aplicação poderá representar no desenvolvimento social e econômico do país.

3.1 – Função social da licitação

Discute-se no Brasil, já faz certo tempo, a possibilidade das licitações e dos contratos administrativos assumirem uma “função social”, ou seja, prestarem-se à realização de outros interesses públicos que não a simples satisfação da necessidade ou da utilidade administrativa ou coletiva que se vislumbra no objeto licitado e contratado (FERREIRA, 2010)

O que antes parecia uma possibilidade, lastreada na Carta da República e em outras leis e regulamentos esparsos, hoje se vê transformado em *dever legal geral*, porque a Lei Geral de Licitações se viu ontologicamente alterada pela Medida Provisória n.º 495/2010, posteriormente convertida na Lei Federal nº 12.349/2010.

Dita alteração consistiu em inserir, no *caput* do art. 3º da Lei nº 8.666/93, um terceiro fim para os certames, qual seja a *promoção do desenvolvimento nacional sustentável*, o que dá nova roupagem aos certames concorrenciais, sensíveis a uma patente realidade: a capacidade do “poder de compra” estatal fazer *voluntariamente* mudar comportamentos empresariais tidos por coletivamente desejáveis e numa perspectiva transcendente dos simples (*sic*) deveres legais com o meio ambiente e com os colaboradores, dentre outros. Com o advento da LC nº 123/2006, ancorada nos princípios constitucionais de favorecimento das pequenas empresas, expressos nos arts. 170, IX, e art. 179, imprimiu-se com mais intensidade às licitações, o que Marçal Justen Filho denominou de “função social do contrato administrativo”. Segundo o jurista,

Adota-se função social do contrato administrativo quando a finalidade buscada por meio da contratação consiste não apenas na obtenção de bens e serviços necessários a satisfação de necessidades estatais mas também a obtenção de outras finalidades de cunho social. Nesses casos, a contratação administrativa é utilizada para incentivar o desenvolvimento econômico e social, eliminar desigualdades individuais e coletivas e promove a realização de fins constitucionalmente protegidos (JUSTEN, 2005)

Luciano Ferraz também descreve a importância da função social da licitação, destacando o seu papel relevante na sociedade, in verbis:

[...]a licitação pode ser utilizada como instrumento de regulação de mercado, de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la – a licitação – como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros à sociedade. [...] é possível o emprego do procedimento licitatório como forma de regulação diretiva ou indutiva da economia, seja para coibir práticas que limitem a competitividade, seja para induzir práticas que produzam efeitos sociais desejáveis (FERRAZ, 2009).

Da mesma forma, objetiva discutir e, eventualmente, demonstrar que o *fomento estatal* não se mostra apenas útil, porém necessário para fins de se incrementar a *solidariedade* no seio da sociedade, auxiliar na erradicação da pobreza e da marginalização, e na minimização das desigualdades sociais, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

Afinal, ao contrário do que se propunha outrora, a tese do Estado Mínimo, quase indiferente, não foi exequível, entretanto. Com efeito, em que pese o notável desenvolvimento tecnológico e organizacional verificado no setor privado, em grande parte decorrente do predomínio do modelo econômico capitalista (de economia de mercado), a cada dia se torna mais indispensável a influência estatal na vida e na organização da sociedade – global, tecnológica, desigual e de riscos (sociedade “pós-moderna”, “supermoderna”, “ultramoderna”, “hipermoderna”) – destacadamente daqueles que de alguma forma se relacionam com o Estado.

Assim, as linhas que seguem visam a averiguar em até que medida o Estado (e a Administração Pública) estão autorizados a intervir na busca de concretização do desenvolvimento nacional sustentável (objetivo e direito

fundamental), não mais se atendo ao papel de controle e fiscalização como até então se privilegiava.

A escolha do tema se deve ao fato de que com o advento da Carta de 1988 e, portanto, mediante a expressa assunção de certos *anseios, valores e direitos* como marcos caracterizadores do Estado Brasileiro, aparentemente se criou um “conflito” entre alguns postulados clássicos (e ditos auto excludentes). Por exemplo, entre o do *Estado Social* e o da *Livre Iniciativa* (necessariamente atrelado ao da Livre Concorrência), mas que não brigam entre si. E, ao contrário, que reclamam interação.

Marçal Justen Filho, na mesma linha de pensamento manifesta que, se de um lado há a redação constitucional que veda o tratamento discriminatório entre brasileiros ou a criação de preferências entre os entes federativos (CF/88, art. 19, inc. III), de outro há também na Constituição, expresso como um dos objetivos fundamentais da república, a obrigação do Estado de envidar esforços para erradicar a pobreza e a marginalidade e reduzir as desigualdades regionais e sociais (CF/88, art. 3º, inc. III). Em suas palavras “seria pouco possível eliminar as desigualdades se houvesse tratamento idêntico para todos os brasileiros.” O autor emenda com propriedade ao expor que

A eliminação das desigualdades regionais e individuais pressupõe a adoção de políticas de cunho afirmativo, que assegurem benefícios e vantagens para os sujeitos e as regiões em condições de hipossuficiência. Trata-se de realizar o princípio da isonomia, tal como unanimemente consagrado: tratar de modo desigual aqueles que se encontram em situação distinta (JUSTEN, 2005)

O autor ainda fundamenta sua posição tomando como base situações já existentes e consolidadas que é o caso da instituição de Zonas Francas, que é mais uma evidencia da viabilidade de concessão de regimes tributários diferenciados para empresas sediadas em determinadas regiões econômica e socialmente menos desenvolvidas. Reputa então não só possível, como constitucional a imposição de restrição ao universo de licitantes fundado na conjugação de critério econômico e de critério geográfico.

Portanto, investigar a possibilidade ou mesmo o dever de funcionalização das licitações e dos contratos administrativos, objetivando a promoção do desenvolvimento nacional sustentável, se mostra providência *necessária*, além de oportuna e conveniente, mormente quando esse direito fundamental se vê reprisado como nova finalidade legal dos processos licitatórios.

3.2 – Desenvolvimento Sustentável

Para o trato do desenvolvimento faz-se necessária a fixação de duas premissas absolutamente fundamentais, que nada mais são do que a prova do caráter multidisciplinar do tema.

A primeira é não confundi-lo com crescimento, já que não são sinônimos. De acordo com Luís Carlos Bresser Pereira, “o desenvolvimento é um processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo”. Logo, não se pode falar apenas desenvolvimento econômico, ou social, ou político etc., de modo que é sempre indispensável aliar todos os aspectos da realidade enfocada, e no contexto de uma determinada comunidade ou nação (MALHEIROS, 2002)

Neste sentido, Bresser esclarece que “quando falamos em desenvolvimento, temos sempre como objeto um sistema social determinado, o qual se localizará geograficamente em uma região, um país, um continente. Será sempre, porém, um sistema social. Suas partes, portanto, serão interdependentes. Quando houver modificações reais na estrutura econômica, estas repercutirão na estrutura política e social, e vice-versa” (PEREIRA JUNIOR, 1977). Nessa toada, o verdadeiro desenvolvimento origina mudanças na estrutura econômica, mas também deverá, simultaneamente, surtir repercussões na esfera ambiental, política, cultural e social.

Melhor dizendo, essa transformação é posta em relevo por Ignacy Sachs, quando assinala que:

[...] a noção de desenvolvimento é central nas preocupações da ONU. Ao longo dos últimos 50 anos, ela se enriqueceu consideravelmente. A ideia simplista de que o crescimento econômico, por si só, bastaria para assegurar o desenvolvimento foi rapidamente abandonada em

proveito de uma caracterização mais complexa do conceito, expressa pelas adições sucessivas de epítetos: *econômico*, *social*, *cultural*, naturalmente *político*, depois *viável* [*sustainable*], enfim, último e recente *acréscimo*, *humano*, significando ter como objetivo o desenvolvimento dos homens e das mulheres em lugar da multiplicação de coisas (SACHS, 2008).

Assim, a segunda premissa é a de não tratar o desenvolvimento de forma singularizante, tal como se propunha no discurso (neo)liberal. Veja-se que a atual sociedade, globalizada e de riscos, faz prova por si de que a definição singularizante de desenvolvimento (econômico) verificada nas últimas décadas produziu nítidos reflexos – nem sempre bons e desejados – na realidade social, cultural, ambiental e política da sociedade. Com efeito, a história da humanidade não esconde que o aspecto econômico foi preponderante para o desenvolvimento que até agora se seguiu, sendo que as demais transformações e consequências (como, por exemplo, o desenvolvimento social) são reflexos e conformados por ele (PEREIRA, 1997)

Rister (2007) alerta que o crescimento se expressa mediante mudanças quantitativas, e que não redundam necessariamente em melhorias na qualidade de vida da população. O desenvolvimento – repita-se – “[...] consiste num processo de mudança estrutural e qualitativa da realidade socioeconômica, pressupondo alterações de fundo que irão conferir a tal processo a característica da sustentabilidade, entendida esta como a capacidade de manutenção das condições de melhoria econômica e social e de continuidade do processo”.

Demais disso, Amartya Sen chama atenção para o fato de que:

(...) os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minuciosos para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza, que é, como observou Aristóteles “meramente útil em proveito de alguma outra coisa.” Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo (SEN, 2010)

Ainda hoje, contudo, a definição de desenvolvimento sustentável mais difundida na doutrina é a prevista no Relatório Brundtland: “o desenvolvimento sustentável é aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem suas próprias necessidades”. Ou seja, esse documento alertou para a necessidade

(...) urgente de encontrar formas de desenvolvimento econômico que se sustentassem, sem a redução dramática dos recursos naturais nem com danos ao meio ambiente. Definiu também, três princípios essenciais a serem cumpridos: desenvolvimento econômico, proteção ambiental e equidade social, sendo que para cumprir estas condições, seriam indispensáveis mudanças tecnológicas e sociais. (GONÇALVES, 2012)

Do contrário, a opção pelo crescimento econômico “isolado” poderá gerar uma riqueza efêmera, incapaz de repercutir sobre a sociedade e, em muitas vezes, deixará o Estado em sua condição precária, típica de países subdesenvolvidos, ou atualmente denominados de “países em desenvolvimento” (RISTER, 2007)

Mas desenvolvimento requer, ainda, constância, viabilidade para o futuro – sustentabilidade, enfim – sob pena de não passar de um arremedo de crescimento econômico ainda que atrelado a vantagens ambientais e sociais; “pensar em desenvolvimento é, antes de qualquer coisa, pensar em distribuição de renda, saúde, educação, meio ambiente, liberdade, lazer, dentre outras variáveis que podem afetar a qualidade de vida da sociedade” (OLIVEIRA, 2002). Dessa forma, tem-se que:

O objetivo da sustentabilidade social é melhorar os níveis de distribuição de renda, com a finalidade de diminuir a exclusão social e a distância (econômica) que separa as classes sociais. A sustentabilidade econômica diz respeito a aumentos na eficiência do sistema, seja na alocação de recursos ou na sua gestão. Sustentabilidade ecológica concerne à preservação do meio ambiente, sem, contudo, comprometer a oferta dos recursos naturais necessários à sobrevivência do ser humano (OLIVEIRA, 2006)

Em síntese, o desenvolvimento, para ser assim reconhecido, reclama sustentabilidade e, além disso, consideração da sua natureza pluridimensional.

3.3– A Visão de Desenvolvimento na Constituição Brasileira

Manoel Messias Peixinho e Suzani Andrade Ferraro sustentam, que o:

[...] direito ao desenvolvimento nacional é norma jurídica constitucional de caráter fundamental, provida de eficácia imediata e impositiva sobre todos os poderes do Estado e, nesta direção, não pode se furtar a agir de acordo com as respectivas esferas de competência, sempre na busca da implementação de ações e medidas de ordem política, jurídica ou irradiadora que almejam a consecução daquele objetivo fundamental (PEIXINHO, 2003)

Antes mesmo, porém, ele é assim reconhecido internacionalmente, notadamente a partir da “Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento” (adotada na Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas), de 1986.

E mais, ele tem de se mostrar, ainda, ambientalmente sustentável, como assim assumido por José Eli da Veiga (2010) de forma a propiciar a todos usufruir o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”, donde se impôs “ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”, conforme imposto no art. 225 da Constituição da República.

Mas é preciso considerar, ainda, que:

No Brasil o direito ao desenvolvimento socioeconômico se encontra assentado na raiz do Direito, na Lei das leis, e configura um dos objetivos perseguidos pela República (art. 3º, inciso II), ao qual se agrega direta e imediatamente a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), de sorte a se construir uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I) e na qual se promove o bem de todos, sem quaisquer preconceitos ou outras formas de discriminação (inciso IV). Mas não só. Vem ele assegurado, com alarde, no seu próprio preâmbulo e para o qual se invocou, inclusive, a proteção de Deus (FERREIRA, 2012)

Ou seja, ele não se apresenta como uma simples expectativa e nem, muito menos, como ato de bondade; configura, isto sim, um direito; e fundamental, constitucionalmente garantido.

Assim sendo, o desenvolvimento entendido como ambientalmente viável, além de satisfazer as necessidades imediatas de uma sociedade e de seu crescimento, associa esta intenção com o não comprometimento da qualidade de vida das gerações futuras.

Todavia, a preocupação do constituinte foi muito além, porque evidenciou preocupações com o desenvolvimento tecnológico e econômico (art. 5º, XXIX), econômico e social (art. 21, IX), urbano (art. 21, XX), do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde (art. 43, VII, “e”; art. 35, III), geoeconômico e social (art.43, *caput*), socioeconômicos equilibrado entre as diferentes regiões do Brasil (art. 151, I), alicerçado em planos regionais (art. 159, I, “c”), regional (art. 163, VII), social e econômico por meio do turismo (art. 180, *caput*), das funções sociais da cidade (art. 182, *caput*), equilibrado do País (art. 192), científico e tecnológico na área da saúde (art. 200, V), cultural do País (art. 215, § 3º), científico (art. 218), cultural e socioeconômico (por meio do mercado interno, art. 219), e, afinal, econômico (com recursos do PIS, art. 239, § 1º).

De conseguinte, o desenvolvimento nacional, no Brasil e do Brasil, deverá cumprir as diretrizes traçadas, bem como proporcionar uma relação equilibrada entre bem-estar e crescimento em todos os matizes.

Destarte, é de se concluir que, a um só tempo, a nossa Carta Política encampou o desenvolvimento nacional na sua mínima e tríplice feição (*ecossocioeconômica*), à qual atrelou, ainda, cuidados com a cultura, com a tecnologia, com a cidade, além de tutelar a *liberdade* e a *solidariedade*, (FACHIN, 2010) complementando e justapondo o ideário de Ignacy Sachs e de Amartya Sen.

O direito ao desenvolvimento no Brasil constitui, assim, um direito de terceira geração, um direito de solidariedade (FERREIRA FILHO, 2009). E direitos dessa ordem, segundo Paulo Bonavides, não se destinam a proteger o interesse de um só indivíduo, grupo ou estado; eles “têm por primeiro destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta” (MADEIRA,2004).

É justamente esse patente reconhecimento que impõe à todos os atores sociais, em especial à Administração Pública, a tomada de medidas efetivas no sentido de concretização do direito fundamental ora tratado, eis que:

[...] o problema para o desenvolvimento está na falta de efetividade das normas, quer por falta de interesse político e da insuficiente iniciativa da sociedade civil no controle dos atos públicos. No entanto, existem instrumentos jurídicos que podem direcionar a atuação estatal rumo ao desenvolvimento, a exemplo da adoção de políticas públicas aliadas à transparência na gestão pública e ao controle do Judiciário que podem ser o elo entre a positividade constitucional e a efetivação do direito ao desenvolvimento (PEIXINHO, 2003).

É nesse espaço, portanto, que as políticas públicas e, em especial, a atividade administrativa de fomento ganham renovado valor, especialmente porque:

[...] as determinações constitucionais não se dirigem à efetivação (direta e imediata) do desenvolvimento nacional pelo Estado, apenas. Em várias oportunidades a Constituição indica deveres atribuídos aos legisladores e aos gestores públicos no sentido de estimular o desenvolvimento nacional.

Fica claro, portanto, que o desenvolvimento do Brasil, no ideário do Constituinte, revela-se como um processo compartilhado pela sociedade com o Estado, e que a este incumbe, por diversas formas, fomentar as ações privadas afirmativas desse desiderato, tendo destacado algumas desde logo. Todavia, a revelação das situações valoradas na Lei das leis não descarta que outras (leis) venham a exprimir equivalentes atribuições, aliás, como a hodiernamente imposta pela Lei nº 8.666/93, atualizada pela lei nº 12.349/2010 (FERREIRA, 2012)

3.4 – A Funcionalização da Licitação Pública e dos Contratos Administrativos com Vistas à Promoção do Desenvolvimento Nacional Sustentável

O Estado Brasileiro deve, por determinação constitucional, atuar como agente normativo e regulador da ordem econômica, o que não lhe retira, contudo, a condição de consumidor de bens, serviços e obras. Estima-se que pelo menos 10% do Produto Interno Bruto brasileiro pode ser imputado às contratações públicas. Já na Europa, o “poder de compra” estatal atinge os consideráveis 15% do PIB do bloco econômico.

Um dos maiores entraves para efetivação de qualquer política pública são os recursos financeiros envolvidos, onde o Estado, apesar da grande arrecadação possui um custo de manutenção das atividades excessivamente alto e uma margem de investimento incapaz de atender às diversas necessidades sociais.

A partir daí, surge a ideia de focalizar os gastos públicos de modo que este obedeça a critérios não somente técnicos e econômicos, mas também, sociais e ambientais, privilegiando setores da economia menos favorecidos e/ou em desigualdade de competição com os grandes conglomerados econômicos.

O deliberado uso do poder de compra do Estado, no sentido de promover licitações e contratações públicas dirigidas ao desenvolvimento nacional sustentável, tanto no que diz respeito a um “consumo consciente” quanto a incentivar a maximização da responsabilidade ecossocioambiental empresarial com o passar do tempo se tornou, não só uma possibilidade, mas uma determinação legal, de atingimento obrigatório pelos gestores públicos, sob pena de invalidação do ato negocial realizado.

Na seara do chamado Direito Público, mais precisamente no entorno das licitações públicas e das contratações administrativas, verificou-se nos últimos anos o aparecimento de relevantes inovações legislativas que têm refletido e repercutido na ideia de se agregar este novo fim comentado aos processos e às contratações da Administração no sentido de materializá-las como coletivamente úteis.

Nos tópicos a seguir, abordaremos acerca de algumas inovações legislativas acerca do tema em espeque, em especial àquelas que geraram maior impacto social e representatividade nas compras públicas efetuadas, em especial a Lei Complementar 123/2006 que dentre suas normas, implementa medidas de fomento das microempresas e empresas de pequeno porte nas aquisições públicas.

3.4.1. Lei complementar 123/2006

A primeira a alvoroçar o imaginário dos especialistas foi o Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (LC 123/2006) que, em capítulo específico, tratou de conferir acesso facilitado às licitações e contratações públicas, inclusive por meio de preferência em situações de empate ficto (art. 44), reserva de mercado (licitações exclusivas – art. 48, I) e subcontratação compulsória (art. 48, II), dentre outras vantagens, assim criando:

[...] uma mudança conceitual da função da licitação para fins da Administração Pública brasileira. Trata-se de propiciar o desempenho

de uma função não econômica para a licitação. Em outras palavras, significa conferir à licitação uma função que eu diria social, uma função indireta [...] (JUSTEN FILHO, 2005)

A citada lei complementar, ao implementar o tratamento diferenciado às ME/EPP"s, estabeleceu regras específicas e/ou norteadoras de atuação da Administração que fugiram às noções tradicionais do regime de licitações na Administração Pública, até então pautados principalmente pela ótica da vantajosidade quanto ao preço contratado, e isonomia no tratamento dos participantes. Passou a incluir na prática do Estado/Administrador certo substrato de função social nas compras públicas, a fim de que estas se tornassem em instrumentos de propulsão do desenvolvimento econômico/social de pequenas empresas no país.

A referida lei, logo em seu artigo 1º já demonstrou de forma clara a finalidade social envolvida em sua elaboração, ao criar regras de preferências às empresas abrangidas pelo ordenamento, visando o incentivo à seu desenvolvimento: