

Sumário: 1. Introdução. 2. Definição. 3. Fundamentação constitucional e legal.

1. Introdução.

O tema *licitação* será desenvolvido em 8 tópicos:

- Definição: natureza jurídica, características e objetos.
- Fundamentação constitucional e legal.
- Destinatários (art. 1.º, da Lei 8.666/93).
- Princípios (art. 3.º, da Lei 8.666/93).
- Contratação direta (arts. 17, 24 e 25, da Lei 8.666/93).
- Modalidades de licitação.
- Tipos de licitação.
- Procedimento licitatório: fase interna e fase externa.

2. Definição.

Licitação pode ser definida como o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública verifica a idoneidade dos proponentes e seleciona a proposta mais vantajosa para a contratação pretendida.

- **Natureza jurídica.**

Licitação é um **procedimento administrativo**. Não se trata de um ato administrativo composto ou complexo, mas de um procedimento administrativo, ou seja, é a reunião de atos administrativos para a prática de um ato administrativo final, que conclui esse procedimento licitatório. Há vários atos que, somados, pretendem ao final a celebração de um contrato administrativo, que põe termo a esse procedimento.

No direito brasileiro há 4 grandes exemplos de procedimentos administrativos: licitação, concurso público¹, tombamento² e desapropriação³.

- **Características.**

Licitação possui duas características: o caráter prévio e o caráter instrumental.

O **caráter prévio** informa que a licitação, em regra, precede a celebração de um contrato administrativo, embora existam exceções (casos de contratação direta, em que será celebrado um contrato administrativo sem que antes tenha havido licitação – hipóteses de licitação dispensada, dispensável ou inexigível).

Além disso, o **caráter instrumental** informa que a licitação não é um fim em si própria, mas um meio, um mecanismo, um instrumento para a consecução de um fim. A licitação pretende de modo direto alcançar um fim (fim imediato ou direto), e indiretamente outros fins (fins mediatos ou indiretos), que serão vistos a seguir.

- **Objetos.**

O **objeto direto, imediato ou próximo** da licitação é a celebração do contrato administrativo. A licitação é feita para que ao final se obtenha um contrato administrativo.

O **objeto indireto, mediato ou remoto** da licitação é o objeto do próprio contrato administrativo. No Brasil, há no mínimo 5 e no máximo 6 espécies de contratos administrativos típicos ou nominados, são eles: contrato administrativo de obra, de serviço, de fornecimento, de alienação, de concessão de serviço público e de permissão de serviço público (de acordo com a posição doutrinária que advoga a natureza jurídica contratual da permissão de serviço público).

¹ Tanto na licitação quanto no concurso público há uma seleção: no primeiro, seleciona-se coisa (bem ou serviço); no segundo, pessoa (candidato). Assim, a licitação tem um viés objetivo, ao passo que o concurso público tem um viés subjetivo. Por serem ambos procedimentos administrativos seletivos, é possível a aplicação analógica de normas de licitação ao concurso público, que não tem legislação geral no Brasil. Com isso, na falta de norma própria, aplica-se, naquilo que couber, a lei de licitações.

² Forma de intervenção do Estado na propriedade privada, para tutelar patrimônio histórico e cultural. Trata-se de um procedimento administrativo que afere a pertencença do bem ao patrimônio público.

³ A fase inaugural da desapropriação é um procedimento administrativo, embora a desapropriação possa não ser toda administrativa. Esse ato administrativo não tem o atributo da autoexecutoriedade (é um ato heteroexecutorio). A fase inaugural (declaratória) é um procedimento administrativo, iniciado em regra por um decreto expropriatório, e a fase final poderá ser administrativa ou judicial, a depender se há ou não consentimento entre expropriante e expropriado. Se houver consentimento, a fase final também será administrativa (logo, todo o procedimento de desapropriação será administrativo). Se não houver consentimento, a fase final (executória) será judicial, com o ajuizamento de uma ação (nessa hipótese, somente a fase inaugural será administrativa).

Portanto, o objeto indireto, mediato ou remoto da licitação seria uma obra, serviço, fornecimento, alienação, concessão de serviço público ou permissão de serviço público. Assim, os objetos diretos/imediatos dos contratos administrativos são os objetos indiretos/mediatos da licitação.

3. Fundamentação constitucional e legal.

Na CRFB/88, há menção à licitação em 4 dispositivos:

- **Art. 22, inc. XXVII:** competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitações e contratos.

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: XXVII - normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle.

- **Art. 37, inc. XXI:** licitação como um princípio que informa toda a atividade administrativa. Somente com a realização de licitação atende-se de forma plena a eficiência, a moralidade e a impessoalidade administrativas (princípios vetores da Administração Pública).

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

- **Art. 173, §1.º, inc. III:** licitação no caso de atividade econômica, imposta em algumas situações.

Art. 173. §1.º. A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

- **Art. 175:** delegação de serviço público condicionada à prévia licitação.

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

A partir da norma do art. 22, inc. XXVII, a Constituição desenha dois regimes jurídicos distintos:

- **Regime geral:** aplicável à Administração pública direta, autarquias e fundações de cada entidade federativa.
- **Regime especial:** aplicável às empresas estatais (empresas públicas e sociedades de economia mista).

No caso da Administração pública direta, autarquias e fundações, cada entidade federativa produzirá uma lei sobre o tema. Assim, a Administração pública direta da União, autarquias federais e fundações públicas federais sujeitam-se à **lei federal**. A Administração direta do Estado, autarquias do Estado e fundações públicas do Estado subordinam-se à **lei estadual**; e a Administração direta do Município, autarquias do Município e fundações públicas do Município sujeitam-se à **lei municipal**.

Há, portanto, uma legislação própria veiculada por lei ordinária da respectiva entidade federativa que regulamenta o tema licitações e contratos.

Quanto às empresas estatais havia uma dúvida se estas deveriam ou não licitar. De um lado, tais entidades pertencem à Administração Pública, e há princípios que informam a atividade administrativa (notadamente eficiência, moralidade e impessoalidade), de modo que seria natural a imposição da regra da licitação.

De outro lado, é certo que as empresas estatais podem ter dois objetos possíveis – prestação de serviço público e exploração de atividade econômica. Ao explorar atividade econômica, as empresas estatais concorrem com empresas privadas no mercado de consumo, e a imposição da licitação pode ser um fator que acarrete na perda da eficiência da estatal, por perder agilidade na competição com as empresas privadas. Assim, caso fossem obrigadas a licitar sempre, as empresas estatais perderiam competitividade, uma vez que as empresas privadas que concorrem no mercado não licitam.

Na doutrina, Celso Antônio Bandeira de Melo sempre estabeleceu uma distinção teórica e prática entre empresas estatais prestadoras de serviço público e estatais que exploram atividade econômica, e a partir disso fez uma diferenciação entre sujeição às regras da Lei 8.666/93 e sujeição ao princípio da licitação (esta seria uma vinculação mais fluída do que aquela).

Para o autor, se o objeto da empresa estatal fosse a prestação de serviço público haveria sujeição às regras da Lei 8.666/93. Portanto, em regra a licitação seria obrigatória, salvo quando a lei não exigisse licitação ou a dispensasse. Contudo, quando o objeto das empresas estatais fosse a exploração de atividade econômica haveria sujeição ao princípio da licitação: a princípio deveriam licitar (para atender aos princípios próprios da Administração Pública), salvo se a licitação – como meio – comprometesse sua atividade fim, quando então a licitação não seria exigível.

Exemplo: instituição financeira (empresa estatal) que pretende incrementar novos empréstimos, e para tanto celebra um contrato administrativo de serviço, cujo objeto é a consultoria financeira. Nesse caso, a licitação não afeta a atividade fim da empresa pública, portanto seria obrigatória.

De outro lado, caso a instituição financeira queira celebrar contrato administrativo de fornecimento, visando a compra de plástico e papel para a confecção de cartões de crédito e cheques, a licitação comprometeria sua atividade fim. Isso porque a exigência de um processo licitatório para comprar a matéria-prima para confeccionar cartões de crédito e cheques (básicos na atividade bancária) faz com que ela perca agilidade e competitividade, e consequentemente lucratividade. Nesse caso não seria exigível licitação.

Para Jessé Torres não haveria diferença teórica ou prática entre a estatal que tem como objeto a prestação de serviço público e a estatal que explora atividade econômica. A Constituição refere-se tão somente à empresa estatal, sem estabelecer distinção quanto aos efeitos em relação a cada objeto, de modo que caberá à legislação disciplinar o tema. Em qualquer situação, haverá sujeição ao princípio da licitação, conforme o estatuto da empresa pública e sociedade de economia mista vier a disciplinar.

Na AC 1.193 (Inf. 426), o STF enfrentou o tema em relação a Petrobrás e a submissão a regime diferenciado de licitação. Assim, houve submissão ao princípio da licitação, cabendo à lei disciplinar a matéria, ou seja, regulamentar como deveria ser aplicado esse princípio. Hoje, as normas de licitação aplicáveis à empresa estatal estão previstas na **Lei 13.303/16**, lei específica que regula a matéria entre os arts. 28 e 67, com destaque para os arts. 28 a 30.

O art. 28 trata da exigibilidade de licitação, e menciona que publicidade e patrocínio estão sujeitos à licitação. Empresas estatais poderiam patrocinar, por exemplo, atividades esportivas, mas deveria ser feita licitação.

Art. 28. §2.º. O convênio ou contrato de patrocínio celebrado com pessoas físicas ou jurídicas de que trata o § 3º do art. 27 observará, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Art. 27. §3.º. A empresa pública e a sociedade de economia mista poderão celebrar convênio ou contrato de patrocínio com pessoa física ou com pessoa jurídica para promoção de atividades culturais, sociais, esportivas, educacionais e de inovação tecnológica, desde que comprovadamente vinculadas ao fortalecimento de sua marca, observando-se, no que couber, as normas de licitação e contratos desta Lei.

Art. 93. As despesas com publicidade e patrocínio da empresa pública e da sociedade de economia mista não ultrapassarão, em cada exercício, o limite de 0,5% (cinco décimos por cento) da receita operacional bruta do exercício anterior.

O art. 29 trata da licitação dispensável, e não é idêntico ao art. 24, da Lei 8.666/93; o art. 30 regula os casos de licitação inexigível, e não é igual ao art. 25, da Lei 8.666.