



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**AMANDA DE OLIVEIRA NEVES SANTOS**

**A (I)LEGALIDADE DO CREDENCIAMENTO: UMA  
MODALIDADE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Salvador  
2014

**AMANDA DE OLIVEIRA NEVES SANTOS**

**A (I)LEGALIDADE DO CREDENCIAMENTO: UMA  
MODALIDADE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Geovane Peixoto

Salvador  
2014

## TERMO DE APROVAÇÃO

**AMANDA DE OLIVEIRA NEVES SANTOS**

### **A (I)LEGALIDADE DO CREDENCIAMENTO: UMA MODALIDADE DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em  
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/ 2014

À Ester Moreira Neves, amada tia que me ensinou a acreditar que eu posso sempre ir mais além. Com sua ajuda e certeza, de que tudo sempre daria certo, pude escrever mais uma página de minha história! Aos meus amados pais pelo carinho e cuidado de sempre.

## **AGRADECIMENTOS**

A Deus, por toda força concedida para realizar este trabalho. Aos meus amados pais, que sempre me ensinaram – com todo amor, zelo e carinho – os mais valiosos conhecimentos. Ao meu marido Alex e à minha querida filha Alice – razão de minha vida – pela paciência, companheirismo e dedicação que muito me ajudaram a concluir este trabalho. Aos meus queridos irmãos, que sempre me energizaram com suas palavras de encorajamento.

A todos os meus amigos e aos queridos colegas do Colégio Antônio Vieira. Pessoas especiais, que sempre me incentivaram nos momentos mais difíceis.

Ao prezado professor Dr. Geovane Peixoto, não apenas pela orientação, como também pelo incentivo, sem o qual eu não teria concluído esta monografia.

Aos meus colegas, que muito me auxiliaram nesta caminhada. Em especial, à querida colega Aline Consuelo Ulm - pessoa de notável sabedoria, generosidade e companheirismo.

À coordenação acadêmica da faculdade, bem como aos seus colaboradores.

A todos, o meu agradecimento.

“... que a importância de uma coisa não se mede com fita métrica, nem com  
balanças nem barômetros etc.  
Que a importância de uma coisa há que ser medida pelo encantamento que a coisa  
produza em nós.”  
(Manoel de Barros)

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
CF/88	Constituição Federal da República
DIESSE	Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sociais
LGL	Lei Geral de Licitações
ONU	Organização das Nações Unidas
PT	Partido dos Trabalhadores
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

# **SUMÁRIO**

## **1. INTRODUÇÃO**

## **2. A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS LICITAÇÕES**

### **2.1. CONCEITO**

#### **2.1.1. Princípios da Administração Pública**

2.1.1.1. Princípio da legalidade

2.1.1.2. Princípio da impessoalidade

2.1.1.3. Princípio da moralidade

2.1.1.4. Princípio da publicidade

2.1.1.5. Princípio da eficiência

#### **2.1.2. Finalidade das Licitações**

#### **2.1.3. Amparo Legal das Licitações**

2.1.3.1. O Regime Diferenciado de Contratações

#### **2.1.4. Obrigados a Licitar**

## **3. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO**

### **3.1. CONCEITO**

#### **3.1.1. Pressupostos**

#### **3.1.2. Princípios da Licitação**

#### **3.1.3. Etapas do Procedimento Licitatório**

#### **3.1.4. Contratação Direta**

3.1.4.1. Hipóteses de Dispensa Direta

3.1.4.2. Hipóteses de Inexigibilidade de Licitação

#### **3.1.5. Peculiaridades acerca da Inexigibilidade de Licitação**

#### **3.1.6. As tipologias Licitatórias previstas na Lei 8.666/1993**

## **4. O CREDENCIAMENTO**

### **4.1. CONCEITO**

#### **4.1.1. Pressupostos do Credenciamento**

### **4.2. O CREDENCIAMENTO BAIANO**

#### **4.2.1. Previsão legislativa**

#### **4.2.2. O objeto do Credenciamento Baiano**

#### **4.2.3. Requisitos do Credenciamento Baiano**

#### **4.2.4. As Etapas do Credenciamento Baiano**

4.2.4.1. A inscrição do Credenciamento baiano

4.2.4.2. A habilitação do Credenciamento baiano

4.2.4.3. A classificação do Credenciamento baiano

4.2.4.4. A convocação do Credenciamento baiano

**4.2.5. Peculiaridades do Credenciamento Baiano**

**4.2.6. Espécies de Serviços Contratados pelo Credenciamento Baiano**

4.2.6.1. Credenciamento de alimentação

4.2.6.2. Credenciamento de engenharia e arquitetura

**4.2.7. Análise do parecer PA-UM-SEC-CCS-MBS-151/2011**

**4.2.8. Entendimento jurisprudencial**

4.3. A CORRUPÇÃO POLÍTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

4.3.1. **A corrupção política na inexigibilidade de licitação**

**5. CONCLUSÃO**

**REFERÊNCIAS**

## 1. INTRODUÇÃO

A regra geral para a Administração Pública contratar serviços, realizar compras, obras e alienações é por meio de procedimento licitatório, de acordo com o dispositivo do artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal de 1988. Esse procedimento pretende garantir, simultaneamente, a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração e assegurar o princípio constitucional da isonomia entre os prestadores do serviço ou fornecedores do objeto pretendido pelo poder público.

Entretanto, a própria Constituição Federal, ao fazer a exigência da licitação, ressalva “os casos especificados na legislação”, permitindo que a lei ordinária fixe hipótese para estabelecer exceções à regra de licitar. É o que dispõe a Lei 8666/93 nos artigos 24 e 25 os quais tratam, respectivamente, sobre os casos de dispensa e inexigibilidade de licitação.

O Credenciamento, objeto de pesquisa deste trabalho, trata-se de uma das hipóteses de inexigibilidade do certame licitatório. O instituto consiste em uma contratação direta, na qual, o poder público pré-qualifica todos os interessados que preencham os requisitos previamente determinados no ato convocatório.

Embora esse instituto seja qualificado como uma modalidade de inexigibilidade que oportuniza muita praticidade à Administração Pública, já que desburocratiza suas ações com a diminuição de procedimentos licitatórios, o seu uso excessivo no Estado da Bahia desperta atenção e caminha em um sentido contrário daquilo que a Constituição Federal institui como ressalva e não como regra.

Além disso, deve-se destacar que a Carta Magna apresenta a possibilidade de inexigibilidade de licitação quando houver inviabilidade de competição. Essa inviabilidade configura-se quando o objeto ou serviço pretendido só puder ser fornecido ou prestado por pessoa única, ou seja, quando apenas um determinado fornecedor, tido como exclusivo, puder satisfazer os interesses da Administração.

O procedimento em tela, contudo, não traz uma inviabilidade. O que se verifica no Credenciamento é a administração estatal criando condições para que não haja competição.

É necessário, portanto, verificar a legalidade deste instituto, analisando a interpretação extensiva que fora atribuída à expressão “inviabilidade de competição”,

contrapondo, inclusive, o que o Tribunal de Contas da União tem compreendido a respeito da ampliação interpretativa do texto da lei.

E, por fim, fazer verificar a legalidade do credenciamento baiano o qual não apenas é realizado para serviço – como prevê a Constituição Estadual da Bahia, Lei 9.433/2006 em seu artigo 61 – como também para aquisição de produtos.

O Credenciamento é uma modalidade de inexigibilidade de licitação que vem sendo muito utilizada pelos chefes da Administração Pública de três Estados do Brasil: Bahia, Paraná e Goiás.

Por ser uma contratação que envolve uso de muito dinheiro público, faz-se necessário um estudo aprofundado sobre as legislações estaduais que versam sobre a matéria, bem como uma análise comparativa entre tais legislações e a Lei 8.666/1993, a fim de verificar se há vício de legalidade no referido instituto.

A licitação é um dos mais importantes meios de efetivar as políticas públicas da nação, sendo por essa razão norteada por princípios constitucionais de alta relevância. É por meio dela que se compra o lanche da escola pública, contrata-se empresa para construir hospitais, compram-se as viaturas que serão utilizadas pelos policiais. No entanto, em que pese seja uma arma da Administração Pública para também positivar direitos sociais, a licitação ou as contratações diretas (hipótese de dispensa e de inexigibilidade de licitação) também são utilizadas por alguns políticos corruptos para dilapidar os recursos públicos, prejudicando a sociedade.

Por meio de instrumentos escusos, revestidos de “legalidade” e “moralidade”, o rito licitatório vai sendo desvirtuado. Destacam-se, ilustrativamente, os abusos cometidos de forma geral pela Administração Pública, que contratava sem licitação empresas de publicidade sem as características de notória especialização.

A Operação Vampiro - investigação da Polícia Federal - comprovou o desvio de aproximadamente 15 milhões de reais nos cofres públicos em licitações no Ministério da Saúde. As empresas do ramo da publicidade, controladas direta e indiretamente pelo empresário Marcos Valério e políticos integrantes do Partido dos Trabalhadores, forneciam a estrutura física para a prática dos crimes contra o sistema financeiro e as instituições públicas. A fraude financiava o então famoso Mensalão cuja repercussão nacional e internacional acabara motivando, dentre outros motivos, diversas manifestações populares na época da Copa das Confederações. O movimento “Passe Livre” – denominação dos megaprotestos - demonstrou a insatisfação popular

principalmente com a corrupção política, apontada como responsável pelos problemas na saúde, educação, transporte e segurança pública no país.

Em âmbito local (prefeitura de Salvador) ilustra-se também o assunto. A Secretaria de Municipal de Educação, em 2011 e 2012, dispensara licitação para contratos de R\$ 3,9 milhões de reais, utilizando um sistema de pré-qualificação de fornecedores. Este sistema é semelhante ao que ocorre no Credenciamento na Bahia cuja operacionalização permite mais celeridade nas contratações celebradas pelo poder público.

Desse modo, fazer um estudo apurado sobre o Credenciamento é de suma importância, a fim de analisar se tal fenômeno realmente atende ao Princípio da Legalidade ou apenas é mais um artifício utilizado por alguns representantes do Poder Público (assim como a inexigibilidade de licitação para serviços de publicidade, vedados pela Lei 8.666/1993) para obter vantagens pessoais. Além disso, destaca-se o fato dessa modalidade de inexigibilidade não ser unânime no país.

Nesse sentido, a sociedade deve exigir que os atos praticados pela Administração Pública sejam motivados pelo interesse público, não admitindo, portanto, que mecanismos como o Credenciamento sejam criados, suprimindo o pressuposto que toda contratação da Administração Pública deve ter: a legalidade e a moralidade.

Este trabalho terá por objetivo geral verificar a legalidade do Credenciamento em face do pressuposto necessário para inexigibilidade do certame licitatório, qual seja: de impossibilidade de concorrência, prevista na Lei 8.666/93.

A presente análise ainda objetivará, especificadamente, avaliar a corrupção política decorrente de contratos públicos fraudulentos; estudar o que prevê a Constituição Federal sobre os princípios norteadores da Administração Pública e sobre licitação, analisar a Lei 8.666/1993, no que tange à inexigibilidade de licitação; identificar o entendimento do Tribunal de Contas da União sobre o Credenciamento; fazer uma análise comparativa entre o artigo 62 da lei baiana de licitações (Lei nº 9.433/05), e a Portaria Conjunta nº 001/2011 (firmada pelo Secretário da Administração, Secretário da Educação e pelo Procurador Geral do Estado da Bahia), a fim de identificar se há ilegalidade no Credenciamento baiano; analisar como ele funciona no Estado da Bahia; identificar as consequências jurídicas geradas pelo instituto baiano.

No primeiro capítulo, apresenta-se o conceito tanto de Administração Pública e licitação, como de outros elementos essenciais para melhor compreensão da gestão

estatal. Além disso, apresenta-se uma análise sobre os princípios da Administração Pública e sua importância, para compreender os pressupostos genéricos da gestão estatal. Para encerrar o referido capítulo, aborda-se sobre o amparo legal da licitação, bem como dispõe sobre quem está obrigado a realizar tal contratação.

No capítulo três, propõe-se um estudo aprofundado sobre as licitações: seus pressupostos, princípios específicos, etapas e modalidades. As espécies de licitação são especificadas, a fim de comparar - aproximando ou diferenciando - as modalidades de licitação.

Ainda neste capítulo, distingue-se inexigibilidade de licitação de licitação dispensada, para perceber as possibilidades dispostas na lei que permitam, ou não, uma interpretação ampliativa sobre sua redação nos textos oficiais da Secretaria de Educação do Estado da Bahia.

No quarto capítulo, inicialmente, aborda-se sobre o Credenciamento de uma maneira abrangente, buscando identificar não só o entendimento que o Tribunal de Contas da União possui a respeito do supracitado instituto, como também o entendimento que a doutrina e a jurisprudência sustentam sobre ele.

No final do quarto capítulo, serão delineados todos os nuances do Credenciamento na Bahia (previsão legal, pressupostos, princípios, etapas, espécies), assim como serão citados todos os documentos legais existentes na Secretaria de Educação do Estado que o regulamenta, institui e justifica.

Por fim, apresentar-se-á uma conclusão sobre o tema, traçando um paralelo entre o Credenciamento da Bahia e os Credenciamentos suscitados pela doutrina e pela jurisprudência. De mais a mais, identificar-se-á se tal forma de contratação por parte do poder público coaduna-se com o que dispõe a lei geral de licitações, apontando possíveis dissonâncias com os princípios e as finalidades do Direito Administrativo.

## **2.ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E AS LICITAÇÕES**

### **2.1. CONCEITO**

O Direito é um conjunto de normas – princípios e regras – dotadas de coercibilidade impostas pelo Estado, que disciplinam a vida em sociedade. Embora seja marcado pela unicidade, ele se divide em dois ramos, submetidos a técnicas jurídicas

diferenciadas: o direito privado e o direito público.

Conforme Hely Lopes Meirelles (2009, p.38), o direito privado protege predominantemente os interesses individuais, de modo a assegurar a convivência das pessoas em sociedade e a fruição de seus bens. Assim, esse Direito, seja nas relações de indivíduo a indivíduo, seja nas relações indivíduo e Estado, assegurará os interesses individuais.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.27), o direito público visa aos interesses da sociedade, o bem comum. Assim, nele, não há o que se falar em autonomia da vontade, contudo na função do Estado de encarnar os interesses da coletividade.

O Direito Administrativo é um dos ramos do direito público que regulamenta a atividade estatal, efetivando os serviços públicos disponíveis na sociedade, em busca do bem comum. Pode-se afirmar que o Direito Administrativo preocupa-se com a prestação do serviço público, principalmente quanto à sua forma e ao seu limite de atuação. Esse ramo do direito também disciplina o relacionamento entre entidades públicas e privadas e a relação dos indivíduos com a própria Administração Pública.

A diversidade do objeto do Direito Administrativo, a especificidade de suas normas, os fins sociais a que se dirigem, o interesse público que tutelam, exigem um tratamento mais cuidadoso, elaborado e específico tendo em vista outros ramos do direito.

Nesse sentido, Hely Lopes (2009, p. 49) assevera que nem todos os princípios de hermenêutica do direito privado lhe são adequados, já que o Direito Administrativo impõe regras próprias de interpretação e aplicação das leis, atos e contratos administrativos.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p. 29), a função pública, no Estado Democrático de Direito, é a atividade que pretende alcançar o interesse público. No entanto, esse objetivo só será alcançado mediante uso dos poderes instrumentalmente necessários conferidos pelo ordenamento jurídico.

Sendo assim, Direito Administrativo e Estado de Direito estão intimamente intercalados, já que o Direito Administrativo é um Direito que surge para regular a conduta do Estado e mantê-la atrelada às disposições legais, protegendo o cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do poder estatal.

Esse direito, como preleciona Celso Antônio Bandeira de Melo (2009, p. 47), é considerado um filho legítimo do Estado de Direito, apenas concebível a partir do Estado de Direito: Seria esse um direito que habilita o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do poder.

Governo e Administração são vocábulos que caminham um ao lado do outro no campo semântico da vida pública. Embora próximos, não devem ser confundidos.

No Minidicionário Jurídico de Marcos Garcia Hoepfner (ICONE, 2009, p.141), a acepção de governo é definida como sendo um conjunto de órgãos e funções que têm como objetivo a administração do Estado e essa administração segue rigorosamente a forma estabelecida em sua Constituição. Já Administração Pública, de acordo o renomado professor Hely Lopes Meirelles (2009, p. 65) é a reunião de órgãos formados pela consecução dos objetivos do Governo; das funções indispensáveis aos serviços públicos; do desempenho legal e técnico dos serviços próprios do Estado assumidos em benefício da coletividade.

### **2.1.1. Princípios da Administração Pública**

De acordo José Cretella Júnior (2006, p. 89), os princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas que condicionam todas as estruturas subsequentes.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 64) adverte que o Direito Administrativo está vinculado a determinados princípios, sendo que, destes, alguns são peculiares ao ramo do direito público e outros são específicos e classificados como setoriais.

Os dois princípios fundamentais, que decorrem da característica bipolaridade do Direito Administrativo – liberdade do indivíduo e autoridade da Administração – são os princípios da legalidade e da supremacia do interesse público sobre o particular. Ambos não são específicos do Direito Administrativo, pois se referem a todos os ramos do direito público. Entretanto, tais vetores fundamentais são essenciais, porque é a partir deles que se constroem todos os demais. (DI PIETRO, 2012, p. 64)

Ensina Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 101) que, por representar o interesse público, a Administração possui a possibilidade de, nos limites legais, constituir terceiros em obrigações mediante atos unilaterais, imperativos e dotados

de autoexecutoriedade. Tudo isso ocorre para atender determinadas finalidades, sendo-lhe obrigatório objetivá-las para colimar o interesse da coletividade.

Enquanto o princípio do interesse público sobrepõe o interesse público sobre o privado, sendo, assim, a essência de qualquer Estado; o princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, justamente por atribuir-lhe identidade própria. Em suma, é a consagração da ideia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei. (MELLO, 2012, p. 103)

Nesse aspecto, inovou a Constituição Federal de 1998, no artigo 37, ao fazer expressa menção a alguns princípios que se submetem à Administração Pública Direta e Indireta. São eles, os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (DI PIETRO, 2012, p. 64)

#### 2.1.1.1. Princípio da Legalidade

O referido princípio, previsto no inciso II, artigo 5º da CF/88, é considerado um dos mais importantes do ordenamento jurídico nacional. Em sua redação, o constituinte prevê *que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*. A análise adequada de tal discurso permite afirmar que qualquer litígio não seja solucionado pelo primado da força, de viés, pelo império da lei.

De forma análoga, a Administração Pública também está subordinada à lei, não podendo dela se distanciar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor.

De acordo com Hely Lopes Meirelles (2010, p. 89), a vontade pessoal não pode ser uma variável a ser utilizada na Administração Pública - nem há liberdade nem vontade pessoal nela. Na Administração Pública, só é permitido fazer o que a lei autoriza, por outro lado, na administração particular, é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe.

A respeito do assunto, Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 201) adverte que “enquanto o indivíduo pode fazer tudo àquilo que lhe não é expressamente vedado, a Administração só pode fazer aquilo que a lei expressamente lhe consente que faça”.

Deve-se ressaltar, contudo, que nem sempre o chefe da administração pública identificará na legislação aquilo que de fato acontece no caso concreto. Isso apenas confirma que tal Princípio, dada a sua generalidade, é regra básica explícita e

implícita. Por essa razão, ele relaciona o entendimento e aplicação adequados, tanto dos atos normativos simples, como dos próprios mandamentos constitucionais. E é justamente por isso que o princípio da legalidade é considerado uma bússola para aquelas soluções que exigem do administrador uma análise interpretativa. (FIGUEIREDO, 2008, p. 42)

Conforme Hely Lopes Meirelles (2012, p.130), a legalidade, sendo princípio da administração pública (CF, art. 37, caput), determina que o administrador esteja, em toda a sua atividade funcional, “sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso”.

Portanto, a Administração nada pode fazer senão o que a lei determina, pois se assim não o fosse, administradores estariam autorizados a impor obrigações e proibições aos administrados, independentemente de lei. Daí decorre que nessa relação só pode fazer aquilo que está expresso na lei.

Destarte, ao analisar o princípio da legalidade na esfera do Direito Administrativo, infere-se que toda a ação do Estado, que implique na obrigação de alguém fazer ou deixar de fazer alguma coisa, deve ser precedida de uma lei cuja característica precípua seja os poderes-deveres do Estado, assim como os deveres relativos a um fazer ou a uma abstenção a que cada indivíduo está sujeito.

#### 2.1.1.2. Princípio da moralidade

Há inicialmente que distinguir os vocábulos moral e legalidade. Enquanto que a moral possui amplitude semântica, a palavra legal apresenta sentido restrito e bem definido. A moral “deve atentar-se às leis éticas da instituição, porque nem tudo que é legal é honesto.” (MEIRELLES, 2010, p. 90)

Pode-se afirmar que a moralidade pode ser comparada à boa-fé objetiva do direito privado, para o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta às regras morais.

Isso significa que, em sua atuação, o administrador público deve obedecer aos ditames da conduta honesta, exigindo-se para isso a observância de padrões éticos, de boa-fé, de lealdade, de regras que assegurem a boa administração e a disciplina interna na Administração Pública (MARINELLA, 2005, p. 37). Desse modo, moralidade

administrativa está ligada ao conceito de bom administrador.

Em que pese lei imoral não seja sinônimo de lei ilegal, a imoralidade administrativa reflete os efeitos jurídicos da ilegalidade, uma vez que pode invalidar um ato tanto por meio da Administração Pública, como pelo poder judiciário. O judiciário consegue intervir pelo artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, naquilo que concerne à ação popular e pelos artigos 15, V; 37, § 4º; e 85, V, no que tange à improbidade administrativa.

Ao violar as normas de probidade administrativa, conseqüentemente também se está violando as normas de moralidade administrativa, ainda que de forma indireta. Isso ocorre porque o dever da boa administração está atrelado ao atendimento à finalidade pública. Logo, por mais que esteja bem intencionado, o gestor estatal não poderá afastar os preceitos do regime jurídico vigente sob a justificativa de que eles impedem ou inviabilizam o interesse público (FRANÇA, 2001, p. 185).

#### 2.1.1.3. Princípio da impessoalidade ou finalidade

O princípio da impessoalidade é um dos mais marcantes da administração pública. É um desdobramento do princípio da igualdade, de forma a impedir que o administrador público beneficie indevidamente amigos e parentes em detrimento de outras pessoas. Assim, o princípio da impessoalidade impõe ao administrador público a agir de modo legal, de forma impessoal. (AMARAL, 2006, p. 113)

O texto constitucional dispõe, em seu artigo 37, § 1º, sobre a proibição de se utilizar nome, símbolos ou imagens que caracterizem a promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade dos atos.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 67), na Lei nº 9.784/99, o princípio não aparece expressamente mencionado, porém, está implicitamente contido no artigo 2º, parágrafo único, inciso III, pois se exige “objetividade no atendimento do interesse público, vedada a promoção pessoal de agentes ou autoridades”.

A efetividade do princípio da impessoalidade fundamenta-se, portanto, em uma atuação administrativa desprovidas de marcas pessoais e particulares.

Consoante Hely Lopes Meirelles (2010, p. 94), o que o princípio da finalidade proíbe

é a prática de ato administrativo desprovido de interesse público ou conveniência para a Administração. Nesse diapasão, uma gestão pública que almeje principalmente à satisfação de interesses particulares e preze pelo favoritismo ou faça perseguição aos agentes governamentais constitui-se uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder.

De acordo Cláudio Brandão de Oliveira (2006, P. 45), a atuação do Estado deve buscar a satisfação coletiva, advindo daí a necessidade na Administração Pública de haver processo público de seleção, para a escolha de servidores e empregados públicos, bem como de licitação, para a escolha das pessoas que celebrarão contratos com a Administração Pública. Eis dois exemplos da materialização do princípio da impessoalidade.

Desse modo, o referido princípio - bem como o princípio da finalidade administrativa - deve ser observado sempre que os atos administrativos forem executados, especialmente os atos discricionários. O agente público não deve, em nenhuma hipótese, utilizar-se da máquina pública para se autopromover, sendo esta uma espécie de limitação ao seu poder discricionário.

#### 2.1.1.4. Princípio da publicidade

Conforme Maria Sylvia Zanella de Pietro (2012, p. 72), a publicidade consiste no dever constituído ao Estado de dar ampla divulgação pelos atos que pratica, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei. A regra é a publicidade, por essa razão, a lei elencará as hipóteses as quais restringem a publicidade.

O artigo 5º, inciso LX da Constituição Federal, prevê que a lei só mitigará a publicidade dos atos processuais quando for necessário proteger a intimidade ou o interesse social. Logo, já que é pública a administração, todo ato administrativo deve ser publicado, exigindo sigilo apenas nos casos de segurança nacional, investigações policiais e nos processos administrativos - situações em que a lei assim determinar. (DI PIETRO, 2012, P.72)

Segundo Marçal Justen Filho (2010, p. 315), saber como o gestor público administra a máquina estatal deve ser um conhecimento acessível para toda a sociedade, especialmente, para aqueles que serão afetados diretamente pelo ato decisório. O

princípio da publicidade é, assim, mais que um instrumento de transparência, representa, sobretudo, a concretização da lisura dos atos praticados pelos Chefes da Administração Pública.

É importante mencionar que a Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XIV, assegura a todos o acesso à informação, resguardando o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. No inciso XXXIII, a todos é garantido o direito de receber dos órgãos públicos informações de interesse particular e de interesse coletivo, sob pena de responsabilidade.

O mesmo artigo 5º, no inciso LXXII, confere a garantia do *habeas data*. Este assegura judicialmente o conhecimento de informações relativas ao impetrante, que constem de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de âmbito público. Além disso, o referido remédio constitucional ainda garante a retificação de dados que neles estejam armazenados. (MELLO, 2012, p.118)

Assegura Marino Pazzaglini Filho (2008, p. 21), que o acesso difuso do público às informações relativas às atividades do Estado (fatos, atos, contratos, normas, decisões e informações em geral), ocorre tanto por divulgação nos meios de comunicação oficial e particular, como pelo fornecimento de dados de interesse geral ou individual, quando requeridos nos órgãos ou entidades públicas.

Desse modo, não conferir publicidade aos atos públicos constitui ato de improbidade administrativa.

#### 2.1.1.5. Princípio da eficiência

Ao analisar o princípio da eficiência, faz-se necessário inicialmente estabelecer a distinção entre os vocábulos eficiência e eficácia. Embora sejam considerados sinônimos tanto no dicionário de Aurélio Buarque de Holanda quanto no de Caldas Aulete, para a ciência da Administração são duas palavras que abrangem campos semânticos distintos. (AMARAL, 2006, p. 215)

De acordo Idalberto Chiavenato (1993, p. 238), a eficiência não se preocupa com os fins, mas simplesmente com os meios. Logo, o alcance dos objetivos visados não entra na esfera de competência da eficiência; é um assunto vinculado à eficácia. Entretanto, nem sempre a eficácia e a eficiência andarão de mãos dadas.

Ilustrativamente, pode-se dizer que uma empresa pode ser eficiente sem ser eficaz e vice-versa. O ideal seria que uma empresa igualmente fosse eficiente e eficaz.

Por conseguinte, a eficiência refere-se aos meios, enquanto a eficácia está atrelada aos resultados. Advém justamente dessa constatação a afirmação de que o princípio da eficiência, contido no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, refere-se à noção de obrigações de meios. Ao caracterizar o agente administrativo como eficiente, está-se dizendo que ele deve agir com legalidade. Dizer que a Administração está autorizada a praticar atos ilegais, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência, é no mínimo, tão absurdo quanto dizer-se que uma empresa privada pode praticar atos ilícitos, desde que isso contribua para aumentar sua eficiência. (AMARAL, 2006, p. 218)

Dado o exposto, o princípio da eficiência não pode se sobrepor a nenhum dos princípios vistos anteriormente, em especial ao princípio da legalidade, já que acarretaria sérios riscos para a segurança do Estado de Direito.

Kele Cristiani Diogo Bahena (2004, p. 93) afirma que o princípio da eficiência surgiu como modelo constitucional da administração pública, mediante a Emenda Constitucional 19/98. Ele seria uma resposta às mudanças encampadas no texto da Carta Magna a partir da Emenda constitucional 5/95, especialmente, no que tange à ordem econômica, político-administrativa.

A referida autora ainda afirma que as transformações sucediam para uma chamada reforma gerencial do Estado. Tais modificações pretendiam não só extinguir a chamada administração burocrática, como também incentivar a descentralização ao intermediar parcerias com a iniciativa privada, valorizando a competência e a eficiência na prestação do serviço público. (BAHENA, 2004, p. 94)

Dentre os parâmetros para avaliação da eficiência da Administração Pública está: os resultados; a gestão orçamentária, financeira e patrimonial dos órgãos públicos; bem como aplicação dos recursos públicos.

Cláudio Brandão de Oliveira (2006, p. 47) assevera que o princípio da eficiência é o desempenho de diversas atividades, por parte do poder público, de modo a buscar melhores resultados possíveis com o menor custo. O Estado deve identificar, na organização de seus serviços, o que é mais útil aos interesses da sociedade e qual a forma mais adequada para se chegar ao resultado pretendido. Na busca da maior eficiência, a Administração Pública pode também firmar parcerias com o setor privado

ou optar por delegar parte de seus serviços.

### **2.1.2. Conceito e Finalidades das Licitações**

De acordo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 33), a licitação é um processo administrativo a partir do qual a Administração Pública escolhe pessoas aptas para bem executar certos contratos administrativos. Tem como finalidade propiciar à Administração a seleção da proposta mais vantajosa para a contratação administrativa, a partir de uma competição isonômica entre os interessados. Por meio desse processo, obtém-se a seleção objetiva do licitante, de acordo com os requisitos do edital e em confronto com as propostas dos demais concorrentes, assim, há uma presunção de que o objeto contratado será executado com maior eficiência.

Ainda consoante os referidos autores, tendo em vista a necessidade pública previamente definida pela autoridade competente, a licitação objetiva a seleção do interessado para futura celebração do contrato mais vantajoso possível para a Administração. Por sua vez, todos os contratos administrativos pressupõem três fundamentos: a necessidade, a utilidade e a moralidade. A deliberação de contratar define o objeto e o conteúdo do contrato a ser celebrado, bem como a verba pública a ser nele despendida.

Conforme Sérvulo Correia (2003, p. 537-538), a decisão de contratar envolve necessariamente a apreciação de um ou mais interesses públicos cuja busca represente atribuição do Estado e a identificação do contrato causa-função, como meio mais idôneo para satisfazê-lo.

Para Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 45), a decisão de contratar pressupõe definir o objeto e o conteúdo do contrato a ser celebrado. Entretanto, não só isso, como também precisar a verba pública a ser nele despendida (a respectiva fonte de custeio).

De acordo Celso Antônio Bandeira de Melo (2012, p. 534), a licitação pretende proporcionar às entidades governamentais possibilidades de realizarem o negócio vantajoso, garantir aos administrados disputarem a participação nos negócios que o poder público pretende realiza com os particulares, e, por fim, promover o

desenvolvimento nacional e sustentável.

No entanto, o citado autor ainda faz algumas considerações sobre o assunto ao afirmar que as licitações exigem proteção aos interesses públicos e aos recursos governamentais (ao se procurar a oferta mais satisfatória). Além disso, exigem também respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (pela abertura do certame) e obediência aos reclusos de probidade administrativa, imposta pelos artigos 37, caput, e 38, V, da Constituição Federal.

Consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 370), o emprego da expressão ente público no exercício da função administrativa justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas, que estejam no exercício da função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação.

É por meio da licitação que a Administração permite a todos os interessados que sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de apresentação de proposta. Ao convidar os interessados pelos meios previstos em lei (edital ou carta-convite), o próprio ato convocatório dispõe as condições básicas para participar da licitação, assim como prevê as normas a serem observadas no contrato que se tem em vista a celebrar. O atendimento, portanto, à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. (DI PIETRO, 2012, p. 371)

Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 30) asseveram que a finalidade da licitação é a escolha do interessado para a futura celebração do contrato mais vantajoso possível à administração, em vista a necessidade pública previamente definida pela autoridade competente. É através da licitação que ocorre o chamamento público, no qual, os interessados oferecem suas propostas. A escolha pública dá-se quanto à alocação de verbas orçamentárias no tipo de compra, obra e/ou serviço a ser executado quanto à definição objetiva das características que, na visão técnica da Administração, autorizam que certa pessoa execute tal contrato.

De acordo os citados autores, atualmente um posicionamento incontestável na Lei Geral de Licitações é inserção de mais uma finalidade à licitação presente na Lei 8.666/93, artigo 3º: o dever de realizar contratações públicas que privilegiem a promoção do desenvolvimento nacional sustentável – tanto por meio de empresas brasileiras, como por meio de empresas estrangeiras cujos investimentos englobem projetos brasileiros de pesquisa e tecnologia. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012, p. 31)

Segundo Helly Lopes Meirelles (2012, p. 292), em razão dessa terceira finalidade, a

nova redação dispõe que os editais de licitação para a contratação de bens, serviços e obras poderão exigir (mediante prévia e clara justificativa da autoridade competente), que o contratado promova medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou acesso a condições vantajosas de financiamento, cumulativamente ou não, na forma estabelecida pelo Executivo Federal. Toda essa exigência dar-se-á em favor da Administração Pública ou daqueles por ela indicados.

Ainda consoante o referido autor, a licitação para contratações destinadas à implementação, manutenção e ao aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia de informação e comunicação - que são considerados estratégicos em ato do executivo federal - poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e que sejam produzidos de acordo com o processo produtivo básico de que trata a lei. (MEIRELLES, 2012, p. 292)

Dessa maneira, a licitação visa a alcançar três objetivos: proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso (uma vez que a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isso), garantir aos administrados a participarem nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares e concorrer para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. (MELLO, 2012, p. 534)

### **2.1.3. Amparo legal das Licitações**

A licitação, meio que é do Poder Público de contratar com particulares, está prevista no Texto Constitucional. Nele, a competência para legislar sobre licitação é da União, Estados, Município e Distrito Federal. Todavia, compete à União legislar normas gerais sobre o tema. Por conseguinte, quando as entidades referidas forem legislar para si mesmas, em sua esfera específica, devem atender às normas gerais legislativamente produzidas com alcance nacional. (MELO, 2013, 535).

Nos termos do artigo 37, XXI, da Constituição Federal - à exceção das hipóteses de contratação direta estabelecida pelo legislador - 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 só permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica que não

podem ser dispensadas à garantia do cumprimento das obrigações. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012, p. 33)

Outras diversas leis e decretos constituem o universo normativo setorial especial, dispondo disciplina jurídica às licitações. A Lei 10.520/2002 criou e disciplinou a modalidade pregão, a Lei 8.987/1995 disciplina o regime da concessão de serviço público, a Lei 11.079/2004 disciplina o regime das parcerias público-privadas, e, finalmente, a Lei 12.462/2011 criou o chamado Regime Diferenciado de Contratação. Cada um desses diplomas legais estabeleceu o regime de normas gerais para determinado subsistema de licitações públicas.

A Lei Geral de Licitações Públicas é a 8.666/1993. Ela fornece as normas gerais relativas à quase totalidade das contratações públicas de todas as pessoas políticas, da Administração direta e indireta.

De acordo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 34), a construção e o aperfeiçoamento de boa parte da infraestrutura nacional, como também o funcionamento da máquina administrativa das três funções de todas as esferas políticas (Legislativo, Executivo e Judiciário) é resultado da aplicação da norma geral da licitação. Significativa parcela da economia brasileira depende, direta ou indiretamente, desta Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

A boa aplicação da Lei Geral de Licitações, ainda segundo os referidos autores, importa ganhos públicos tanto na economia de verbas, como principalmente no desempenho das funções administrativas do Estado e nas instalações de projetos que permitam o desenvolvimento socioeconômico do país, respeitoso do dever de defesa e preservação do meio ambiente. (MOREIRA e GUIMARÃES, P. 2012, p. 35)

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 373), todas as normas veiculadas pela Lei Geral de Licitações pretendem-se normas gerais. No caput do seu artigo 1º, há a previsão de que a LGL estabelecerá normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

No entanto, consoante Di Pietro, o fato de tais normas pretenderem ser gerais não significa que todas elas sejam automática e juridicamente enquadráveis na noção constitucional de norma geral. A definição destas normas, como gerais ou especiais, é relevante para delimitar sua vinculação às demais esferas federadas, que não a

União.

Portanto, é imprescindível trazer uma noção jurídica para as chamadas normas gerais, a qual prevê constitucionalmente que compete privativamente à União legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações Públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecidos o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedade de economia mista, nos termos do artigo 173, parágrafo 1º, inciso III.

Conforme Helly Lopes Meirelles (2012, p. 292-293), o emprego da expressão normas gerais tem duplo efeito. De um lado, a União está proibida de legislar sobre normas especiais com abrangência nacional, porquanto a redação constitucional prevê a competência das outras entidades da Federação. Por outro lado, Estados, Municípios e Distrito Federal não podem legislar em sentido contrário às normas gerais de licitação.

Dessa maneira, tais normas têm caracteres diferenciados das normas que possuem hierarquia normativa inibitória ao legislador ordinário (se estadual ou municipal), de preverem de forma diferente. As matérias que devam ser objeto de normas gerais, não podem ser legisladas por outros entes políticos, a não ser nas hipóteses constitucionais de suplementação. (MEIRELLES, 2012, p. 292 e p. 293)

De acordo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 37), dois aspectos preponderantes na configuração jurídica devem ser destacados quando se aborda sobre esse tema das normas gerais. Primeiramente, tais normas são genéricas e unificadoras, porque envolvem matérias cuja relevância permeia todas as esferas federadas, que merecem tratamento harmônico, para evitar tensões. O segundo aspecto, de acordo os autores, refere-se ao fato dessas normas serem incompletas, pois elas exigem – como regra – a suplementação de regulação pelos demais entes federados, que exercerão competência legislativa pelos demais entes federados, os quais exercerão competência legislativa complementar a partir do tratamento legislativo de questões de interesse regionalizado ou local.

#### 2.1.3.1. O regime diferenciado de contratações

O artigo 1º, da Lei 12.462, de 5.8.2011, institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, a Copa da Confederação Internacional de Futebol e Associação – Fifa 2013 e da Copa do Mundo 2014 e das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para aeroportos das Capitais dos Estados da Federação.

Conforme Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 444), a Lei do RDC (como ficou popularmente conhecida), nasceu no ordenamento jurídico, objetivando ser uma via alternativa. Embora não haja norma expressa, a Lei 12.462/11 destina-se a ter vigência temporária para as licitações e contratos necessários à realização das festividades esportivas.

Entretanto, adverte Di Pietro (2012, p.445), o alcance da lei já vem sofrendo ampliações. É o que se pode comprovar com a alteração da Lei 12.688/12 que no seu artigo 28, alterou o artigo 1º da Lei 12.462/11, para incluir entre as hipóteses de aplicação do RDC as ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC).

O RDC também foi modificado pela Lei 12.722/12 para determinar no artigo 3º outra hipótese para a sua aplicação: ele também seria aplicável às licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino. (MEIRELLES, 2012, p. 350)

Ainda segundo Hely Lopes Meirelles, a lei de RDC, em seu artigo 1º dispõe que a definição de contratações a serem feitas fique a cargo da chamada Autoridade Pública Olímpica (APO) e pela Gecopa 2014 do Comitê Gestor – GGCOPA. (MEIRELLES, 2012, p. 350)

Naquilo que não contrariar as normas da Lei 12.462/11, a Lei 8.666/93 será aplicada aos contratos celebrados no RDC, é o que estabelece o artigo 39 da Lei 12.462/11.

Neste sentido, o então Ministro dos esportes, Celso Rabello, afirmou que o motivo essencial da criação do RDC devia-se, preponderantemente, ao fato da Administração desejar instrumentalizar-se com maneiras mais céleres, econômicas e eficientes de contratação pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 446) cita dez principais inovações desse instituto, dentre eles a ampliação dos objetivos da licitação (artigo 1º, parágrafo 1º), inversão nas fases de habilitação e julgamento (artigo 12), novos critérios de

juízo (artigo 18) e a restrição à publicidade do orçamento estimado (artigo 6º).

Consoante Hely Lopes Meirelles (2012, p. 352), as hipóteses de dispensa de inexigibilidade de licitação e os respectivos processos estabelecidos nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93 aplicam-se, no que couber, às contratações da RDC.

#### **2.1.4. A obrigatoriedade para Licitar**

Inicialmente é válido estabelecer uma distinção entre legitimação e obrigatoriedade. Enquanto que a legitimidade é o caráter daquilo que é legítimo, que está conforme o ordenamento jurídico, fundado no direito, na razão ou na justiça; a obrigatoriedade é o caráter daquilo que é impositivo, que está sendo feito de forma coercitiva, baseando-se no direito positivo.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 548), afirma que há entes da Administração Pública que são mais do que legitimados, são obrigados a licitar.

A Constituição da República prevê esta legitimidade e obrigatoriedade no artigo 37, caput, inciso XXI. Ela estabelece que estão obrigadas à licitação pública tanto as pessoas de Direito Público da capacidade política quanto as entidades de suas Administrações indiretas, isto é, autarquias, empresas públicas, sociedade de economia mista e fundações governamentais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 550) ainda adverte que, há algumas situações nas quais a licitação será inexigível, já que sua execução inviabilizará o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída. Executando-se tais casos, entretanto, o dever de licitar se impõe.

A respeito do assunto, leciona Hely Lopes Meirelles (2012, p. 302) que a expressão obrigatoriedade de licitação teria duplo sentido. Significaria ao mesmo tempo compulsoriedade da licitação de um modo geral, como também vinculação à modalidade prevista em lei para a espécie.

Assim, caso o gestor público escolha uma modalidade de licitação mais singela quando deveria escolher uma mais complexa, estaria atentando contra os princípios da moralidade e da eficiência da Administração. Apenas a lei pode desobrigar a Administração Pública, seja autorizando a dispensa da licitação, quando exigível, quer

permitindo a substituição de uma modalidade por outra. (MEIRELLES, 2012, p. 302)

Em seu texto original, a Constituição Federal de 1988 dispôs em seu artigo 22, inciso XVII, a existência de apenas um regime legal sobre licitações para toda a Administração Pública. A redação constitucional estabelecia 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. (CARVALHO FILHO, 2011, p. 305)

Entretanto, a Emenda Constitucional n. 19, de 04.06.1998 - conhecida como reforma administrativa - alterou o texto do supracitado inciso. Este passou a prever de modo diverso sobre o certame licitatório.

Assim, para as empresas públicas e as sociedades de economia mista, cuja finalidade seja a exploração da atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, existiria um diploma legislativo próprio no que concerne à licitação. Este diploma consubstanciaria a denominada regra especial do art. 173, §1º, III, da Constituição Federal. (FILHO CARVALHO, 2011, p. 306)

Dispõe a nova construção textual, que 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 - dispendo sobre licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública.

No entanto, adverte Maria Sylvia Zanella de Di Pietro (2012, p. 390) que o artigo 173, por sua vez, prevê que lei venha estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica, dispendo, dentre outras matérias, sobre licitação e contratação de obras e serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública. Assim, o dispositivo não é autoaplicável, de modo que, por ora, tais entidades devem submeter-se à Lei 8.666/93.

Contudo, em que pese a Constituição Federal disponha sobre um estatuto específico, o legislador infraconstitucional ainda está inerte. Ele ainda não editou tal norma, deixando uma lacuna no ordenamento jurídico.

Perante tal constatação, os julgados do Tribunal de Contas da União têm evoluído no sentido de que até que seja editada a norma do artigo 173, §1º, III da Constituição

Federal, as empresas estatais de caráter empresarial estão desobrigadas da observância dos procedimentos da Lei 8.666/93. (FILHO CARVALHO, 2011, P. 307)

A referida desobrigação, que prevê o artigo 173, §1º, III da Constituição Federal, seria estabelecida em duas situações fáticas. Primeiramente, quando o objeto a ser contratado estivesse relacionado diretamente com sua atividade fim, e, em segundo quando a burocracia dos procedimentos licitatórios da Lei 8.666/93 se tornasse um obstáculo intransponível à atividade empresarial da entidade estatal, que atue em mercado que haja concorrência. (MEIRELES, 2012, p. 302)

Destaca Helly Lopes Meirelles (2012, p. 302) sobre o comentado assunto, que tal diversidade de tratamento é justificável, uma vez que as Pessoas Jurídicas de Direito Público estão submetidas a normas de operatividade mais rígidas que as Pessoas Jurídicas de Direito Privado que colaboram com o Poder Público.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2011, p. 278) entende que a redação do artigo 22, inciso XXVII, é péssima. Fica evidente que a finalidade do legislador foi adotar procedimento simplificado para tais entidades que tenham natureza empresarial, independentemente da atividade que exercem.

Dessa maneira, para Di Pietro, a melhor interpretação é aquela segundo a qual todas as empresas estatais poderão sujeitar-se a outro procedimento que não o previsto na Lei 8.666/93.

Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 45), a respeito do tema, destacam o que dispõe a parte final do parágrafo único do artigo 1º da Lei de Licitações: estão obrigadas a licitar as “demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.”

Estas demais entidades sobre as quais os supracitados autores se referem, são as agências reguladoras; os consórcios públicos; os conselhos profissionais; Paraestatais; a Ordem dos Advogados do Brasil e os fundos especiais.

### **3.O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

De acordo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 418), no Direito Administrativo, o procedimento licitatório é empregado para denominar uma série de atos preparatórios de ato final objetivado pela Administração.

Ao licitar, o Poder Público realiza suas políticas públicas com intuito não apenas de efetivar os objetivos constitucionais, como também traçar a missão característica de sua identidade partidária política. Compreender o processo licitatório é, sobretudo, identificar conceitos implícitos que permeia a relação da vida pública.

Cada ato que envolve o processo licitatório dialoga de forma explícita e implícita com os institutos sociais. Dialoga com o que está expressamente estabelecido em lei. Dialoga implicitamente com os interesses implícitos da política.

Advém, daí, a importância da ética na vida social, uma vez que reveste de virtude atos, que embora revestidos de legalidade, sejam destituídos de moralidade.

### 3.1. CONCEITO DE POLÍTICA, ÉTICA E LICITAÇÃO

A política, como expressão do homem público, direciona-se nos caminhos da conveniência e oportunidade do interesse público, que é o seu supremo objetivo. Como atitude do homem público, consoante Hely Lopes Meirelles (2009, p.45), quando os governantes determinam normas ou praticam atos tendentes a, por todos os meios ilícitos e morais, conduzir a atividade governamental, a política difunde-se e alcança todos os setores da administração.

De acordo Marilena Chauí (2000, p. 474), a ética é elemento essencial para a política, pois se a esta tem a finalidade de alcançar a vida justa e feliz, a vida propriamente humana digna de seres livres, sem ética essa finalidade não é alcançada.

Atualmente, muito se discute sobre direito público, principalmente no que tange à participação popular. Nos últimos dias, parte da população brasileira foi às ruas exigir seus direitos. Parte da população demonstrou o seu direito cívico, intervindo na vida pública do Estado, não apenas por meio dos atos decorrentes de sua capacidade cívica (candidatura, exercício de voto, ação popular, escolha plebiscitária, cassação de mandatos, etc.), porém por meio dos megaprotestos.

Como representantes que são da Administração Pública, os Chefes de Estado devem zelar pelos interesses públicos, buscando efetivar uma administração eficiente, legal, caracterizada pela moralidade e eticidade. Portanto, acaso pratiquem algum ato público que caminhe em sentido contrário a esses valores e à finalidade da administração pública, esses homens estarão cometendo crime de responsabilidade.

A questão dos gastos públicos deve receber profunda atenção, especialmente neste ano com os gastos para os jogos da Copa do Mundo de 2014.

Diferentemente dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar serviços; o poder público precisa, para realizá-lo, adotar um procedimento preliminar baseado na lei. É que se denomina de licitação. Assim, os gastos públicos estão, na maioria das vezes, relacionados ao procedimento licitatório.

A licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo. Sobre ela dispõe o professor Antônio Celso Bandeira de Melo (2009, p.515):

Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas. Estriba-se na ideia de competição, a ser travada isonomicamente entre os que preencham os atributos e aptidões necessários ao bom cumprimento das obrigações que se propõem assumir.

Segundo Hely Lopes Meirelles (2009, p.279), o objeto da licitação é a obra, o serviço, a alienação, a concessão, a permissão e a locação, que, afinal, será contratada pelo particular.

O autor também dispõe que licitação sem a caracterização de seu objeto é nula, já que dificulta a apresentação das propostas, como também a lisura do julgamento e a execução do contrato. Além disso, esse objeto da licitação também se confunde sempre com o objeto do contrato.

De acordo José Cretella Júnior (1994, p.14), a licitação é o procedimento que apresenta duas características essenciais: é um procedimento concorrencial e também prévio, já que um das partes institui para selecionar seu futuro contratante.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, XXI, prevê a licitação indicando que as obras, serviços, compras e alienações - salvo os casos específicos na lei - "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."

Na órbita federal, a matéria é regida pela Lei 8.666/1993. Ela é a veiculadora das normas gerais obrigatórias em todo âmbito nacional, sendo ainda imperiosa não só para quaisquer poderes da união, mas também para os poderes dos Estados, Distrito Federal e Municípios. Sua amplitude atinge desde a Administração Direta quanto às autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e demais entidades

controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

### **3.1.1. Pressupostos da licitação**

A realização de qualquer certame licitatório depende de três pressupostos: o lógico, o jurídico e o fático. O lógico refere-se à existência de uma pluralidade de objetos e de ofertantes. O jurídico, em face do caso concreto, aduz que a licitação possa se constituir em meio apto para que a Administração alcance o interesse que deve prover. E o pressuposto fático que consiste na existência de interessados em disputá-la (MELLO, 2009, p.533).

Consoante Di Pietro (1999, p. 147), a licitação é o procedimento administrativo por meio do qual um ente público, no exercício da função administrativa, concede a todos os interessados, que se sujeitem às condições pré-fixadas no procedimento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

A ideia central da licitação é a competição isonômica entre os participantes para melhor atender os interesses públicos. Pressupõe, como regra, duas fases fundamentais: a habilitação que é a demonstração de atributos por parte dos licitantes; e o julgamento que a apuração da melhor proposta.

Por conseguinte, por meio do processo licitatório, a Administração propicia àqueles que desejam contratar com o poder público - na execução de obras e serviços, compras, alienações, concessões, permissões e locações – um certame o mais transparente possível e com condições de igualdade. Isso se efetivará através das condições previamente estabelecidas no ato convocatório.

Destarte, a celebração de um contrato administrativo exige licitação prévia, só inexigível, dispensada ou dispensável nas situações previstas em lei. Assim, infere-se que a licitação é um antecedente necessário ao contrato administrativo. Vale ressaltar que este é apenas um procedimento que não confere ao vencedor nenhum direito contratual, gerando tão somente uma expectativa de direito. Significa afirmar que a Administração Pública não está obrigada a celebrar o contrato. Se o fizer, no entanto, terá de ser com o vencedor adjudicado do certame (SOUZA, 2006, p.101).

### **3.1.2. Princípios do procedimento licitatório**

Segundo Antônio Celso de Mello (2009, p. 525), as licitações serão norteadas pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo, o princípio da ampla defesa, princípio da licitação da adjudicação compulsória e o princípio da licitação sustentável. Além desses, os demais princípios que com estes mantêm correlação.

O princípio da Impessoalidade limita as ações do administrador público, indicando-o a praticar atos para seu fim legal, ou seja, nas licitações não se deve favorecer determinadas pessoas por amizade, simpatia. Esse princípio também é chamado de princípio da finalidade (MEIRELES, 2009, p.82).

A doutrinadora Di Pietro (2003, p.306) afirma que tal princípio está intimamente ligado ao Princípio da igualdade e do julgamento objetivos.

O princípio da moralidade tem por escopo proteger o licitante do formalismo exagerado, pois não bastará a esse o estrito cumprimento da estrita legalidade. No exercício de sua função pública, ele deve seguir os princípios éticos de razoabilidade e justiça, pois - a partir da Constituição de 1988 – esses dois pilares firmaram-se como pressupostos de validade de todo ato da Administração Pública (MORAES, 2000, p.325).

A importância desse princípio no âmbito licitatório foi muito bem delineada por Marçal Justen Filho (2000, p.71) quando este asseverou que na licitação, a conduta moralmente reprovável gera a nulidade do ato ou do procedimento, pois caso exista imoralidade, afasta-se a aparência de cumprimento à lei ou ao ato convocatório.

A transparência no processo licitatório será assegurada pelo princípio da publicidade. Este está bem próximo ao conceito de cidadania, uma vez que permite ao indivíduo, por exemplo, fiscalizar as prefeituras e assistir aos processos licitatórios. Logo, a licitação não poderá ser sigilosa, porém deve ser permitida e acessível ao público e os editais de licitação devem ser publicados em Diário Oficial e em jornal de grande circulação.

A honestidade, que deve existir por parte do administrador público nas licitações, evita que este procure satisfazer os seus próprios interesses ou dos integrantes das

Comissões de Licitação ou de qualquer um daqueles que tenha participação nesse rito. Trata-se do princípio da probidade administrativa. Exige-se que o gestor tenha uma conduta honesta de forma a promover a seleção mais acertada (FREIRE, 2006, p.112).

Consoante o artigo 37, parágrafo 4 da Constituição Federal, os atos de improbidade administrativa têm consequências muito importantes. O agente estará sujeito à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento do erário, na forma e gradação previstas em lei. No mesmo sentido, apresenta-se também a lei de improbidade administrativa, Lei nº 8.429/1992.

O princípio da vinculação ao instrumento convocatório determina que a Administração respeite estritamente as regras que previamente foram estabelecidas para disciplinar o certame (MELLO, 2009, p.529).

A inobservância a tal princípio enseja nulidade do procedimento. Portanto, quando a Administração estabelece no edital ou na carta-convite às condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos. (DI PIETRO, 2012, p. 384)

O princípio do julgamento objetivo busca bloquear o subjetivismo na licitação, já que esse procedimento deve ser afetado não por sentimentos, impressões ou propósitos pessoais dos membros da comissão julgadora. A referida preocupação está enfatizada no artigo 45 da Lei 8.666/1993.

A intenção da licitação é assegurar que a Administração Pública selecione a proposta mais vantajosa. Não é por que o dinheiro é público que se pode gastá-lo sem responsabilidade. De viés, os administradores públicos devem agir com mais zelo, cautela e transparência. É o que assevera o princípio da economicidade, sobre o qual acrescenta Marçal Justen Filho (2000, p.73):

A economicidade impõe a adoção mais conveniente e eficiente sob o ponto de vista da gestão dos recursos públicos. Toda atividade administrativa envolve uma relação sujeitável a enfoque de custo benefício. O desenvolvimento da atividade implica produção de custos em diversos níveis. Assim, há custos relacionados com o tempo, com a mão de obra etc. Em contrapartida, a atividade produz certos benefícios – também avaliáveis em diversos âmbitos.

A Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998 acrescentou aos princípios gerais, elencados no caput do artigo 37 da Constituição Federal, o princípio da eficiência na licitação. Paulo Modesto (2000, p.66) define esse princípio como:

A exigência jurídica, imposta aos exercentes de função administrativa, ou

simplesmente aos que manipulam recursos públicos vinculados de subvenção ou fomento, de atuação idônea e satisfatória na realização de finalidades públicas assinaladas por lei, ato ou contrato de direito público.

O princípio da indisponibilidade pública - reconhecido como um dos mais importantes do Direito Administrativo - aduz que o interesse público a que os agentes públicos devem perseguir, no exercício de suas funções administrativas, é irrenunciável. Ele não se encontra à livre disposição de quem que seja, uma vez que são inapropriáveis. Nem o próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, cabendo a tais apenas protegê-lo (MELLO, 2006, p.62).

Dessa maneira, não se pode – principalmente no que tange ao certame licitatório - dispor dos interesses sociais. A licitação é uma obrigação atribuída ao Poder Público no momento de realizar suas contratações e dela não pode distanciar-se, senão nas hipóteses previstas na lei. (MELLO, 2006, p. 63)

O princípio da adjudicação compulsória, de acordo Helly Lopes Meirelles (2012, p. 299), impede que a Administração Pública, depois de concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor.

O princípio da ampla defesa, por sua vez, em relação à licitação, garantirá o direito de defesa, do contraditório em qualquer tipo de processo administrativo em que haja litígio. Assim, quando houver desclassificação de empresa licitante, por falta de idoneidade técnica, é preciso que se assegure à empresa desclassificada o direito à ampla defesa. (DI PIETRO, 2012, p. 385)

Por fim, destaca-se o princípio da licitação sustentável. A referência à sustentabilidade ao certame licitatório justifica-se pela preocupação que as nações, no século passado, passaram a ter com o meio ambiente, criando em várias esferas da vida social temas que dialogassem com o tema ambiental.

Conforme Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 86), o princípio da licitação sustentável apresenta três componentes basilares. A sustentabilidade sociopolítica, a sustentabilidade ambiental e a sustentabilidade econômica.

A sustentabilidade sociopolítica foca-se no respeito aos direitos humanos, em especial à dignidade da pessoa humana, à diversidade cultura e as metas do progresso humano. A sustentabilidade ambiental preocupa-se com a estabilidade dos ecossistemas e respectivas condições de vida das pessoas e de outros seres vivos. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012, p. 86)

Por sua vez, a sustentabilidade econômica refere-se ao raciocínio da economia e das escolhas conscientes ao observar as consequências ecológicas para as presentes e as futuras gerações. (DI PIETRO, 2012, p. 387)

Nesse sentido, a licitação deixa de ser apenas um requisito para a celebração de negócios administrativos e passar a desempenhar papel de definição e implementação de políticas públicas sustentáveis. (DI PIETRO, 2012, p. 388)

### **3.1.3. Etapas do procedimento licitatório**

A licitação é iniciada a partir de uma necessidade da Administração Pública. O rito licitatório é iniciado na repartição interessada com a abertura do processo.

No processo licitatório, a autoridade competente define seu objeto, indica recursos hábeis para a despesa. Essa é a fase interna da licitação. Já a fase externa, ocorre pela sequência de atos: audiência pública, edital ou convite de convocação dos interessados; recebimento da documentação e propostas; habilitação dos licitantes; julgamento das propostas; adjudicação e homologação (MEIRELLES, 2009, p. 290).

Odete Medauar (2008, p. 205) entende que licitação é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Ela visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, 418) leciona que para executar a licitação, o poder público determina a criação de uma comissão permanente ou especial, composta de, pelo menos, três membros, sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

Segundo Di Pietro (2012, p. 418), tal exigência só seria excepcionada no caso de convite. Neste caso, a comissão poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente, desde que se trate de pequena unidade administrativa em que a exiguidade de pessoal disponível justifique a medida. Também no pregão, a licitação é realizada por um pregoeiro, que é um servidor escolhido e designado pela autoridade competente.

De acordo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 140), o mandato da Comissão não pode ser superior a um ano, sendo expressamente proibida sua recondução da totalidade de seus membros para a mesma Comissão no período subsequente.

As etapas do procedimento, geralmente, seguem a seguinte sequência: audiência pública; edital ou convite de convocação dos interessados; recebimento da documentação e propostas; habilitação dos licitantes; julgamento das provas; adjudicação e homologação.

Essa ordem de atos vem disciplinada na lei nº 8.666/93, a qual dispõe sobre a primeira necessidade da licitação que é aferir a qualificação dos participantes. A próxima etapa é analisar as propostas dos interessados cujas condições de execução do objeto foram devidamente comprovadas, para, nesse mesmo momento, avaliá-las e classificá-las. (NÓBREGA, 2000, p. 189)

Assim, o vencedor do certame será o licitante que apresentar a melhor oferta, fórmula econômica para a execução do objeto contratual. Esse vencedor, a partir do momento da proclamação do resultado, passa à condição de adjudicatário, a quem se reserva a garantia prevista no art. 50 da Lei 8.666/93. (NÓBREGA, 2000, p.190)

Os requisitos da habilitação, conforme o disposto no art. 27 da Lei nº. 8.666/93 são: a habilitação jurídica, a qualificação técnica, a qualificação econômico-financeira, a regularidade fiscal e o cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, o qual dispõe sobre a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis, salvo na condição de aprendiz.

De acordo Cláudio Brandão de Oliveira (2006, p. 104), o atendimento às regras relativas ao procedimento administrativo adotado constitui-se direito subjetivo público de qualquer licitante. As etapas do certame licitatório são estabelecidas de modo exato pela lei.

O mencionado autor ainda adverte sobre a impossibilidade de se permitir, por parte do administrador público, escolha de procedimento diverso daquele que está devidamente previsto na legislação. Nem mesmo se pode admitir a supressão de uma das etapas previamente estabelecidas legalmente. (OLIVEIRA, 2006, 105)

As licitações são compostas inicialmente de duas fases: uma interna e uma externa.

A fase interna é caracterizada pela prática de todos os atos pressupostos à sua abertura, antes de se convocar os interessados.

Consoante Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 140), a fase interna traz diversos passos processuais obrigatórios, como a confecção de projeto básico, de orçamento, a previsão de dotação orçamentária, as demonstrações fiscais, assim como a confecção dos documentos de suporte.

Os requisitos acima elencados são aplicáveis de um modo geral às licitações. No entanto, é importante considerar que há distinções entre as licitações para obras e serviços e as licitações para as compras.

No que concerne às vedações ao objeto e aos eventuais participantes, há previsão expressa. É vedado, segundo o artigo 7º, §§ 3º, 4º e 5º a Lei 8.666/93 incluir no objeto da licitação a obtenção de recursos financeiros para sua execução, qualquer que seja a sua origem, exceto nos casos de empreendimentos executados e explorados sob o regime de concessão, nos termos da legislação específica. (MELLO, 2012, p. 586)

De acordo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 586), não é permitida a inclusão, no objeto da licitação, a obtenção de recursos financeiros para a sua execução, exceto no caso de empreendimentos a serem executados e explorados no regime de concessão, que obedecerá à legislação específica.

A redação da Lei 8.666/93 em seu artigo 7º, parágrafo 3º, também prevê mais duas proibições. Primeiro, veda a inclusão de fornecimento de materiais e serviços que não contenham a previsão de quantidades ou cujos quantitativos não correspondam às previsões reais do projeto básico ou executivo. Em seguida, proíbe a inclusão, no objeto, bens e serviços sem similaridades, como também indicar marcas ou características e especificações exclusivas, salvo quando tecnicamente justificável. (MELLO, 2012, p. 587)

As vedações que se referem aos eventuais participantes são mais descritivas.

Conforme Odete Medauar (1998, p.189), não pode participar da licitação de obra, serviço ou fornecimento de bens: o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica; empresa, isoladamente ou em consórcio, responsável pela elaboração do projeto básico ou executivo, ou empresa da qual o autor do projeto seja dirigente, gerente, acionista ou detentor de mais de 5% do capital com direito a voto ou controlador.

A fase externa do certame licitatório é delineada, desde o ato de abertura até o encerramento, em cinco fases: edital, habilitação, julgamento, homologação e adjudicação.

Segundo Cretella Júnior (1999, p. 69), o edital é “a lei interna da concorrência e do instituto da pré-qualificação”.

O edital é o instrumento pelo qual a Administração Pública leva ao conhecimento público a abertura da licitação, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas. Ela vincula tanto a Administração como os proponentes. (MEIRELLES, 2012, p. 314)

Na habilitação, são admitidos os participantes aptos à licitação. No julgamento ocorre o ordenamento das propostas admitidas. Na homologação tem-se o exame que verifica a licitude do procedimento anterior, e, por fim, a adjudicação na qual há a escolha do proponente com a melhor proposta. (MEIRELLES, 2012, p.134)

O artigo 40, da Lei 8.666/93, dispõe sobre os requisitos que o edital deve observar. Alguns destes requisitos são do próprio procedimento de licitação (como objeto, condições para participação, forma de apresentação das propostas, critérios para julgamento) e outros referentes ao contrato (prazo e condições para assinatura do contrato, para execução e para entrega do objeto da licitação, condição de pagamento, e, quando for o caso, de reajuste de preços, condições de recebimento do objeto da licitação). (MEDAUAR, 1998, p. 190)

Outras indicações específicas ou próprias da licitação podem ser estabelecidas pela Administração Pública. O administrador público pode fazer isso, utilizando o critério da oportunidade e conveniência, determinando, dessa maneira, outras indicações no instrumento convocatório. (DI PIETRO, 2012, p. 422)

Desse modo, na licitação, não há nenhuma objeção à inclusão de outras cláusulas além daquelas expressas na legislação, podendo haver a inserção de cláusulas que se refiram tanto à garantia para os contratados, como cláusulas que se refiram à necessidade da procuração para intervenção no processo licitatório, dentre outras. (DI PIETRO, 2012, p. 422)

De acordo Cláudio Brandão de Oliveira (2006, p. 111), a impugnação do edital pode se dar por qualquer pessoa, licitante ou não. O prazo para tal impugnação, para os administrados, é de cinco dias antes da data designada para a abertura dos envelopes de habilitação. Para os licitantes, é até dois dias antes da data determinada para a

abertura dos envelopes.

A segunda fase do processo licitatório – a habilitação – consiste na abertura dos envelopes nomeados documentos. A sua apreciação ocorre conforme o que dispõe o artigo 43, inciso I, da Lei 8.666/93. Nesta etapa, analisar-se-á se o licitante abarca todas as condições para seguir para a próxima fase.

Os documentos que são exigidos nessa fase estão de acordo com o artigo 27 da referida Lei e somente podem referir-se à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal. (DI PIETRO, 2012, p. 422)

Consoante Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 422), esta última exigência (artigo 7º da CF/88) foi inserida pela Lei 9.854/99, artigo 7º. Ela tem o intuito de impedir a que participem da licitação empresas que descumpram os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

Em seu artigo 37, XXI, a Constituição Federal prevê que apenas poderão ser exigidos documentos que se referem à qualificação técnica e econômica. Documentos indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Contudo, esse dispositivo não obsta que sejam exigidos novos documentos referentes à capacidade jurídica, visto que a Administração não poderá celebrar contrato com pessoas físicas ou jurídicas, que não comprovem ser titulares de direitos e obrigações na ordem civil. (DI PIETRO, 2012, p. 422)

A respeito do julgamento, Hely Lopes Meirelles (2012, p. 329) assevera que é o ato pelo qual se confrontam as ofertas, classificam-se as propostas, e, por fim, escolhe-se o vencedor a que deverá ser adjudicado o objeto da licitação, colocando-o em condições de firmar o contrato com a Administração.

Quanto à classificação das propostas, afirma-se que é a ordenação das ofertas pelas conveniências que apresentam para o serviço público, colocando-o em primeiro lugar por ser a mais vantajosa, de acordo os termos do edital. Já a proposta mais vantajosa é aquela que melhor atende ao interesse da Administração, aquela que melhor servir aos objetivos da licitação, dentro dos critérios do julgamento do edital. (MEIRELLES, 2012, p. 330)

Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 612) ressalta que o julgamento das propostas ocorrerá em consonância com o tipo de licitação adotado no edital, e deverá

ser realizado com rigorosa objetividade de modo a permitir a sua aferição pelos licitantes como também pelos órgãos de controle. Portanto, é vedado o uso de qualquer elemento ou critério sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado, capaz de comprometer a igualdade entre os licitantes.

No julgamento, a classificação poderá apresentar vícios. Eles decorrem da violação às normas legais ou às regras do edital.

Entre os vícios mais comuns, identifica-se: a classificação de quem deveria ser inabilitado, classificar proposta que deveria ser desclassificada por ser carente de seriedade (por ser inexequível), classificar proposta na qual se admitiu sua alteração a qualquer título e classificar proposta considerando vantagens adicionais. (MELLO, 2012, p. 616)

A homologação, de acordo Cláudio Brandão Oliveira (2006, p. 113), é o ato exercido por autoridade superior em que se reconhece a regularidade do procedimento licitatório, dando, portanto, contorno definitivo às deliberações da comissão de licitações. É, pois, ato de controle, e acaso seja verificada qualquer irregularidade, pode a autoridade promover atos de correção, e, até mesmo, se for a situação, anular o procedimento.

A adjudicação - ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 430) - é o ato pelo o qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação. É, dessa maneira, o ato final do procedimento.

A referida autora ainda chama atenção para a ocorrência de uma eventualidade. Caso o interessado não atenda à convocação no prazo estabelecido pela Administração, perderá o direito à contratação e ficará sujeito às penalidades previstas no artigo 87. O prazo de convocação poderá ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado durante seu transcurso pela parte e desde que ocorra motivo justificado. (DI PIETRO, 2012, p. 431)

#### **3.1.4. Contratação Direta**

A legislação brasileira (no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal), prevê a licitação como regra geral que deve ser cumprida nas contratações de obras e serviços, compras e alienações, podendo, eventualmente, no entanto, o procedimento

licitatório ser afastado.

Segundo Cláudio Brandão de Oliveira (2006, p. 110), isso indica que existe expressa autorização constitucional para a inclusão no texto de lei, das exceções ao princípio da licitação. São situações em que a licitação não se mostra conveniente, ou então, são juridicamente inviáveis.

De acordo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 404), as licitações, por serem procedimentos obedientes a prazos (às vezes longos) e geradores de custos de transação (às vezes alto), constituem-se em verdadeiros óbices para a efetivação do interesse público apresentado pelo caso concreto.

Os supracitados autores ainda advertem que a licitação, nesses casos, poderiam gerar prejuízos irreversíveis ou instalar custos impeditivos. Por essa razão, a lei geral de licitações prescreveu situações fáticas as quais autorizam a contratação direta, ficando ausente, assim, o certame licitatório. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012, p. 404)

Tais situações são aquelas descritas na Lei 8.666/93 em seus artigos 17, incisos I e II e no artigo 24, sendo que, em algumas situações descritas no artigo 24, entende-se que a licitação seria dispensável, havendo discricionariedade para a Administração quanto à realização ou não da competição. (OLIVEIRA, 2006, p. 110)

Nesse sentido, tem-se não apenas a dispensa de licitação, como também a inexigibilidade de hipótese de licitação.

#### 3.1.4.1. Hipóteses de dispensa de licitação

O artigo 24 da Lei 8.666/93 elenca algumas das situações fáticas que autorizam a contratação direta de bens e serviços pela Administração Pública. Neste dispositivo, encontra-se a sede de várias das exceções ao dever de licitar.

Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 407) destacam que os trinta e um incisos do artigo 24 podem ser classificados em dez categorias, que são escolhas de política legislativa.

São elas: o valor da contratação e economicidade (incisos I, II, XI e XII), situações sociais críticas (incisos III, IV, VI e IX), ausência de propostas efetivas (incisos V e VII), negócios interadministrativos (incisos VIII, XVI, XXIII, XXVI), ausência de

competitividade (X e XXII), atividade de ensino e pesquisa (incisos XIII, XXI, XXV e XXXI), escolhas militares (incisos XVIII, XIX e XXIX), acordos internacionais (inciso XIV) e casos esparsos (incisos XV, XVII, XX, XXIV, XXVII, XXVIII e XXX). (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012, p. 407)

Há, contudo, situações de dispensa que não se referem à discricionariedade administrativa, por já estarem estabelecidos por lei.

É o que dispõe o artigo 17 da Lei 8.666/93, em seus incisos I e II ao dispensar licitar nos casos de dação em pagamento, doação (permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade), permuta (obedecidos o inciso X do artigo 24), investidura, venda (a outro órgão ou entidade da Administração Pública), alienação de posse e alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área até 250 metros quadrados e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social.

No que concerne às hipóteses previstas no artigo 24, dentre as razões excepcionais que justificam a dispensa identifica-se aquelas em decorrência de situações excepcionais, como os casos de guerra ou grave perturbação da ordem, casos de emergência ou de calamidade pública. (DI PIETRO, 2012, p. 395)

Nessa esfera também há a licitação deserta a qual não se confunde com a licitação fracassada. Nesta aparecem interessados, todavia nenhum é selecionado, devido à inabilitação ou a desclassificação; na deserta, a dispensa necessitará de três requisitos para se concretizar. (MELLO, 2012, p. 411)

Os requisitos são: a realização de licitação em que nenhum interessado tenha apresentado a documentação exigida na proposta, a realização de novo procedimento que seja prejudicial à Administração e manutenção, na contratação direta, de todas as condições constantes do instrumento convocatório.

Em razão do objeto, dispensa-se para a compra ou locação de imóvel que sejam destinados ao atendimento das finalidades principais da Administração Pública cujas necessidades de instalação e localização condicionem sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, de acordo com avaliação prévia. (FILHO CARVALHO, 2011, p. 305)

O objeto ainda delimita outra hipótese de dispensa quando se tratar de compras de hortifrutigranjeiros (pão e outros gêneros perecíveis). Assim como a aquisição ou

restauração de obras de artes e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis e inerentes às finalidades do órgão. (FILHO CARVALHO, 2011, p. 305)

Nas hipóteses que se referem à dispensa pelo motivo da pessoa, Maria Sylvia de Pietro indica a dispensa para aquisição, por Pessoa Jurídica de Direito Público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgãos ou entidade que integre a Administração Pública e de que, ainda, tenha sido criado exclusivamente para esse fim específico em data anterior à vigência da Lei 8.666/93. (DI PIETRO, 2012, p. 401)

A supracitada autora também elenca, dentro desse critério em razão da pessoa, a dispensa da licitação pela contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista para adquirir bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado com o mercado. (DI PIETRO, 2012, p. 401)

A dispensa também se vislumbra na ausência de competitividade no fornecimento de determinados serviços público (energia elétrica e gás natural) em contratos a serem firmados com concessionários, permissionários, ou pessoas autorizadas à prestação de tais serviços. Trata-se de serviços públicos prestados em regime de monopólio natural. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012, 421)

Por fim, destaca-se a dispensa devido a casos esparsos, previsto em lei, como aquelas contratações de associações de pessoas com necessidade especiais, as contratações de pessoas de baixa renda no que respeita a coleta, processamento e a comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, e todas aquelas que envolvem fornecimento de bens e serviços que conjuguem alta complexidade tecnológica e defesa nacional. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012, 421)

#### 3.1.4.2. Hipóteses de inexigibilidade de licitação

O procedimento licitatório, como já enfatizado, é a regra a ser seguida pela Administração Pública, já a contratação direta constitui uma exceção e apenas se justifica nas situações consideradas como de dispensa ou de inexigibilidade do procedimento licitatório.

Conforme Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (1992, p.37), as hipóteses elencadas

pelo artigo 24 da Lei de Licitações são nitidamente visualizadas e compreendidas a partir de alguns critérios classificatórios, como o pequeno valor; situações excepcionais; peculiaridade da pessoa contratada; peculiaridades do objeto que se busca obter.

A inexigibilidade de licitação encontra-se no artigo 25 da Lei nº 8.666/1993.

É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial, para adquirir materiais, equipamentos ou gêneros fornecidos apenas por produtor, empresa, representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca. Além disso, para contratar serviços técnicos de natureza singular com profissional ou empresa de especialização notória e para contratar profissional artístico consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (MELLO, 2009, p.542).

De acordo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 404), no primeiro inciso do referido artigo (aquisição de materiais, equipamentos e congêneres que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo), é necessário considerar a diferença que há entre exclusividade industrial e exclusividade comercial.

Nesse sentido, afirma-se que a exclusividade industrial é a do produtor privativo no país (só ele produz um determinado material, só dele a Administração pode adquirir a coisa), e a exclusividade comercial é a dos vendedores e representantes na praça (aqui há a possibilidade de existirem vários no país e, neste caso, considera-se a exclusividade na praça de comércio, que abranja a localidade da licitação). (MEIRELLES, 2012, p. 302)

Os bens singulares, ao qual o inciso faz referência, são bens não licitáveis, uma vez que possuem individualidade tal que os tornam inassimilável a quaisquer outros.

Portanto, a exclusividade do produtor é absoluta, afastando a licitação em qualquer de suas modalidades. Já a mesma situação não ocorre com a exclusividade do vendedor, uma vez que sua exclusividade apenas via delimitar a modalidade de licitação. Sendo exclusividade na praça, a modalidade do certame será convite; sendo no registro cadastral, será tomada de preço; no país, será hipótese de concorrência. (MEIRELLES, 2012, p. 302)

No que tange à marca, Antônio Celso de Mello (2012, p. 553) assevera que não mais permite a dispensa de licitação para a aquisição de produtos padronizados, exceto quando destinados ao apoio logístico das Forças Armadas, excluídos os materiais e administrativos.

Em relação ao inciso II do artigo 25 da Lei 8.666/93 (contratação de serviços técnicos de natureza singular, com profissionais de notória especialização), deve-se destacar que não se refere a qualquer tipo de contrato, porém apenas aos contratos de prestação de serviço, e, desde que observados três requisitos: tratar daqueles serviços enumerados no artigo 13 da Lei 8.666/93; ser um serviço de natureza singular e ser contratado com profissional de notório saber especializado. (DI PIETRO, 2012, p.405)

Por conseguinte, deve-se compreender a expressão - saber especializado - como aquele saber anterior que advém de profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho, estudos, experiências, publicações, organização, equipe técnica, dentre outros requisitos. (DI PIETRO, 2012, p. 405)

Esses serviços singulares, portanto, são aqueles que se revestem de análogas características. Exemplifica-se como tais serviços uma monografia escrita por experiente jurista ou uma exibição de orquestra sinfônica. Todos esses serviços se singularizam por um estilo ou por uma orientação pessoal e isso não significa que outras pessoas não o possam realizá-los, eles são singulares, mas não são únicos. (LOPES, 2012, p. 553)

O inciso III, por sua vez, trata-se de hipótese semelhante à estabelecida no inciso II.

O que se pretende, nesse caso em especial, é contratar um serviço artístico, que pode tornar-se insuscetível de competição, quando já contratado com profissional já consagrado. (MEIRELLES, 2012, p. 303)

Muito bem adverte Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 426), quando aborda sobre o caráter vinculante dos incisos do artigo 25 da Lei Geral das Licitações. Isso porque o seu caráter meramente exemplificativo não importa em sua inutilidade. Ao tipificar tais hipóteses, o legislador cuidou de explicitar certas condicionantes, as quais não podem ser desprezadas na aplicação do Direito aos casos concretos.

A particularização dos casos (ainda que meramente exemplificativa), pelos incisos do artigo 25, trouxe pressupostos jurídicos específicos para aquelas situações, sem os quais não estará autorizada a contratação direta. (FILHO CARVALHO, 2006, p. 255)

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Melo (2012, p. 426), a dificuldade de sistematizar as hipóteses de inexigibilidade de licitação advém justamente pelo fato

de que a inviabilidade de competição pode ser caracterizada por diversos aspectos e não apenas por um.

A partir de tal constatação, o mencionado autor elabora duas explicações do que seria uma tentativa de sistematizar a inviabilidade de competição. A primeira possibilidade seria configurar a competição inviável quando se verificar a unicidade de fornecedor ou a singularidade do sujeito para contratar com a Administração. A segunda, a inexistência de condições objetivas para comparação entre propostas. (LOPES, 2012, p. 427)

Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 432) chamam atenção para a competição inviável pela ausência de condições objetivas entre propostas. Esse pressuposto também torna a licitação inviável, uma vez que não há condições objetivas a nortear a seleção da proposta mais vantajosa.

Os referidos autores ainda ressaltam que a licitação depende de uma dimensão concorrencial que se realiza em condições de isonomia entre os participantes, sendo impossível a comparação entre propostas por critérios objetivos. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012, p. 432)

A respeito desse dispositivo legal, Hely Lopes MEIRELLES (2006, p.284) tece o seguinte comentário:

Em todos esses casos, a licitação é inexigível em razão da impossibilidade jurídica de se instaurar competição entre eventuais interessados, pois não se pode pretender melhor proposta quando apenas um é proprietário do bem desejado pelo Poder Público, ou reconhecimento capaz de atender às exigências da Administração no que concerne à realização do objeto do contrato.

De acordo Jorge Ulisses Jacob Fernandes (2003, p.615), pode-se identificar do dispositivo legal três requisitos, além da inviabilidade da competição, dentre eles o objeto da contratação seja o serviço de um artista profissional; seja feita diretamente ou através de empresário exclusivo e a consagração do contratado seja pela crítica especializada ou pela opinião pública.

De acordo Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz (1992, p.37), as hipóteses da dispensa de licitação referem-se a questões determinantes, como o pequeno valor; às situações excepcionais; às singularidades da pessoa contratada e às peculiaridades do objeto que se busca obter.

As exigências, evidentes no artigo 25, evitam escolhas arbitrárias feitas em detrimento do interesse público, uma vez que, via de regra, a licitação é sempre exigível, tendo

em vista os princípios que a informam.

Consoante o jurista Adilson Abreu Dallari (2003, p.35), o administrador não tem apenas o dever de agir bem, conforme a lei, mas, principalmente lhe cabe demonstrar que caminhou no sentido de alcançar os melhores resultados.

### **3.1.5. Peculiaridades acerca da Inexigibilidade da licitação**

A Lei 8.666/1993 proibiu expressamente a inexigibilidade para serviços publicitários e de divulgação. Entre os argumentos que sustentavam a contratação direta desses serviços, estava a criatividade cuja singularidade seria indiscutível. Por conta dos abusos cometidos de forma geral pela Administração Pública, que contratava sem licitação empresa de publicidade sem a notória especialização, a referida lei vedou essa prática (MEIRELLES, 2009, p.289).

A contratação direta não está apartada dos princípios que fundamentam a licitação. O princípio da razoabilidade, proporcionalidade e economicidade apresentam-se como limitação à discricionariedade do administrador.

Sempre que possa identificar uma indúvidosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que obrigue à Administração Pública perseguir para bom cumprimento de seus misteres na licitação, infere-se que não há o pressuposto jurídico da licitação. Se esta não for dispensável com base em um dos incisos do artigo 24, deverá ser excluída do artigo 25, caput. (MELLO, 2009, p.543).

A motivação é um elemento preponderante nos dois institutos previstos nos artigos 24 e 25 da Lei de Licitações. De acordo Hely Lopes Meirelles (2009, p.289), elas devem ser justificadas. Assim, o processo licitatório deve ser instruído a partir da comprovação da situação emergencial ou calamitosa que justificará a dispensa, quando for o caso.

Ainda para este autor, em qualquer dos casos de dispensa ou de inexigibilidade de licitação, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública: o fornecedor ou o prestador de serviço, e, ainda, o agente público responsável - caso haja comprovação de superfaturamento.

Conforme Celso Antônio Bandeira de Mello (2009, p.547), nos termos da Lei 8.666/1993, dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, assim

como também não observar as formalidades pertinentes a esses dois institutos, é crime com pena de três a cinco anos e multa.

As modalidades de licitação previstas na Lei 8.666/1993 são: concorrência, tomada de preço, convite, concurso e leilão. O pregão fora incluído através da Lei 10.520/2002.

### **3.1.6. As tipologias Licitatórias previstas na Lei 8.666/93**

A Lei n.º 8.666/93 dispõe, em seu artigo 22, cinco modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso e o leilão. No entanto, pela Medida provisória nº 2.026, de 04.05.00 que logo depois se converteu na Lei 10.520/2002, foi criado o pregão. (DI PIETRO, 2012, p. 407)

É válido ressaltar que cada tipologia licitatória têm características próprias, destinando-se a determinadas espécies de contratação.

Infere-se, a partir de tal premissa, que a licitação é o gênero, do qual as tipologias são as espécies. Sendo pedagógico afirmar, que é possível aplicar a essas espécies os princípios gerais da licitação, enquanto os específicos regem cada modalidade em particular. (FILHO CARVALHO, 2011, p.318)

Afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 408) que a concorrência, a tomada de preços e o convite são modalidades que dependem - de modo genérico - do valor que a Administração possivelmente dispenderia, a partir dos patamares de valor estabelecidos em lei.

Segundo Egon Bockmann Moreira e Fernando Vernalha Guimarães (2012, p. 101), a concorrência representa o rito ordinário dos processos de licitação, considerada não apenas de padrão de referência para as demais modalidades, como também modelo daquelas de procedimento mais complexo e minucioso. Por essa razão, a concorrência confere a mais ampla legitimidade aos interessados, assim como se dirige a licitação de maior valor e intensas exigências técnicas.

A concorrência seria obrigatória para obras e serviços de engenharia de valor superior a um milhão e quinhentos mil reais; para compras e serviços que não sejam de engenharia, de valor superior a seiscentos e cinquenta mil reais; para concessão de direito de uso real; para registro de preço e, dentre outras hipóteses elencadas no

artigo 23 da Lei 8.666/93, para concessão de serviço público. (MOREIRA e GUIMARÃES, 2012, p. 101)

De acordo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 308), a concorrência tem a habilitação dos interessados como o pressuposto para a possibilidade da oferta de preços. A lei optou por exigir-lhe ampla publicidade, associada à possibilidade da participação de quaisquer interessados. Advém dessa ideia, o fato dessa espécie de licitação se desenvolver pelo rito mais minucioso, que é exigente em sua habilitação inicial.

Enquanto se obriga a utilização da concorrência para o caso de valores mais elevados, a tomada de preços e o leilão são previstos para negócios de vulto médio. Já o convite destina-se a negócios de singela valoração econômica. (MEIRELLES, 2012, p. 320)

Segundo Helly Lopes Meirelles (2012, p. 321), a lei prevê que autoridade competente pode optar pela tipologia de valor mais elevado, ao invés da correspondente ao respectivo patamar de valor. Sendo, todavia, proibida a adoção de modalidade correspondente a valor inferior.

Ressalvado o convite, essas espécies licitatórias citadas, dependem de publicação de aviso, contendo um resumo do edital, com indicação do local onde os interessados podem obter o texto completo, bem como todas as informações acerca do certame. (LOPES, 2012, p. 358)

No convite, a divulgação é feita por carta, seguida de afixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado. (OLIVEIRA, 2006, p. 113)

Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2012, p. 410) leciona que o leilão é uma modalidade utilizada para a venda de bens móveis inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens móveis prevista no artigo 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior a valor da avaliação.

A referida autora também destaca a modalidade concurso, que também é cabível apenas para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, devendo ser esta a espécie escolhida preferencialmente para os contratos de prestação de serviços técnicos profissionais especializados, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração. (DI PIETRO, 2012, p. 410)

O pregão destaca-se, segundo Helly Lopes Meirelles (2012, p.322), por ser a

modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns (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. É utilizado através de recursos tecnológicos de informação, nos termos de regulamentação específica que consta no Decreto nº 5.450 de 31.05.05.

## **4.O CREDENCIAMENTO**

### **4.1. CONCEITO**

O instituto do Credenciamento, como hipótese de inexigibilidade de licitação, é considerado uma figura atípica que ganhou força após várias orientações e decisões dos Tribunais de Contas. A escassa doutrina nacional sobre o assunto também incentivara o que seria denominado por eles como a mais vantajosa forma de licitar. É o que se observa na decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União prolatada no processo 016.171/94:

Finalizando, constatamos ter ficado devidamente esclarecido no processo TC 008.797/93-5 que o sistema de Credenciamento, quando realizado com a devida cautela, assegurando tratamento isonômico aos interessados na prestação dos serviços além do menor preço, pode ser adotado sem licitação amparado no artigo 25 da Lei 8.666/1993 (Decisão nº 194/1995).

Segundo Eduardo Augusto Guimarães (2010, p. 3), em outras situações, o Tribunal de Contas da União manteve o mesmo posicionamento, que inclusive, foi adotado também pelos Tribunais de Contas Estaduais.

Este mesmo autor ainda aborda que não existe norma geral específica que regulamente a prática por não haver uma lei geral que a fundamente, assim como ocorre com o procedimento licitatório (Lei 8.666/1993). Todavia, ele também esclarece que alguns Estados tiveram a preocupação em regradar tal sistema quando da elaboração de suas próprias Leis de Licitações, como é o caso do Paraná (ainda que superficialmente nos artigos 24 e 25 da Lei 15.608/2007) e da Bahia (artigos 61, 62 e 63 da Lei 9.344/2005).

Adilson Abreu Dalmo Dallari citado por Eduardo Guimarães (2010, p. 5) assevera que o credenciamento é o contrato formal através do qual a Administração Pública atribui a um particular, seja este pessoa física ou jurídica, a prerrogativa de exercer certas

atividades materiais ou técnicas, em caráter instrumental ou de elaboração com o poder público, a título oneroso, remuneradas diretamente pelos interessados. Portanto, o resultado dos trabalhos desfruta de especial credibilidade, tendo o outorgante o poder/dever de exercer a fiscalização, podendo até mesmo extinguir a outorga, assegurados os direitos e interesses patrimoniais do outorgado de boa-fé.

#### **4.1.1. Pressupostos do Credenciamento**

O Credenciamento também está sujeito a alguns requisitos específicos e aos mesmos princípios norteadores do certame licitatório.

Entre os que defendem a legalidade do Credenciamento, a inviabilidade de competição (suporte fático para haver inexigibilidade) ocorre em face da necessidade da Administração contratar com o máximo possível de particulares, uma vez que todos os possíveis interessados poderão ser contratados nas mesmas condições. Portanto, não há que se falar em competição para a escolha da melhor proposta como ocorre através de procedimento licitatório.

Juliana Almeida Ribeiro (2009, p. 2) igualmente ressalta que, devido à ausência de previsão expressa em nenhum dispositivo da lei federal de licitações, é imprescindível analisar as vantagens deste procedimento: quais os objetos que comportam o referido instituto; as cautelas que devem ser tomadas na elaboração do Regulamento do Credenciamento e o procedimento a ser observado pela Administração pública durante essa forma de contratação, entre outros aspectos.

Diógenes Gasparini citado por Juliana Almeida Ribeiro (2009, p. 2) afirma que inexigível é aquilo que não pode ser exigido. Inexigibilidade, a seu turno, é a qualidade do que não pode se exigido. Desse modo, pode-se inferir que a inexigibilidade da licitação é a circunstância de fato encontrada na pessoa que se quer contratar, ou quem quer se contratar. Além disso, a inexigibilidade impede certame, a concorrência; impossibilita o confronto das propostas para os negócios pretendidos por quem, em princípio, está obrigado a licitar, e permite a contratação direta, isto é, sem a prévia licitação. Logo, ainda que a Administração desejasse a licitação, esta seria inviável ante a absoluta ausência de concorrentes. Com razão, onde não há disputa ou competição, não há licitação.

Conforme entendimento dos doutrinadores acima, estando frente a uma situação de inexigibilidade, mesmo que a Administração quisesse realizar uma competição entre particulares, não teria como. Ela estaria diante de total ausência de concorrentes ou de critérios objetivos de julgamento. E, em não havendo disputa, não há como se falar em licitação.

Marcelo Rocha (2013, p. 4), ao analisar o fim das licitações para serviços jurídicos, comenta sobre as Súmulas 04 e 05 do Conselho pleno da OAB as quais estabelecem que seja inexigível licitação para serviço advocatício.

De acordo o referido autor, as súmulas vieram na hora certa, impedindo a desqualificação da advocacia e sua transformação em um bem fungível e mercantil. No entanto, ele ainda argumenta que essa evolução não deve fomentar desmandos dos gestores públicos, como se tivessem um talão de cheque assinado em branco. Isso desvirtuaria o fim para o qual elas foram editadas, tornando isso um bom negócio para eles (ROCHA, 2013, p.6).

## 4.2. O CREDENCIAMENTO BAIANO

### 4.2.1. Previsão legislativa

A Lei 9.344/2005 – Lei de Licitações do Estado da Bahia - nos artigos 61, 62 e 63 prevê o Credenciamento como inexigibilidade de licitação. A inexigibilidade decorreria tanto da inviabilidade de competição em razão da natureza do serviço a ser prestado, como da impossibilidade prática de se estabelecer o confronto entre os interessados no mesmo nível de igualdade. A Administração faz a opção por credenciar o maior numero possível de prestadores de serviços, o que proporcionará ao Estado da Bahia, nas diversas ações da Secretaria da Educação, melhor atendimento às suas finalidades organizacionais, políticas e sociais.

É importante ressaltar que ainda não existe no sistema jurídico pátrio uma lei específica que regulamente o instituto do credenciamento. Ainda assim, a sua previsão tem base legal no art. 25, caput, da Lei 8666/93.

Como já mencionado, o Tribunal de Contas da União também acolheu o Credenciamento, instituto que, inclusive, foi adotado também pelos Tribunais de Contas de outros Estados, como no Paraná e em Goiás.

No endereço eletrônico da Secretaria Estadual de Educação do Estado da Bahia, [www.institucional.educacao.ba.gov.br](http://www.institucional.educacao.ba.gov.br), acessado em 20/05/2014, o Credenciamento é conceituado como um contrato vantajoso para a Administração Pública. Um contrato que credencia o maior número possível de prestadores de serviços, proporcionando ao Estado da Bahia, nas diversas ações da Secretaria da Educação, melhor atendimento às suas finalidades organizacionais, políticas e sociais.

O sítio eletrônico ainda descreve o rito e as vantagens do Credenciamento. As vantagens são: rotatividade entre os credenciados, acesso permanentes a qualquer interessado, clareza nas informações, celeridade na contratação, visibilidade aos princípios da isonomia, moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e economicidade. Já o seu procedimento, ocorre pelas fases: inscrição, habilitação, classificação, convocação, assinatura do termo de adesão, publicação de resumo do termo de adesão.

O Parecer PA-UM-SEC-CCS-CCM-MBS-151/2011, emitido pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia para a Secretaria da Educação, é um dos documentos oficiais pressuposto para implantar o Credenciamento no Estado. Nele, as procuradoras fundamentam o instituto em questão, apresentando, dentre outras, duas informações que merecem destaque. Primeiramente, o Credenciamento é instituído para não apenas celebrar contratos que envolvam serviços, mas também fornecimento de bens, a saber: alimentação, hotelaria e impressos gráficos etc. A segunda observação refere-se à argumentação de que o Credenciamento é fruto de uma “nova gestão” pública que regulamenta a contratação dos serviços.

Em síntese, o referido instituto fora pensado inicialmente para a seleção de prestadores em serviços específicos decorrentes de projetos, programas e algumas ações governamentais, como a contratação de médicos, de facilitadores, oficineiros; todavia, alegando o argumento de implantar um “novo modelo de gestão proposto pela Secretaria de Educação”.

O parecer também estende o Credenciamento para fornecimento de bens.

As diversas decisões do Tribunal de Contas da União, em relação ao assunto, têm sido direcionadas a serviços, como serviços na área da saúde (Processo 016.171/94), na área jurídica (Processo nº TC-018.116/2005-7, acórdão nº 1913/2006 – 2ª câmara).

#### **4.2.2. O objeto do Credenciamento baiano**

O objeto do Credenciamento é o serviço. No artigo já citado, a autora afirma que esse fenômeno é adotado para prestação de serviços, especialmente os de saúde, advocatícios, treinamento, cessão de direitos autorais de titularidade da União relativas a obras literárias e na prestação de serviços bancários. Logo, nessas situações, o objetivo é cadastrar agências arrecadadoras, uma vez que para a arrecadação de receitas federais/estaduais/municipais é extremamente conveniente e eficaz que haja o maior número de agências habilitadas para tanto. Para ela, as recentes legislações estaduais que tratam sobre o tema também levam a crer que o Credenciamento só é possível para prestação de serviços (RIBEIRO, 2009, p.5).

O artigo 61 da Lei baiana 9.344/2005 prevê isso ao afirmar: “quando em razão da natureza do serviço a ser prestado” e “mediante a contratação do maior número possível de prestadores de serviço”.

O Credenciamento, portanto, deve ser dotado para fins de prestação de serviços, sendo vedada a sua utilização para fornecimento de bens, não podendo ser utilizada para compras (FERNANDES, 2008, p.48).

Conforme Marçal Justen Filho (2008, p. 184), a contratação direta - em suas etapas internas iniciais - terá atividade administrativa idêntica à licitação. De início, o ente público certificará a existência de uma necessidade a ser atendida. Além disso, diagnosticará o meio mais adequado para atender a demanda e definirá um objeto a ser contratado, adotando, inclusive, providências acerca da elaboração de projetos, apuração da compatibilidade entre a contratação e as previsões orçamentárias. Tudo isso estará documentado em procedimento administrativo, externando-se em documentação constante dos respectivos autos.

#### **4.2.3. Requisitos do Credenciamento Baiano**

De acordo informações disponibilizadas no sítio eletrônico institucional da Secretaria Educação do Estado da Bahia, poderão participar do credenciamento microempreendedores individuais, microempresas e empresas de pequeno, médio e grande porte, mediante inscrição por meio de formulário eletrônico. Tal formulário encontra-se acessível no endereço eletrônico [www.educacao.ba.gov.br](http://www.educacao.ba.gov.br). Nele, há

fornecimento e prestação de serviços a serem realizados no âmbito do Estado da Bahia.

No regulamento do processo de Credenciamento para fornecimento de gêneros alimentícios e prestação de serviços correlatos em todo o Estado da Bahia - publicado no Diário Oficial do Estado no dia 06 de agosto de 2011 - a Procuradoria do Estado da Bahia assegura a rotatividade entre os credenciados (sempre excluída a vontade da Administração na determinação da demanda por credenciado), como também assegura o acesso permanente a qualquer interessado que preencha as exigências estabelecidas para o credenciamento, podendo este realizar a inscrição a partir do sexto dia, após a realização da audiência pública.

A respeito das condições necessárias de participação no Credenciamento, o documento informa que somente serão admitidos a participar os interessados que atenderem a todas as exigências contidas pelo próprio Regulamento.

São, de fato, dois requisitos que chamam atenção. O primeiro estabelece que não será admitida a participação de pessoas que estejam suspensas temporariamente para participar de licitação, bem como estejam impedidas de contratar com a Administração Pública. Além desses, as pessoas declaradas inidôneas, na forma dos incisos II e III do art. 186 da Lei Estadual nº. 9.433/05 e incisos III e IV do artigo 87 da Lei 8.666/93.

A segunda vedação demonstra conformidade com os artigos 18 e 125 da Lei estadual nº 9.433/05 e com os artigos 9º da Lei federal nº 8.666/93. Ela prevê que ao agente político e ao servidor público - de qualquer categoria, natureza ou condição - é proibido celebrar contratos com a Administração direta ou indireta, por si ou como representante de terceiro, sob pena de nulidade, ressalvadas as exceções legais.

O referido documento também estabelece outras exigências para o Credenciamento acontecer. A comissão permanente de Credenciamento, observada a periodicidade máxima de seis meses, complementará e publicará novas listas de classificação, nas quais constarão as novas pessoas credenciadas que tenham sido classificadas, obedecendo-se sempre à rotatividade necessária para prestação dos serviços e fornecimento de bens.

De acordo tal regulação, o prazo de vigência do credenciamento é de 03 (três) anos, a contar do sexto dia após a realização da audiência pública, podendo ser prorrogado por igual período, durante o qual as credenciadas poderão ser convidadas a firmar o

termo de adesão, nas oportunidades e quantidades que a Administração necessitar, observadas as condições fixadas neste regulamento e as normas pertinentes.

A contratação será firmada por ato formal da autoridade administrativa competente, após o reconhecimento do cumprimento de todas as exigências estabelecidas, o que ensejará a subscrição do termo de adesão ao Credenciamento.

Em relação ao pagamento, o regulamento afirmar que a prestação de serviços ou o fornecimento de bens serão remunerados com base nos valores definidos no anexo do próprio regulamento. Assim, fica expressamente vedado o pagamento de qualquer sobretaxa em relação à tabela de remuneração adotada, excetuando-se a hipótese em que o regulamento prevê a aplicação de taxa de deslocamento.

No que tange às despesas decorrentes da execução do termo de adesão, prevê o regulamento que elas correrão por conta dos recursos orçamentários de cada Unidade da Secretaria da Educação que demandar os serviços.

Quanto ao termo de adesão, o documento veda a sua cessão ou transferência, seja ela total ou parcialmente, bem como a subcontratação parcial do objeto.

#### **4.2.4. As etapas do Credenciamento Baiano**

De acordo a portaria nº 2787/2011, emitida pelo Secretário da Educação do Estado da Bahia, o Credenciamento observará algumas etapas: a publicação do regulamento e convocação para audiência pública; inscrição das pessoas interessadas; habilitação das inscritas; classificação das credenciadas; convocação das credenciadas para atendimento dos serviços ou fornecimentos dos bens; e, por fim, a assinatura do termo de adesão.

Ainda de acordo com essa portaria, no artigo 4º, o processo de Credenciamento será conduzido por comissão permanente de credenciamento, composta por servidores de cargo de provimento permanente e temporário designados pelo Secretário da Educação, por portaria publicada em Diário Oficial do Estado, a qual terá como atribuições: acompanhar todo o processo de credenciamento; monitorar o cumprimento desta portaria e dos atos normativos complementares dela decorrentes; receber os pedidos de inscrições das interessadas; conferir os documentos em todas as etapas do credenciamento, emitindo parecer técnico, quando exigido pelo

regulamento; elaborar a lista de credenciamento e encaminhar para publicação; proceder à avaliação de desempenho e ao descredenciamento das pessoas que descumpram as obrigações constantes do regulamento; receber as denúncias resultantes do controle social e adotar as providências administrativas para efetivar as consequências delas decorrentes e, por fim, resolver os casos omissos.

Além de tudo que fora elencado, uma assessoria jurídica do ente público contratante deve fiscalizar a legalidade, instruir o processo do Credenciamento. Eles devem averiguar se os requisitos legais foram realmente preenchidos, bem como se as demais condições mínimas necessárias para formalizar o processo encontram-se presentes. Esse pronunciamento será expresso em um despacho encaminhado ao Gabinete do Administrador, responsável pela contratação.

Sem essa assessoria jurídica, a instrução do processo ficaria comprometida, pois embora tenha um núcleo específico da administração pública que faça a habilitação e convoque a empresa melhor habilitada, é o núcleo jurídico que atestará a exatidão dos documentos exigidos, a pertinência de anexar um determinado parecer e adequação da planilha de preço dos serviços prestados, a fim de saber se estes conferem com a tabela editada pelo ente público.

É preciso ainda certificar se o particular reúne as condições mínimas indispensáveis para a satisfatória execução do objeto, o que será feito mediante habilitação prévia no setor de comissão do Credenciamento da Administração Pública.

No sítio eletrônico institucional da Secretaria de Educação do Estado da Bahia <http://institucional.educacao.ba.gov.br/credenciamento>, acessado em 20/05/2014, prevê a esfera de atuação do Credenciamento.

Em 23 de agosto de 2013, outro regulamento fora estabelecido pela Procuradoria do Estado da Bahia. Nele, apresenta-se - entre outras informações - as etapas necessárias para o Credenciamento: a inscrição, habilitação, classificação, e convocação.

Apresentar-se-á, a seguir, um pouco sobre cada uma dessas etapas.

#### 4.2.4.1 A inscrição do Credenciamento baiano

Conforme disposto no regulamento do Credenciamento de engenharia e arquitetura, a primeira etapa do Credenciamento, que é a inscrição, formaliza-se pela apresentação dos seguintes documentos: prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ; documentos pessoais do empreendedor individual, dos sócios–gerente ou presidentes de cooperativas ou associações (CPF e RG).

Os documentos exigidos sobre a regularidade da empresa são: registro público no caso de empresário individual; o ato constitutivo, estatuto ou contrato social em se tratando de sociedades empresárias (com suas eventuais alterações supervenientes em vigor, devidamente registrados, acompanhados, quando for o caso, dos documentos societários comprobatórios de eleição ou designação e investidura dos atuais administradores); o ato constitutivo, estatuto ou contrato social, no caso de sociedades simples.

É importante ressaltar que as microempresas e empresas de pequeno porte - beneficiárias do tratamento diferenciado e favorecido previsto na Lei Complementar nº 123/06 - deverão apresentar declaração de pleno conhecimento e enquadramento.

O regulamento ainda prevê outras exigências, como: o decreto de autorização, no caso de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país; ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir; alvará ou licença sanitária, expedido pelo Serviço de Vigilância Sanitária da Secretaria Estadual ou Municipal, quando a atividade assim o exigir.

O referido regulamento ainda destaca duas informações importantes sobre a inscrição. A credenciada deverá manter, durante a vigência do Credenciamento, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas no regulamento, podendo apresentar os documentos em sua forma original, cópia autenticada ou em uma forma prevista em lei ou exigida pela Comissão Permanente de Credenciamento.

#### 4.2.4.2. A habilitação do Credenciamento baiano

A comissão de Credenciamento concluirá pela habilitação das interessadas, mediante parecer circunstanciado e individualizado por pretendente cujas exigências forem cumpridas.

Desse modo, não poderá ser habilitada a pessoa que deixar de apresentar documentação prevista ou deixar de prestar informações complementares solicitadas durante o processo de Credenciamento pela comissão permanente de Credenciamento. Essa comunicação ocorrerá mediante comunicação via e-mail indicado no formulário de inscrição.

A comissão permanente de Credenciamento divulgará a lista dos interessados que tiverem suas inscrições indeferidas.

#### 4.2.4.3. A classificação do Credenciamento baiano

O que dispõe o regulamento sobre a etapa da classificação também se encontra no artigo 6º da Portaria nº 2784/2011. De acordo os dois documentos, a Comissão Permanente de Credenciamento considerará como critérios a experiência comprovada, atribuindo para cada critério uma respectiva pontuação.

Assim, a experiência comprovada na prestação do serviço dar-se-á através de atestados fornecidos por pessoas jurídicas tomadoras de serviços na área pleiteada (acompanhados dos respectivos acervos técnicos), nesse caso, o peso atribuído será de 02 (dois) por atestado, podendo alcançar o patamar máximo de 05 (cinco) pontos. Sendo microempresa e empresa de pequeno porte, o peso atribuído será de 10 (dez) pontos. A comprovação de desenvolvimento ou apoio a projeto social na área de educação deduz um valor de 10 (dez) pontos; a comprovação de desenvolvimento ou apoio a projetos social, 05 (cinco) pontos; a certificação de qualidade por entidade reconhecida nacional ou internacionalmente, 10 (dez) pontos; a comprovação de que atende a cota mínima de empregados portadores de deficiência, nos termos do art. 93 da Lei Federal 8213 de 24 de julho de 1991, 10 (dez) pontos.

A lista contendo os primeiros credenciamentos será divulgada 60 (sessenta) dias após o início das inscrições. Além disso, será assegurado o Credenciamento para a pessoa inscrita que apresentar os documentos exigidos, na ordem classificatória dos pontos acumulados, garantida a sucessiva renovação da listagem com a inserção de novas credenciadas inscritas.

Conforme o regulamento, serão divulgadas listas autônomas das credenciadas. Tais listas estarão organizadas por ordem de classificação, observando os diversos

serviços ou fornecimento de bens, assim como as diferentes DIREC, Território de Identidade, Grupo de Municípios, Município e Unidade Escolar.

No que concerne à ordem de classificação, o regulamento prevê sua rigorosa observação, a fim de assegurar tanto a rotatividade na convocação das credenciadas, como a assinatura do termo de adesão.

O mencionado documento dispõe que caberá à comissão de Credenciamento a convocação das pessoas credenciadas, obedecida à ordem de classificação, mediante publicação no Diário Oficial do Estado da Bahia e por meio de divulgação no endereço eletrônico [www.educacao.ba.gov.br](http://www.educacao.ba.gov.br).

Por fim, o regulamento aborda sobre a hipótese de empate entre as habilitadas. De acordo com o documento, prevalecerá, na classificação, a credenciada que tiver sido inscrita primeiramente (considerando-se dia, mês e ano) e a pessoa jurídica constituída há mais tempo (considerando-se dia, mês e ano).

#### 4.2.4.4. A convocação do Credenciamento baiano

Consoante o regulamento mencionado, a convocação dar-se-á de acordo com as necessidades, metas planejadas e programadas e a disponibilidade financeira e orçamentária. A comissão permanente de Credenciamento convocará a pessoa credenciada para a prestação do serviço ou fornecimento de bens, obedecida rigorosamente à ordem de classificação.

O ato de convocação conterá, resumidamente, objeto, local da prestação do serviço ou fornecimento de bens, valor da contratação, fundamento legal e dotação orçamentária.

De acordo com a norma regulamentar, a pessoa convocada deverá assinar o termo de adesão no prazo de 72 (setenta e duas) horas da data de recebimento deste. A convocada que não comparecer – no prazo estipulado - para assinatura do termo de adesão decairá do direito de prestar o serviço ou fornecer o bem. Independentemente de notificação, ele deverá prestar esclarecimentos pertinentes no prazo de 72 (setenta e duas) horas após findo o prazo de adesão, estando sujeita às penalidades previstas nas Leis 8666/93 e 9433/05, inclusive com descredenciamento.

Dessa maneira, caso a convocada não apresente a documentação exigida para

assinatura do termo de adesão, será convocada a próxima credenciada da lista, respeitada a ordem de classificação. A execução dos serviços ou fornecimento de bens somente será autorizada após a publicação do extrato do termo de adesão, em conformidade com suas cláusulas.

#### **4.2.5. Peculiaridades do Credenciamento baiano**

De acordo com as portarias e os regulamentos já citados, a credenciada – a fim de assinar o termo de adesão - observará as disposições dos artigos 98 a 103, da Lei n.º 9.433/05 e as disposições dos artigos 27 a 30 da Lei Federal 8666/93.

Assim, deve o convocado apresentar os seguintes documentos: prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal; prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do seu domicílio ou sua sede; prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei; balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, dispensável nos casos de fornecimento para pronta entrega ou contratação até o limite fixado para a modalidade convite e a certidão negativa de falência ou concordata, emitida pelo distribuidor da sede do convocado, expedida nos 90 (noventa) dias anteriores.

A respeito do desempenho da pessoa prestadora de serviços ou fornecedora de bens, o regulamento adverte que a comissão permanente de Credenciamento fará uma avaliação, tendo em vista a análise tanto dos dados do termo de recebimento, como também dos dados de eventuais denúncias advindas do controle social.

Consoante os documentos oficiais da Secretaria de Educação do Estado da Bahia, o índice de avaliação da pessoa prestadora de serviços ou fornecedora de bens variará de 00 a 100% (de zero a cem por cento), estando apta a continuar credenciada aquela que atingir, no parecer técnico emitido, mínimo de 60% (sessenta por cento). Já a reprovação na avaliação de desempenho, observado o contraditório e a ampla defesa, poderá ensejar a aplicação de sanção administrativa nos termos dos artigos 185 e 186 da Lei Estadual 9433/05 e artigos 87 e 88 da Lei Federal 8666/93.

Os critérios dessa avaliação serão: a pontualidade na execução do serviço ou no

fornecimento de bens; a qualidade do serviço prestado ou do bem fornecido; a urbanidade na relação com os prepostos da Secretaria da Educação - SEC e os beneficiários diretos ou indiretos da prestação do serviço ou fornecimento de bens; o cumprimento integral das cláusulas do termo de adesão; o respeito aos princípios constitucionais, em especial moralidade, boa fé, transparência e a qualidade das informações prestadas à Administração relativas ao objeto do termo de adesão.

De acordo o regulamento, da decisão da habilitação, da classificação e da convocação, caberá recurso dirigido ao Secretário de Educação, no prazo de 05 (cinco) dias após a data da publicação. O recurso deverá ser protocolizado na sede da Secretaria da Educação. Recebido o recurso, a comissão permanente de Credenciamento, no prazo de 02 (dois) dias, procederá à instrução deste com os documentos e informações necessários, procedendo ao juízo prévio de retratação, se for o caso.

Adverte o documento oficial que, não se tratando de hipótese de retratação, a comissão permanente de Credenciamento encaminhará, quando necessário, para o exame técnico e, na hipótese de análise jurídica, à Procuradoria Geral do Estado – PGE. Esta, por meio do núcleo setorial, procederá ao exame jurídico da matéria. Em seguida, irão os autos ao Secretário de Educação, a quem caberá decidir o mérito, no prazo máximo de 03 (três) dias, publicando-se o resultado no Diário Oficial do Estado da Bahia e em meio eletrônico.

O acolhimento do recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

Em relação ao pagamento, a portaria nº 7250/2013 afirma que às suas condições serão previstas no termo de adesão. As cláusulas correspondentes ao tema considerarão as especificidades da prestação, da duração e do custo do serviço ou do fornecimento de bens, ressaltando sempre o interesse público e o equilíbrio financeiro do termo de adesão, conforme as determinações da Lei Federal 8.666/93 e Lei Estadual 9.433/05.

Em consonância com o §5º do artigo 6º, combinado com a alínea “a” do inciso XI do artigo 79 da Lei 9.433/05, os pagamentos serão efetuados através de crédito em conta corrente, no prazo não superior a 08 (oito) dias, contados da data de verificação do adimplemento do serviço. Havendo alguma pendência impeditiva do pagamento, o prazo fluirá a partir de sua regularização por parte da contratada.

No Credenciamento baiano, em específico o executado na Secretaria de Educação do Estado, a inexecução do termo de adesão (total ou parcial), ensejará tanto a sua rescisão, como outras consequências previstas na Lei Federal 8666/93 e na Lei Estadual nº. 9.433/05.

Conforme regulamento publicado no Diário Oficial do Estado da Bahia no dia 11 de agosto de 2011, a rescisão poderá ser determinada por meio de ato unilateral escrito do contratante, nos casos enumerados nos incisos I a XV, XX e XXI do artigo 167 da Lei Estadual nº. 9.433/05.

O regulamento prevê que a rescisão do termo de adesão implicará o descredenciamento. A prestadora poderá resilir administrativamente sua inscrição no credenciamento, de acordo com o previsto no art. 63, VIII da Lei Estadual no 9.433/05, desde que comunique expressamente esta intenção com antecedência mínima de 05 (cinco) dias.

O supracitado documento constitui, como hipóteses de descredenciamento, a não inserção das atualizações dos documentos solicitados; a recusa do credenciado, quando convocado, a assinar o termo de adesão; a procedência de denúncias formuladas sobre má prestação do serviço ou irregularidades que afrontem princípios constitucionais; obtenção de nota inferior a 60% (sessenta por cento) na avaliação de desempenho; reincidência de nota inferior a 60% em diferentes prestações/fornecimentos de serviços; superveniência de fato ou circunstância que comprometa a capacidade técnica ou administrativa da credenciada, ou que reduza a capacidade de prestação de serviço a ponto de não atender às exigências estabelecidas.

De acordo com dados oficiais da comissão de Credenciamento, o número de contratos celebrados, desde o ano de 2011, vem crescendo ostensivamente. Isso demonstra o quanto o certame licitatório – que é a regra para o poder público contratar – tem sido preterido.

Em 2011, ano em que fora instituído o Credenciamento, foram celebrados 57 (cinquenta e sete) contratos nessa modalidade em um valor total de R\$ 7.996.125,70 (sete milhões, novecentos e noventa e seis mil, cento e vinte e cinco reais, setenta centavos). No ano de 2012, foram gastos R\$ 27.922.014,69 (vinte e sete milhões, novecentos e vinte e dois mil, quatorze reais, sessenta e nove centavos), em 297 (duzentos e noventa e sete) contratos celebrados. Em 2013, houve um aumento de

60% (sessenta por cento), sendo celebrados 686 (seiscentos e oitenta e seis) contratos, totalizando um valor de R\$ 87.136.400,39 (oitenta e sete milhões, cento e trinta e seis mil, quatrocentos reais, trinta e nove centavos).

Nessa análise cronológica, os contratos mais celebrados foram os de alimentação e os de engenharia.

#### **4.2.6. Espécies de serviços contratados pelo Credenciamento**

O Credenciamento, na Secretaria de Educação do Estado da Bahia, será utilizado para contratos que se refiram à aquisição de alimentação, agricultura familiar, eventos, engenharia e arquitetura, hotelaria, impressos, logística, transporte e transporte escolar.

Para cada tipo de contrato, há - no sítio eletrônico supracitado – referências a documentos que instrumentalizam a contratação em específico. Assim, caso o interessado em contratar com a Secretaria de Educação pretenda saber como deverá proceder para participar do Credenciamento de alimentação, poderá visualizar no próprio sítio informações diversas: os itens alimentícios cadastrados e valor de cada um deles pré-estabelecido pela Secretaria; a portaria que instituiu a Credenciamento de alimentação; o regulamento do processo de credenciamento para fornecimento de gêneros alimentícios (com todas as informações necessárias para sua participação: objeto, condições, etapas a serem cumpridas para efetivar a participação) e o modelo de termo de recebimento de gêneros/prestação de serviços.

A seguir, apresentar-se-ão alguns aspectos de duas espécies de Credenciamento – Credenciamento de alimentação e Credenciamento de engenharia e arquitetura.

##### **4.2.6.1. Credenciamento de alimentação**

O Credenciamento de alimentação fora instituído pela portaria nº 2786/ 2011, publicada no Diário Oficial do Estado no dia 07 de abril de 2011.

Nesta portaria, o Secretário da Educação do Estado da Bahia, Oswaldo Barreto Filho, faz referência à Lei Federal nº 8.666/93, art. 25, *caput*, e a Lei Estadual nº. 9.433/05,

artigos 61, 62 e 63; a fim de declarar o embasamento legal do documento.

De acordo a portaria em questão, em seu artigo 1º, o processo de Credenciamento de Pessoas Jurídicas e Pessoas Físicas é estabelecido para entrega de gêneros alimentícios e a prestação de serviços de alimentação, relacionados a programas, projetos e ações educacionais no âmbito da Secretaria da Educação do Estado da Bahia (SEC).

Do inciso XX até o inciso XLVI, a portaria nº 2786/2011 demonstra a necessidade de tornar claro ao proponente todos os conceitos imprescindíveis que ele precisa saber para realizar uma contratação adequada de alimentação com a Secretaria de Educação. Nestes incisos, apresenta-se a definição de expressões específicas do campo semântico da alimentação, como o conceito de: refeição macrobiótica, refeição dietética, refeição regional, refeição leve; dentre outros.

Na tabela de solicitação mensal de gêneros alimentícios – documento disponível também no sítio institucional da Secretaria de Educação - é possível visualizar o preço de 143 (cento e quarenta e três) itens dos gêneros alimentícios pré-estabelecidos pela Secretaria, não podendo identificar nada nessa tabela que possa ser considerado como serviço. Dessa maneira, a título exemplificativo, o valor do quilo da carne de músculo é de R\$ 14,22 (quatorze reais, vinte e dois centavos), o quilo do feijão carioquinha é de R\$ 6,56 (seis reais, cinquenta e seis centavos) e o quilo do café é de R\$ 15,54 (quinze reais e cinquenta e quatro centavos).

Outro documento também disponível no sítio supracitado, em relação à contratação de alimentos é a lista de empresas credenciadas por ordem de classificação. No acesso disponível no dia 23 de maio de 2014, identificou-se uma sequência de nove listas de classificados cuja ordem era crescente, iniciando-se do 1º (presente na primeira lista) até o 241º (presente na 9ª lista).

Tecnicamente acontecerá o seguinte fluxo na aquisição de gêneros alimentícios: primeiramente, os fornecedores se inscrevem por meio de formulário disponível no site da SEC ([www.educacao.ba.gov.br](http://www.educacao.ba.gov.br)), link credenciamento. Em seguida, apresentam ou enviam formulário e documentos da inscrição, conforme exigências do regulamento; depois, são classificados pela comissão permanente de Credenciamento para o município que optaram fornecer e para os itens que se propõem ofertar; a Escola faz o pedido mensal dos gêneros necessários à alimentação, conforme tabela de preços e cardápio escolar, inclusive respeitando

limites financeiros; envia pedido à Direc - que assina e devolve uma via à unidade escolar; a Direc registra, guarda uma via, e envia pedido à Coordenação de Alimentação, inclusive por e-mail; já a coordenação de alimentação assina, monitora e submete o documento à comissão permanente de Credenciamento; a comissão de credenciamento, por sua vez, verifica o melhor classificado naquele município, como também os itens solicitados; depois, ela convoca o melhor classificado para assinar termo de adesão, para fornecimento por período de até 06 (seis) meses, tendo este classificado 72 (setenta e duas) horas para apresentar o termo assinado juntamente com os documentos necessários para a contratação e, por fim, tem-se a assinatura da autoridade superior e publicação de resumo do termo de adesão no Diário Oficial do Estado.

#### 4.2.6.2. Credenciamento de engenharia e arquitetura

A portaria nº 2784/2011, estabelecida pelo Secretário da Educação do Estado da Bahia, dispõe em seu artigo 1º o processo de Credenciamento de pessoas jurídicas e pessoas físicas para a prestação de serviços de engenharia e arquitetura relacionados a programas, projetos e ações educacionais no âmbito da Secretaria da Educação do Estado da Bahia.

No entanto, tal portaria - no ano de 2013 - sofreu uma alteração para inclusão de novos serviços no sistema de Credenciamento de Pessoas Jurídicas para a prestação de serviços de engenharia e arquitetura.

Dentre as inserções feitas, estão o conceito de: construção, ampliação, projeto, reforma e ampliação, dentre outros.

Entre os documentos específicos para essa espécie de contratação, estão: a comprovação de experiência na prestação de serviços para o qual requereu o credenciamento (apresentação de atestados fornecidos por pessoas jurídicas tomadoras de serviços na área pleiteada, acompanhados das respectivas certidões de acervos técnicos – CAT); Certidão de Registro Cadastral – CRC e Anotação de Responsabilidade Técnica de Cargo e Função – ART.

A portaria nº 7250/2013 também destaca que, às pessoas físicas, somente será facultada a inscrição no Credenciamento caso sejam preenchidas algumas condições.

Uma dessas é a prestação dos serviços de avaliação de imóveis e pequenos reparos, outra é a observância da exigência da legislação em vigor e do regulamento do Credenciamento de engenharia e arquitetura.

#### **4.2.7. Análise do parecer PA-UM-SEC-CCS-MBS-151/2011**

Em 2011, uma empresa baiana exigiu que a Secretaria de Educação anulasse o sistema de Credenciamento e o substituísse por um procedimento licitatório “de verdade”.

A referida empresa alegara que o Credenciamento fere a competitividade, visto que a norma federal 8.666/93, em seu artigo 25, diz apenas ser inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, e o fornecimento de alimentos não resta enquadrado nos requisitos de inexigibilidade prescritas nos inciso citado. Conforme a empresa, o Credenciamento fere os princípios da licitação, em especial ao Princípio do Julgamento Objetivo e o da Vinculação ao instrumento Convocatório.

A Secretaria de Educação respondeu o recurso com um parecer, o de nº PA-NSEC-488-2011, emitido pela Procuradoria Administrativa (Núcleo Setorial na Secretaria de Educação), em 17 de agosto de 2011.

Na fundamentação do referido documento, o primeiro argumento empregado para justificar a escolha dessa forma de contratação era uma referência a um modelo preexistente: a Secretaria de Educação, ao utilizar o Credenciamento, estava copiando uma bem sucedida experiência já existente no Instituto Anísio Teixeira (IAT/SEC), para a contratação de professores/fornecedores de serviço em outras áreas de atuação, para a entrega do serviço público à sociedade.

No parecer, argumentou-se ainda, que o Credenciamento fora instituído por uma equipe interdisciplinar formada por cem pessoas, contando com a colaboração da Secretaria da Administração do Estado – SAEB, Procuradoria Geral do Estado – PGE, Auditoria Geral do Estado – AGE, Empresa Baiana de Alimentos – EBAL, SEI, dentre outras Secretarias como a SEAGRI e a SEDES, com técnicos de diversas formações acadêmicas e habilidades. Sendo, portanto, um instituto muito bem analisado e cautelarmente produzido.

O documento também ressalta que o propósito da Secretaria Estadual de Educação

foi criar um instrumento ágil para responder mais rapidamente as demandas que se relacionam com as atividades finalística da Secretaria.

O parecer é concluído com o reconhecimento de que há realmente uma amplitude desse instrumento no que tange a compras de produtos, Contudo, a parecerista entende que, nesse caso, essencialmente há uma prestação de serviço porque entrega é serviço.

#### **4.2.8. Entendimento jurisprudencial**

Em que pese o parecer ateste que a compra de produto pressuponha uma prestação de serviço, não é esse o entendimento jurisprudencial. A maioria da doutrina compreende que o Credenciamento é um instituto que deve ser utilizado somente para serviços, sendo, portanto, vedada a sua utilização para fornecimento.

A própria lei baiana também prevê apenas a utilização do Credenciamento para serviço, como resta claro em seu artigo 61, quando afirma que é inexigível a licitação, por inviabilidade de competição, quando, em razão da natureza do serviço, e não do fornecimento de produtos. Não há nenhuma outra disposição na lei que mencione a utilização do instituto para compras, ou uma equiparação entre aquisição de produto e serviço.

De acordo Juliana Ribeiro (2010, p.2), em seu artigo sobre o tema, o Credenciamento é um procedimento para a contratação de prestação de serviços. Os primeiros serviços a serem contratados por meio do referido instituto fora especialmente os de saúde, serviços advocatícios, treinamento, cessão de direitos autorais de titularidade da União relativas a obras literárias e na prestação de serviços bancários. Entretanto, para os serviços bancários, o objetivo é cadastrar agências arrecadoras, vez que para a arrecadação de receitas federais/estaduais/municipais é extremamente propício e eficaz que haja o maior número de agências habilitadas para tanto.

O Credenciamento deve ser adotado exclusivamente para prestação de serviços, sendo, assim, proibida a sua utilização para fornecimento (FERNANDES, 2008, p.88).

Nesse aspecto, vale destacar que a decisão do Plenário do Tribunal de Contas da União, prolatada no processo 016.171/94, afirmava que o Tribunal esclareceu devidamente no processo TC 008.797/93-5 que o sistema de Credenciamento é a

melhor forma de contratação, já que assegura a qualidade dos serviços, além do menor preço. Entretanto, assim será considerado, quando o Credenciamento for realizado com a devida cautela, assegurando tratamento isonômico aos interessados na prestação dos serviços e negociando-se as condições de atendimento, podendo ser adotado sem licitação amparado no art. 25 da Lei 8.666/93 (Decisão nº 104/1995 – Plenário).

Além da lei baiana, as demais leis que tratam sobre o Credenciamento, a lei paranaense e goiana, também dão a entender que o credenciamento será utilizado apenas para a prestação de serviço.

No entanto, na lei baiana, o referido instituto também é utilizado para fornecimento de produtos, como se observa no sítio eletrônico da Secretaria da Educação do Estado o qual dispõe as tabelas de preços de gêneros alimentícios.

O referido instituto tem destaque nesse sítio eletrônico o qual indica, inclusive, os documentos jurídicos que justificam e corroboram a sua implantação. A compra de alimentos por parte da Secretária de Educação do Estado da Bahia faz parte daquilo que se convencionou chamar de prestação de serviço, já que envolve entrega, e não aquisição.

#### 4.3. A CORRUPÇÃO POLÍTICA NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Dentre os riscos que surgiram com a possibilidade do administrador público contratar diretamente sem o certame licitatório, mesmo tendo que observar os requisitos previstos na lei, destaca-se a corrupção política.

No Brasil, não raro a população se defronta com escândalos no cenário político. Exemplos corriqueiros do uso indevido dos recursos públicos causam um mal-estar coletivo e criam concepções de senso comum acerca de uma desonestidade natural do brasileiro.

Conforme Deonísio da Silva (2009, p.255), o vocábulo corrupção vem do latim *corruptio*, apodrecimento, decomposição.

O termo denota também putrefação, depravação, desmoralização, sedução e suborno. Designa ainda atos ilícitos praticados, sobretudo, por políticos. Normalmente, o vocábulo é associado a um ato ilegal, no qual dois agentes, um

corrupto e o outro corruptor, travam uma relação contrária à lei, envolvendo obtenção de propina.

Consoante Marcos Fernandes Gonçalves da Silva (2003, p.94), corrupção pública é comparada à atividade comercial, já que parte de funcionários públicos vendem propriedade do governo tendo em vista seus próprios interesses, ganhos pessoais. Tais funcionários, desse modo, utilizam o poder político para benefícios privados. Um verdadeiro contrassenso, já que aquilo se espera dos que executam a atividade pública é justamente uma postura ética.

#### **4.3.1. A corrupção política na inexigibilidade de licitação**

O mensalão, como ficou conhecido e popularizado o esquema de compra de votos de parlamentares, fora deflagrado no primeiro mandato do governo do presidente Luís Ignácio Lula da Silva. Um núcleo seria responsável pela compra de votos e também pelo suborno por meio de cargos em empresas públicas. José Dirceu, Ministro da Casa Civil na época, foi apontado como o chefe do esquema. Marcos Valério - publicitário e dono de agências que detinham contrato de trabalho com órgãos do governo - seria o operador do mensalão (FERREIRA, 2012, p. 1).

Em 2007, mais de dois anos após o esquema ser denunciado, o STF (Supremo Tribunal Federal) acatou a denúncia da Procuradoria Geral da República e abriu processo contra quarenta envolvidos no escândalo.

Atualmente, após tantas audiências, o STF condenou todos os vinte e cinco condenados pelo mensalão. Réus como o ex-ministro José Dirceu; o ex-tesoureiro do PT, Delúbio Soares; José Genoíno, o ex-presidente do PT e o Deputado João Paulo Cunha do PT-SP encontram-se presos em regime fechado por cometerem crime de corrupção ativa, peculato e formação de quadrilha. (FERREIRA, 2012, p. 1)

Todo esse esquema conhecido como Mensalão só fora possível devido às facilidades existentes nas contratações de serviços publicitários. Na época, as contratações de serviços publicitários não exigiam licitação, permitindo ao Poder Público valer-se das prerrogativas de inexigibilidade. Essa abertura deu espaço para um amplo e poderoso esquema fraudulento que muito prejudicou os interesses públicos da nação brasileira.

## 5.CONCLUSÃO

De acordo com tudo que fora exposto, o Credenciamento é considerado uma espécie de contratação direta adotada pela Administração Pública da Bahia. O seu fundamento encontra-se no *caput* do art. 25 da Lei Geral de Licitações 8.666/1993 e no *caput* do artigo 61 da Lei 9344/2005, os quais preveem a possibilidade de contratação sem licitação prévia, nas situações em que exista inviabilidade de competição.

É importante destacar que o referido instituto não está expressamente disposto nem no *caput* do artigo 25 nem no *caput* do artigo 61. No entanto, ele decorre de interpretação doutrinária de uma equipe multidisciplinar, formada por Procuradores do Estado da Bahia, bacharéis em direito, engenheiros, professores, biólogos, contadores, administradores e servidores públicos de diversas Secretarias do Estado da Bahia.

Ao analisar seus pressupostos, suas etapas e sua finalidade, pode-se afirmar que algumas considerações devem ser destacadas. A primeira delas é sobre o seu fundamento legal.

A redação do *caput* 25 da Lei 8.666/93 prevê que é inexigível a licitação “quando houver inviabilidade de competição, em especial”. A redação do *caput* inicia-se com uma conjunção temporal e um verbo no futuro do subjuntivo, atribuindo ideia de incerteza ao enunciado. Isso indica que o legislador pretendeu condicionar a possibilidade da inexigibilidade ocorrer à condição que aparece logo após o sintagma verbal: “inviabilidade de competição”. Assim, para afastar a licitação, é preciso que o requisito da inviabilidade seja preenchido.

Dessa análise gramatical, resta evidente a adequada interpretação ao texto legal. O legislador foi claro ao afirmar “quando houver impossibilidade”, não deixando dúvida sobre o caráter restrito que se quis atribuir à chance de afastar o certame licitatório, em que pese as possibilidades que ele apresenta nos três incisos do artigo sejam a título exemplificativo.

Assim, têm-se duas facetas antagônicas em um único artigo: uma taxatividade (quando houver impossibilidade) e uma exemplificação (em especial) apresentada no *caput*. Enquanto o *caput* reveste-se de uma ideia restritiva, particularizada; os incisos exemplificam as hipóteses que o legislador confere ao Poder Público contratar sem licitar.

Percebe-se, nas justificativas apresentadas para a criação do Credenciamento, um

argumento pertinente dado no Parecer PA-UM-SEC-CCS-CCM-MBS-151/2011, emitido pela Procuradoria Geral do Estado da Bahia para a Secretaria da Educação. O Credenciamento seria uma hipótese de inexigibilidade por haver em sua estrutura inviabilidade de concorrência, uma vez que a Administração Pública pode contratar com vários proponentes com as mesmas condições de ofertas, não apresentado, assim o fator indispensável para haver licitação. Desse modo, o Poder Público credencia vários interessados que desejem contratar com a Administração Pública, impondo-lhes previamente o preço que pretende pagar.

Nesse sentido, é válido destacar que em casos de inexigibilidade, ainda que a administração quisesse realizar uma competição entre os particulares, isso não seria possível, devido à total ausência de concorrentes. E, em não havendo disputa, não há como falar em licitação.

Ocorre, todavia, que o que se visualiza no Credenciamento baiano não é o preenchimento da expressão incerta e possível atribuída ao enunciado “quando houver impossibilidade”, pois há possibilidade de haver concorrência.

Os contratos firmados na Secretaria de Educação, por exemplo, são todos relacionados com aquisição de produtos e prestação de serviço como: a merenda escolar, os serviços de construção e a reforma da estrutura física do colégio, os serviços de engenharia, os serviços de hotelaria e o transporte. Em síntese, serviços e fornecimentos de bens que poderiam ser objetos de uma contratação por licitação cuja concorrência garantiria ao poder público uma proposta mais vantajosa.

Ilustrativamente, ao estabelecer previamente os preços para o Credenciamento alimentação, a Administração Pública deixa de ganhar uma proposta mais barata que aquela que ele mesmo estipulou.

Os documentos oficiais da Secretaria de Educação não deixam claros os motivos que o fizeram estabelecer os preços constantes na tabela de gêneros alimentícios. Inclusive, o preço de alguns itens - confrontados com o preço de mercado - está acima da tabela.

É o que se comprova com os dados do Departamento Intersindical de Estatísticas e Estudos Sociais, DIEESE (entidade com abrangência nacional). O preço do feijão carioquinha, segundo os dados oficiais disponíveis no sítio eletrônico <http://jboss.dieese.org.br/cesta/cidade> acessado em 25/05/2014, é de R\$ 5,10 o quilo.

O preço constante na tabela do Credenciamento alimentação é de R\$ 6,56, o quilo.

O aspecto importante que se deve destacar nessa análise é justamente a expressão “impossibilidade”. Na verdade, não uma impossibilidade de concorrência que justifique

esse tipo de contratação. O Poder Público simplesmente cria essa ausência de concorrência ao estabelecer condições isonômicas para todos os interessados.

Essa postura do Poder Público da Bahia não seria nem um pouco questionável caso fossem desconsiderados os ideais existentes na legislação pátria no que tange ao direito público.

Como demonstrado no primeiro capítulo do presente trabalho, o direito público pretende atingir aos interesses da sociedade, o bem comum. Ao contratar, dispensando o procedimento licitatório, a Administração demonstra descuido com esse fim, já que a licitação é o instituto que só deve ser descartado em situações específicas, não podendo ser regra, apenas exceção. Entretanto, não é isso o que ocorre, principalmente na Secretaria de Educação da Bahia cujos contratos, em sua maioria (de diversos valores), são realizados pelo Credenciamento. Uma quantidade, inclusive, que vem crescer progressivamente desde a sua implantação.

O que dispõe o direito administrativo deve ser seguido pelos chefes da Administração Pública, já que este é o direito que ordena, regulamenta a atividade estatal, efetivando os serviços públicos disponíveis na sociedade, em busca do bem comum. Não parece coerente interpretar ampliativamente a legislação, para obter uma vantagem.

A vantagem mais evidente, no caso, segundo o Parecer PA-UM-SEC-CCS-CCM-MBS-151/2011, é fazer uma contratação mais célere, menos burocrática. As demais vantagens apresentadas, como a rotatividade entre os credenciados, acesso permanentes a qualquer interessado, clareza nas informações, celeridade na contratação, visibilidade aos princípios da isonomia, moralidade, legalidade, impessoalidade, publicidade e economicidade, não são, na verdade, vantagens para a sociedade.

Explica-se por que se deve compreender assim.

Não é por que se identificam os princípios da Administração Pública em um ato administrativo, que se pode considerar tal ato vantajoso para a sociedade. Os princípios da Administração Pública são imperativos, são pressupostos, sem os quais, a atuação do gestor público é eivada de vícios. É manchada pela ilegalidade.

Dessa maneira, não é uma questão de opção vislumbrar tais princípios em todo ato público, trata-se de uma obrigação ao qual o administrador está vinculado. Agir de modo diverso é contrariar o interesse público que é a finalidade que identifica e delimita a atuação do administrador estatal.

No que tange à rotatividade dos credenciados, pode-se inferir que esse é um ponto obscuro do Credenciamento da Bahia.

O capítulo da etapa da classificação trata desse assunto, abordando apenas os critérios de classificação por pontos. A maior quantidade de pontuação garante uma melhor qualificação. A lista, assim, é formada. O primeiro da lista, após celebrar o primeiro contrato, volta para o fim dela. É desse modo que ocorre a rotatividade. Entretanto, o que não fica esclarecido é justamente a forma de distribuição desses contratos, pois em um dia não é apenas um contrato que precisa ser celebrado, porém vários.

Em que pese haja uma lista disponibilizada no sítio eletrônico institucional da Secretaria de Educação, isso não garante que essa rotatividade seja, deveras, efetivada de forma proba, já que a sua execução dar-se-á pela organização da comissão de Credenciamento. Esse setor ficará responsável pela distribuição dos contratos a partir da lista publicada, porém, o controle dessa distribuição é de transparente fragilidade, uma vez que a ordem de chegada dos contratos não está disponibilizada no sítio eletrônico, apenas nos setores responsáveis pela tramitação desses processos. O controle dessa dinâmica destoa com toda a sistemática disposta na lei no que diz respeito à licitação.

Qual desses contratos será o contrato do primeiro credenciado da lista? Há, nesse caso, um primeiro ou vários credenciados celebrando ao mesmo tempo vários contratos diferentes? Quem define qual credenciado ficará com qual contrato, a distribuição? A partir de quais critérios, apenas pela ordem de chegada ao setor? Quem garante que essa ordem não seja manipulada para atender interesses pessoais ou diversos daqueles atinentes ao interesse público?

Sabe-se que a responsabilidade pela execução do Credenciamento é da comissão. O regulamento do Credenciamento apenas aborda sobre os requisitos daqueles que devem ser membros desta comissão, mas não traz os critérios que caracterizam os servidores que vão conduzir esse processo, os quais assumem tamanha responsabilidade, uma vez que lidam com o dinheiro público.

Outra questão controversa ao analisar o Credenciamento é o que se refere ao seu objeto. O Tribunal de Contas da União, bem como os Credenciamentos dos outros Estados (Goiás e Paraná) definem como objeto dessa forma de contratar apenas serviços. Todavia, o instituto baiano, em que pese a Constituição Estadual também

disponha somente sobre serviços, acrescenta a aquisição de produtos.

Para contorna tal distorção, os documentos oficiais que instituem o Credenciamento na Bahia atribuíram outra denominação para a aquisição de produtos. Assim, ao comprar itens do cardápio da merenda escolar, a Secretaria de Educação compreende que está contratando um serviço. Sim um serviço de entrega dos itens comprados.

Entende-se que a entrega é apenas um suporte fático da compra do produto, é consequência e não aquilo que se contrata. Não se contrata um serviço de entrega de produtos, quando inicialmente todo o contrato gira em torno dos produtos que serão contratados, da qualidade dos itens alimentícios (o que se comprova pela escolha do documento específico que para esse tipo de Credenciamento, a certidão da Vigilância Sanitária). Além disso, não há uma tabela que trate sobre a entrega de produtos, porém há uma tabela dos itens alimentícios.

Percebe-se que há uma interpretação ampliada da LGL, a fim de alcançar uma contratação mais célere e de aplicação mais fácil. O regulamento do Credenciamento define essa forma de contratar como a concretização do princípio da eficiência.

Ainda que o princípio da eficiência assegure meios que garantam a celeridade, a presteza ao realizar o serviço público e o rendimento funcional; não se pode almejá-lo em detrimento da legalidade, muito menos da segurança jurídica. A eficiência que se deve perseguir é eficiência com eficácia, uma eficiência que ande de mãos dadas com a legalidade, moralidade, e, sobretudo, com o interesse público.

Ao analisar as obscuridades do Credenciamento, infere-se que há uma dissonância em relação aos ditames basilares da Lei Geral de Licitação. Tal desconformidade impele a concluir que o Credenciamento é um instituto carecedor de legalidade.

A licitação, de acordo Di Pietro (2012, p. 370), é um procedimento administrativo pelo qual um ente público permite a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem a proposta mais vantajosa, dentre as quais ele selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Desse modo, o traço principal da licitação é, sobretudo, obter a proposta mais vantajosa, a mais conveniente. Isso apenas se consegue com a concorrência. Retirar a concorrência, ainda que sejam para atribuir condições isonômicas, não contribui para tornar o serviço público mais eficiente. É identificar uma solução superficial que

não ataca o cerne do problema. É tornar mais rápida e simples a logística da contratação, mas é tornar também, por outro lado, o sistema mais frágil e exposto às temeridades.

A concorrência só deve ser afastada quando houver impossibilidade ou quando de se tratar de licitação dispensada, a partir dos requisitos já citados anteriormente, previsto em lei.

Se há dificuldade para operacionalizar a máquina pública, que sejam repensados, então, os meios e os instrumentos utilizados pelo Poder Público. Ou, ainda, que se criem outros caminhos, institutos, que conduzam à efetivação da finalidade da Administração Pública.

É em nome de muito princípio constitucional e desburocratização, que alguns chefes da Administração Pública têm desmoralizado a política brasileira. A corrupção encontra, em algumas criações atípicas da esfera do direito público, uma ótima porta de entrada para seus interesses escusos.

Por isso, é justamente na gerência do dinheiro público que o rigor interpretativo das leis deve-se apresentar. Ao criar novas modalidades de contratação, sem proporcionar um debate maior à sociedade, o administrador público não só demonstra ineficiência e ausência de publicidade em sua gestão, como também – no panorama sociopolítico no qual o país atravessa – suscita desconfiança quanto à moralidade do seu governo.

## REFERÊNCIAS

BAHIA. **Decreto n. 9.344** de 01 de março de 2005. Dispõe sobre as licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes do Estado da Bahia e dá outras providências. Salvador, BA, 01 mar. 2005. Disponível em: <<http://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/85396/lei-9433-05>> Acessado em: 19 nov. 2013.

BAHIA. Procuradoria do Estado da Bahia. **Parecer**. Credenciamento. Elaborado por Cléia Costa Santos. Disponível em: <<http://institucional.educacao.ba.gov.br/credenciamento-questionamentos>> Acessado em: 16 nov. 2013.

BAHIA. Secretaria da Educação do Estado da Bahia. **Portaria n. 2.787**, de 21 de jun. de 2011. Institui o processo de credenciamento de Pessoas Jurídicas e Pessoas Físicas com vistas à prestação de serviços de eventos, para atender a programas, projetos e ações educacionais no âmbito da Secretaria da Educação do Estado da

BAHIA. Secretaria da Educação do Estado da Bahia. **Portaria n. 2.784**, de 11 de abril de 2011. Institui o processo de credenciamento de Pessoas Jurídicas e Pessoas Físicas com vistas à prestação de serviços de eventos, para atender a programas, projetos e ações educacionais no âmbito da Secretaria da Educação do Estado da Bahia (SEC). Salvador, BA, 11 abr. 2011. Disponível em: <<http://institucional.educacao.ba.gov.br/credenciamento-engenharia>> Acessado em: 17 nov. 2013.

BAHIA. Secretaria da Educação do Estado da Bahia. **Portaria n. 2.786**, de 07 de abril de 2011. Institui o processo de credenciamento de Pessoas Jurídicas e Pessoas Físicas com vistas à prestação de serviços de eventos, para atender a programas, projetos e ações educacionais no âmbito da Secretaria da Educação do Estado da Bahia (SEC). Salvador, BA, 07 abr. 2011. Disponível em: <<http://institucional.educacao.ba.gov.br/credenciamento-engenharia>> Acessado em: 17 nov. 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. **Lei 8.666** de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acessado em: 19 nov. 2013.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão do Plenário** n. 104/95 – Proc. 016.171/94-2. Interessado(s): Secretário do Tesouro Nacional, Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Brasília, DF, 27 mar. 1995. Disponível em: <[http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19960303%5CGER\\_ADO\\_TC-14180.pdf](http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc%5CDec%5C19960303%5CGER_ADO_TC-14180.pdf)> Acessado em: 19 nov. 2013.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. 12ª ed. rev. São Paulo: Ática, 2000.

CORREIA, Sérvulo. **Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos**, Coimbra, Livraria Almedina, 2003, 00. 537-538

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 18ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos jurídicos da licitação**. 6ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 16ª ed. rev. São Paulo: Atlas, 2003.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação**. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

FERRAZ, Sérgio, e FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Dispensa e inexigibilidade de licitação**. 2ª ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

FERREIRA, Flávio. Para delegado, **Mensalão é maior que o julgado no STF. Folha de São Paulo**, 13 ago. 2012, Disponível em: <<http://aluizioamorim.blogspot.com.br/2012/08/reportagem-bomba-da-folha-de-s-paulo.html>>2013. Acesso em: 19 nov. 2013.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Direitos dos licitantes**. 3ª ed. rev. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

FREIRE, Elias. **Direito Administrativo: teoria, jurisprudência e 1000 questões**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. **Credenciamento como hipótese de inexigibilidade de licitação** Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/credenciamento>> 2010. Acesso em: 17 set. 2013.

HOEPPNER, Marcos Garcia. **Minidicionário Jurídico**. 1ª ed. São Paulo: Editora Ícone, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 12ª ed. São Paulo: RT, 2008.

MEDAUAR, Odete. **Licitações e contratos administrativos**. São Paulo: Editora NDJ. 1998.

- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo**. 35ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MODESTO, Paulo. **Notas para um debate sobre o princípio da eficiência**. Revista Interesse Público, São Paulo, ed. Notadez, Ano 2, n.º 7, julho/setembro de 2000.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- NÓBREGA, Airton Rocha. Licitação: habilitação e registro cadastral. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 41, maio 2000. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=419>. Acesso em: 30 out. 2006.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende; FREITAS, Rafael Vêras de. Revista Brasileira de Direito Público, Belo Horizonte, n.35, p. 9-10. out. dez. 2011
- PARANÁ. **Lei 15.608** de 16 de agosto de 2007. Estabelece normas sobre licitações, contratos administrativos e convênios no âmbito dos Poderes do Estado do Paraná. Curitiba, PR, 16 ago. 2007. Disponível em: [http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/lei\\_licitacao\\_15608.pdf](http://www.escoladegoverno.pr.gov.br/arquivos/File/lei_licitacao_15608.pdf)> Acessado em 19 nov. 2013.
- RABELLO, Aldo. Entrevista com o Ministro dos Esportes Aldo Rabello. Disponível em: <http://www.band.com.br/esporte/futebol/selecao/copa-2014/noticia/?id=100000467977>>. Acessado em 03 dez. 2011.
- RIBEIRO, Juliana Almeida. **Inexigibilidade de licitação e o Credenciamento de serviços**. Disponível em: <http://www.jus.com.br/artigos/18683/inexigibilidadeeocredenciamentodeservicos>> 2009. Acesso em: 19 set. 2013.
- ROCHA, Marcelo. **O fim das licitações para serviços jurídicos**. Revista Visão Jurídica, São Paulo, ed. Escala Educacional, n.º 82, Ano 1, 2013.
- SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves. **A economia política da corrupção**. Disponível em: <http://www.transparencia.org.br/docs/MFernandes1.pdf>> 2011. Acesso em: 17 set. 2013.
- TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações e contratos: orientações básicas**. 3ª ed. Brasília: Secretaria de Controle Interno, 2006.