

LICITAÇÃO PÚBLICA

Sumário: 1) Conceito e finalidade. 2) Legislação. 3) Princípios. 4) Objeto. 5) Hipóteses de dispensa e inexigibilidade. 5.1) Inexigibilidade de licitação; 5.2) Dispensa de licitação. 5.3) Requisitos para a contratação direta. 6) Modalidades: 6.1) Concorrência; 6.2) Tomada de preços; 6.3) Convite; 6.4) Concurso; 6.5) Leilão; 6.6) Pregão. 7) Comissão de licitação. 8) Registro cadastral. 9) Sistema de Registro de Preços. 10) Fases do procedimento licitatório na concorrência: 10.1) Edital; 10.2) Habilitação; 10.3) Abertura de envelopes de propostas, classificação e julgamento; 10.4) Homologação; 10.5) Adjudicação. 11) Fases do procedimento licitatório nas demais modalidades. 12) Controle da licitação. 13) Desistência da licitação: anulação e revogação, recursos Administrativos, ações judiciais, controle pelo Tribunal de Contas, controle popular, tutela penal. 14) Licitações envolvendo empresas em consórcio. 15) Licitações Internacionais.

1) Conceito e finalidade.

A fim de bem desempenhar as atividades que lhe são incumbidas pela Constituição e pelas leis, o Estado dispõe de uma estrutura administrativa própria, de forma a executar diretamente suas funções. Portanto, no tocante à atuação estatal, chama-se **execução direta** a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios; (Lei 8666/93, art.6º, VII).

Todavia, o Estado também precisa contar habitualmente com a colaboração de particulares, ora para a aquisição ou alienação de bens, ora para a execução de obras ou, ainda, para a prestação de serviços.

Significa dizer que o Poder Público, não tendo a vocação para atuar diretamente em determinados setores, vê-se voltado a contratar com a iniciativa privada, buscando, da melhor forma possível, satisfazer ao interesse público. Nesses casos, tem-se a **execução indireta** quando o órgão ou entidade estatal contrata com terceiros (Lei 8666/93, art.6º, VIII). Para tanto, deve a Administração selecionar aqueles com quem deve contratar, o que, em regra, é feito através de um procedimento denominado **licitação**.

Marçal Justen Filho explica que a contratação de terceiros para a execução de atividades administrativas deve-se a fatores econômicos e políticos.

Economicamente falando, num sistema capitalista "o Estado não dispõe de conhecimentos, de recursos materiais ou de pessoal necessários para a execução de serviços ou a produção de bens de que necessita", sendo mais vantajoso recorrer à iniciativa privada, sobretudo nas situações em que "a remuneração paga aos particulares é inferior ao montante que o Estado desembolsaria para produzir o mesmo objeto mediante a sua própria atuação direta".¹

Sob este mesmo aspecto, pode-se considerar a terceirização como uma estratégia política, na medida em que evita o crescimento desmensurado da máquina estatal, tal como concebido no art.10, §7º, do DL n. 200/67.²

¹ Marçal Justen Filho. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.12.

² DL n. 200/67, art.10, §7º: "Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle, e com objetivo de impedir o crescimento desmensurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução".

E num regime democrático, sendo "juridicamente impossível ao Estado obter serviços privados mediante instrumentos autoritários", tem-se que "o contrato administrativo será o instrumento primordial por meio do qual o Estado estabelecerá relacionamento com os particulares para obter bens e serviços de que necessita".³

Como salienta Celso Antônio Bandeira de Mello, "ao contrário dos particulares, que dispõem de ampla liberdade quando pretendem adquirir, alienar, locar bens, contratar a execução de obras e serviços, o Poder Público, para fazê-lo, necessita adotar um procedimento preliminar rigorosamente determinado e preestabelecido na conformidade da lei".⁴

E o citado mestre fornece o seguinte **conceito** de licitação: "*é o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obras, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados*".⁵

Maria Sylvia Di Pietro, por sua vez, conceitua licitação da seguinte maneira: "*procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato*".⁶

Conclui-se, portanto, que a licitação se traduz como um procedimento prévio à contratação pela Administração Pública, necessário para que se encontre o melhor contratante possível, evitando-se, com isso, favorecimentos pessoais.

É um *procedimento administrativo com fim seletivo*, no dizer do professor José dos Santos Carvalho Filho.⁷

Daí a sua **finalidade** precípua: "além de se pretender a melhor proposta entre o universo de fornecedores, procura-se evitar escolha indesejada de fornecedores por apadrinhamento político, por amizade ou por outros meios de corrupção. É para evitar as escolhas subjetivas e casuísticas que a lei prescreve a necessidade da publicação, do tratamento isonômico e do julgamento objetivo das propostas e documentos de habilitação, além de outras formalidades".⁸

Sobre o tema também escreve o mestre José Cretella Júnior:

"Para escolher o contratante, a regra, na prática administrativa, pelo menos entre nós, é a da *licitação*, por vários motivos: em primeiro lugar, porque é o meio mais idôneo para possibilitar contratos mais vantajosos para o Estado, o que se dá segundo os princípios que regem a lei da oferta e da procura; em segundo lugar, o fato de colocar a salvo o prestígio administrativo, escolhendo não o preferido, mas o que, objetivamente, faz a proposta mais vantajosa para o Estado".⁹

³ *Idem*.

⁴ "Curso de Direito Administrativo", 14ª edição, São Paulo: Malheiros, 2002, p.466.

⁵ *Idem*, p.468.

⁶ "Direito Administrativo", 13ª edição, São Paulo: Atlas, 2001, p.291.

⁷ "Direito Administrativo", 10ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p.194

⁸ Edimur Ferreira de Faria. "Curso de Direito Administrativo Positivo", 3ª edição, Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.261.

⁹ "Curso de Direito Administrativo", 12 edição, Rio de Janeiro: Forense, 1993, p.388.

A licitação é a regra nas contratações do Poder Público, admitindo a Constituição algumas hipóteses legais em que ela poderá excepcionalmente não ocorrer, seja por dispensa ou por inexigibilidade, conforme será estudado mais à frente.

2) Legislação.

No Brasil, a regra da licitação vem expressamente prevista em dispositivos da **Constituição Federal de 1988**, citando-se os artigos **22, inciso XXVII, 37, inciso XXI e 173, §1º, III, in verbis:**

"Art.22. Compete privativamente à União legislar sobre:

(...) XXVII - 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, obedecido o disposto no art.37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art.173, §1º, III"

"Art.37. (...) XXI. Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e licitações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações".

"Art.173. (...) §1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

(...) III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública".

Com vistas ao texto constitucional, verifica-se que as **normas gerais** de licitação e contratos serão objeto de lei nacional, de competência da União, podendo os Estados, Distrito Federal e Municípios legislar sobre **normas específicas**. No caso da Bahia, está em vigor a Lei estadual n. 9.433/2005.

Discorrendo sobre o significado da expressão "*norma gerais*", Lúcia Valle Figueiredo aponta que seriam aquelas que: "*a) disciplinam, de forma homogênea, para as pessoas políticas federativas, nas matérias constitucionalmente permitidas, para garantia da segurança e certeza jurídicas; b) não podem ter conteúdo particularizante que afete a autonomia dos entes federados, assim não podem dispor de maneira a ofender o conteúdo da Federação, tal seja, não podem se imiscuir em assuntos que devam ser tratados exclusivamente pelos Estados e Municípios; c) estabelecem diretrizes sobre o cumprimento dos princípios constitucionais expressos e implícitos*".¹⁰

Atualmente, o Estatuto das Licitações, é a **Lei 8666**, de 21 de junho de 1993, que já conta com diversas alterações posteriores em seu texto original.¹¹

Tal regulamento geral, *fonte legislativa primária disciplinadora das licitações*¹², se aplica a toda a Administração direta e indireta, nas todas as esferas de poder (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), daí o seu caráter de **lei nacional**, consoante expressa previsão em seu art.1º:

"Art. 1º Esta Lei estabelece 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.

¹⁰ "Curso de Direito Administrativo", 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p.447.

¹¹ Decorrentes das Leis 8883/94, 9648/98, 9854/99, dentre outras.

¹² José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.195.

Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

Acerca desse dispositivo, Maria Sylvia Di Pietro faz a seguinte crítica:

“A inconstitucionalidade do art.1º da Lei 8666/93 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo. Apenas o artigo 115 concede aos ‘órgãos da Administração’ (não aos legislativos estaduais e municipais) competência para expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência; essas normas, após aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial (parágrafo único). Ambas as determinações são inúteis; a primeira, porque a lei está conferindo a órgãos administrativos uma competência que eles já detêm, qual seja, a de editar atos normativos (regulamentos, resoluções, portarias) que permitam facilitar ou aperfeiçoar o cumprimento da lei; a segunda, porque a publicidade é princípio que decorre do artigo 37 da Constituição e constitui condição para que os atos administrativos produzam efeitos externos”.¹³

No mesmo sentido a opinião de outros renomados autores:

“A União, ao editar a Lei federal n.8666/93, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o inciso XXI do art.37 da Constituição Federal, foi muito além, desconhecendo, como se verifica do seu art.1º, a atribuição dos demais entes federados para estatuir legislativamente, nessas áreas, as competentes normas particulares. Acabou, assim, por editar referida lei com a pretensão de submeter todas as unidades da Federação ao mesmo regime licitatório. Esse comportamento da União só pode ser havido como inconstitucional, desprovido, portanto, da eficácia que seus mentores desejaram, conforme é reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência. Desse modo, é evidente que os Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios não perderam, nessas áreas, a competência legislativa que a Lei Maior lhes assegura, podendo editar suas leis de licitações e contratos observadas as normas gerais ou valer-se das leis já produzidas, aplicando-as às suas licitações e contratos em tudo que não violar as normas gerais da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública”.¹⁴

“É importante anotar, todavia, que a referida competência se limita à edição de normas gerais, e, sendo assim, às demais entidades da federação foi conferida a competência para editar normas específicas. Na verdade, nem sempre tem sido fácil identificar quando um dispositivo encerra normas geral ou específica, e talvez por essa razão muitos Estados e Municípios adotam a Lei 8666/93, deixando, pois, de criar normas específicas, para evitar o risco de eventuais impugnações. Por outro lado, muitas objeções têm sido levantadas em relação a alguns dispositivos da lei federal, os quais, segundo o entendimento de diversos estudiosos, não contém regras gerais, mas sim específicas. De fato, se o dispositivo da lei federal contiver norma específica, estará fatalmente em contrariedade com a Constituição Federal, e, em consequência, maculado de vício de inconstitucionalidade”.¹⁵

Adotando posição mais flexível, Diogo de Figueiredo Moreira Neto prefere dizer que as disposições específicas da Lei 8666/93 não seriam inconstitucionais, porquanto somente aplicáveis à União, enquanto somente as normas gerais previstas na referida lei é que seriam aplicáveis também aos demais entes. Confira-se o seu entendimento:

¹³ Ob. cit., p.294.

¹⁴ Diógenes Gasparini, “Direito Administrativo”, 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2002, p.411.

¹⁵ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., pp.149/150.

“a União legisla especificamente, esgotando as hipóteses, quando regula as licitações no âmbito federal, e legisla *genericamente*, sem descer a regras específicas, para os Estados, Distrito Federal e Municípios, de modo a não lhes invadir as respectivas reservas de competência constitucional, para regularem as respectivas licitações.

A legislação federal sobre licitações, bem como sobre 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, é a já referida Lei Federal n.8666, de 21 de junho de 1993, **que contém normas gerais para todas as esferas federativas e normas específicas para a União**”.¹⁶

Esse entendimento do ilustre professor Diogo de Figueiredo, intentando imprimir uma saudável interpretação conforme a Constituição às normas da Lei 8666, corresponde ao posicionamento que vem sendo adotado no âmbito do colendo Supremo Tribunal Federal. Confira-se o seguinte precedente do Pretório Excelso:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. LICITACAO. CONTRATACAO ADMINISTRATIVA. Lei n. 8.666, de 21.06.93. I. - Interpretação conforme dada ao art. 17, I, “b” (doação de bem imóvel) e art. 17, II, “b” (permuta de bem móvel), para esclarecer que a vedação tem aplicação no âmbito da União Federal, apenas. Idêntico entendimento em relação ao art. 17, I, “c” e par. 1. do art. 17. Vencido o Relator, nesta parte. II. - Cautelar deferida, em parte”.¹⁷

Ressalte-se, ainda, que, por força do **art.173, §1º, III**, da Carta Magna, com a redação dada pela Emenda 19/98 (Reforma Administrativa), as empresas públicas, sociedades de economia mista ou suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, poderão ter um **regime diferenciado**, haja vista as peculiares de sua atuação junto ao mercado, no mais das vezes em regime de concorrência.

Tal regime depende de lei que até o momento ainda não foi editada. Diante disso, segundo entende Odete Medauar, “enquanto não se editar o estatuto jurídico das estatais, as licitações e contratações dessas entidades continuam a reger-se pela Lei 8666/93”.¹⁸

Saliente-se, porém, a posição de alguns autores de que o regime licitatório previsto na Lei 8666/93 somente obrigaria inteiramente as empresas estatais prestadoras de serviços públicos, não se aplicando às atividades-fim daquelas estatais que desempenham atividade econômica no mercado, razão pela, justamente, adveio a previsão do art.173, §1º, III, da Lei Maior, por força da EC 19/98.

Discorrendo sobre o tema, assinala José dos Santos Carvalho Filho:

“No que concerne a empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômico-empresariais, urge conciliar o art.37, XXI, e o art.1º, parágrafo único, do Estatuto, com o art.173, §1º, CF. É que referidos entes, embora integrantes da Administração Indireta, desempenham operações peculiares, de nítido caráter econômico, que estão vinculadas aos próprios objetivos da entidade; são atividades-fim dessas pessoas. Nesse caso, é forçoso reconhecer a inaplicabilidade do Estatuto por absoluta impossibilidade jurídica. É o caso, por exemplo, de empresa pública criada para a venda de medicamentos, por preços inferiores aos de mercado, a indivíduos de comunidades de baixa renda; ou de uma sociedade de economia mista que explore supermercado para fins sociais. É claro que a venda de tais produtos e a prática de outras operações ligadas a esses fins terão de sujeitar-se às regras comerciais comuns. Para as atividades-meio, contudo, deverá incidir normalmente a Lei 8666/93.

¹⁶ “Curso de Direito Administrativo”, p.177.

¹⁷ ADI 927 MC / RS, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, DJ DATA-11-11-94.

¹⁸ “Direito Administrativo Moderno”, 5ª edição, São Paulo: RT, 2001, p.215.

Em virtude, porém, da necessidade de distinguir tais situações, sobretudo porque órgãos públicos ou entes prestadores de serviços públicos não podem receber o mesmo tratamento dispensado a pessoas paraestatais voltadas para o desempenho de atividades econômicas, a Emenda Constitucional n.19/98, alterando o art.173, §1º, da CF, admitiu que a lei venha a regular especificamente a contratação e as licitações relativas às empresas públicas e sociedades de economia mista, observados os princípios gerais desses institutos. Significa que nova disciplina sobre a matéria, específica para essas pessoas administrativas, será estabelecida em lei própria, seguindo-se, em consequência, que a Lei 8666/93 sofrerá derrogação no que toca à aplicabilidade de suas normas sobre as referidas entidades”.¹⁹

Por fim, cumpre assinalar que a competência da União para a edição de normas gerais de licitações não se esgotou na edição da Lei n. 8.666/93, apesar de ser esta a principal legislação sobre o tema. Mas já foram ou podem ainda ser editados outros diplomas normativos tratando do tema. Em verdade, o legislador, por meio da Lei 8.666/93, buscou disciplinar a matéria num único diploma, mas nada impede que outras normas gerais de licitação sejam editadas em legislação esparsa. Nesse sentido, a União exerceu essa mesma competência quando editou normas gerais de licitações referentes a microempresas e empresas de pequeno porte (arts. 42 a 45 da LC 123/2006) e as normas de licitação referentes às concessões e permissões de serviços públicos (Lei n. 8.987/95). Além disso, a União também pode editar normas licitatórias relacionadas a atividades de sua competência privativa, como acontece no tocante às licitações na área de telecomunicações (Lei n. 9.472/97), na área de petróleo, gás natural e biocombustíveis (Lei n. 9.478/97), dentre outros casos.

3) Princípios.

Por fazer parte do regime jurídico administrativo, o ordenamento de licitações abrange os princípios gerais já estudados, alguns deles expressamente mencionados na Lei 8666/93. Além disso, existem princípios específicos da seara licitatória, também prevista na legislação.

Assim sendo, o Estatuto das Licitações, em seu art.3º, faz referência aos seguintes **princípios básicos**: *da Legalidade, da Impessoalidade, da Moralidade, da Igualdade, da Publicidade, da Probidade Administrativa, da Vinculação ao Instrumento Convocatório, do Julgamento Objetivo.*

Além desses, o art.3º alude aos **princípios correlatos** (derivam dos princípios básicos) previstos ao longo do texto da lei, quais sejam: *da Competitividade* (art.3º, §1º, I), *da Indistinação* (art.3º, §1º, II), *da Padronização* (art.11), *da Inalterabilidade do Edital* (art.41), *do Sigilo das Propostas* (art.43, §1º), *da Vedação à Oferta de Vantagens* (art.44, §2º), *da Ampla Defesa* (art.87) .

Outrossim, a doutrina ainda faz menção aos princípios *do Formalismo Procedimental, da obrigatoriedade e da Adjudicação Compulsória.*

Ressalte-se que, consoante assinala Celso Antônio, “os autores dissentem quanto ao número de princípios da licitação. Em geral, todavia, a discordância radica-se em que fundem ou desdobram os mesmos preceitos”.²⁰

A seguir, vamos estudar, em síntese, cada princípio separadamente, lembrando que muitos deles estão em estreita conexão, tornando o estudo inevitavelmente repetitivo.

Princípio da Legalidade – O procedimento licitatório contém grande carga de vinculação, com suas fases rigorosamente disciplinadas na lei. Logo, em tema de licitações, este princípio basilar da

¹⁹ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., pp.196/197.

²⁰ Ob. cit., nota de rodapé, p.476.

atividade administrativa impõe ao Administrador a fiel observância ao *devido processo legal*, seja no tocante às formalidades exigidas pela lei para o certame, seja com referência a critérios de razoabilidade na condução do procedimento.

“se exige que a Administração escolha a modalidade certa; que seja bem clara quanto aos critérios seletivos; que só deixe de realizar a licitação nos casos permitidos em lei; que verifique, com cuidado, os requisitos de habilitação dos candidatos, e, enfim, que se disponha a alcançar os objetivos colimados, seguindo os passos dos mandamentos legais”.²¹

“todos quanto participem de licitação promovida por órgãos ou entidade a que se refere o artigo 1º têm *direito público subjetivo* à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei ... Além disso, mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão”.²²

Princípio da Impessoalidade – O objetivo da licitação é obter a proposta que melhor atenda ao interesse público, de forma a se evitar favorecimentos pessoais. Assim, o Poder Público deve dispensar o mesmo tratamento àqueles que estejam aptos a contratar, sendo vedada a discriminação.

“Não deve haver fatores de natureza subjetiva ou pessoal interferindo nos atos do processo licitatório”.²³

“aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório”.²⁴

Princípio da Moralidade – A atuação da Administração durante o processo licitatório deve se pautar não apenas na estrita legalidade, mas, também, em critérios de boa-fé, respeito aos costumes, aos ideais de justiça, ética e boa administração. Convém lembrar que no direito moderno já se considera a moralidade associada à própria legalidade em seu aspecto substancial e tendo em vista sobretudo os fins de interesse público.

“O princípio da *moralidade* significa que o procedimento licitatório terá se desenrolar na conformidade de padrões éticos prezáveis, o que impõe, para Administração e licitantes, um comportamento escorreito, liso, honesto, de parte a parte. Especificamente para a Administração, tal princípio está reiteradamente na referência ao princípio da *probidade administrativa*. Sublinha-se aí que o certame haverá de ser por ela conduzido em estrita obediência a pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes”.²⁵

Princípio da Igualdade – Está expresso no artigo 37, XXI, da Carta Magna, quando contempla a “*igualdade de condições a todos os concorrentes*”. Significa dizer que todos os concorrentes devem ter a mesma expectativa de poder contratar com a Administração Pública. Segundo Celso Antônio, “implica o dever não apenas de tratar isonomicamente todos os que afluírem ao certame, mas também o de ensinar oportunidade de disputá-lo a quaisquer interessados que, desejando dele

²¹ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.200.

²² Maria Sílvia Di Pietro, ob. cit., p.297.

²³ Odete Medauar, ob. cit., p.216.

²⁴ Di Pietro, ob. cit., p.297.

²⁵ Celso Antônio, ob. cit., pp.475/476

participar, podem oferecer as indispensáveis condições de garantia”.²⁶ Observa-se aqui a estreita relação com o princípio da *impessoalidade*, de forma mais uma vez a se assegurar um processo licitatório imune de privilégios a determinado concorrente. Ressalte-se que o art.3º, §2º, da Lei 8666 admite preferência às empresas brasileiras em detrimento das estrangeiras, para fins de desempate. Todavia, a doutrina majoritária sustenta que tal discriminação não mais encontra guarida na Constituição Federal, com o advento da Emenda 6/95 que acabou com a distinção entre empresas brasileiras, empresas brasileiras de capital nacional e empresas estrangeiras.

“É o desdobramento do princípio da igualdade (Constituição Federal, art.5º) no âmbito licitatório. Esse princípio e o da competitividade (mencionado por Toshio Mukai) estão presentes nos incs. I e II do §1º do art.3º da Lei 8666/93; tais dispositivos vedam aos agentes públicos incluir ou tolerar, nos Editais e cartas-convite, condições que restrinjam o caráter competitivo e estabeleçam distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes; e proíbem, em geral, tratamento diferenciado entre empresas brasileiras e estrangeiras, salvo critérios de desempate fixados no §2º (em virtude da Emenda 6/95, que revogou o art.171 da Constituição Federal, cujo §2º determinava preferência à empresa brasileira nas aquisições do poder público, o §2º do art.3º tornou-se inconstitucional, não podendo prevalecer tais critérios de desempate). O art.90 da mesma Lei configura como crime a fraude ao caráter competitivo do processo licitatório”.²⁷

“a EC n.6/95 revogou integralmente o art.171, eliminando as distinções e preferências que enunciava, e, por conseguinte, qualquer vantagem em relação a empresas brasileiras desse ou daquele tipo. Ao fazê-lo, o Constituinte deixou de recepcionar todos os dispositivos legais que contrariassem a nova definição constitucional, entre eles o art.3º, §2º, I a III, do Estatuto. Em consequência, referidos dispositivos perderam a eficácia diante da nova diretriz constitucional. A despeito da evidentiíssima intenção do Constituinte, há ainda quem sustente ter remanescido a eficácia dos mesmos dispositivos”.²⁸

Princípio da Publicidade – Se os atos administrativos em geral devem ser públicos, devendo a Administração atuar com a adequada transparência, tal se revela imprescindível mais ainda no tocante às licitações, quando se busca não apenas dar ciência do procedimento, mas, sobretudo, atrair o maior número possível de interessados em contratar com o Poder Público, obtendo-se, com isso, maiores chances de se obter uma proposta que melhor atenta ao interesse coletivo.

“Este princípio informa que a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas. E a razão é simples: quanto maior for a quantidade de pessoas que tiverem conhecimento da licitação, mais eficiente poderá ser a forma de seleção, e, por conseguinte, mais vantajosa poderá ser a proposta vencedora”.²⁹

Princípio da Probidade Administrativa – É também um princípio geral da atividade administrativa, devendo o Administrador atuar com a necessária honestidade, lealdade e boa-fé para com os administrados, visando sempre alcançar a melhor satisfação do interesse público. Adquire coloração especial em matéria de licitações, pois as contratações administrativas envolvem elevados gastos públicos, os quais devem ser bem empregados. O art.37, §4º, da Lei Maior dispõe que “os atos de improbidade administrativa importarão suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. E a Lei 8429/92 já dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta e indireta.

²⁶ Idem, p.474.

²⁷ Odete Medauar, ob. cit., p.217.

²⁸ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.204.

²⁹ Idem, p.201.

“A Lei n.8666/93 faz referência à **moralidade** e à **probidade**, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art.37, §4º). O ato de improbidade administrativa está definido na Lei 8429, de 2-6-92; no que se refere à licitação, não há dúvida de que, sem usar a expressão improbidade administrativa, a Lei n.8666/93, nos artigos 89 a 99, está punindo, em vários dispositivos, esse tipo de infração”.³⁰

Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório – Usando as palavras do mestre Hely Lopes Meirelles, “o edital é a lei interna da licitação”.³¹ Significa dizer que tanto a Administração quanto os administrados devem a ele se reportar ao fundamentar seus intentos, sem possibilidade, em regra, de modificação posterior. Encontra previsão expressa no art.41 da Lei 8666/93, cujo *caput* reza que *a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada*. Será estudado mais à frente que existe um prazo apropriado para se impugnar o instrumento convocatório, após o qual não será possível modificá-lo.

“o Edital e a carta-convite são os instrumentos convocatórios da licitação e contêm as regras a serem seguidas no processo licitatório e muitas que nortearão o futuro contrato. O instrumento convocatório é a lei da licitação que anuncia, daí a exigência de sua observância durante todo o processo”.³²

“O princípio da vinculação tem extrema importância. Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa. Se o instrumento de convocação, normalmente o edital, tiver falha, pode ser corrigido, desde que ainda oportunamente, mas os licitantes deverão ter conhecimento da alteração e a possibilidade de se amoldarem a ela”.³³

Princípio do julgamento Objetivo – É uma decorrência da vinculação ao instrumento convocatório acima estudada. O julgamento da licitação, assim como as demais decisões incidentes ao longo do procedimento, devem observar os critérios objetivos previstos no Edital, sem levar em conta posicionamentos pessoais do Administrador. Deve-se descartar *subjetivismos e personalismos*, que põe a perder o caráter igualitário do certame.³⁴ Encontra previsão no art.45 da Lei 8666/93. Busca-se com isso evitar tratamento privilegiado a determinado concorrente por razões de ordem subjetiva a pretexto de se estar valendo da discricionariedade administrativa. É claro que não se pode eliminar totalmente o elemento subjetivo da decisão administrativa, sempre restando alguma carga de discricionariedade, na forma da lei. Porém, mesmo nesses casos, a decisão deve ser devidamente motivada.

“Por este princípio, fica evidenciado que a comissão de licitação não pode se valer de critérios subjetivos nos julgamentos das propostas e nem na fase habilitatória. Por isso mesmo, o edital que não contiver critérios objetivos de julgamento é viciado e não pode prosperar, a menos que corrigido. O princípio visa a evitar que o licitante seja surpreendido com critérios subjetivos desconhecidos até o momento do julgamento. As decisões tomadas pela comissão, valendo-se de critérios subjetivos, ainda que poucas em relação ao total, são passíveis de nulidade”.³⁵

³⁰ Di Pietro, ob. cit., p.298.

³¹ “Direito Administrativo Brasileiro”, 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996.

³² Odete Medauar, ob.cit., p.217.

³³ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.202.

³⁴ Carlos Ari Sundfeld, “Licitações e Contratos Administrativos”, 3ª edição, Rio de Janeiro: Esplanada, 1998, p.67.

³⁵ Edimur Ferreira, ob. cit., pp.266/267.

Princípio da Competitividade – É corolário do princípio da isonomia, que assegura iguais oportunidades aos licitantes, estimulando-se a competição em busca da proposta mais adequada ao interesse público. Tamanha é a importância desse princípio que o art.90 da Lei 8666/93 considera crime a frustração ou fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório. Tal ocorre, por exemplo, quando a Administração, buscando beneficiar determinado grupo de concorrentes, estabelece desmedidos critérios de habilitação que acabam por inviabilizar a competição. Nesse sentido, conforme precedente do STJ, o interesse público reclama o maior número possível de concorrentes, configurando ilegalidade a exigência desfilhada da lei básica de regência e com interpretação de cláusulas editalícias impondo condição excessiva para a habilitação.³⁶

“Significa que a Administração não pode adotar medidas ou criar regras que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação. Em outras palavras, deve o procedimento possibilitar a disputa e o confronto entre os licitantes, para que a seleção se faça da melhor forma possível. Fácil é verificar que, sem a competição, estaria comprometido o próprio princípio da igualdade, já que alguns se beneficiariam à custa do prejuízo de outros”.³⁷

Princípio da Indistinação – Apontado também como corolário do princípio da igualdade, “segundo o qual é vedado criar preferências ou distinções relativas à naturalidade, à sede ou ao domicílio dos licitantes (art.3º, §1º, II, do Estatuto). Algumas tentativas foram feitas para proteger licitantes de um ou de outro lugar na federação, mas os Tribunais as rejeitaram incisivamente”.³⁸

Princípio da Padronização – Tem relação específica com matéria de compras, tal como previsto no art.15, I, da Lei 8666/93, impondo-se, *sempre que possível*, compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas. Em outras palavras, busca-se assegurar, dentro do possível, a utilização de um modelo racional de aquisição de bens e serviços, evitando-se variações desregradas de fornecedores, a fim de que a Administração possa melhor dispor de assistência técnica, manutenção, reposição de peças e adequação de estoque. Esse princípio contempla a chamada *standardização* na aquisição de bens e serviços, sempre que possível, mediante um *processo administrativo* conduzido por uma *comissão de padronização*. Tal regra, todavia, não deve se transformar em uma premissa absoluta, comportando as exceções que forem do interesse público. Vale dizer, a padronização deve deixar de ser feita quando não for possível ou vantajosa para a Administração Pública. Além disso, deve ter cuidado para, a pretexto de padronizar, não se frustrar a realização de licitação, quando possível. Um dos autores que escrevem largamente sobre o tema é Diógenes Gasparini:

“Assim, deve a entidade compradora, em todos os negócios para a aquisição de bens, observar as regras básicas que levam à adoção de um estandar, de um padrão que, vantajosamente, possa satisfazer às necessidades das atividades que estão a seu cargo. As compras, portanto, não devem ser simplesmente realizadas, mas pensadas e decididas antes da sua efetivação, segundo esse princípio e as finalidades de interesse público que se quer alcançar.

O dispositivo, embora não pareça, torna obrigatória a padronização de bens utilizáveis no serviço; impõe que toda compra seja avaliada segundo esse princípio, com o intuito de evitar aquisições de bens diferentes nos seus elementos componentes, na qualidade, na produtividade e na durabilidade, com implicações diretas e imediatas no estoque, na manutenção, na assistência técnica, nos custos, no controle e na atividade administrativa.

(...) a padronização, seja pela escolha de um marca, seja pela entronização de um estandar próprio, não pode ser meio, instrumento, para beneficiar ou prejudicar fornecedores; nem utilizada como fim em si mesma, isto é, padronizar por padronizar.

³⁶ Resp 5.601/DF, Rel.Min. Demócrito Reinaldo.

³⁷ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.203.

³⁸ Idem.

A padronização, por todas essas razões, deve ser objeto de competente *processo administrativo*, aberto e instruído com toda a transparência possível e conduzido por uma comissão de alto nível, chamada de *comissão de padronização*. Tudo o que for importante para a entidade ver-se convencida da necessidade da padronização e para comprovar a vantagem da estandardização – estudos, laudos, perícias, pareceres técnicos, atestados, relatórios de experiências e testemunhos – deve fazer parte da instrução desse processo.

(...) Então, sempre que esse mecanismo racionalizador das compras puder ser usado em benefício da Administração Pública, qualquer bem por ela desejado pode ser padronizado. Sendo assim, podem ser padronizados, entre outros, os seguintes bens: mesas para escritório, máquinas de calcular, reprodutores de cópias, computadores, veículos de passageiros e de carga, tratores, alimentos, produtos químicos, tecidos, semoventes, impressos, embalagens e projetos de obras e serviços destinados aos mesmos fins.

(...) A padronização, seja pela seleção de uma marca, seja pela indicação de um estander próprio, não leva automática e inexoravelmente à dispensa ou à inexigibilidade de licitação. Esta será realizada entre os que podem e têm interesse em oferecer o material, equipamento ou gênero padronizado, pois, em tese, estão em condições de atender ao negócio desejado pela Administração Pública. Só não será promovida se um único fornecedor (produtor, empresa ou representante) puder atender ao desejo da Administração Pública”.³⁹

Princípio da Inalterabilidade do Edital – Já mencionado quando tratamos da vinculação ao instrumento convocatório, com base no art.41 da Lei 8666/93.

Princípio do Sigilo das Propostas – É condição necessária a se garantir a justa competição no certame, daí porque o art.43, §1º, da Lei de Licitações prevê a entrega de propostas em envelope fechado. Dita regra, todavia, atualmente já comporta exceções, como, por exemplo, no procedimento da nova modalidade de pregão (Lei 10520/2002), que admite novos lances verbais após a abertura de envelopes.

Princípio da Vedação à Oferta de Vantagens – Relaciona-se com o princípio do julgamento objetivo já estudado. Segundo dispõe o art.44, §2º, da Lei 8666/93, não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes. Significa dizer que “as regras de seleção devem ser adstritas aos critérios fixados no edital, não se podendo admitir que, além disso, intervenham fatores outros, como o de algum licitante ofertar vantagem própria ou baseada na oferta de outro licitante”.⁴⁰

Princípio da Ampla Defesa – Trata-se de um princípio de aplicação geral no tocante aos atos estatais, sejam eles praticados na esfera administrativa ou judicial (CF, art.5º, LV). Em tema de licitações especificamente, a ampla defesa torna-se imprescindível como medida de propiciar aos licitantes afastar eventuais obstáculos que lhe forem opostos na habilitação ao certame e à contratação. O respeito à ampla defesa garante a eficácia da competição. No tocante a aplicação de sanções administrativa, o art.87 da Lei 8666/93 dispõe expressamente sobre a necessidade de prévia defesa.

Princípio Formalismo Procedimental – É corolário do princípio da legalidade, significa que o procedimento de licitação deve obedecer aos moldes previstos em lei, não podendo o Administrador Público adotar outro rito.

“O princípio do formalismo procedimental passa a noção de que as regras do procedimento adotadas para a licitação devem seguir os parâmetros estabelecidos na lei, não sendo lícito aos

³⁹ Ob. cit., pp.394/399.

⁴⁰ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.204.

administradores subvertê-los a seu juízo. Percebeu o legislador que a própria igualdade de tratamento depende da rigidez formal dos mecanismos de competição, razão por que se impõe a observância do devido processo legal”.⁴¹

Princípio da obrigatoriedade – Já foi dito anteriormente que a licitação é a regra obrigatória nas contratações do Poder Público, admitindo o art.37, XXI da Constituição apenas algumas hipóteses legais em que ela poderá excepcionalmente não ocorrer, seja por dispensa ou por inexigibilidade. São os chamados casos excludentes de licitação, conforme será adiante estudado. Tais casos, todavia, devem ser vistos como exceção à regra de obrigatoriedade, razão pela qual o art.89 da Lei 8666/93 considera crime *dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade*.

Princípio da Adjudicação Compulsória – Em matéria de licitação, *adjudicação* “é o ato pelo qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação”. Segundo este princípio, uma vez concluído o procedimento licitatório, a Administração não pode atribuir a realização do contrato a outrem que não o vencedor da licitação. A doutrina chama a atenção para o fato de que, ao contrário do que possa dar a entender a expressão *adjudicação compulsória*, a Administração não está obrigada a contratar imediatamente, podendo deixar de fazê-lo de acordo com o interesse público (nesse sentido o vencedor da licitação tem apenas expectativa de contratar, não havendo direito adquirido à contratação). Na verdade, o princípio em tela apenas garante que, em caso de contratação pelo Poder Público, tal ocorrerá com o vencedor do certame. Outrossim, proíbe a Administração de realizar nova licitação enquanto eficaz a adjudicação anterior. Nesse sentido, dispõe o art.50 da Lei 8666/93 que *a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade*.

“O princípio da adjudicação compulsória ao vencedor impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor (arts.50 e 64). A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se esse desistir expressamente do contrato ou não o firmar no prazo prefixado, a menos que comprove o justo motivo. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

Advirta-se, porém, que o direito do vencedor limita-se à *adjudicação*, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, e não ao *contrato imediato*. E assim é porque a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorram motivos para essas condutas. O que não se lhe permite é contratar com outrem enquanto válida a adjudicação, nem revogar o procedimento ou protelar indefinidamente a adjudicação ou a assinatura do contrato *sem justa causa*. Agindo com abuso ou desvio de poder na invalidação ou no adiamento, a Administração ficará sujeita a correção judicial de seu ato e a reparação dos prejuízos causados ao vencedor lesado em seus direitos, quando cabível.

Com a adjudicação homologada encerra-se o procedimento licitatório, passando-se ao contrato”.⁴²

O tema dos efeitos da adjudicação é objeto de divergência na doutrina, conforme será estudado mais à frente.

4) Objeto.

O objeto da licitação é o próprio objeto do contrato que a Administração busca firmar com o particular, isto é, as obras, serviços, compras e alienações a que alude o art.37, XXI, da Carta Magna, bem como as concessões, permissões, locações e outras modalidades de relação jurídica travada entre o Poder Público e o particular interessado.

⁴¹ Idem, pp.203/204.

⁴² Hely Lopes Meirelles, ob. cit., pp.250/251.

Conforme definido no art.6º da Lei 8666/93, entende-se por **obra** toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta; por **serviço** toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais; por **compra**, toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente; e por **alienação**, toda transferência de domínio de bens a terceiros.

Hely Lopes ensina que "a finalidade precípua da licitação será sempre a obtenção do seu *objeto* nas melhores condições para a Administração, e, para tanto, esse *objeto* deverá ser convenientemente definido no edital ou no convite, a fim de que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público".⁴³

Verifica-se aí a importância da **definição do objeto** no edital, ou seja, "sua descrição com todos os dados necessários ao seu perfeito entendimento".⁴⁴ Nesse sentido o art.40, I, da Lei 8666/93 diz que o edital deverá obrigatoriamente indicar o *objeto da licitação, em descrição sucinta e clara*.

Alguns doutrinadores fazem menção a um objeto *imediato* e a um objeto *mediato* nas licitações. Assim, o **objeto imediato** seria "a seleção de determinada proposta que melhor atenda aos interesses da Administração". E o **objeto mediato** seria a "obtenção de certa obra, serviço, compra, alienação, locação ou prestação de serviço público, a serem produzidos por particular por intermédio de contratação formal".⁴⁵

Nem todo objeto de contrato é licitável, isto é, a depender da natureza do objeto contratual poderá não ser obrigatória a licitação, caracterizando hipóteses de inexigibilidade e de dispensa do certame. São exceções ao princípio da obrigatoriedade, o que será visto a seguir.

5) Hipóteses de inexigibilidade e de dispensa.

A licitação deixa de ser obrigatória nos casos excludentes que podem ser de duas espécies: casos de *inexigibilidade* de licitação e casos de *dispensa* de licitação. Nesses casos haverá contratação direta de determinado particular.

Essa contratação direta, todavia, não deve ser aleatória, conforme se verá.

Maria Sylvia Di Pietro assinala que "a diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há possibilidade de competição que justifique a licitação; de modo que a lei faculta a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável".⁴⁶

Vejamos as hipóteses separadamente:

5.1) Inexigibilidade de licitação.

Em regra os objetos de contratações pelo Poder Público são passíveis de serem prestados por mais de uma pessoa, propiciando, portanto, a realização de uma competição a fim de se verificar qual o prestador que melhor se adequa ao interesse público.

⁴³ Idem, p.251.

⁴⁴ Idem.

⁴⁵ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.199.

⁴⁶ Ob. cit., p.302.

Há casos, porém, em que tal concorrência não é possível, quando então haverá inexigibilidade de licitação.

O art.25 da Lei 8666/93 diz ser *inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição*. E, em caráter exemplificativo, cita algumas hipóteses em que isto poderá especialmente ocorrer:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por **produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca**, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de **natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação**;

III - para contratação de profissional de qualquer **setor artístico**, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que **consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública**.

§ 1º **Considera-se de notória especialização** o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, **respondem solidariamente** pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

O que se observa lendo o dispositivo legal é que os casos de inexigibilidade de licitação envolvem ou a **singularidade do objeto** ou a **singularidade do sujeito**. Celso Antônio Bandeira de Mello faz referência a essas duas hipóteses:

“Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame, por falta de seus ‘pressupostos lógicos’, em duas hipóteses:

a) **quando o objeto pretendido é singular**, sem equivalente perfeito. Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá ofertá-lo;

b) **quando só há um ofertante**, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito. Esta última hipótese corresponde ao que, em nossa legislação, se denomina produtor ou fornecedor exclusivo”.⁴⁷

Comentando ainda os casos de inexigibilidade de licitação, José dos Santos Carvalho Filho faz referência ao fornecedor exclusivo, às atividades artísticas e aos serviços técnicos especializados:

“1. FORNECEDOR EXCLUSIVO

(...) se apenas uma empresa fornece determinado produto, não se poderá mesmo realizar o certame. De acordo com correta classificação, pode a exclusividade ser **absoluta** ou **relativa**. Aquela ocorre quando só há um produtor ou representante comercial exclusivo no país; a relativa quando a exclusividade se dá apenas na praça em relação à qual vai haver a aquisição do bem. Na exclusividade relativa, havendo fora da praça mais de um fornecedor ou representante comercial,

⁴⁷ Ob. cit., pp.480/481.

poderá ser realizada a licitação, se a Administração tiver interesse em comparar várias propostas. Na absoluta, a inexigibilidade é a única alternativa para a contratação.(...)

O dispositivo é peremptório ao vedar preferência de marca. A razão é óbvia: a preferência simplesmente relegaria a nada a exigência de licitação. Logicamente, a vedação repudiada na lei não pode ser absoluta. Pode ocorrer que outras marcas sejam de produtos inadequados à Administração. Nesse caso a preferência estaria justificada pelo princípio da necessidade administrativa. Desse modo, parece correta a observação de que a escolha de determinada marca só pode dar-se em três hipóteses: 1) continuidade da utilização de marca já adotada no órgão; 2) para a utilização de nova marca mais conveniente; e 3) para o fim de padronização de marca no serviço público, todas evidentemente justificadas pela necessidade da Administração.

2. ATIVIDADES ARTÍSTICAS

(...) a arte é personalíssima, não se podendo sujeitar a fatores objetivos de avaliação. A Administração, na hipótese, pode firmar diretamente o contrato. A lei ressalva, todavia, que deva o artista ser consagrado pela crítica ou pela opinião pública. Entendemos que **consagração** é fator de extrema relatividade e varia no tempo e no espaço. Pode ser um artista reconhecido, por exemplo, apenas em certos locais, ou por determinado público ou críticos especializados.

3. SERVIÇOS TÉCNICOS ESPECIALIZADOS

(...) O Serviço é técnico quando sua execução depende de habilitação específica. A lei faz remissão ao art.13, onde estão mencionados vários desses serviços, como os de pareceres, auditorias, fiscalização, supervisão, treinamento de pessoal, estudos técnicos ou projetos, patrocínio de causas etc.

Para a contratação direta, devem os profissionais ou as empresas revestir-se da qualificação de **notória especialização**, ou seja, aqueles que desfrutem de prestígio e reconhecimento no campo de sua atividade. (...) Além dessas características, impõe a lei que os serviços tenham **natureza singular**. Serviços singulares são os executados segundo as características próprias do executor. Correta, portanto, a observação de que singulares são os serviços porque apenas podem ser prestados, de certa maneira e com determinado grau de confiabilidade, por um determinado profissional ou empresa. Por isso mesmo é que a singularidade do serviço está contida no bojo da notória especialização”.⁴⁸

5.2) Dispensa de licitação.

Consoante já assinalado, a dispensa de licitação ocorre quando, apesar de ser possível a competição, esta se revela inconveniente para a Administração, seja em razão do **pequeno valor** (fixado na lei como sendo de 10% do limite de valor adotado para a modalidade mais simples de licitação), em razão de **situações excepcionais** (v.g. casos de guerra, grave perturbação da ordem, emergência ou de calamidade pública), em razão do **objeto** (v.g. compra de imóvel específico, compra de hortifrutigrangeiros e outros gêneros perecíveis, com base no preço do dia), em razão da **pessoa** (v.g. contratação com instituição brasileira de ensino sem fins lucrativos e com reputação ético-profissional), em razão de **desinteresse na contratação** (casos de *licitação frustrada ou deserta*, em que não houve interessados na licitação anterior), em razão de **disparidade de propostas** (os licitantes oferecem preços incompatíveis com as condições de mercado), em razão de **complementação do objeto** (quando houver necessidade de complementar obra, serviço ou fornecimento anterior), dentre outras hipóteses.

São os casos em que a própria lei já **dispensa a licitação** (*licitação dispensada* - art.17, I, II, §§2º e 4º da Lei 8666/93) ou que a lei **faculta à Administração dispensá-la** (*licitação dispensável* -

⁴⁸ Ob. cit., pp.212/214.

art.24 da Lei 8666/93). Os exemplos de dispensa de licitação previstos nestes dois dispositivos são muito extensos, não sendo possível transcrevê-los aqui, pelo que remetemos o aluno ao exame do texto legal. Referem-se a situações em que, "pela sua particularidade, não se compatibilizam com o rito e a demora do processo licitatório".

"A dispensa de licitação caracteriza-se pela circunstância de que, em tese, poderia o procedimento ser realizado, mas que, pela particularidade do caso, decidiu o legislador não torná-lo obrigatório. Diversamente ocorre na inexigibilidade, porque aqui sequer é viável a realização do certame. Há, porém, dois aspectos preliminares que merecem ser considerados. O primeiro diz respeito à **excepcionalidade**, no sentido de que as hipóteses previstas no art.24 traduzem situações que fogem à regra geral, e só por essa razão se abriu a fenda no princípio da obrigatoriedade. O outro diz respeito à **taxatividade** das hipóteses. Daí a justa advertência de que os casos enumerados pelo legislador são taxativos, não podendo, via de consequência, ser ampliados pelo administrador. Os casos legais, portanto, são os únicos cuja dispensa de licitação o legislador considerou mais conveniente ao interesse público".⁴⁹

Comentando o art.24 da Lei n. 8.666/93, Marçal Justen Filho sistematiza os casos de dispensa de licitação basicamente em quatro hipóteses: "a) *custo econômico da licitação*: quando o custo econômico da licitação for superior ao benefício dela extraível (incs. I e II); b) *custo temporal da licitação*: quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação (incs. III, IV, XII e XVIII); c) *ausência de potencialidade de benefício*: quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação (incs. V, VII, VIII, XI, XIV, XVII, XXIII, XXVI, XXVIII e XXIX); d) *função extraeconômica da contratação*: quando a contratação não for norteadada pelo critério de vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins (incs. VI, IX, X, XIII, XV, XVI, XIX, XX, XXI, XXIV, XXV e XXVII)".⁵⁰

Acrescenta o autor que a hipótese do inc. XXII não se subordina a nenhum desses casos, assemelhando-se mais à situação de inexigibilidade do que propriamente de dispensa. Da mesma forma, as hipóteses dos incs. X, XV, XIX, XXII, XXV, XXVI e XXVIII não caracterizam dispensa de licitação, mas inexigibilidade, porquanto se assemelham à situação descrita como ausência de viabilidade da competição.

No âmbito da dispensa, há autores que fazem a distinção substancial entre licitação *dispensável* (art.24) e licitação *dispensada* (at.17):

"O art.17 da Lei n. 8.666/93 dispensa de licitação a alienação de bens móveis e imóveis da Administração. A licitação dispensada difere da licitação dispensável do art.24: esta contempla hipóteses em que a licitação seria possível, porém afastável em homenagem a outros bens jurídicos e interesses públicos que devem prevalecer nas peculiares circunstâncias do caso concreto; naquela, a norma previamente identifica a pessoa física ou jurídica a quem a Administração alienará bens que se tornaram inservíveis ou superados para as finalidades próprias do serviço público, bem como aqueles que desde a sua origem já haviam sido destinados a finalidades específicas de interesse social".⁵¹

Porém, outros discordam dessa distinção, salientando que o regime jurídico é exatamente o mesmo numa e outra situação, como aponta Marçal Justen Filho:

"Não parece de maior utilidade a distinção entre licitação *dispensada* e *dispensável*. A diferença foi afirmada a propósito das hipóteses dos arts.17 e 24, respectivamente. Segundo alguns, o art.17

⁴⁹ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.205.

⁵⁰ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.301-302.

⁵¹ Jessé Torres Pereira Júnior e Marínes Restelatto Dotti. *Políticas públicas nas licitações e contratações administrativas*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 33.

conteria situações em que a licitação foi dispensada pelo próprio legislador. Já o art.24 traria autorização para dispensa de licitação por parte do administrador. Com todo o respeito, não se afigura procedente a distinção, a nosso ver. Em ambos os casos, o legislador *autoriza* contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do art.24. Aliás, não fosse assim, o art.17 conteria hipóteses de *vedação* de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar licitação nas hipóteses do art.17, desde que o administrador reputa presentes os requisitos para tanto. (...) Para ser mais preciso, a natureza jurídica da dispensa prevista no art.17 não é distinta daquela contida no art.24”.⁵²

Há ainda quem mencione que algumas das hipóteses legais de licitação dispensável deveriam ser consideradas como casos de **licitação proibida**, citando-se, por exemplo, *quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional* (art.24, IX).

5.3) Requisitos para a contratação direta.

O fato de haver hipóteses excludentes de licitação (dispensa ou inexigibilidade) não significa que a Administração possa escolher o contratante de modo arbitrário ou despropositado.

O legislador apenas autorizou que a contratação não necessite observar rigidamente as regras previstas para as modalidades licitatórias típicas, porém cabe à Administração, mesmo nas contratações diretas, seguir critérios razoáveis e até mesmo, em alguns casos, adotar algum processo seletivo simplificado que seja adequado ao objeto do contrato.

Por isso Marçal Justen Filho considera a contratação direta como **forma anômala de licitação**:

“A contratação direta submete-se a um procedimento administrativo, como regra. Ou seja, ausência de licitação não equivale a contratação informal, realizada com quem a Administração bem entender, sem cautelas nem documentação. Ao contrário, a contratação direta *exige* um procedimento prévio, em que a observância de etapas e formalidades é imprescindível. Somente em hipóteses-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta a atividade administrativa. (...) Por tudo isso, não seria absurdo afirmar que a contratação direta deve ser aplicada como uma modalidade autônoma de licitação. Explica-se a afirmativa. Não se confunde a contratação direta com os casos de concorrência, tomada de preços etc. Mas a contratação direta pressupõe um procedimento formal prévio, destinado a produzir a melhor escolha possível para a Administração. Esse procedimento envolve autonomia variável para a Administração, mas que versa apenas sobre as providências concretas a serem adotadas. Não há margem de discricionariedade acerca da observância de formalidades prévias, as quais devem ser suficientes para comprovar a presença dos requisitos da contratação direta e para legitimar as escolhas da Administração quanto ao particular contratado e o preço adotado. (...) Não é raro que esse procedimento prévio à contratação se exteriorize como uma concorrência simplificada. (...) Vale dizer, a regra é a disputa, mesmo na contratação direta. A exceção é a ausência de competição”. (...) Mesmo quando se trate de reduzido valor das contratações, não se justifica a ausência de providências para obter a melhor contratação possível. A Administração estará obrigada a adotar procedimentos seletivos simplificados”.⁵³

Nessa linha, o autor assevera que, a princípio, não é admissível que a escolha do contratante se faça por critérios subjetivos do administrador, haja vista inclusive o princípio da impessoalidade que deve

⁵² *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.300.

⁵³ *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p297-299.

nortear todas as atividades da Administração. Contudo, acaba reconhecendo que haverá casos em que a subjetividade da contratação será inevitável, mormente quando não houver possibilidade de se adotar qualquer padrão objetivo na avaliação do objeto do contrato:

“Não é admissível que a escolha faça-se por critérios meramente opinativos do agente administrativo. Será imperioso admitir a possibilidade da disputa, estabelecendo-se critérios impessoais de escolha. Até se admitirá escolha meramente aleatória (sorteio). (...) Há casos, porém, em que o critério de escolha é preponderantemente subjetivo. Isso se passa quando o objeto do contrato envolve atuação personalíssima do contratado. Há manifestação direta da criatividade humana, não suscetível de avaliação por padrões de objetividade. Essas hipóteses se relacionam com a inexigibilidade de licitação. Não se faz licitação porque não há parâmetro de julgamento objetivo. Logo, a escolha da Administração pode recair sobre o sujeito que lhe for mais simpático ou cuja atuação for digna de maior confiança ou que estiver mais próximo dos ideais pessoais do agente público etc. O exemplo mais característico é o da contratação de um artista para atividades de diversão pública. Respeitados certos parâmetros gerais, a escolha retratará manifestações subjetivas do agente estatal”.⁵⁴

Seja como for, a contratação direta pressupõe a adoção de certos procedimentos que propiciem algum controle de legalidade do ato, caso contrário se resvalaria no campo da arbitrariedade.

Daí porque o art.26 da Lei 8666/93 prevê que, com exceção dos casos de dispensa em razão de pequeno valor, todos os demais casos de dispensa de licitação (art.17, §§2º e 4º e art.24, III a XXIV), assim os casos de inexigibilidade de licitação (art.25) deverão ser **necessariamente justificados e comunicados** dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

Se, a pretexto de se adotar hipótese de dispensa ou inexigibilidade de licitação, for comprovada a ocorrência de **superfaturamento**, *responderão solidariamente* pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis (art.25, §2º).

Ressalte-se mais uma vez que a adoção de dispensa ou inexigibilidade fora dos casos taxativamente previstos na lei, assim como a inobservância das formalidades previstas para tais hipóteses, é tipificada como **crime** no art.89 da Lei de Licitações.

6) Modalidades:

A Lei 8666/83 prevê **cinco modalidades** de licitação, quais sejam *concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão*, vedando a criação de outras modalidades ou a combinação dentre as nela mencionadas (art.22, *caput* e §8º).

Além dessas, foi instituída mais uma **nova modalidade** licitatória pela Lei 10.520/2002, qual seja o *pregão*.

Estudaremos a seguir cada uma delas, inicialmente examinando as hipóteses de adoção das mesmas e, mais a frente, verificando os procedimentos a serem empregados em cada caso.

6.1) Concorrência;

⁵⁴ *Idem*, p. 298.

Segundo o art.22, par.1º, concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Trata-se de modalidade licitatória muito ampla, destinada, em regra, a **obras de grande vulto**, conforme faixa de valor fixada por lei (atualmente acima de R\$ 1.500.000,00 para obras e serviços de engenharia, e acima de R\$650.000,00 para outros serviços e compras – Lei 8666, art.23, I, c e II, c, com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27.5.98)

Além disso, é também utilizada tendo em vista a **natureza de determinados contrato**, independentemente do valor, tal como ocorre com a compra ou alienação de bens imóveis (salvo alguns casos de leilão), de concessão de direito real de uso ou com contratações internacionais (salvo alguns casos de tomada de preço e convite). Ademais, a seleção no *sistema de registro de preços*, para fins de compras, deve também ser feita mediante concorrência (art.15, §3º).

É a modalidade que demanda **formalismo mais acentuado**, tendo duas características básicas: **ampla publicidade** e a **universalidade**. Isto porque é uma modalidade destinada à participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos do edital, mediante **habilitação preliminar**. Portanto, ao contrário do que ocorre na tomada de preços, a concorrência não exige cadastro prévio dos licitantes. Acerca dessas características, escreve Hely Lopes Meirelles:

“**Universalidade:** é a possibilidade que se oferece à participação de *quaisquer interessados* na concorrência, independentemente de registro cadastral na Administração que a realiza ou em qualquer outro órgão público. A lei nacional é clara no conceituar a *concorrência* como a modalidade de licitação em que se admite a participação de qualquer licitante através de convocação da maior amplitude, diversificando-a da *tomada de preços*, restrita aos interessados previamente cadastrados, observada a necessária habilitação. Assim sendo, além dos comprovantes da capacitação jurídica, técnica e financeira, bem como da regularidade fiscal, é inadmissível a exigência de quaisquer outros requisitos para participar da concorrência, tais como registros especiais, porque isso infringiria o princípio da *universalidade*, que é inerente a essa modalidade de licitação.

Ampla publicidade: a *ampla publicidade* da convocação para a concorrência é requisito essencial, por relacionar-se com o princípio da *universalidade*. O que a lei exige é a divulgação da *abertura da concorrência* com a maior amplitude possível e desejável, tendo em vista o vulto e a complexidade do seu objeto. Para tanto, a Administração poderá usar de todos os meios de informação ao seu alcance para essa divulgação, por tantas vezes quantas julgar necessárias. O que não se lhe permite é desatender ao mínimo de publicidade, consistente na convocação dos interessados pela imprensa oficial e particular, nem sonegar o edital e seus anexos aos interessados. Se o fizer, a Administração exporá o procedimento licitatório e o contrato subsequente à invalidação”.⁵⁵

6.2) Tomada de preços;

Segundo o art.22, par.2º, tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

É modalidade destinada a **contratações de vulto médio**, conforme a faixa de valor fixada na lei (atualmente até R\$ 1.500.000,00 para obras e serviços de engenharia, e até R\$650.000,00 para outros serviços e compras – Lei 8666, art.23, I, b e II, b, com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27.5.98)

⁵⁵ Ob. cit., pp.284/285.

A tomada de preços não demanda a ampla divulgação típica da concorrência, pois “só participam da competição aqueles que estão previamente cadastrados e os cadastráveis, vale dizer, aqueles que demonstrem condições de provar, antes da data final do recebimento das propostas, que possuem os requisitos para o cadastramento”.⁵⁶

Somente poderão participar da tomada de preços os interessados que possuírem o **Certificado de Registro Cadastral** (CRC), válido no máximo por um ano, ou aqueles que, mesmo não possuindo esse certificado, apresentarem os documentos necessários ao cadastramento até três dias antes da abertura dos envelopes, com a devida qualificação (art.22, §2º). Essa possibilidade de cadastramento durante o certame, criada pela Lei 8666/93, conferiu alguma dose de universalidade à modalidade de tomada de preços.

“O **certificado de registro cadastral**, por sua vez, deve refletir fielmente a situação do inscrito, trazendo, além dos dados identificadores do profissional ou empresa e do prazo de validade do registro, a categoria ou grupo a que pertence; a quantidade e qualidade do aparelhamento técnico; o nível da equipe técnica e administrativa; o montante do capital realizado; o faturamento do exercício anterior e o lucro líquido; a indicação do desempenho em contratos anteriores; e demais elementos esclarecedores que propiciem o pleno conhecimento do pretendente à contratação lícita”.⁵⁷

Frise-se, portanto, o pressuposto de **habilitação prévia** característico na tomada de preços, pois “enquanto na concorrência a habilitação constitui uma fase autônoma em cada certame, na tomada de preços a aferição, em sua maior parte, se faz com antecipação, ao momento da inscrição nos registros cadastrais”.⁵⁸

Tais cadastros “são registros dos fornecedores de bens, executores de obras e serviços que ali se inscreveram, mantidos por órgãos e entidades administrativas que freqüentemente realizam licitações. Deles podem servir-se outras unidades que o desejem”.⁵⁹ São registros que devem ser atualizados anualmente (art.34), podendo a unidade administrativa que promove a licitação utilizar cadastros de outros órgãos ou entidades da Administração Pública (art.34, §2º).

Acerca da tomada de preços escreve Maria Sylvia Di Pietro:

“A Lei 8666/93 mudou o conceito de tomada de preços, uma vez que, pela legislação anterior, ela se limitava aos licitantes **previamente** cadastrados; estava ausente a universalidade, já que a licitação era aberta apenas àqueles inscritos no registro cadastral; a lei atual, de certa forma, desnaturou o instituto ao permitir a participação de interessados que apresentem a documentação exigida para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. O objetivo evidente foi o de abrir portas para maior número de licitantes, o que pode convir aos interesses da Administração; mas não há dúvida de que o procedimento da tomada de preços veio tornar-se praticamente mais complexo, já que a comissão de licitação tem que examinar a documentação dos licitantes que participarem dessa forma. A grande vantagem da tomada de preços estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, essa fase praticamente se iguala à da concorrência, quando houver licitantes utilizando-se dessa nova forma de participação”.⁶⁰

Por fim, José dos Santos Carvalho Filho destaca a possibilidade de **substituição** nas situações em que, “ainda que o vulto do contrato comporte a tomada de preços, pode o administrador optar por realizar concorrência. Mas a recíproca não é verdadeira, ou seja, não pode a concorrência ser

⁵⁶ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.216.

⁵⁷ Hely Lopes, ob. cit., p.290.

⁵⁸ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.218.

⁵⁹ Celso Antônio, ob. cit., p.496.

⁶⁰ Ob. cit., p.317.

substituída pela tomada de preços. Isso significa que pode ser escolhida modalidade mais formal do que seria a pertinente, mas nunca modalidade mais informal”.⁶¹

6.3) Convite;

Segundo o art.22, par.3º, convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

É modalidade destinada a **contratações de menor vulto**, conforme a faixa de valor fixada na lei (atualmente até R\$ 150.000,00 para obras e serviços de engenharia, e até R\$80.000,00 para outros serviços e compras – Lei 8666, art.23, I, a e II, a, com a redação dada pela Lei nº 9.648, de 27.5.98)

Por isso, comporta o **menor rigor formal** dentre as modalidades licitatórias.

Ao contrário das demais modalidades licitatórias, na modalidade de convite **não há edital**; o instrumento de convocação é chama-se **carta-convite**.

Deverão ser convidadas **no mínimo três interessados**. Se não aparecer esse número mínimo, e se houver possibilidade de haver outros possíveis interessados, deverá ser repetido o convite, salvo se restar demonstrado o desinteresse dos interessados ou a limitações do mercado, mediante a devida justificação no processo.

As empresas que não forem convidadas também poderão participar, desde que estejam cadastradas e manifestem o seu interesse até 24 antes da apresentação das propostas.

Observe-se que a participação no certame pressupõe duas situações: 1) a empresa, cadastrada ou não, é convidada; 2) a empresa cadastrada não é convidada, mas manifesta o seu interesse no prazo legal. Assim, a empresa não cadastrada somente participará da licitação se a Administração a convidar. Todavia, apesar dos termos do art.22, III, Celso Antônio Bandeira de Mello entende que, tal como ocorre com a tomada de preços, mesmo os não cadastrados “terão direito a disputar o convite se, tomando conhecimento dele, requererem o cadastramento no prazo estabelecido em relação àquela modalidade licitatória (três dias antes do recebimento das propostas)”.⁶²

O art.22, §6º dispõe que, existindo na praça **mais de 3 (três) possíveis interessados**, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

O art.22, § 7º regulamenta as hipóteses de **desinteresse dos convidados** ou de **limitação do mercado** já mencionadas. Segundo ele, quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção do número mínimo de licitantes, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite.

6.4) Concurso;

Segundo o art.22, par.4º, concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração

⁶¹ Ob. cit., p.218.

⁶² Ob. cit., p.497.

aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Cuida-se, portanto, de modalidade licitatória voltada para o exame de **trabalho intelectual**.

Importante destacar que a Administração só poderá contratar, pagar, premiar ou receber projeto ou serviço técnico especializado desde que o autor ceda os direitos patrimoniais a ele relativos e a Administração possa utilizá-lo de acordo com o previsto no regulamento de concurso ou no ajuste para sua elaboração (art.111 da Lei 8666). Vale dizer, em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente (art.52, §2º).

Quando o projeto referir-se a obra imaterial de caráter tecnológico, insuscetível de privilégio, a cessão dos direitos incluirá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos de informação pertinentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, fixação em suporte físico de qualquer natureza e aplicação da obra (art.111, parágrafo único).

O julgamento no concurso será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não (art.51, §5º).

O concurso deve ser precedido de regulamento próprio, a ser obtido pelos interessados no local indicado no edital, e que deverá indicar a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos (art.52).

Sobre o concurso escreve José dos Santos Carvalho Filho:

"Quando faz um concurso, a Administração não pretende contratar com ninguém, ao menos em princípio. Quer apenas selecionar um projeto de cunho intelectual e a seu autor conceder um prêmio ou determinada remuneração. Com o cumprimento desse ônus pela Administração, a licitação fica encerrada.

O prêmio ou a remuneração, no entanto, só poderão ser pagos se o autor do projeto ceder à Administração os direitos patrimoniais a ele relativos e a ela permitir a utilização, de acordo com sua conveniência, na forma do que estabelecer o regulamento ou o ajuste para a elaboração deste. Se o projeto se referir à obra imaterial de cunho tecnológico, não passível de privilégio, a cessão dos direitos abrangerá o fornecimento de todos os dados, documentos e elementos informativos referentes à tecnologia de concepção, desenvolvimento, aplicação da obra e fixação em suporte físico de qualquer natureza.

Como se trata de seleção de projeto intelectual, cumpre que a comissão que dirige a licitação seja bastante criteriosa e apta intelectualmente, uma vez que não é difícil perceber que, em face do inevitável subjetivismo seletivo, pode ser facilitado eventual desvio de finalidade".⁶³

6.5) Leilão;

Segundo o art.22, par.5º, leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Observe-se que a modalidade de leilão refere-se em regra à venda de **bens móveis**, admitindo-se também em relação aos semoventes.

⁶³ Ob. cit., pp.219/220.

No caso de *bens imóveis*, a regra é a realização de concorrência e o leilão somente poderá ser utilizado quando se tratar de imóveis *cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento* (art.19).

Convém ressaltar que “os bens móveis mencionados são **inservíveis** para a Administração, o que não significa que não tenham utilidade para outras pessoas. Sucata de ferro, dormentes, veículos etc. São bens de valor econômico, embora tenham perdido a utilidade ou a finalidade para as atividades concernentes à Administração Pública”.⁶⁴

Todo bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação (art.53, §1º). Os bens passíveis de serem levados a leilão são aqueles avaliados, isolada ou globalmente, em quantia não superior ao limite previsto para as compras na tomada de preços (arts.17, §6º e 23, II, b). Logo, atualmente, os bens avaliados em valor superior a R\$650.000,00 não podem ir a leilão.

A exemplo da concorrência, no leilão também há o requisito de **ampla publicidade**, a fim de que se atraia o maior número possível de participantes. Os interessados oferecerão **lances**, sendo vencedor o que oferecer maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Dispõe o art.53 do Estatuto de Licitações que o leilão pode ser cometido a **leiloeiro oficial ou a servidor designado** pela Administração. Com vistas a este dispositivo, o mestre Hely Lopes aponta a existência de dois tipos de leilão: “o *comum*, privativo de leiloeiro oficial, onde houver; e o *administrativo* propriamente dito. O **leilão comum** é regido pela legislação federal pertinente, mas as condições de sua realização poderão ser estabelecidas pela Administração interessada; o **leilão administrativo** é o instituído para a venda de mercadorias apreendidas como contrabando, ou abandonadas nas alfândegas, nos armazéns ferroviários ou nas repartições públicas em geral, observadas as normas regulamentares da Administração interessada”.⁶⁵

“Sendo o leilão um ato negocial instantâneo, não se presta às alienações que dependam de contrato formal. Realmente, no leilão, o bem é *apregoadado*, os lances são *verbais*, a venda é feita *à vista* ou a *curto prazo* e a entrega se processa de imediato.

No leilão não se torna necessária qualquer habilitação prévia do licitante, em face das características acima apontadas. O essencial é que os bens a serem leiloados sejam previamente avaliados e postos à disposição dos interessados para exame e que o leilão seja precedido de ampla publicidade, mediante edital que indique seu objeto e o local, dia e hora em que será *apregoadado*, para atrair o maior número de licitantes e evitar o favoritismo na arrematação”.⁶⁶

6.6) Pregão.

Com o objetivo de desburocratizar e agilizar o procedimento de licitação nos casos de contratos administrativos de pouca complexidade, a Lei 10.520/2002 instituiu o pregão como nova modalidade licitatória, ao lado das já previstas na Lei 8666/93. Buscou com isso “acelerar o processo de escolha de futuros contratados da Administração em hipóteses determinadas e específicas”.⁶⁷

O pregão foi inicialmente previsto pela Medida Provisória 2026 e reedições, apenas para o âmbito federal, o que foi objeto de críticas doutrinárias. Com a conversão na Lei 10520/2002, passou-se a admitir o manuseio do pregão no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, adotando, com isso, o caráter de **lei nacional** e não apenas *lei federal*.

⁶⁴ Maria Luiza Machado Granziera, “Contratos Administrativos”, São Paulo: Atlas, 2002, p.57.

⁶⁵ Ob. cit., pp.292/293.

⁶⁶ Idem, p.293.

⁶⁷ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.239.

O art.9º da Lei 10520 estabelece que devem ser aplicadas *subsidiariamente* as normas da Lei 8666 ao procedimento do pregão.

Nos termos do art.1º, da nova Lei, podem ser objeto de pregão a aquisição de **bens e serviços comuns**, quais sejam, aqueles *cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*. Não há qualquer restrição por faixa de valor, ao contrário do foi adotado na sistemática da Lei 8666, conforme estudamos no tocante à concorrência, à tomada de preços e ao convite.

São de grande variedade os *bens comuns* e os *serviços comuns* objeto do pregão, vindo geralmente enumerados em decretos executivos (v.g. Decretos 3555 e 3693/2000) , daí porque certamente será de grande utilização essa nova modalidade licitatória.

“Os **bens comuns** dividem-se em *bens de consumo* (os de freqüente aquisição) e *bens permanentes* (mobiliário, veículos etc). Os **serviços comuns** são de variadíssima natureza, incluindo-se, entre outros, os de apoio administrativo, hospitalares, conservação e limpeza, vigilância, transporte, eventos, assinatura de periódicos, serviços gráficos, informática, hotelaria, atividades auxiliares (motorista, garçom, ascensorista, copeiro, mensageiro, secretaria, telefonista etc.)⁶⁸.

Aspecto importante diz respeito à **facultatividade** do pregão, uma vez que “não é modalidade de uso obrigatório pelos órgãos públicos. Trata-se, pois, de atuação discricionária , na qual a Administração terá a faculdade de adotar o pregão (nas hipóteses cabíveis) ou algumas das modalidades previstas no Estatuto geral”.⁶⁹

Por isso o art.1º da Lei 10520 diz que, para a aquisição de bens e serviços comuns, *poderá* ser adotada a modalidade de pregão. Todavia, como chama a atenção José dos Santos Carvalho Filho, essa discricionariedade na adoção do pregão deve ser encarada com algumas reservas:

“A despeito da faculdade conferida à Administração Pública, é preciso levar em consideração a finalidade do novo diploma, que é a de propiciar maior celeridade e eficiência no processo de seleção dos futuros contratados. Surgindo hipótese que admita pregão, temos para nós que a faculdade praticamente desaparece, ou seja, o administrador deverá adotá-lo para atender ao fim público da lei. É o mínimo que se espera diante do princípio da razoabilidade. Entretanto, se optar por outra modalidade, caber-lhe-á justificar devidamente sua escolha, a fim de que se possa verificar se os motivos alegados guardam congruência com o objeto do ato optativo”.⁷⁰

Podemos apontar como outras características do pregão a adoção parcial do **princípio da oralidade** (vez que poderão se apresentadas verbalmente propostas e lances), a observância, dentro do possível, do **princípio do informalismo** (com utilização de recursos da informática – art.2º, §1º, da nova Lei).

Apontando as diferenças do pregão em relação às outras modalidades licitatórias, assinala Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Verifica-se, pelo exposto, que o ‘pregão’ é uma forma de leilão não para alienar, mas para adquirir ‘bens e serviços comuns’. Apresenta como característica distintiva em relação às modalidades da concorrência, tomada de preços e convite, previstas na Lei 8666, pelo menos duas muito salientes. Uma, a de que, ao contrário delas, em que o valor é determinante de suas variedades, o pregão é

⁶⁸ Idem, p.241.

⁶⁹ Idem, p.240.

⁷⁰ Idem.

utilizável qualquer que seja o valor do bem ou serviço a ser adquirido; outra, a de que o exame da habilitação não é prévio ao exame das propostas, mas posterior a ele”.⁷¹

Os trabalhos no pregão serão dirigidos por um **pregoeiro**, designado pela autoridade competente da unidade administrativa e com as atribuições de receber propostas e lances, analisar a sua aceitação e classificação, habilitar os concorrentes e adjudicar o objeto da licitação.

7) Comissão de licitação.

Em geral, o procedimento de escolha de contratantes é conduzido por uma comissão, que poderá ser permanente ou especial, criada pela Administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes (Lei 8666, art.6º, XVI).

Observe-se que poderá haver uma comissão permanente na unidade administrativa ou poderá ser criada uma comissão especial. “Nas licitações de rotina, a **comissão permanente** é a indicada para conduzir os processos, seja de contratação, seja de cadastramento. Já a **comissão especial** atua em licitações também especiais, em que o objeto a ser licitado diferencia-se da praxe. É o caso, por exemplo, das concessões de serviço público ou de aquisição de equipamentos de grande porte para a informática ou outra finalidade, pois tais processos ensejam análises técnicas específicas, tanto na fase de habilitação como no julgamento das propostas”.⁷²

Consoante disposto no art.51 do Estatuto, a habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, **no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados** pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação (*caput*).

No caso de convite, a comissão de licitação, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e em face da exigüidade de pessoal disponível, poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente (§1º).

A comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos (§2º).

Os membros das comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão (§3º).

A investidura dos membros das comissões permanentes não excederá a 1 (um) ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente (§4º).

No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não (§5º).

Saliente-se que nem todas as modalidades de licitação são conduzidas por meio de uma comissão. Já se falou, em relação ao convite, que a comissão pode ser eventualmente substituída por um servidor. Além disso, não há comissão nos procedimentos de leilão (conduzido por um *leiloeiro* –

⁷¹ Ob. cit., pp.503/504.

⁷² Maria Luiza Machado Granziera, ob. cit., pp.53/54.

art.53 da Lei 8666/93) nem de pregão (conduzido por um *pregoeiro* – art.3º, IV, da Lei 10520/2002).

8) Registro cadastral.

O art.34 da Lei 8666/93 estabelece que os órgãos e entidades da Administração Pública que realizem freqüentemente licitações manterão registros cadastrais para efeito de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano.

O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e deverá estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados (§1º).

É facultado às unidades administrativas utilizarem-se de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública (§2º).

O art.36 do Estatuto faz alusão ao já mencionado **Certificado de Registro Cadastral** (CRC), fornecido aos inscritos e renovável sempre que atualizarem o registro, com **validade máxima de um ano**, sendo que a atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral.

Como o registro cadastral tem validade por até um ano, devem os inscritos, para fins de atualização, cuidar de anexar ao cadastro eventuais documentos cuja validade, nos termos da lei, seja inferior a um ano. É o caso, por exemplo, das certidões negativas de débitos fiscais e previdenciários.

Já se estudou que os pedidos de inscrição no registro cadastral, assim como a sua alteração, suspensões e cancelamentos, são examinados pela comissão de licitação (art.51).

Anote-se que “se uma empresa cadastrada deixar de apresentar novo documento para regularizar os prazos de validade ou se, durante a execução do contrato, deu motivo para sofrer penalidades de advertência, multas, suspensão temporária ou, ainda se, por alguma razão devidamente descrita e fundamentada em processo, deu causa à perda do cadastro, cabe a alteração, suspensão ou, ainda, o cancelamento de seu Certificado de Registro Cadastral”.⁷³

O art. 98 da Lei 8666 considerou como **crime** *obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito.*

Em geral os registros cadastrais são utilizados para o procedimento da **tomada de preços**, cuja tônica é a *habilitação preliminar*.

A Lei 8666, em seu art.32, §§2º e 3º, admite, porém, que o CRC possa seja empregado nas **outras modalidades** de licitação, até mesmo em substituição aos documentos de habilitação nas concorrências, quando previsto no edital e desde que o concorrente se comprometa a declarar, sob as penas da lei, a superveniência de fato impeditivo da habilitação (art.32, §2º).

9) Sistema de Registro de Preços.

O art. 15, II, da Lei 8666/93 estabelece que as **compras**, sempre que possível, deverão ser processadas através de *sistema de registro de preços*, precedido de ampla pesquisa de mercado e

⁷³ Idem, p.52.

publicado trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial (§§1º e 2º). Quando possível, esse sistema deverá ser informatizado (§5º)

Pelo sistema de registro de preços, "os interessados em vender bens ao poder público indicam os valores de tais bens, válidos por certo período, e as quantidades que podem fornecer, se solicitadas".⁷⁴

Trata-se de um procedimento licitatório feito por antecipação, sob a modalidade de **concorrência** ou de **pregão**, do tipo menor preço, no qual o vencedor do certame terá o seu preço registrado em cadastro, para fins de futura contratação de compra.

Esse sistema deve ser regulamentado por decreto (atualmente o Decreto 3931/2001), atendidas as peculiaridades regionais, observadas a seleção feita mediante concorrência, a estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados e a validade do registro não superior a um ano (§3º).

A existência de preços registrados não obriga a Administração a firmar as contratações que deles poderão advir, ficando-lhe facultada a utilização de outros meios, respeitada a legislação relativa às licitações, sendo assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições (§4º).

Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado (§6º).

Nos termos do art. 10 do Decreto 3931/2001, após a licitação será assinada uma *Ata de Registro de Preços* que, após cumpridos os requisitos de publicidade, terá efeito de compromisso de fornecimento nas condições estabelecidas.

Em suma, o registro de preços "é um procedimento que a Administração pode adotar perante compras rotineiras de bens padronizados ou mesmo na obtenção de serviços. Neste caso, como presume que irá adquirir os bens ou recorrer a estes serviços não uma, mas múltiplas vezes, **abre um certame licitatório em que o vencedor, isto é, o que ofereceu a cotação mais baixa, terá seus preços 'registrados'**. Quando a promotora do certame necessitar destes bens ou serviços irá obtê-los, sucessivas vezes se for o caso, pelo preço cotado e registrado".⁷⁵

10) Fases do procedimento licitatório na concorrência:

Como processo administrativo que é, a licitação segue etapas e fases procedimentais que dependem da modalidade adotada.

Primeiramente é instaurado o processo administrativo, que é autuado, protocolado e numerado (art.38 da Lei 8666). "No processo deve estar, de imediato, a autorização para o certame, a descrição do objeto e, o que é mais importante, a menção aos recursos próprios para a futura despesa".⁷⁶

Assim, tem-se a *etapa interna*, "que se inicia no momento em que, mediante solicitação, é autorizada a abertura do processo de licitação, terminando na data da publicidade do edital", e a *etapa externa*, "que agrupa todos os atos que ocorrem desde a publicação do instrumento convocatório até a adjudicação do objeto ao licitante vencedor".⁷⁷ Sobre o tema escreve também Celso Antônio Bandeira de Mello:

⁷⁴ Odete Medauar, ob. cit., p.225.

⁷⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pp. 506/507.

⁷⁶ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.220.

⁷⁷ Maria Luiza Granziera, ob. cit., p.41.

"As licitações possuem uma etapa *interna* e uma *externa*. A interna é aquela em que a promotora do certame, em seu recesso, pratica todos os atos condicionais à sua abertura; antes, pois, de implementar a convocação dos interessados. A etapa externa – que se abre com a publicação do edital ou com os convites – é aquela em que, já estando estampadas para terceiros, com a convocação dos interessados, as condições de participação e disputa, irrompe a oportunidade de relacionamento entre a Administração e os que se propõem afluír ao certame".⁷⁸

Logo, na **etapa interna** busca-se o planejamento da licitação, com a identificação do objeto, a estimativa do valor da contratação, a escolha da modalidade adequada e a previsão de reserva orçamentária para fins de empenho.

A legislação brasileira sobre normas gerais de licitação (Lei n. 8.666/93) estabeleceu procedimentos diferenciados na delimitação do objeto licitatório, conforme se trate de obras e serviços (arts. 7º a 13) ou de compras (arts. 14 a 16).

No caso das **obras e serviços**, o legislador estabeleceu uma seqüência que se inicia com o projeto básico, seguindo-se o projeto executivo e a execução da obra ou serviço.

O art. 7º, §2º, da Lei 8666/93 determina que as obras e os serviços somente poderão ser licitados quando: I - houver **projeto básico** aprovado pela autoridade competente e disponível para exame dos interessados em participar do processo licitatório; II - existir **orçamento detalhado** em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários; III - houver **previsão de recursos orçamentários** que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma; IV - o produto dela esperado estiver contemplado nas **metas estabelecidas no Plano Plurianual** de que trata o art. 165 da Constituição Federal, quando for o caso.

O **projeto básico** é o conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução (Lei 8666, art. 6º, IX).

Quando a licitação é promovida sob a modalidade do pregão (Lei n. 10.520/2002), o documento descritivo do objeto denomina-se **termo de referência**.⁷⁹

O projeto básico, na definição de Ronny Charles, "é o documento que deve conter a descrição do objeto, de maneira a permitir sua identificação, bem como dos objetivos pretendidos pelo órgão licitante, a viabilidade, a necessidade de tal contratação e seu orçamento. Ele tem o condão de fomentar o planejamento administrativo, bem como permitir um melhor conhecimento, pelos eventuais licitantes, pelo público e pelos órgãos de controle, do objeto da pretendida contratação".⁸⁰

Segundo dispõe o art. 6º, IX, da Lei n. 8.666/93, o projeto básico deve ser elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento de impacto ambiental do empreendimento.

⁷⁸ Ob. cit., p. 511.

⁷⁹ "Art. 9º Na fase preparatória do pregão, na forma eletrônica, será observado o seguinte: I – elaboração de termo de referência pelo órgão requisitante, com indicação do objeto de forma precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem ou frustrem a competição ou sua realização"

⁸⁰ *Leis de licitações públicas comentadas*. 2. ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 43.

Comentando esse dispositivo legal, Ronny Charles ressalta que, “notadamente, em relação a obras de maior porte ou empreendimentos, necessário que o órgão licitante busque a adequação do projeto básico e da própria contratação às exigências apresentadas pela legislação de proteção ao meio ambiente, dentre elas, a obtenção de licença prévia para realização do empreendimento. Essa exigência decorre das diretrizes de proteção ao meio ambiente, formuladas pelo art. 225 da Constituição Federal”.⁸¹

Além do projeto básico, pode haver nessa etapa interna a elaboração de um **projeto executivo**, que é o *conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas -ABNT* (Lei 8666, art.6º, IX).

Segundo o art. 12, VII, da Lei n. 8.666/93, os projetos básico e executivo devem observar o requisito de *impacto ambiental*. A lei só exige previamente o projeto básico como regra geral, podendo o projeto executivo ser elaborado concomitantemente com a execução da obra ou do serviço⁸².

No que concerne à fase interna na licitação destinada a **compras**, o art. 14 do Estatuto reza que nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

Como regra geral, na fase interna da licitação direcionada a compras deverá a Administração proceder a adequada caracterização do objeto com vistas aos parâmetros estabelecidos no art.15 da Lei n. 8666/93.⁸³

Assim orienta a Súmula n. 177 do Tribunal de Contas da União: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão”.

O art.39 menciona a necessidade de **audiência pública**, com antecedência mínima de quinze dias da data prevista para a publicação do edital, sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a cem vezes o limite previsto para a concorrência nas obras e serviços de engenharia (atualmente R\$1.500.000,00). Consideram-se *licitações simultâneas* aquelas com objetos similares e com realização prevista para intervalos não superiores a trinta dias e *licitações sucessivas* aquelas em que, também com objetos similares, o edital subsequente tenha uma data anterior a cento e vinte dias após o término do contrato resultante da licitação antecedente (parágrafo único).

⁸¹ *Leis de licitações... cit.*, p. 45. Adverte ainda autor que “a elaboração do Projeto Básico sem a anterior submissão ao licenciamento prévio pode implicar prejuízos ao erário, pela ampliação de gastos ou retardo na conclusão da obra”. *Idem*.

⁸² Marçal Justen Filho assinala que “talvez uma das providências mais essenciais que a reforma da Lei de Licitações deva conter seja a vedação à instauração de licitação de obra fundada apenas em projeto básico. A existência do projeto executivo é uma garantia inafastável para o interesse coletivo”. *Comentários... cit.*, p. 143.

⁸³ “As compras, sempre que possível, deverão: I – atender ao princípio da padronização, que imponha compatibilidade de especificações técnicas e de desempenho, observadas, quando for o caso, as condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecidas; II – ser processadas através do sistema de registro de preços; III – submeter-se às condições de aquisição e pagamento semelhantes às do setor privado; IV – ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade; V- balizar-se pelos preços praticados no âmbito dos órgãos e entidades da Administração Pública. (...) §7º. Nas compras deverão ser observados, ainda: I – a especificação completa do bem a ser adquirido sem indicação de marca; II – a definição das unidades e das quantidades a serem adquiridas em função do consumo e utilização prováveis, cuja estimativa será obtida, sempre que possível, mediante adequadas técnicas quantitativas de estimação; III – as condições de guarda e armazenamento que não permitam a deteriorização do material”.

Além dessas normas, outras estão previstas na Lei 8666 dispendo sobre o formalização e o planejamento prévio da licitação. Todavia, não vamos nos ater no exame detalhado da fase interna, porquanto meramente preparatória da licitação.

Nos interessa mais o exame da fase externa, pois, como salienta Maria Sylvia Di Pietro, o procedimento licitatório, "tecnicamente falando, somente se inicia pela convocação dos interessados por meio do instrumento adequado".⁸⁴

Iniciada a **etapa externa**, o procedimento mais complexo é o da concorrência, que compreende cinco fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação. Vejamos cada uma delas:

10.1) **Edital.**

Ao estudarmos o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, já foi dito que "o *edital* é a *lei interna da licitação*".⁸⁵ Maria Sylvia Di Pietro diz ser preferível dizer que o edital é a **lei da licitação e do contrato**, "pois o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade"⁸⁶, tanto pela Administração quanto pelos licitantes.

É por meio do edital que a Administração leva ao conhecimento de todos o seu intento em contratar determinado serviço, obra, alienação ou compra, discriminando o objeto da contratação e demais requisitos necessários ao certame. "Depois de providências internas da Administração e do prévio exame e aprovação da respectiva assessoria jurídica, o edital é publicado e partir daí desencadeiam-se as demais fases, se houver propostas apresentadas".⁸⁷

O art.21 da Lei 8666 faz menção aos avisos contendo os resumos dos editais das concorrências, das tomadas de preços, dos concursos e dos leilões, os quais devem ser publicados com antecedência, ainda que realizados no local da repartição interessada. É o chamado **aviso-resumo**, que deverá conter a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral do edital e todas as informações sobre a licitação.

Convém, portanto, não confundir o aviso-resumo com o edital propriamente dito, pois, como esclarece Hely Lopes, "o que a lei exige é a *notícia* da abertura da licitação, isto é, do *aviso resumido* do edital, e não de seu texto completo, pois este os interessados obterão no local indicado na comunicação. Nada impede, entretanto, que a Administração, em face da importância da licitação, promova a publicação na íntegra e em maior número de vezes que o legalmente exigido".⁸⁸

O §2º do art.21 trata dos **prazos mínimos de convocação dos licitantes**, a serem observados entre a data da publicação do edital resumido (ou da expedição do convite no caso de convite) e o recebimento das propostas:

"I - **quarenta e cinco dias** para:

- a) concurso;
- b) concorrência, quando o contrato a ser celebrado contemplar o regime de empreitada integral ou quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

II - **trinta dias** para:

- a) concorrência, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior;
- b) tomada de preços, quando a licitação for do tipo "melhor técnica" ou "técnica e preço";

⁸⁴ Ob. cit., p.324.

⁸⁵ "Direito Administrativo Brasileiro", 21ª edição, São Paulo: Malheiros, 1996.

⁸⁶ Ob. cit., p.324.

⁸⁷ Odete Medauar, ob. cit., p.227.

⁸⁸ Ob. cit., p.260.

III - **quinze dias** para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea "b" do inciso anterior, ou leilão".

O edital é composto de **três partes**: *preâmbulo, texto e fecho*.

"O **preâmbulo** é a parte introdutória, destinada a apresentar a licitação e a identificar o órgão que a promove, devendo conter o nome da repartição interessada; o número do edital; a finalidade da licitação; o local, dia e hora para o recebimento das propostas e abertura dos envelopes com a documentação. O **texto** é o corpo e a parte fundamental do edital, por definir o objeto da licitação e estabelecer as condições de participação, o critério para o julgamento das propostas e os requisitos para a formalização do contrato. O **fecho** é o encerramento do edital, com as determinações finais sobre sua divulgação, data e assinatura da autoridade responsável pela licitação".⁸⁹

De fato, segundo o art.40, o edital deverá conter no *preâmbulo* o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida pela Lei 8666, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes.

Além dessas determinações básicas, o art.40 ainda faz referência a uma série de elementos que deverão estar obrigatoriamente indicados no *texto* do edital, dentre eles o objeto da licitação, em descrição sucinta e clara, o prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação, as sanções para o caso de inadimplemento, o local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico, se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido, as condições para participação na licitação e forma de apresentação das propostas, o critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos, além de outros elementos. O rol do art.40 é extenso, pelo que convém ao estudante recorrer ao texto legal para melhor exame.

Convém salientar que o edital contém elementos não apenas referentes à licitação, mas também ao próprio contrato dela objeto.

Tendo mira o direito de petição assegurado na Constituição Federal de 1988 (art.5º, XXXIV), o art.41, §1º, da Lei 8666/93 dispõe que qualquer cidadão é parte legítima para **impugnar o edital de licitação** por irregularidade na aplicação da lei, devendo protocolar o pedido até *cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação*.

Em relação aos licitantes, o prazo decadencial para impugnar os termos do edital de licitação perante a administração vai *até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação* em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão.

A impugnação deverá ser julgada e respondida pela Administração em até *três dias úteis*. Além disso, qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica, poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da lei no tocante ao controle de despesas nas licitações e contratos.

A impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente (art.41, §3º).

⁸⁹ Hely Lopes, ob. cit., p.261.

Edimur Ferreira de Faria defende que, apesar do comando legal, deveria a Administração acolher a impugnação do edital, se a mesma for procedente, ainda que formulada fora do prazo estipulado pela lei. Explica o autor:

“Dois são os motivos que nos conduzem a esse entendimento: a possibilidade de o interessado representar ao Tribunal de Contas ou de recorrer à via judiciária e o fato de que o edital viciado deve ser revisto em qualquer época, sob pena de nulidade de todo o procedimento licitatório. Dar continuidade a um processo de licitação, sabendo que o edital está viciado, contraria a própria lei de licitações”.⁹⁰

10.2) Habilitação.

Na data estabelecida no edital, os interessados apresentam os *envelopes de documentação* e os *envelopes de propostas*.

Na fase de habilitação, também chamada de *qualificação*, procede-se à abertura dos *envelopes de documentação* apresentados pelos proponentes, verificando-se se os licitantes preenchem os requisitos de qualificação técnica e econômica, indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações tal como previsto no art.37, XXI, da Lei Maior. Observa-se, portanto, a aptidão do candidato para a contratação objeto da licitação.

A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes do certame (art.41, §4º). Havendo a inabilitação, sequer se abre o envelope de proposta, o qual é devolvido fechado ao concorrente inabilitado (art.43, II).⁹¹

O art.27 do Estatuto menciona a documentação exigível para a habilitação dos proponentes, que deve se referir *exclusivamente* aos aspectos de habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal, cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal (proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos).

A **habilitação jurídica** “diz respeito à comprovação da capacidade da pessoa física ou jurídica, essencial para contrair obrigação contratual”.⁹² O artigo 28 enumera a documentação relativa a essa comprovação:

“A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:

I - cédula de identidade;

II - registro comercial, no caso de empresa individual;

III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;

IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;

V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir”.

⁹⁰ Ob. cit., pp.310/311.

⁹¹ Saliente-se, todavia, que as legislações estaduais ou municipais poderão eventualmente modificar a ordem das fases licitatórias. No caso da Bahia, por exemplo, o art.78 da Lei estadual n. 9.433/2005 estabeleceu que a fase de habilitação será posterior à fase de julgamento das propostas. O mesmo ocorreu no Estado do Paraná, consoante a Lei estadual n. 15.608/2007.

⁹² Odete Medeuar, ob. cit., p.229.

A **regularidade fiscal** "significa comprovação de que o licitante está em dia no cumprimento das obrigações tributárias".⁹³ O artigo 29 enumera a documentação relativa a essa comprovação:

"A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

- I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);
- II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;
- III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;
- IV - 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".

A **qualificação técnica** "refere-se a requisitos de aptidão profissional para executar o futuro contrato".⁹⁴ O artigo 30 enumera a documentação comprobatória desses requisitos:

"A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso".

Os §§ 1º a 10 do art.30 regulamentam os incisos acima transcritos, convindo ao aluno recorrer ao texto legal para melhor se aprofundar no estudo.

A **qualificação econômico-financeira** "diz respeito às condições do licitante de arcar com as despesas necessárias ao cumprimento do contrato, pois os pagamentos efetuados pela Administração ocorrem depois da execução (parcial ou total)".⁹⁵ O artigo 31 enumera a documentação relativa a essa comprovação:

"A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:

- I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;
- II - certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física;
- III - garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos no "caput" e § 1º do art. 56 desta Lei, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto da contratação".

Os §§ 1º a 5º do art.31 regulamentam os incisos acima transcritos, convindo ao aluno mais uma vez recorrer ao texto legal para melhor se aprofundar no estudo.

⁹³ Idem.

⁹⁴ Idem.

⁹⁵ Idem.

Poder-se-ia alegar que as exigências de documentação referente à habilitação jurídica e regularidade fiscal seriam inconstitucionais, porquanto a Lei Maior, com o visto, apenas faz menção aos requisitos de *qualificação técnica e econômica*. Quanto à habilitação jurídica, todavia, não há dúvidas de que se trata de exigência imprescindível para se verificar a própria capacitação do licitante para contrair obrigações. Já no tocante à regularidade fiscal, há de fato quem entenda ser inconstitucional a exigência, conforme escreve Maria Sylvia Di Pietro:

“Pelo artigo 37, XXI, da Constituição, somente poderão ser exigidos documentos referentes à ‘qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações’. Isto não impede que sejam exigidos documentos referentes à capacidade jurídica, pois a Administração não pode celebrar contratos com pessoa, física ou jurídica, que não comprove ser titular de direitos e obrigações na ordem civil; ainda que não houvesse essa previsão expressa na Lei 8666/93, a exigência poderia ser feita.

O que não parece mais exigível, a partir da Constituição de 1988, é a documentação relativa à regularidade jurídico-fiscal, ou seja, prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC), prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal e prova da regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal, pois isto exorbita do que está previsto na Constituição; além disso, não se pode dar à licitação – procedimento já bastante complexo – o papel de instrumento de controle de regularidade fiscal, quando a lei prevê outras formas de controle voltadas para essa finalidade. A única exigência que tem fundamento constitucional, dentre as contidas no art.29, é a do inciso IV, referente à regularidade perante a seguridade social, exigida pelo artigo 195, §3º, da Constituição, em cujos termos ‘a pessoa jurídica em débito com o sistema de seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios’.”.⁹⁶

Pedimos *venia* para discordar da ilustre autora, porque nos parece que a exigência de documentação referente à regularidade fiscal está em consonância com o ideal constitucional de *garantia do cumprimento das obrigações*. De fato, há de se presumir que um licitante em débito com as suas obrigações fiscais não dispõe da idoneidade necessária para contratar com a Administração, presunção esta que se revela razoável tendo em mira a defesa do interesse público.

Nessa mesma linha, Celso Antônio Bandeira de Melo entende “que a existência de débitos fiscais só poderá ser inabilitante se o montante deles puder comprometer a *garantia do cumprimento das obrigações* que possam resultar do eventual contrato. Isto porque o art.37, XXI, da Constituição só admite exigências que previnam este risco”.⁹⁷

Atendidas as exigências legais quanto aos documentos, o licitante deve ser habilitado. Odete Medauar adverte que, em homenagem ao princípio da competitividade, **deve-se evitar o rigor exagerado na fase de habilitação** e o formalismo deve ser moderado:

“Cabe observar que, ante o princípio do *formalismo moderado* que norteia o processo administrativo, não deverá predominar rigor exagerado na apreciação dos documentos, que leve à inabilitação por motivo de minúcia irrelevante, afetando o princípio da competitividade. Quanto maior o número de licitantes, mais aumenta a possibilidade de obter melhores serviços, obras e materiais. A própria lei faculta à comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo; é vedada, no entanto, a título de diligência, a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta (§3º do art.43).⁹⁸

⁹⁶ Ob. cit., pp.326/327.

⁹⁷ Ob. cit., p.525.

⁹⁸ Ob. cit., p.231.

Assim também já se posicionou a jurisprudência. Confira-se o teor dos seguintes julgados:

"ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. INABILITAÇÃO DE LICITANTE POR DESCUMPRIMENTO DE EXIGÊNCIA EDITALÍCIA. EXCESSO DE FORMALISMO. ILEGALIDADE. 1.Tendo a impetrante apresentado à Comissão de Licitação os documentos essenciais que comprovaram o quanto requerido na Lei, e no próprio edital, demonstrando a sua capacidade técnica, bem assim a sua inscrição perante o órgão competente, andou mal a Comissão ao inabilitá-la ao fundamento de que a certidão foi expedida pelo representante do órgão e não em nome do próprio órgão. 2. A jurisprudência tem desprezado rigorismos formais exacerbados no julgamento de processos licitatórios. 3. Remessa oficial não provida".⁹⁹

"Visa a concorrência pública fazer com que o maior número de licitantes se habilitem para o objetivo de facilitar aos órgãos públicos a obtenção de coisas e serviços mais convenientes a seus interesses. Em razão deste escopo, exigências demasiadas e rigorismos inconsistentes com a boa exegese da lei devem ser arredados. Não deve haver nos trabalhos nenhum rigorismo e na primeira fase da habilitação deve ser de absoluta singeleza o procedimento licitatório".¹⁰⁰

Por fim, registre-se que o comparecimento ou a habilitação de um **único licitante** não obsta que se prossiga no procedimento do certame, consoante assinala mais uma vez o mestre Celso Antônio:

"Se à licitação comparecer apenas um interessado, deve-se apurar sua habilitação normalmente. Se habilitado, sua proposta será examinada tal como ocorreria se outros disputantes houvesse. Não há óbice algum a que lhe seja adjudicado o objeto da licitação, em sendo regular sua proposta, pelo fato de inexistirem outros interessados. O mesmo ocorrerá se vários comparecerem mas apenas um for habilitado".¹⁰¹

A habilitação gera para o licitante um direito e um dever.

De fato, habilitado o interessado, terá este pleno **direito ao exame da sua proposta**. Disso decorre que, *ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento*. (art.43, § 5º da Lei 8666/93).

Por outro lado, o licitante habilitado tem também o **dever de manter a proposta**, porquanto, *após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão* (§6º).

10.3) Abertura de envelopes de propostas, classificação e julgamento.

Nesta fase são abertos os envelopes de propostas para exame, em sessão pública com data previamente designada. Lúcia Valle Figueiredo realça bem a importância da publicidade na abertura das propostas:

"O ato de abertura das propostas será necessariamente formal e público. Não se pode falar em abertura de propostas em sessão particular, em que não seja facultada aos licitantes a vigilância em torno da legalidade. As propostas, conservadas lacradas, são abertas em frente a todos os licitantes, que poderão examiná-las e impugná-las, se este for o caso. Demais disso, o sigilo das propostas, até esse momento, constitui obrigação de caráter absoluto para a Administração. Inclusive, a quebra do

⁹⁹ TRF da 1ª Região, REO 01000912418, Relator; Juiz Carlos Alberto Simões de Tomaz (Conv.), DJ de 21/11/2002.

¹⁰⁰ TJRS, AP 11336, RDP 14/240.

¹⁰¹ Ob. cit., p.530.

sigilo é passível de punibilidade expressamente prevista no art.236 do Código Penal e na Lei 8.666/93, art.94".¹⁰²

Em seguida, vem a fase de classificação das propostas, de acordo com os critérios fixados no edital. Essa ato "não necessita ser público, mormente porque a Comissão que preside a licitação poderá precisar da informação de algum órgão técnico".¹⁰³

Há autores que consideram a classificação como uma etapa anterior ao julgamento. Primeiro se examina a admissibilidade da proposta para depois, uma vez classificadas, proceder-se ao julgamento da melhor proposta.

Em suma, na fase de classificação se faz uma espécie de **exame prévio de admissibilidade das propostas**, de forma que somente as propostas classificadas vão a julgamento. Em regra o julgamento ocorre logo em seguida à classificação, todavia é possível que a Administração o faça posteriormente nos casos que demande exame mais acurado, mesmo sem a presença dos licitantes, daí porque se costuma separar didaticamente as duas fases. Confirma-se a doutrina a respeito:

"Classificação é a fase em que a comissão de licitação, em ato público, abre os envelopes contendo as propostas dos licitantes habilitados e verifica se o teor de cada proposta está conforme aos requisitos do edital ou do instrumento convocatório. Verifica, igualmente, se o preço ofertado está acima do limite legal para a modalidade, se está adequado aos preços correntes no mercado ou fixados no órgão oficial competente ou aos inseridos em registros de preços (art.43, III e IV).

(...)

Se todas as propostas forem classificadas, ou se inexistirem recursos ou se a estes não foi atribuído efeito suspensivo, realiza-se o *julgamento*, no qual se confrontam as propostas classificadas, que são listadas segundo os critérios previstos no ato convocatório".¹⁰⁴

"Concluída a fase de classificação com a realização de todos os atos e atividades, inclusive os relacionados com os recursos eventualmente interpostos se recebidos com efeito suspensivo, tem início a *fase de julgamento*, a quarta fase do procedimento licitatório. O julgamento, via de regra, ocorre imediatamente após a classificação das propostas, conforme se depreende do procedimento indicado no art.43 do Estatuto federal Licitatório. Por essa razão muitos autores unificam a classificação e o julgamento. Nós preferimos separar essas duas fases, dado que o julgamento pode acontecer em outra oportunidade, em sessão reservada, sem, portanto, a presença dos proponentes. Nessa ocasião só serão julgadas as propostas anteriormente classificadas. Durante o julgamento não são examinados os aspectos formais das propostas. A fase de classificação está preclusa e a ela somente pode-se voltar em razão de fato superveniente ou conhecido posteriormente pela comissão de licitação. Ademais, a separação dessas fases impede que a comissão de licitação acolha proposta inaceitável por não se conformar com o edital, a pretexto de que é vantajosa".¹⁰⁵

Não obstante, convém chamar a atenção de que o termo "classificação" também é empregado por alguns para a etapa posterior ao julgamento, conforme se verá mais à frente.

Na etapa prévia de classificação é observado se as propostas atendem às exigências do ato convocatório da licitação, se não contém valor global superior ao limite estabelecido ou preços manifestamente inexequíveis, caso contrário serão *desclassificadas* (art.48). Se todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas da desclassificação, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis (§3º).

¹⁰² "Curso de Direito Administrativo", 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2001, p.464.

¹⁰³ Idem, p.466.

¹⁰⁴ Odete Medauar, ob. cit., p.233.

¹⁰⁵ Diógenes Gasparini, ob. cit., p.496.

Para que sejam classificadas, Diógenes Gasparini aponta que as propostas devem ser **firmes** (feitas sem reservas), **concretas** (feitas sem remissão a outras), **ajustadas ao edital ou carta convite** (elaboradas e apresentadas nos seus termos e condições) e **sérias** (com intuito e possibilidade de serem cumpridas).¹⁰⁶

O art.43, §3º, do Estatuto dispõe que não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de mercado, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração.

No julgamento, "colocadas lado a lado as propostas dos classificados, cumpre selecionar aquela que é mais vantajosa para a Administração, segundo o que o instrumento convocatório estabelecer. Essa vai ser a proposta vitoriosa, permitindo o futuro vínculo obrigacional com a Administração".¹⁰⁷

O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle (art.45 da Lei 8666/93).

Exceto na modalidade de convite, conforme se verá, são quatro os *tipos de licitação*, para efeito de classificação: 1) a de menor preço; 2) a de melhor técnica; 3) a de técnica e preço; 4) a de maior lance ou oferta.

Segundo Celso Antônio, "a lei denomina '*tipos de licitação*' ao que, na verdade, são os distintos critérios fundamentais de julgamento por ela estabelecidos para obras, serviços e compras (não para concurso e leilão), vedada a criação de outros (art.45, §5º)".¹⁰⁸

Pelo critério de "**menor preço**", leva-se em conta o menor preço ofertado, desde, é claro, sejam atendidas as demais condições fixadas no edital. No caso de empate, faz-se um sorteio para escolher o vencedor (art.45, §2º).

Haja vista a o caráter objetivo do critério de menor preço, esse tipo de licitação é a regra geral que deve ser adotada, daí porque a Lei 8666 reservou os demais tipos de licitação para hipóteses específicas. Nesse sentido escreve Hely Lopes Meirelles:

"A *licitação de menor preço* é a comum; os demais tipos atendem a casos especiais da Administração. É usual na contratação de obras singelas, de serviços que dispensam especialização, na compra de materiais ou gêneros padronizados, porque, nesses casos, o que a Administração procura é simplesmente a vantagem econômica. Daí porque, nesse tipo, o fato decisivo é o menor preço, por mínima que seja a diferença".¹⁰⁹

Os critérios de "**melhor técnica**" e de "**técnica e preço**" são destinados exclusivamente para serviços de preponderante natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, gerenciamento, engenharia consultiva (art.46). Para contratação de bens e serviços de informática, a administração deverá adotar obrigatoriamente o tipo de licitação "técnica e preço" (art.45, §4º).

¹⁰⁶ Ob. cit., pp. 495/496.

¹⁰⁷ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.228.

¹⁰⁸ Ob. cit., p.538.

¹⁰⁹ Ob. cit., p.274.

Além disso, excepcionalmente, os tipos de licitação por critérios de “melhor técnica” e de “técnica e preço” poderão ser adotados, por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes, na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório. (art.46, §3º)

No critério de “melhor técnica” a lei estabeleceu uma preeminência do fator preço (art.46, §1º, II).

Deveras, segundo Maria Sylvia Di Pietro, o critério de melhor técnica pode ser até mesmo desprezado em benefício do melhor preço, porquanto “a preferência do legislador pelo critério do preço foi a tal ponto que, mesmo na licitação de ‘melhor técnica’, é o critério do preço que acabará prevalecendo sobre o da técnica”.

“Se a melhor técnica coincidir com o menor preço, a seleção está decidida; se, porém, a melhor proposta técnica não for a de menor preço, a Comissão deverá abrir uma negociação com o proponente mais bem classificado tecnicamente para tentar fazê-lo reduzir os preços, tendo como limite a proposta de menor preço apresentada entre os licitantes classificados. Não conseguindo essa redução, será feita negociação com o segundo colocado e com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação”.¹¹⁰

Já no critério de “técnica e preço”, inexplicavelmente a lei deixou de lado a preferência ao fator preço, passando a dispor que a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório (art.46, §2º, II). Hely Lopes Meirelles critica esse dispositivo:

“É lamentável a mudança de critério. Se, na licitação de *melhor técnica*, a lei determina que se negocie com o primeiro colocado com base no menor preço oferecido pelas demais classificadas, não se compreende que, na licitação de *técnica e preço*, não vença o proponente do menor preço, já que todos os licitantes que passaram para esta terceira fase são considerados capazes de atender ao objeto do certame. O critério de média ponderada nas notas de técnica e preço pode dar margem a distorções indesejáveis”.¹¹¹

No mais, a Lei 8666 prevê especificamente os procedimentos adotados em cada tipo de licitação, pelo que remetemos o aluno ao exame integral do seu art.46.

Por derradeiro nesse tópico, cabe repetir que o termo “classificação” também é utilizado para a etapa final da fase de julgamento, em que se procede ao estabelecimento da ordem de seleção das propostas aprovadas tendo em vista as vantagens que oferecem.

Nesse sentido, feito o julgamento, classificam-se as propostas pela ordem de preferência, escolhendo-se o primeiro colocado. Tem-se, assim, o **resultado final** do certame, dando ao vencedor o direito subjetivo de preferência em caso de contratação, além de outros efeitos, consoante assinala José dos Santos Carvalho:

¹¹⁰ Ob. cit., p.332.

¹¹¹ Ob. cit., p.275.

"Fixada a classificação dos participantes, dela emerge o vencedor da licitação: o classificado em primeiro lugar. Cabe à Comissão de Licitação, então, proclamar o **resultado** do procedimento licitatório. Ao fazê-lo, a Comissão deve expedir **ato administrativo declaratório**, cujo conteúdo reside na afirmação de que o procedimento chegou ao final e de que tem o **status** de vencedor do certame o participante com a melhor posição na ordem classificatória. É o ato administrativo de **resultado final**.

O ato de resultado final produz o efeito de conferir ao licitante a qualidade de vencedor e de titular do direito de preferência para a celebração do futuro contrato. Por isso, reza o art.50 do Estatuto que **"a Administração não poderá celebrar o contrato com preterição da ordem de classificação das propostas, ou com terceiros estranhos ao procedimento licitatório, sob pena de nulidade"**.

Note-se que o vencedor não adquire, nesse caso, direito à celebração do contrato, pois que o ato de resultado final, oriundo da Comissão de Licitação, não poderia obrigar a Administração a executar a obra ou serviço, ou a fazer compra, conforme previsto no edital. Quem vai decidir sobre a efetiva celebração ou não do contrato é a autoridade superior quando receber o processo encaminhado pela Comissão.

Seja como for, se a Administração concluir no sentido de ser executada a obra ou o serviço, ou consumada a compra, e de ser firmado o contrato, é reconhecido, em favor do vencedor, direito subjetivo à **preferência na contratação** como efeito básico do ato de resultado final oriundo da Comissão licitatória.

Além do aludido efeito, são ainda efeitos do ato de resultado final: a) a responsabilidade do vencedor, assumida ao participar do certame; b) a impossibilidade de ser realizada nova licitação enquanto eficaz o ato de resultado final".¹¹²

10.4) Homologação.

Após o julgamento e a classificação das propostas, surge a derradeira fase do procedimento licitatório, na qual ocorrerá a deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação (art.43, VI, da Lei 8666/93).

Há autores que não consideram a homologação propriamente como uma fase da licitação. Assim, Diógenes Gasparini afirma que "a homologação não é fase que integra o procedimento de licitação, pois incide sobre um procedimento já realizado para lhe dar eficácia".¹¹³

Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que homologação *é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme às exigências normativas. Pelo contrário, se houve vício no procedimento, ao invés de homologá-lo, deverá proferir-lhe a anulação*.¹¹⁴

Observa-se que a homologação é *ato de aprovação* afeto ao poder hierárquico da autoridade superior, geralmente a responsável pela ordenação de despesas referentes ao contrato objeto da licitação ou outra indicada no edital. Com a homologação, fica confirmada a validade da licitação.

Recebidos os autos do processo administrativo licitatório pela autoridade superior, para fins de homologação do certame, poderão eventualmente ser adotadas, antes disso, providências para fins de esclarecimento, caso necessário. Ademais, ao invés de homologar, poderá ainda a autoridade vir a anular o procedimento (por vício de ilegalidade) ou até mesmo revogá-lo (por razões de superveniente interesse público). Não poderá, todavia, modificar o teor do julgamento feito pela Comissão.

¹¹² Ob. cit., pp.230/231.

¹¹³ Ob. cit., p.506.

¹¹⁴ Ob. cit., p.543.

Confira-se, nesse sentido, o posicionamento dos doutrinadores:

"A homologação equivale à aprovação do procedimento; ela é precedida do exame dos atos que o integraram pela autoridade competente (indicada nas leis de cada unidade da federação), a qual, se verificar algum vício de ilegalidade, anulará o procedimento ou determinará seu saneamento, se cabível. Se o procedimento estiver em ordem, ela o homologará. A mesma autoridade pode, por razões de interesse público devidamente demonstradas, revogar a licitação".¹¹⁵

"Homologação é ato de controle pelo qual a autoridade superior confirma o julgamento das propostas e, conseqüentemente, confere eficácia à adjudicação. A homologação é feita, geralmente, pela autoridade competente para autorizar a despesa, mas poderá sê-lo por qualquer outra autoridade indicada no edital, no regulamento ou na lei, após o transcurso do prazo para recurso e a decisão dos que forem interpostos".¹¹⁶

"Nessa fase, a autoridade superior competente examina todos os elementos dos autos, podendo, a partir daí, adotar uma das seguintes decisões: a) anuência a todos os elementos dos autos, homologando a licitação e, portanto, aceitando a classificação apresentada pela comissão, se houver; b) determinação de retorno dos autos à comissão de licitação para esclarecimento de dados ou retificação de lapsos; anulação do processo no todo ou em parte, se verificar a ocorrência de ilegalidade; revogação da licitação por razões de interesse público, decorrente de fato superveniente comprovado, suficiente para justificar tal conduta".¹¹⁷

"Constatando a autoridade que o processo está integralmente de conformidade com as exigências legais, deve esta homologar a decisão da Comissão materializada em ato de julgamento. Se for verificado vício, a autoridade deve anular o processo todo ou em parte. A anulação será total se o vício verificado localizar-se na fase interna da licitação, e será parcial quando o vício se verificar em fase posterior. Assim, por exemplo, se o vício estiver no edital, o procedimento será anulado a partir do edital; se for na habilitação, será a partir daí a anulação. E assim por diante, até a última etapa, que é o julgamento das propostas de preço e a classificação do vencedor. Com a anulação, o processo é devolvido à Comissão para proceder a novo julgamento ou iniciar outro processo se a anulação atingir todo o procedimento".¹¹⁸

"O órgão encarregado da homologação da licitação poderá não ratificá-la, se entender ter havido erro ou algum vício durante o procedimento. Defeso lhe é substituir à Comissão, modificando-lhe o julgamento. Poderá anular parte do procedimento, quando for o caso. Inclusive, deverá devolver o processo à Comissão, solicitando novo pronunciamento".¹¹⁹

10.5) Adjudicação.

Conforme já vimos quando estudados o *princípio da adjudicação compulsória*, após a homologação do certame, segue-se a adjudicação, que é o ato pelo qual se atribui ao vencedor a atividade objeto da licitação (na legislação anterior a adjudicação vinha antes da homologação).

A doutrina diverge quanto aos **efeitos da adjudicação**.

Alguns consideram que a adjudicação dá ao contratante o **direito subjetivo de contratar** com a Administração. Nesse sentido o entendimento de Hely Lopes Meirelles quando aponta como uma dos

¹¹⁵ Maria Sylvia Di Pietro, ob. cit., p.333.

¹¹⁶ Hely Lopes Meirelles, ob. cit., p.280.

¹¹⁷ Odete Medauar, ob. cit., p.235.

¹¹⁸ Edimur Ferreira de Faria, ob. cit., p.328.

¹¹⁹ Lúcia Valle Figueiredo, ob. cit., pp.466/467.

efeitos jurídicos da adjudicação "a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação"¹²⁰ e de Adilson Dallari, quando assinala que "a licitação, no momento em que é aprovada, aperfeiçoa uma promessa de contrato, um compromisso de contratar, emergindo daí um direito ao contrato".¹²¹ Cabe transcrever também a opinião de José dos Santos Carvalho Filho:

"Uma vez homologados o resultado e a própria licitação, presume-se que a Administração tem interesse na atividade a ser contratada. Desse modo, é correto considerar-se que o vencedor tem inafastável direito à adjudicação e, conseqüentemente, **ao próprio contrato**. Há quem resista em admitir que o vencedor tenha direito ao contrato. Não pensamos, assim, contudo. Se toda licitação e o resultado final foram homologados, a Administração está vinculada à prática da adjudicação e à celebração do negócio contratual. Pela própria natureza jurídica, a adjudicação, ao contrário do entendimento de alguns doutrinadores, não se caracteriza como ato discricionário, **mas sim vinculado**. Com efeito, não teria sentido que a autoridade confirmasse o procedimento por homologação e resolvesse simplesmente não adjudicar o objeto do contrato ao vencedor por motivo de conveniência e oportunidade. Tal conduta seria revestida do mais flagrante arbítrio. Podem surgir obstáculos intransponíveis para a contratação, mas daí não resulta atividade discricionária da Administração no que concerne a adjudicar ou não o objeto do contrato. Ou existe obstáculo, e a contratação pode não se consumar, ou não existe, e o contrato tem que ser celebrado com o vencedor".¹²²

Outros autores, porém, optam por considerar que a adjudicação não confere ao licitante vencedor propriamente um direito subjetivo de contratar, mas tão-somente uma mera **expectativa de direito** na contratação. Haveria, assim, apenas um *direito de preferência* por parte do vencedor, de *não ser preterido* (art.50 do Estatuto). Essa expectativa poderia ser eventualmente frustrada por decisão da Administração, em caso de fato superveniente que justifique a não contratação. Assim, Diógenes Gasparini assinala que a adjudicação tem como uma de seus efeitos jurídicos a "aquisição, pelo vencedor do certame, do direito de contratar com a pessoa licitante, *se houver contratação*".¹²³

Mais do que mero debate acadêmico, a distinção nos efeitos da adjudicação tem reflexo direto nas questões de ordem patrimonial referentes à eventual não contratação do licitante vencedor. Deveras, ao se considerar que a adjudicação lhe dá direito subjetivo de contratar, eventual não contratação ensejaria, em tese, uma **indenização**. Já em se considerando haver mera expectativa de contratar, não haveria que se falar em indenização.

Por outro lado, independente de se considerar haver um direito à contratação ou uma mera expectativa do licitante, pensamos que a questão de caber ou não uma indenização dependerá do exame de cada caso concreto.

De fato, da mesma forma em que é cabível uma indenização quando um contrato já em curso é unilateralmente desconstituído pela Administração visando ao interesse público (denúncia lícita), é possível se falar em indenização quando o licitante vencedor se vê frustrado em sua pretensão de contratar também por ato discricionário da Administração (revogação).

Observe-se, todavia, que a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta (art.49 da Lei 8666/93). Nesses casos, apesar de lícita a revogação, é justo que o licitante seja indenizado por eventuais

¹²⁰ Ob. cit., p.279.

¹²¹ "Aspectos Jurídicos da Licitação", 2ª edição, São Paulo, 1992, p. 186.

¹²² Ob. cit., pp.232/233.

¹²³ Ob. cit., pp.506/507.

prejuízos sofridos. Há, porém, divergências acerca desse entendimento, conforme veremos mais adiante.

Já a anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, salvo se já firmado o contrato e houver prejuízos regularmente comprovados não imputáveis ao contratante, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa (Lei 8666, art.49, §1º c/c 59, parágrafo único)

A matéria será melhor analisada quando estudarmos, mais à frente, os mecanismos de *controle da licitação*.

Ainda em tema de efeitos da adjudicação, Lúcia Valle Figueiredo aponta os seguintes direitos e deveres do melhor licitante: "a) direito de não ser preterido; b) direito de exigir que se fundamentem as razões se o contrato não se aperfeiçoar; c) dever de sustentar a proposta para a assinatura do contrato; d) dever de firmar o contrato nos termos em que se obrigou".¹²⁴ Acrescente-se que a Administração não poderá convocar novo certame enquanto estiver em vigor a adjudicação.

Em relação aos demais licitantes, a adjudicação tem como efeitos a sua liberação dos encargos da licitação e o direito ao desentranhamento dos documentos apresentados.

11) Fases do procedimento licitatório nas demais modalidades.

Estudamos anteriormente o procedimento licitatório na modalidade de concorrência porque ser o mais complexo, direcionado às contratos de maior vulto.

As demais modalidades comportam procedimentos mais simplificados. Vejamos cada um deles:

Procedimento na Tomada de Preços – Sendo a tomada de preços utilizada para contratos de porte médio, são poucas as diferenças em relação ao procedimento de concorrência. Na tomada de preços a habilitação é prévia, por meio de registro cadastral, havendo ainda possibilidade de habilitação aos não inscritos que apresentarem documentação até três dias antes do recebimento das propostas (Lei 8666, art.22, §2º). O edital é publicado com antecedência de 15 dias (na concorrência são 45 e 30 dias a depender do caso).

Procedimento no Convite – Por ser voltado a contratos de pequeno porte, o procedimento do convite é mais simples ainda que o da tomada de preços. Não há edital nem fase de habilitação, pois os licitantes são convocados pela própria Administração, com antecedência de 5 dias. A *carta-convite* é enviada a pelo menos 3 interessados e afixada em um local apropriado, podendo ser publicada. A comissão de licitação pode ser substituída por um servidor designado.

Procedimento no Concurso – Por se tratar de uma modalidade específica destinada à seleção de trabalho técnico, científico ou artístico, o art. 52 do Estatuto prevê que cada concurso terá o seu regulamento próprio, a ser obtido pelos interessados no local indicado no edital. O regulamento deverá indicar a qualificação exigida dos participantes, as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho, assim como as condições de realização do concurso e os prêmios a serem concedidos (§1º). O edital é publicado com antecedência mínima de 45 dias (art.22, §4º). O julgamento será feito por uma comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria em exame, servidores públicos ou não (art.51, §5º).

Procedimento no Leilão – Assim como o concurso, o leilão também constitui modalidade específica distinta das demais (concorrência, tomada de preços e convite), desta feita voltada para a alienação

¹²⁴ Ob. cit., p.469.

de bens móveis e semoventes da Administração, além dos imóveis públicos que tiverem sido adquiridos em procedimento judicial ou dação em pagamento. O edital é publicado com antecedência de 15 dias. As propostas são oferecidas através de *lances*. Em lugar da comissão de licitação, o leilão será cometido a leiloeiro oficial (leilão comum) ou a servidor designado pela Administração (leilão administrativo), procedendo-se na forma da legislação pertinente (art.53). Todo bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração para fixação do preço mínimo de arrematação (§1º). Os bens arrematados serão pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5% (cinco por cento) e, após a assinatura da respectiva ata lavrada no local do leilão, imediatamente entregues ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo estipulado no edital de convocação, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido (§2º). Nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até vinte e quatro horas (§3º). O edital de leilão deve ser amplamente divulgado, principalmente no município em que se realizará (§4º).

Procedimento no Pregão - O procedimento do pregão está previsto na Lei 10520/2002, aplicando-se subsidiariamente a Lei 8666/93. Ao invés de uma comissão, será designado um *pregoeiro*. Na fase de convocação, haverá a publicação de um aviso e do edital, com antecedência de 8 dias até a apresentação das propostas. Inicialmente há apenas uma *habilitação preliminar*, por meio de simples declaração do licitante de que atende às exigências de habilitação e qualificação, bem como está em situação regular perante a Fazenda Nacional, o INSS e o FGTS. A lei prevê sanções para o caso de declaração falsa (impedimento de contratar com a União e descredenciamento do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF – por até cinco anos, além de multa). Haverá uma *sessão pública* para abertura dos envelopes de propostas formais e escritas. O autor da proposta de valor mais baixo e aqueles com propostas com preços até 10% superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos. Somente após a classificação das propostas é que o pregoeiro procede ao exame dos documentos de habilitação, havendo, portanto, uma *inversão* do procedimento nesta modalidade. Com isso, apenas são verificados os documentos do licitante vencedor, o que simplifica muito o procedimento. “Se o licitante vencedor for inabilitado, o pregoeiro analisará os documentos de habilitação apresentados pelo licitante que estiver em segundo lugar na ordem de classificação, e assim continuará procedendo até que encontre um licitante que atenda integralmente às condições de habilitação fixadas no edital”.¹²⁵ O regulamento geral do pregão foi editado através do Decreto 3.555/2000. Mais recentemente, o Decreto 5.450/2005 veio a regulamentar o pregão na forma *eletrônica*.

12) Controle da licitação:

Assim como todos os atos praticados pela Administração Pública, os atos que integram o procedimento licitatório também estão sujeitos à atividade de autocontrole, seja por meio de anulação, seja por meio de revogação (Súmula 473 do STF). Este controle poderá ser feito de ofício ou provocado por recursos administrativos interpostos pelos prejudicados. Além disso, a anulação do certame poderá também ser decretada pelo Poder Judiciário (não a revogação, que é cabível exclusivamente à Administração). Ao Judiciário competirá ainda tutela penal. Também existe o controle pelo Poder Legislativo, que poderá ser feito diretamente pelas próprias casas parlamentares ou indiretamente com o auxílio dos tribunais de contas. Admite-se, ainda, o controle exercido pela própria população.

A **anulação** do certame deverá ser decretada quando ocorrer, no bojo do procedimento, algum vício de legalidade, referente às normas e princípios da licitação. É o que acontece, por exemplo, quando se adota modalidade inadequada de licitação, quando não tenha ocorrido a publicação do edital, quando um dos licitantes toma conhecimento antecipado da proposta do outro, quando se utiliza o

¹²⁵ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.248.

procedimento de dispensa e inexigibilidade de licitação fora dos casos previstos em lei, quando não se observa a ampla defesa e o contraditório etc.

O ato de anulação é vinculado e gera efeitos retroativos (*ex tunc*), cabendo à própria Administração, seja de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado (art.59 da Lei 8666), assegurado o contraditório e a ampla defesa (art.49, §3º). Se a Administração não o fizer, poderá ser acionado o Poder Judiciário.

O vício de nulidade é tão grave que contamina até mesmo o contrato objeto da licitação, ainda que este já tenha sido formalizado (art.49, §2º). De fato, a declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos (art.59).

Em princípio, a anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar (art.49, §1º). Não obstante, se a nulidade for decretada após o término do procedimento e a firmação do respectivo contrato, cabe à Administração indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa (art.59, parágrafo único).

Há autores que consideram inconstitucional a norma do art.49, §1º, da Lei 8666/93 que afasta a responsabilidade estatal pelos prejuízos causados pela anulação do procedimento licitatório em curso. Confira-se:

"Em relação ao art.49, §1º, segundo o qual *a anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar*, há bem fundamentada doutrina que considera inconstitucional o dispositivo por afronta ao art.37, §6º, da CF, que consagra a responsabilidade civil objetiva do Estado por atos de seus agentes. Alojando-se tal responsabilidade em mandamento constitucional, no qual inexistente qualquer restrição, não caberia ao legislador ordinário estabelecer exceções, como teria pretendido aquele dispositivo. (...) De fato, se é o licitante que dá causa à invalidação, nenhuma pretensão pode formular, mas, por outro lado, admitir-se a isenção do Estado quanto ao dever de indenizar, mesmo quando seus próprios agentes tenham dado causa à anulação do procedimento, parece permitir-se que se locuplete de sua própria torpeza. A despeito desse pensamento, que, de certo modo, representa um avanço na responsabilização civil do Estado, tem prevalecido a idéia segundo a qual do ato nulo não podem originar-se direitos, idéia, aliás, consagrada na Súmula n. 473 do Supremo Tribunal Federal. Com base nela, então, seria legítimo o art.49, §1º, do Estatuto".¹²⁶

"se a Administração ou o Judiciário invalidam um edital de licitação ou o próprio certame já em andamento *antes de conhecido quem deveria ser seu vencedor*, todos os que afluíram à disputa e, destarte, foram compelidos a despesas para dela participarem fazem jus a indenização pelos dispêndios incorridos se *atuaram de boa-fé e em nada concorreram para o vício invalidante*. Ou seja: não importa minimamente que a invalidação seja, em si mesma, um ato legítimo destinado a fulminar o precedente ato ilegítimo. (...) ao proceder à invalidação a Administração estará, *ipso facto*, proclamando em abertas e publicadas que, em momento anterior, afrontou o Direito. Seria absurdo que o violador do Direito, justamente ao se auto-acusar ou ao se reconhecer procedentemente acusado de transgressor do Direito – condição para invalidação do ato –, lançasse sobre ombros alheios gravames patrimoniais decorrentes de ato seu".¹²⁷

¹²⁶ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., pp.234/235.

¹²⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, ob. cit., pp.547/548.

A **revogação** do procedimento licitatório está relacionada a critérios de conveniência e oportunidade, por *razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta* (princípio da proporcionalidade), demandando sempre *parecer escrito e devidamente fundamentado* (art.49).

Apesar de envolver discricionariedade da Administração no exame da melhor solução para o interesse público, o ato de revogação é vinculado quanto à finalidade e à motivação. Cuida-se, portanto, de uma **revogação condicionada**, no dizer de José dos Santos Carvalho Filho¹²⁸. Logo, o licitante vencedor “pode exigir a indicação dos motivos pela Administração, e, não os havendo, poderá obter judicialmente a *anulação* do ato revocatório, com o restabelecimento de seus direitos na licitação, quer recebendo o objeto que lhe fora adjudicado, quer obtendo a indenização correspondente”.¹²⁹

Nesses casos, apesar de o procedimento licitatório haver transcorrido regularmente, sem qualquer vício de ilegalidade, fato posterior ensejou que a Administração considerasse haver interesse público na revogação do certame. É o que ocorre, por exemplo, quando se buscou contratar a “compra de uma motoniveladora que antes da contratação é doada à Administração Pública licitante). Se o objetivo da licitação foi alcançado, ainda que de outro modo, não há como prosseguir com o procedimento. Qualquer medida nesse sentido é ilegal, pois afronta o interesse público”.¹³⁰

Só há revogação propriamente dita quando o procedimento licitatório já chegou ao fim. Antes disso, caso a Administração opte por não prosseguir o certame, também por motivo de interesse público, será a hipótese de *desistência da licitação*, conforme será estudado mais à frente.

No tocante à revogação, a doutrina diverge quanto ao cabimento de **indenização ao licitante vencedor**.

Uns não admitem a indenização:

“A revogação, situando-se no âmbito dos poderes administrativos, é conduta lícita da Administração. Sendo assim, o vencedor da licitação tem expectativa na celebração do contrato, mas não é titular de direito subjetivo, como chegamos a ver. Por essa razão é que, revogada a licitação por motivos válidos, aferidos por critérios administrativos efetivos, não é devida qualquer indenização aos licitantes, nem particularmente ao vencedor”.¹³¹

Outros admitem a indenização, ao menos no que se refere às despesas arcadas pelo vencedor durante o procedimento de licitação:

“Entendemos que, com ou sem previsão legal, o *licitante vencedor cuja proposta haja sido satisfatória* terá, no caso de *revogação lícita*, direito a ser indenizado pelas despesas em que incorreu para disputar o certame. Com efeito, se a Administração exige seriedade dos concorrentes e firmeza em suas propostas, não pode, depois, mesmo socorrida por razões de interesse público, deixar de atuar com seriedade e honrar com firmeza da convocação que fez, ignorando os gastos em que incorreu aquele que venceu o certame apresentando oferta *satisfatória*. Se a *revogação for ilicitamente efetuada* e, por qualquer razão, não mais existirem meios de assegurar a efetivação do contrato, aquele que teria direito a ele fará jus a uma indenização que acoberte, já agora, não apenas as despesas que efetuou para disputar o certame, mas também o que perdeu e deixou de ganhar em decorrência do ato ilícito que lhe frustrou os proveitos que auferiria com o contrato”.¹³²

¹²⁸ Ob. cit., p.235.

¹²⁹ Hely Lopes, ob. cit., p.282.

¹³⁰ Diógenes Gasparini, ob. cit., p.508.

¹³¹ José dos Santos Carvalho Filho, ob. cit., p.236.

¹³² Celso Antônio, ob. cit., pp.546/547.

“O vencedor, tendo em vista que a extinção da licitação se dá, na revogação, por mérito, isto é, conveniência e oportunidade da Administração Pública licitante, é investido no direito de receber uma indenização. Somente o vencedor tem direito à indenização, pois os outros foram eliminados em razão da finalidade da licitação, assumindo, assim, o risco decorrente da natureza competitiva do procedimento. O valor da indenização é igual ao montante das despesas efetivamente realizadas e comprovadas (projeto, desenhos, memoriais, digitação, taxas, cópias, viagens, certidões) que o vencedor realizou para participar da licitação revogada. A indenização, como restou afirmado, cobrirá, tão-só, as despesas havidas com a licitação ou em razão dela, sem abranger, portanto, as vantagens e lucros como se fora efetuado e executado o contrato, já que a este o vencedor da licitação não tem direito”.¹³³

Conforme já ressaltado anteriormente, pensamos que a questão de caber ou não uma indenização dependerá do exame de cada caso concreto.

O fato de ser lícita a revogação (*por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta*) por si só não significa dizer que não caberá indenização a eventual prejudicado. Ora, sabe-se que o Estado é responsável não apenas pelos atos ilícitos praticados por seus agentes, mas, também, pelos atos *lícitos* que gerem prejuízos a terceiros individualizados. Isto porque, ao agir com seu poder soberano (relação de verticalidade), o Estado submete o particular à sua vontade unilateral, por razões de conveniência e oportunidade na busca do interesse público. Nessa condição, deve indenizar aquele que se prejudicou sozinho em nome da coletividade (princípio da repartição dos encargos sociais).

Ressalte-se que alguns autores que admitem a indenização por revogação apenas contemplam o licitante vencedor. Os demais licitantes somente seriam indenizados se fosse o caso de desistência da licitação ainda em andamento, conforme será visto adiante.

Se a Administração não agir de ofício no controle do procedimento licitatório, poderá o particular valer de **recursos administrativos** para provocar esse controle.

Como assinala Maria Sylvia, “*recurso administrativo*, em sentido amplo, é expressão que designa todos os meios postos à disposição dos administrados para provocar o reexame dos atos da Administração”.¹³⁴

O art.109, I, da Lei 8666/93 trata dos recursos administrativos, tanto aqueles cabíveis no curso do procedimento de licitação, quanto os cabíveis no curso da relação contratual já instaurada.

Especificamente no tocante ao procedimento licitatório, a norma enfocada prevê recurso, no prazo de 5 (*cinco*) dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de: a) habilitação ou inabilitação do licitante; b) julgamento das propostas; c) anulação ou revogação da licitação; d) indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento. Interposto, o recurso será comunicado aos demais licitantes, que poderão impugná-lo também no prazo de 5 (*cinco*) dias úteis (§3º). No caso específico da modalidade de carta-convite, os prazos se reduzem para *dois dias úteis* (§6º).

O recurso previsto nas alíneas “a” e “b” acima referidas (habilitação ou inabilitação do licitante e julgamento das propostas) terá *efeito suspensivo*, podendo a autoridade competente, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva aos demais recursos (§2º).

¹³³ Diógenes Gasparini, ob. cit., p.509.

¹³⁴ Ob. cit., p.340.

O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão ser proferida dentro do prazo de 5 (cinco) dias úteis, contado do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade (§4º).

Além dos recursos cabíveis, a lei fala ainda na possibilidade de *representação* e do *pedido de reconsideração*.

É possível a **representação** nos casos em que não couber recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato (art.109, II).

Já o **pedido de reconsideração**, na forma do art.109, III, "é cabível com relação a ato de Ministro de Estado ou Secretário estadual ou municipal, no caso de aplicação da pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração; o prazo para pedir reconsideração é de 10 dias úteis da intimação do ato, também reduzido a dois dias úteis no caso de convite (§6º)".¹³⁵

Não efetuado o devido controle na esfera administrativa, poderá o administrado ainda se valer de **ações judiciais**, invocando o *controle externo* pelo Poder Judiciário. Sobre esse tema, escreve Diógenes Gasparini:

"As principais ações judiciais à disposição dos licitantes ou de terceiros para a viabilização desse controle são a ação de procedimento *ordinário*, notadamente a de anulação, cumulada ou não com pedido de indenização, o mandado de segurança e a *ação popular*. (...)

Não há necessidade do esgotamento dos recursos administrativos para a interposição da ação judicial. Esta pode ser impetrada sem que aqueles tenham sido interpostos, e, se interpostos, sem que tenham sido decididos, salvo se portadores de efeitos suspensivos. Assim, o que se veda é a interposição de ação judicial quando pendente recurso administrativo com efeito suspensivo. Se o recurso administrativo não tiver esse efeito, a ação judicial pode ser oferecida, mesmo que a medida administrativa ainda não esteja julgada. Por fim, diga-se que a decisão na esfera administrativa não impede o recurso às vias judiciais quando a decisão administrativa não atendeu, segundo seu entendimento, aos desejos do interessado".¹³⁶

É possível ainda o **controle mediante representação ao Tribunal de Contas** (art.113, §1º). Trata-se aqui de *controle externo* exercido por órgão auxiliar do Poder Legislativo, tal como previsto no art.74, §2º, da Constituição Federal de 1988 ("*Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União*").

O **controle popular** é feito tanto através de representação ao Tribunal de Contas, quanto por meio de *ação popular* na via judicial, ex vi do art.5º, LXXIII, da Carta Magna (*qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência*").

No tocante à **tutela penal**, os artigos 89 a 98 da Lei 8666/93 tratam dos crimes e das penas em matéria de licitação e contratos administrativos, tipificando diversas condutas criminosas, dentre elas: a de *dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as*

¹³⁵ Idem, p.341.

¹³⁶ Ob. cit., p.521.

formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade (art.89); a de patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário (art.91) e a de devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo (art.94). Remetemos o aluno ao exame do texto legal.

13) Desistência da licitação.

No dizer de Diógenes Gasparini, ocorre a *desistência da licitação* “quando a entidade licitante, antes do final da licitação, renuncia ao seu prosseguimento, interrompe o seu curso. O motivo da desistência é qualquer um, desde que de interesse público e superveniente. Assim deve, por exemplo, o Município desistir da licitação em andamento para a aquisição de mil e duzentas caixas de laranja se um benemérito citricultor se propõe a doa-las. Conseguido o objeto da licitação, mesmo que por outros meios, não há sentido lógico, nem jurídico, para o prosseguimento da licitação. Aliás, sua continuidade em tais casos seria ilegal dada a ausência de interesse público”.¹³⁷

Esclarecendo o tema, o citado autor aponta ainda as **diferenças entre a desistência, a revogação e a anulação da licitação**:

“pode-se dizer que **a revogação diferencia-se da desistência pelas seguintes notas**: 1) a revogação incide em procedimento acabado; a desistência incide em procedimento em andamento; 2) na revogação só tem direito à indenização o licitante vencedor do certame; na desistência todos os licitantes que participavam do certame no momento de sua ocorrência têm direito a uma indenização. **Com a invalidação, a desistência distingue-se**: 1) na invalidação, o motivo é de ilegalidade, enquanto na desistência, é de mérito; 2) na invalidação, ainda que seja no transcorrer do procedimento, refaz-se o certame ou a parte invalidada e a subsequente, enquanto, na desistência, põe-se fim em definitivo ao procedimento”.¹³⁸

Vê-se, portanto, que a distinção básica entre a desistência e a revogação da licitação reside no fato de o certame estar ou não ainda em andamento, repercutindo no cabimento de indenização, quando for o caso, somente ao vencedor (no caso da revogação) ou a todos os licitantes (no caso da desistência). Há autores, todavia, que não fazem essa distinção, incluindo didaticamente a desistência no âmbito da revogação.

14) Licitações envolvendo empresas em consórcio

É possível que empresas se reúnam formando um ente despersonalizado denominado consórcio, a fim de conjugarem recursos e racionalizar custos, adquirindo, desta forma, maiores chances de disputar o certame.

Saliente-se, de logo, que estes *consórcios de empresas*, tratados no art.33 da Lei 8.666/93, não se confundem com os *consórcios* de entidades públicas para gestão associada de serviços, nem tampouco com os *consórcios públicos* de que trata a Lei 11.107/2005. São temas distintos estudados no Direito Administrativo.

O *consórcio de empresas* ocorre geralmente quando o objeto da licitação envolve obra de grande vulto ou empreendimento complexo (modalidade de **concorrência**), casos em que uma empresa sozinha não conseguiria cumprir as metas definidas pelo Poder Público, conforme aponta Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹³⁷ Diógenes Gasparini, ob. cit., pp.513/514.

¹³⁸ Idem.

"O consórcio não é uma pessoa jurídica, mas associação de empresas que conjugam recursos humanos, técnicos e materiais para a execução do objeto a ser licitado. Tem lugar quando o vulto, complexidade ou custo do empreendimento supera ou seria dificultoso para as pessoas isoladamente. A legislação abre possibilidade de que as concorrências, desde que o edital o admita, sejam disputadas por interessados reunidos *sob o compromisso de se constituírem em consórcio* e de registrarem-se, caso venham a vencer o certame (art.33, I, c/c §2º)".¹³⁹

Acerca do tema, convém transcrever também o escólio do mestre Hely Lopes Meirelles:

"*Consórcio de empresas ou firmas* é a associação de dois ou mais interessados na concorrência (empresas ou profissionais), de modo que, somando técnica, capital, trabalho e *know-how*, possam executar um empreendimento que, isoladamente, não teriam condições de realizar. Não é, portanto, uma *pessoa jurídica*, mas uma simples *reunião operativa de firmas*, contratualmente comprometidas a colaborar no empreendimento para o qual se consorciaram, mas mantendo cada qual sua personalidade própria, sob liderança de uma delas, que, no caso dos consórcios internacionais, será sempre brasileira. A *firma-líder* apenas representa o consórcio no trato com o Poder Público, responsabilizando-se pelas demais sob o tríplice aspecto técnico, econômico e administrativo, inclusive quanto a multas e eventuais indenizações, exigindo a legislação atual (art.33, V) a responsabilidade solidária das consorciadas. A *firma-líder* não representa juridicamente as demais integrantes do consórcio, porque este não possui personalidade própria; se a tivesse, deixaria de ser *consórcio* para apresentar-se como nova entidade jurídica".¹⁴⁰

Todavia, faz-se **necessário que o edital autorize expressamente** a participação de empresas em consórcio, além do que deverão ser observadas as normas do art.33 da Lei 8666/93, as quais exigem: I - comprovação do **compromisso** público ou particular de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados; II - indicação da **empresa responsável** pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital; III - apresentação dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 do Estatuto, **por parte de cada consorciado**, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei; IV - **impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação**, através de mais de um consórcio ou isoladamente; V - **responsabilidade solidária** dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

No consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira (art.33, §1º).

O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do referido compromisso (art.33, §2º).

Sobre o tema, transcrevemos ainda alguns comentários de Luis Carlos Alcoforado em torno do art.33 da Lei 8666/93:

"**CONSÓRCIO** – O consórcio constitui uma associação de interesses e vontades, pelo concurso de, no mínimo, duas empresas que agrupam as forças, sem perda ou permuta da personalidade jurídica, com o fim de realizar um determinado empreendimento. (...) Interferem na escolha do consórcio a vultuosidade e a complexidade do empreendimento, cuja execução somente ocorreria com a união de

¹³⁹ Ob. cit., p.529.

¹⁴⁰ Ob. cit., pp.287/288.

esforços. Em geral, a participação de empresas em consórcio, nos certames licitatórios, se verifica em grandes obras de engenharia, com multiplicidade de fatores. A Administração não pode estabelecer, num certame, a obrigatoriedade de participação de licitantes apenas em grupos de consórcio, à vista de que esse tipo de associação decorre da gênese da livre vontade de cada empresa. Por conseguinte, numa mesma licitação, desde que prevista pelo edital a participação de empresas em consórcio, permite-se a presença de licitantes individuais e licitantes consorciados.

CONSTITUIÇÃO DO CONSÓRCIO – O consórcio se constitui mediante contrato subscrito por cada uma das empresas que o compõe, o qual deve ser registrado no registro de comércio do lugar da sua sede, devendo a certidão do arquivamento ser publicada. (...) A norma permite, inadequadamente, a participação do consórcio no certame licitatório apenas arrimado em compromisso, público ou particular, de sua constituição posterior, aceitando que o ato constitutivo e o registro sejam providos antes da celebração do contrato administrativo. Esse permissivo destoa do rigor que a Lei impõe no que tange à prova da habilitação jurídica dos licitantes, a qual exige o registro do ato constitutivo das empresas. O correto seria que, em o edital aceitando a participação de empresas em consórcio, a norma exigisse, para efeito de habilitação jurídica, a prova prévia de constituição e registro.

HABILITAÇÃO DO CONSÓRCIO – Impende dizer que a participação de empresas em consórcio não desonera o licitante integrante do grupo de cumprir as exigências relativas à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal. Admite a norma, todavia, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, para efeito de qualificação técnica, e dos valores de cada consorciado, para efeito de qualificação econômico-financeira. Regra que quebra o princípio da igualdade entre os licitantes – consorciados ou não – é aquela que permite que a Administração estabeleça, para o consórcio, *‘um acréscimo de até 30% (trinta por cento) dos valores exigidos para licitante individual’* ao tempo em que, caso o consórcio seja composto de micro e pequenas empresas, se veda a mesma exigência. A Lei não deveria ter criado a exceção privilegiadora. (...)

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – Há duas regras colidentes em relação à solidariedade dos integrantes do consórcio. Uma estabelece que as empresas consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade (ver art.278, §1º, da Lei 6404/76). O outra diz que há responsabilidade solidária dos integrantes do consórcio pelos atos praticados, tanto na fase de licitação, quanto na de execução do contrato (ver art.33, V, da Lei 8666/93). Para efeito de licitação e contrato administrativo, prevalece a regra da solidariedade dos membros do consórcio, por se tratar de norma especial. Em decorrência da solidariedade expressa, os membros do consórcio respondem, conjuntamente, pela execução dos serviços, podendo a Administração exigir de um ou de todos o cumprimento da obrigação.

IMPEDIMENTO – Estabelece o inciso IV do art.33 que há impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente. (...) Seria eticamente censurável que uma empresa, em face aos princípios da competitividade e do sigilo das propostas, participasse de uma licitação defendendo interesses antinômicos, atassalhando a lisura da disputa e confundindo o papel de cada licitante”.¹⁴¹

15) Licitações Internacionais.

Embora as licitações visem a formação de contratos administrativos segundo o ordenamento jurídico interno, poderá ser admitida a participação de empresas estrangeiras nos certames, sobretudo nos casos em que a Administração Pública verifique o mercado externo oferece condições vantajosas tendo em vista o objeto da licitação.

Confira-se a lição de Maria Luiza Machado Granziera:

¹⁴¹ “Licitação e Contrato Administrativo”, 2ª edição, Brasília Jurídica, 2000, pp.209/212.

"Pelas facilidades tecnológicas atualmente utilizadas na comunicação, o acesso à informação sobre as possibilidades e alternativas existentes no mercado externo é um verdadeiro instrumento de apoio na tomada de decisão, visando à contratação de empresa estrangeira para fornecer um bem ou executar serviço ou obra. A licitação internacional, portanto, consiste em procedimento administrativo de direito interno, regido pelo direito interno, fixando-se, porém, expressamente no instrumento convocatório a possibilidade de ser celebrado um contrato internacional, se o vencedor for empresa estrangeira, em que a outra parte é a Administração Pública. Embora procedimento regido pelo direito interno, produz efeitos externos, à medida que possibilita e dita as regras de participação de empresas que operam fora do país, cabendo inserir, na minuta de contrato, regras alternativas voltadas à formalização e gestão de contrato com empresa estrangeira".¹⁴²

Se as empresas estrangeiras já estiverem previamente autorizadas a funcionar no país, seja através de matriz ou filial, poderão participar normalmente das licitações internas, desde que apresentem o respectivo decreto de autorização (art.28, V, Lei 8666/93).

Todavia, em algumas licitações, a lei admite a participação até mesmo de empresas estrangeiras que ainda não estejam em funcionamento no país, isto é, que não estejam autorizadas a funcionar internamente. Nesses casos, configuram-se as chamadas *licitações internacionais*.

Dispõe o art.32, §4º, da Lei 8666/94 que as empresas estrangeiras que não funcionem no País, tanto quanto possível, atenderão, nas licitações internacionais, às exigências referentes à habilitação mediante documentos equivalentes, autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado, devendo ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente.

Em suma, com vistas a esse dispositivo, pode-se então definir *licitação internacional* simplesmente como sendo "aquela aberta à participação de **empresas estrangeiras que não estejam em funcionamento no País**".¹⁴³ Em contrapartida, com vistas ao art.28, V, da mesma Lei, seriam *licitações internas* aquelas em que "tanto poderão participar empresas nacionais quanto, isoladamente ou em consórcio com empresas brasileiras, empresas estrangeiras *em funcionamento no País*".¹⁴⁴

Sobre o tema escreve Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Empresas estrangeiras em funcionamento no País são as que estejam autorizadas a funcionar no País – por autorização do Governo Federal expedida por decreto -, seja diretamente, seja por meio de filiais, sucursais ou estabelecimentos que as representem (art.64 do Decreto-Lei 2627, de 26.9.40), devendo ter, permanentemente, representante no Brasil com plenos poderes para tratar quaisquer questões, para resolvê-las definitivamente e para receber citação inicial (art.67).

Empresas estrangeiras que não se qualifiquem como *em funcionamento no País* não podem participar de licitações internas, seja isoladamente, seja em consórcio, visto que os membros de um consórcio necessitam, a teor do art.33, III, apresentar todos os documentos demandados, o *decreto de autorização para funcionamento no País* (inciso V). Assim, empresas estrangeiras que não sejam tipificáveis como *em funcionamento no País*, a teor do decreto-lei precitado, só podem participar de *licitações internacionais*. E mesmo estas, como bem observou Marçal Justen Filho, em comentários ao art.32, §4º, da Lei 8666, não terão alternativa senão a de se constituírem como empresas estrangeiras em funcionamento no País caso a licitação tenha por objeto a realização de atividades que concretamente demandem. É o que ocorrerá quando esteja em pauta o exercício de prestações continuadas e em caráter de permanência respeitantes a atividades que lhes requeiram o

¹⁴² Ob. cit., pp.80/81.

¹⁴³ Celso Antônio, ob. cit., p.510.

¹⁴⁴ Idem.

desempenho material de cometimentos que fisicamente irão se desenvolver no País ou que as obrigam a firmar contratos dos quais decorram comprometimentos da ordem indicada".¹⁴⁵

As licitações internacionais poderão adotar a modalidades de concorrência, tomada de preços e convite. "Nos termos do §3º do art.23, a **concorrência** é a regra, cabendo, todavia, a **tomada de preço**, quando houver sido elaborado cadastro internacional de fornecedores. E adota-se o **convite** quando não houver fornecedor de bem ou serviço no País".¹⁴⁶

Observe-se que as empresas brasileiras e as estrangeiras em funcionamento no Brasil poderão participar tanto das licitações internas quanto das licitações internacionais (exceto na modalidade convite, pois nesse caso não terá havido fornecedor dentro do país). A diferença está em que nas licitações internacionais será permitida também a participação de empresas estrangeiras que não estejam em funcionamento no país, o que não ocorre com as licitações internas.

"Assim, pode-se afirmar que, em uma licitação internacional (excetuando-se o convite), é possível a participação de três categorias de empresas:

1. empresas constituídas no Brasil e sujeitas ao ordenamento jurídico pátrio;
2. empresas estrangeiras com autorização para funcionar no Brasil, submetidas ao ordenamento jurídico pátrio; e
3. empresas estrangeiras que não funcionam no Brasil, submetidas ao ordenamento jurídico de seus países, representadas legalmente no Brasil por mandatário com poderes constituídos para receber citação e responder administrativa e judicialmente".¹⁴⁷

Segundo o art.42 do Estatuto, nas concorrências de âmbito internacional, o edital deverá ajustar-se às diretrizes da política monetária e do comércio exterior e atender às exigências dos órgãos competentes.

Com o intuito de evitar discriminações, o dispositivo estabelece uma série de normas no tocante à **isonomia de tratamento entre os licitantes nacionais e os licitantes estrangeiros**.

"a Administração deverá selecionar, mesmo na licitação internacional, a proposta mais vantajosa, sob todos os aspectos. Se a proposta formulada por licitante estrangeiro envolver custos indiretos, mesmos fiscais, estes deverão ser tomados em vista. Os licitantes estrangeiros não terão tratamento mais privilegiado do que os nacionais; porém, também seria inconstitucional o inverso".¹⁴⁸

Assim, quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro (§1º), as garantias de pagamento ao licitante brasileiro deverão ser equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro (§3º), além do que as cotações de todos serão para entrega no mesmo local de destino (§6º).

O pagamento feito ao licitante brasileiro eventualmente contratado em virtude da licitação internacional será efetuado em moeda brasileira, à taxa de câmbio vigente no dia útil imediatamente anterior à data do efetivo pagamento (§2º).

Para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda (§4º).

¹⁴⁵ Ob. cit., pp.510/511.

¹⁴⁶ Maria Luiza Machado Granziera, ob. cit., p.81.

¹⁴⁷ Idem, p.84.

¹⁴⁸ Marçal Justen Filho, "Comentários à lei de licitações e contratos", 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 580.

Atualmente, a legislação brasileira já admite que, em **contratações decorrentes de financiamentos com organismos internacionais** (como, por exemplo, com o Banco Mundial – BIRD), sejam adotadas normas internacionais em matéria de licitação, ao lado das previstas no nosso ordenamento pátrio.

Marçal Justen Filho ressalta que “uma das mais sérias questões sobre licitações relaciona-se com o afastamento do regime da Lei n. 8.666 em virtude de exigências de organismos internacionais”.¹⁴⁹

Nesse sentido, o §5º do citado artigo 42 estabelece que, para a realização de obras, prestação de serviços ou aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional, bem como as normas e procedimentos daquelas entidades, inclusive quanto ao critério de seleção da proposta mais vantajosa para a administração, o qual poderá contemplar, além do preço, outros fatores de avaliação, desde que por elas exigidos para a obtenção do financiamento ou da doação, e que também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.

Comentando esse dispositivo, salienta ainda Marçal Justen:

“A contratação deverá envolver uma situação de benefício para o Brasil, caracterizada pela transferência de recursos provenientes de entidades estrangeiras ou organizações internacionais. Deve ter-se em vista que o dispositivo somente autoriza o afastamento da legislação nacional porque se cogita da percepção de uma vantagem para a Nação brasileira. Essa vantagem consiste na transferência gratuita (doação) ou não (financiamento a entidades governamentais) de recursos para empreendimentos no território nacional. Justamente por isso, não se configura o pressuposto de aplicação ao dispositivo quando os recursos aplicados são de origem nacional. Assim, suponha-se que o governo brasileiro colabore com recursos para uma instituição internacional qualquer, inclusive com a previsão de que tal redundará na sua aplicação no território nacional. Não será admissível reputar como presente, em tal hipótese, o pressuposto da aplicação do art.42, §5º. É que a contratação não reflete qualquer benefício peculiar para o Brasil”.¹⁵⁰

Para Toshio Mukay, “não se pode dar apenas prevalência total às normas dos organismos internacionais, em função apenas da redação literal do §5º do art.42 da Lei 8666/93. Há que se observar todas as demais normas atinentes às licitações internacionais contempladas pela mesma Lei, bem como os demais princípios da licitação, que decorrem do próprio texto constitucional, como é o caso do princípio da igualdade dos concorrentes (art.37 XXI da CF)”.¹⁵¹

Quanto à **eleição do foro**, o art.55, §2º, do Estatuto dispõe que, nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, *inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro*, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual. Todavia, essa regra não se aplica às licitações internacionais para a aquisição de bens e serviços cujo pagamento seja feito com o produto de financiamento concedido por organismo financeiro internacional de que o Brasil faça parte, ou por agência estrangeira de cooperação, nem nos casos de contratação com empresa estrangeira, para a

¹⁴⁹ *Idem*, p. 581

¹⁵⁰ *Ib idem*.

¹⁵¹ “As licitações internacionais: as normas da Lei 8666/93 e as dos organismos financeiros internacionais”, RDA 208, jun/1997, p.82.

compra de equipamentos fabricados e entregues no exterior, desde que para este caso tenha havido prévia autorização do Chefe do Poder Executivo, nem nos casos de aquisição de bens e serviços realizada por unidades administrativas com sede no exterior (art.32, §6º).