

DIREITO ADMINISTRATIVO

LICITAÇÃO

I - CONCEITO - pode-se conceituar licitação como um procedimento administrativo vinculado pelo qual um ente público abre a todos os interessados, que se sujeitem as condições fixadas na lei e no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas, dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.

Temos como instrumento convocatório o Edital e a Carta-Convite (esta exclusiva para a modalidade convite como examinaremos a seguir). Tal instrumento é a lei da licitação, em consequência do próprio contrato administrativo. A administração não pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação.

A obrigatoriedade da licitação encontra-se prevista no art. 37, inciso XXI e 175 da Constituição Federal de 1988, ressaltando-se que o art. 22, inciso XXVII também da CF/88 preceitua no sentido de que à União cabe legislar sobre normas gerais de licitação e contratação que abrangerá as administrações diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, obedecendo ao disposto no art. 37, inciso XXI e para as empresas públicas e sociedade de economia mista nos termos do art. 173, § 1º, inciso III.

Há de se observar que a Emenda Constitucional nº 19/98 alterando o art. 173 § 1º da CF/88 admitiu que a lei venha a regular especificamente a contratação e as licitações relativas às empresas públicas e sociedades de economia mista que desempenham atividades econômicas, ou seja, um novo tratamento específico para essas pessoas será estabelecido em lei, impondo-se em consequência a derrogação da Lei nº 8.666/93 no que toca a estas entidades.

II – PRINCÍPIOS - os princípios que hão de reger o procedimento licitatório conforme apontado pela doutrina seriam os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade (estes inerentes a qualquer atividade administrativa) e o da vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória (estes últimos seriam específicos do procedimento licitatório).

Eis a análise de cada um dos princípios supradestacados:

- a) **Legalidade:** com fulcro em tal princípio o administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal devendo tão somente adstrir-se ao que a lei determina.
- b) **Moralidade:** tal princípio exige que a Administração se pautem por conceitos éticos de acordo com a cultura consolidada na sociedade.
- c) **Impessoalidade:** apregoa que a Administração não deve criar qualquer privilégio ou detrimento para

um grupo específico, concedendo o mesmo tratamento a todos os administrados que se encontram na mesma situação jurídica.

- d) **Igualdade:** tal princípio se confunde com o da impessoalidade, ou seja, consolida o propósito de que todos os interessados em contratar com a administração devem competir em igualdade de condições.
- e) **Publicidade:** a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras por um maior número de pessoas.
- f) **Vinculação ao Instrumento Convocatório:** as regras traçadas para o procedimento devem ser integralmente obedecidas tanto pela Administração como pelos administrados. Qualquer modificação superveniente do edital impõe à Administração divulgar a modificação da mesma forma em que foi divulgado inicialmente o edital e reabrir o prazo a não ser que a alteração não afete a formulação da proposta.
- g) **Do Julgamento Objetivo:** os critérios e fatores seletivos previstos no edital devem ser adotados obrigatoriamente no instante do julgamento, evitando-se qualquer subjetivismo na análise a ser efetuada pelos membros julgadores do procedimento licitatório.
- h) **Da Adjudicação Compulsória:** com base em tal princípio a Administração não pode atribuir o objeto da licitação a outrem que não seja o vencedor do procedimento de licitação. Tal corolário veda também a abertura de outra licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

III - DA DISPENSA E INEXIGIBILIDADE - o mencionado art. 37, inciso XXI da Carta Magna de 1988 delinea expressamente que “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...). Repara-se assim que o próprio texto constitucional outorgou ao legislador ordinário a possibilidade excepcional de prever hipótese onde não haveria a exigência de se obedecer a um procedimento licitatório, sendo que a Lei nº 8.666/93 por sua vez estatuiu os casos de Dispensa e Inexigibilidade de licitação, cabendo aqui fazermos uma distinção objetiva desses dois institutos”.

Na dispensa há possibilidade de competição que justifique a licitação, de modo que a lei faculta a dispensa (competência discricionária). Na inexigibilidade não há possibilidade de competição, porque só existe um objeto ou uma pessoa que atenda as necessidades da Administração.

Como já salientado a dispensa e a inexigibilidade são medidas excepcionais em decorrência do exposto no art. 37, XXI da CF/88. Deve-se frisar novamente que na dispensa, em tese, o procedimento poderia ser realizado, mas pela particularidade do caso decidiu o legislador não torná-lo obrigatório, já na inexigibilidade é inviável a realização do certame.

IV - MODALIDADE DE LICITAÇÃO - temos como modalidades de licitação a concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão, e mais recentemente foi instituída uma nova modalidade, denominada pregão.

- a) **Concorrência:** é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital.

A concorrência é a modalidade adequada para contratações de grande vulto e em outras situações em que o legislador leva em consideração a natureza do contrato a ser celebrado para exigir a obediência a tal modalidade. Como exemplos em que a concorrência é obrigatória, vide a compra e alienação de bens imóveis (exceção prevista no art. 19 da Lei nº 8.666/93 no que tange aos bens imóveis da Administração Pública cuja aquisição haja derivado de procedimentos judiciais ou de dação em pagamento, quando poderão ser alienados sob a modalidade de concorrência ou leilão), a concessão de direito real de uso, concessão de serviços públicos (Lei nº 8987/95) e as licitações internacionais.

- b) **Tomada de Preço:** modalidade de licitação realizada entre interessados previamente cadastrados, ou que preencham os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior a data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Tomada de Preços e Convite são escolhidos em função dos valores estabelecidos em lei. Quando couber convite a Administração pode utilizar Tomada de Preços e em qualquer caso a concorrência.

A Tomada de Preços apresenta como característica a habilitação prévia, pois enquanto na concorrência a habilitação constitui uma fase autônoma, na tomada de preços, em regra, a verificação se faz antecipadamente no momento da inscrição nos registros cadastrais.

- c) **Convite:** é a modalidade de licitação entre no mínimo três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas.

É a única modalidade de licitação em que a lei não exige publicação do Edital, já que a convocação se faz por escrito, com antecedência de 05 dias por meio de Carta-Convite.

Com o objetivo de evitar que o convite seja dirigido sempre aos mesmos licitantes, burlando os princípios da licitação, o art. 22 § 6º exige que havendo na praça mais de 3 interessados, a cada novo convite a Carta-Convite deve ser dirigida a pelo menos mais um interessado.

Pode ocorrer que haja desinteresse dos convidados ou limitação do mercado, situação em que a lei

permite, excepcionalmente realizar o procedimento entre apenas duas propostas, ou se uma só for apresentada, celebrar diretamente o contrato.

- d) **Concurso:** é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instrução de prêmio ou remuneração aos vencedores. A publicidade se dá por meio de edital.
- e) **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 alienação de bens imóveis prevista no art. 19 (quando se trata de imóveis a modalidade de licitação obrigatória é a da concorrência, com exceção do art. 19), a quem possa oferecer maior lance, igual ou superior ao da avaliação.

V - PROCEDIMENTO DE LICITAÇÃO - o procedimento de toda licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização, a indicação do objeto e do recurso para a despesa.

O procedimento da concorrência compreende: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação.

- ✓ **Edital** - é o ato pelo qual a Administração divulga a abertura da licitação, fixa os requisitos para a participação, define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas. Em síntese, o edital é o ato pelo qual a Administração faz uma oferta de contrato a todos os interessados que atendem às exigências nele estabelecidas. É a lei da licitação e do contrato. O edital, conforme art. 40 da Lei nº 8666/93, deve conter o objeto, condições para participação, forma de apresentação das propostas e critérios para julgamento.
- ✓ **Habilitação** - é a segunda fase do procedimento em que há a abertura dos envelopes “documentação” e sua apreciação, conforme art. 43, I da Lei nº 8.666/93.

Em ato público a Administração recebe os envelopes “documentação” e “propostas”, e nessa fase são abertos os envelopes contendo os documentos exigidos no edital, que devem ser assinados pelos licitantes presentes e pela comissão.

Os documentos exigíveis para a habilitação somente podem referir-se à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e regularidade fiscal. Deve-se observar ainda o disposto no art. 7º, XXXIII da CF/88 que estatui acerca da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre aos menores de 18 anos, e de qualquer trabalho aos menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz a partir dos 14 anos.

A habilitação Jurídica tem haver com a comprovação da personalidade.

Na qualificação Técnica deve-se verificar a aptidão profissional do licitante para a execução do contrato a ser celebrado.

Em relação à qualificação econômico-financeira o que se verifica é se o licitante tem capacidade para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato.

Já na regularidade fiscal o que se observa é comprovação de que o licitante está quite com suas obrigações fiscais. Deve provar ainda sua inscrição nos cadastros fazendários e provar regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia.

Examinados os documentos serão considerados habilitados os licitantes que tiverem atendido às exigências do Edital, não sendo permitido após o ato público de abertura de envelope a apresentação ou substituição de documentos. Os licitantes que não estiverem com a documentação em ordem são considerados inabilitados.

- ✓ **Classificação** - na lição de Diógenes Gasparini é o “ato administrativo vinculado mediante qual a comissão de licitação acolhe as propostas apresentadas nos termos e condições do Edital ou Carta-Convite”.

Serão desclassificadas as propostas que não observaram as regras e condições do Edital ou então quando apresentarem preços excessivos ou manifestamente inexeqüíveis.

É a terceira fase do procedimento em que a Administração faz o julgamento das propostas, classificando-as pela ordem de preferência, segundo critérios objetivos constantes do Edital. Esta fase subdivide-se em duas: na primeira há a abertura das propostas dos concorrentes habilitados; na segunda há o julgamento das propostas que deve ser objetivo e realizado de acordo com os tipos de licitação.

Tipos de licitação: menor preço, melhor técnica, de técnica e preço, de maior lance ou oferta (no caso de alienação de bens ou concessão de direito real de uso).

- ✓ **Homologação** - art. 43, inciso VI, prevê como ato final do procedimento, a deliberação da autoridade competente quanto á homologação e adjudicação do objeto do contrato.

Os dois atos agora ficam fora da atuação da Comissão e passam a ser de competência da autoridade superior.

Homologação equivale à aprovação do procedimento licitatório; ela é precedida do exame dos atos que o integraram pela autoridade competente, a qual se verificar algum vício de ilegalidade anulará o procedimento ou determinará seu saneamento cabível. A mesma autoridade por razões de interesse público superveniente, devidamente demonstrado, poderá revogar a licitação.

- ✓ **Adjudicação** - é o ato pelo qual a Administração pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação. É o ato final do procedimento

Feita a adjudicação, a Administração convocará o adjudicatário para assinar o contrato.

Caso o interessado não atenda a convocação a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes, pela ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado.

VI - PREGÃO - A Medida Provisória nº 2.026/2000 veio a instituir uma nova modalidade de licitação denominada pregão. *A posteriori*, a citada Medida Provisória (várias vezes reeditada) foi convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, que veio a instituir, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, modalidade de licitação denominada pregão, para aquisição de bens e serviços comuns, entre outras providências.

Para a adequada compreensão do instituto cabe transcrever o que alude o art. 1º, *caput* e parágrafo único da Lei nº 10.520/2002:

“Art. 1º Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei”.

“Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

A regulamentação de tal dispositivo legal, na esfera federal, foi feita com o advento do Decreto nº 3.555/00 (que estabeleceu os bens e serviços comuns que podem ser objeto de pregão) mais a frente alterada pelos Decretos nº 3.693/2000 e nº 3.784/2001. Por sua vez a regulamentação do pregão na forma eletrônica encontra-se hoje nos termos do Decreto nº 5.450/2005.

Inicialmente a Medida Provisória nº 2.026/00 dispunha que a modalidade pregão somente poderia ser utilizada no âmbito da União Federal, o que gerou diversos protestos no campo do direito administrativo tendo em vista que de acordo com o art. 22, inciso XXVII da Constituição Federal de 1988 atribui-se a União privativamente estabelecer “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 sociedade de economia mista, nos termos do art. 173, § 1, III”.

Assim padeceria de vício o dispositivo da Medida Provisória nº 2.026/00 que restringia a utilização do pregão à União Federal, em virtude do mesmo ofender claramente as normas constitucionais em vigor.

No entanto, com a entrada em vigência da Lei nº 10.520/02 tal impropriedade veio a ser sanada, uma vez, que como já resta exposto, a mencionada Lei veio a estender a possibilidade de se utilizar o pregão a todos os entes federativos (União, Estado, Distrito Federal e Municípios).

Observa-se que no pregão não se leva em consideração o valor do contrato a ser celebrado, como ocorre em geral com as demais hipóteses de modalidade de procedimento licitatório, mas sim com a natureza dos bens e serviços comuns a serem adquiridos, elucidando-se que a listagem de tais bens e serviços consta nos comandos que regulamentam a modalidade pregão.

O artigo 3º do Decreto nº 3.555/2000 em seu anexo I preceitua que “os contratos celebrados pela União, para aquisição de bens e serviços comuns, serão precedidos, prioritariamente, de licitação pública na modalidade de pregão, que se destina a garantir, por meio de disputa justa entre os interessados, a compra mais econômica, segura e eficiente.”

Ocorre que o artigo 4º do Decreto nº 5.450/2005 tornou obrigatória a utilização da modalidade pregão para aquisição de bens e serviços comuns pela Administração Pública Federal. Eis o que dispõe o mencionado artigo 4º:

“Art. 4º Nas licitações para aquisição de bens e serviços comuns será obrigatória a modalidade pregão, sendo preferencial a utilização da sua forma eletrônica”.

VI.1 - Procedimento do Pregão - o pregão apresenta uma série de peculiaridades em seu procedimento que difere esta modalidade em diversos aspectos das demais modalidades de licitação pública.

O procedimento estampado na Lei nº 10.520/2002 permite de modo claro uma celeridade maior em sua condução ao não exigir por exemplo uma habilitação inicial de todos os participantes, além de possibilitar que a Administração atinja uma proposta nitidamente mais vantajosa aos cofres públicos, o que se dá por meio dos lances verbais que poderão ser oferecidos pelos participantes, visando reduzir a melhor proposta encontrada na abertura dos envelopes.

Daí as razões que inspiraram a Administração, na esfera federal, a tornar obrigatória a utilização da modalidade pregão na aquisição de bens e serviços comuns (art. 4º do Decreto nº 5.450/2005).

A fase externa do pregão se inicia com a publicação do aviso do Edital, e a segunda fase já se constitui no julgamento e classificação das propostas.

A apreciação das propostas se dará em sessão pública no qual serão apresentados e abertos os envelopes contendo as propostas formuladas pelos participantes.

O critério de julgamento será sempre o de menor preço, mas levando-se em consideração os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidades definidos no Edital.

A grande particularidade da fase classificatória é que após apresentação e abertura das propostas escritas serão admitidos lances verbais.

O participante que propôs a oferta mais baixa, e por conseqüência mais vantajosa, e todos aqueles que propuseram ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores à melhor oferta poderão fazer novos lances verbais até se chegar ao menor valor.

Na hipótese de não haver pelo menos 03 (três) propostas dentro do patamar de até 10% (dez por cento) superior a menor oferta apresentada os autores das 3 (três) melhores propostas poderão participar desses lances verbais independentemente do preço oferecido.

Autoriza-se aqui ainda, que o pregoeiro negocie diretamente com o proponente da oferta mais vantajosa para que seja obtido um preço melhor.

Ao se chegar a melhor proposta é que se abrirá o envelope relacionado à documentação (fase de habilitação), sendo que neste caso será aberto o envelope de documentos do licitante vencedor na fase classificatória.

Somente se o licitante que propôs a oferta mais vantajosa não for habilitado é que se abrirá o envelope de documentos do segundo colocado e assim sucessivamente.

Após a habilitação se dará a ocorrência da quarta fase, que na modalidade pregão será a adjudicação (atribuir o objeto ao licitante vencedor), e por último se encerra o procedimento com a fase de homologação (onde se atesta, precipuamente, a legalidade de todo procedimento).