

Seae

Secretaria de Acompanhamento Econômico

Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência

Questões prático-operacionais de licitações públicas para servidores





Conteudista: Lucas Rocha Furtado

Dezembro de 2014





I - Ementa

Principais fundamentos normativos relativos às Licitações Públicas: Disciplinamento constitucional. Disciplinamento legal. Disciplinamento infralegal. Princípios básicos das Licitações Públicas: Princípios da legalidade, da supremacia e indisponibilidade do interesse público, da moralidade ou probidade, da impessoalidade e da isonomia ou igualdade, da motivação, da publicidade, do julgamento objetivo, da adjudicação compulsória. Modalidades de Licitação: Quadro geral; modalidades comuns e especiais; critério para uso da concorrência, tomada de preços ou convite; uso do leilão ou da concorrência para alienação de imóveis; adoção de modalidade mais rigorosa do que a exigida pela lei; fracionamento do objeto da licitação; concorrência; tomada de preços; convite; leilão; concurso; pregão; pregão eletrônico; registro de preços. RDC. Procedimento da licitação: fase interna; fase externa; divulgação do edital; objeto definido; parecer jurídico; antecedência mínima para publicação. Habilitação: registro cadastral; habilitação jurídica; qualificação técnica; qualificação econômico-financeira; regularidade fiscal e trabalhista; exame da documentação de habilitação; pré-qualificação. Propostas – Análise e julgamento: classificação (início); ordem de abertura dos envelopes contendo as propostas; tipos de julgamento das propostas; desclassificação; desclassificação (vícios formais); desclassificação (preços inexequíveis ou exorbitantes); inexequibilidade de propostas em licitação para obras e serviços de engenharia; garantia extra do art. 48, §2º, da Lei 8.666/1993; ordem de classificação e julgamento; desistência de propostas; homologação do procedimento licitatório; adjudicação; convocação do adjudicatário para assinar o contrato; prazo para convocação; recusa ou não comparecimento para assinar o contrato. O contraditório e a ampla defesa. Recursos administrativos: recurso hierárquico; representação perante o próprio órgão; pedido de reconsideração; representação perante os órgãos de controle.

II - Objetivos

Propiciar aos alunos a oportunidade de discutir temas afetos aos principais fundamentos normativos relativos às Licitações Públicas, seus princípios básicos, suas modalidades, as fases internas e externas, forma de divulgação do edital ou convite, exame dos documentos de habilitação, julgamento das propostas, recursos.

Indicar as principais jurisprudências do TCU e do STF sobre a matéria abordada neste módulo.

Resgatar e explorar a experiência dos participantes visando enriquecer o processo de ensino-aprendizagem por meio da Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência.

Incentivar a pesquisa e o debate jurídico sobre o tema objeto deste módulo, a fim de colaborar com o aperfeiçoamento dos procedimentos licitatórios realizado no país.

III - Conteúdo Programático

1. Principais fundamentos normativos relativos às Licitações Públicas	10
1.1. Disciplinamento constitucional	10
1.2. Disciplinamento legal	11
1.3. Disciplinamento infralegal	12
2. Princípios básicos das Licitações Públicas	12
2.1. Princípio da legalidade	12
2.2. Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público	14
2.3. Princípio da Moralidade ou Probidade	16
2.4. Princípios da Impessoalidade e da Isonomia ou Igualdade	17
2.5. Princípio da Motivação	21
2.6. Princípio da Publicidade	22
2.7. Princípio do Julgamento Objetivo	23
2.8. Princípio da Adjudicação Compulsória	25
2.9. Verificação de aprendizagem	26
3. Modalidades de Licitação:	28
3.1. Quadro geral	28
3.1.1. Modalidades comuns e especiais de licitação	28
3.1.2. Critério para uso da concorrência, tomada de preços ou convite ...	29
3.1.3. Uso do leilão ou da concorrência para alienação de imóveis	29
3.1.4. Adoção de modalidade mais rigorosa do que a exigida pela lei ..	30
3.1.5. Fracionamento do objeto da licitação	31
3.2. Concorrência	33

3.3. Tomada de Preços.....	33
3.4. Convite.....	34
3.5. Leilão.....	34
3.6. Concurso.....	35
3.7. Pregão.....	36
3.8. Pregão Eletrônico.....	44
3.9. Registro de Preços.....	46
3.10. Verificação de aprendizagem.....	48
4. Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC.....	50
4.1. Verificação de aprendizagem.....	51
5. Procedimento da Licitação:.....	51
5.1. Fase Interna da Licitação.....	51
5.2. Fase Externa da Licitação.....	53
5.3. Divulgação do edital.....	53
5.4. Objeto definido.....	54
5.5. Parecer jurídico.....	54
5.6. Antecedência mínima para publicação.....	56
5.7. Impugnação do edital.....	57
5.8. Habilitação.....	58
5.8.1. Registro cadastral.....	58
5.8.2. Habilitação jurídica.....	59
5.8.3. Qualificação técnica.....	60
5.8.4. Qualificação econômico-financeira.....	62
5.8.5. Regularidade fiscal e trabalhista.....	63
5.8.6. Exame da documentação de habilitação.....	65
5.8.7. Pré-qualificação.....	66
5.9. Verificação de aprendizagem.....	67
5.10. Propostas – Análise e Julgamento.....	69
5.10.1. Classificação - Início da fase da classificação.....	69
5.10.2. Ordem de abertura dos envelopes contendo as propostas.....	70
5.10.3. Tipos de julgamento das propostas.....	70
5.10.4. Desclassificação.....	72
5.10.5. Desclassificação - vícios formais.....	73
5.10.6. Desclassificação - preços inexequíveis ou exorbitantes.....	74
5.10.7. Inexequibilidade de propostas em licitação para obras e serviços de engenharia.....	75
5.10.8. Garantia extra do art. 48, § 2º, da Lei 8.666/1993.....	75
5.10.9. Ordem de classificação e julgamento.....	76
5.10.10. Desistência de propostas.....	82
5.10.11. Homologação do procedimento licitatório.....	82

5.10.12. Adjudicação	83
5.10.13. Convocação do adjudicatário para assinar o contrato.....	84
5.10.14. Prazo para convocação.....	84
5.10.15. Recusa ou não comparecimento para assinar o contrato.....	85
5.10.16. Verificação de aprendizagem	85
6. O contraditório e ampla defesa nas licitações públicas. Recursos Administrativos	87
6.1. O contraditório e ampla defesa nas licitações públicas.	87
6.2. Verificação de aprendizagem	90

IV - Metodologia de ensino

Estudo dirigido por meio de apostila e aulas expositivas por meio de vídeos.

V. Síntese currículo do professor

Formação Acadêmica: Mestre em Direito Público pela Universidade de Brasília, pós-graduado em Direito Administrativo pela Universidade de Salamanca – Espanha e Doutor pela Universidade de Salamanca – Espanha.

Atividades Profissionais: Professor efetivo na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília nas disciplinas de Direito Administrativo I e II, e Subprocurador-Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União.



QUESTÕES PRÁTICO-OPERACIONAIS DE LICITAÇÕES PÚBLICAS PARA SERVIDORES: BASE TEÓRICA

INTRODUÇÃO

Esta apostila foi editada especificamente para cursos a serem ministrados no âmbito do projeto denominado “Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência”, a ser conduzido pela Escola de Administração Fazendária – ESAF.

Trataremos primordialmente da base teórica relacionada a questões atinentes às licitações públicas, cujo conteúdo será importante tanto para servidores iniciantes na matéria quanto àqueles que, no momento, pretendem realizar uma reciclagem sobre o tema.

É importante informar que, além do conteúdo teórico, o aluno poderá ao final de cada tópico verificar a sua aprendizagem em relação à matéria discutida. Para isso, pedimos que os exercícios sejam feitos sem consulta prévia ao gabarito. O gabarito consta ao final da apostila, cuja consulta poderá ser feita após a conclusão de cada etapa. No caso de erros, é importante que o aluno releia a apostila para fixação da aprendizagem.

Desejamos a todos bons estudos.



1. PRINCIPAIS FUNDAMENTOS NORMATIVOS RELATIVOS ÀS LICITAÇÕES PÚBLICAS

1.1. Disciplinamento constitucional

Na Constituição Federal atual, promulgada em 5 de outubro de 1988, há disposição expressa sobre o tema objeto desta apostila. Estabelece o art. 22, inciso XXVII, da CF ser da **competência privativa da União Federal legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))”. [grifei]

Dispõe, além disso, o art. 37, inciso XXI, da CF que, *“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”*

Cuida também dessa matéria o art. 173, §1º, da CF, abaixo transcrito, que prevê a edição de lei que estabeleça o estatuto jurídico de empresas públicas e sociedades de economia mista, dispondo, entre outros aspectos, sobre licitação para tais entidades.

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

§ 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:** ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

(...)

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; ([Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#))

(...) [grifado]

Pois bem, a lei prevista no referido §1º do art. 173 da CF ainda não foi editada. Ante a inexistência de lei específica relativa às empresas públicas e sociedade de economia mista, tais entidades devem se submeter, segundo jurisprudência do Tribunal de Contas da União, aos princípios gerais da Lei 8.666/1993 (Acórdãos 1.390/2004 – TCU – Plenário e 549/2006 – TCU – Plenário) (<http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/jurisprudencia>)

Lembro, todavia, que essa questão encontra-se sob júdice no Supremo Tribunal Federal em casos específicos relacionados à PETROBRAS, que vem seguindo regulamento próprio relativo às suas licitações e a seus contratos, nos termos do Decreto 2.745/1998 (Mandados de Segurança 25.888, 25.986, 26.783, 26.808, 26.410, 27.232, 27.337, 27.344, 27.743, 27.837, 27.796, 28.252, 28.626, 28.745, 28.744, 28.897, 29.123, 29.326, 29.468). (<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>)

1.2. Disciplinamento legal

De acordo com o informado art. 22, inciso XXVII, da CF, a União Federal é o ente que detém competência privativa para legislar sobre normas gerais relativas às licitações e contratações públicas. Cabe aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios legislar sobre normas específicas sobre a matéria.

Na esfera federal, a União editou a Lei 8.666/1993 - Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, que detém status de norma geral. Essa lei foi alterada inúmeras vezes, podendo-se citar as seguintes leis alteradoras da referida norma: Leis 8.883/1994; 9.427/1996; 9.648/1998; 9.724/1998; 9.854/1999; 10.973/2004; 11.079/2004; 11.107/2005; 11.196/2005; 11.445/2007; 11.481/2007; 11.484/2007; 11.763/2008; 11.783/2008; 11.952/2009; 12.188/2010; 12.349/2010; 12.440/2011; 12.462/2011; 12.715/2012; 12.873/2013. (<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-norma-pl.html>)

Por ser norma geral, subordinam-se a essa lei todos os Poderes da União dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. De igual modo, encontram-se sob a égide da Lei 8.666/1993, 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 (Lei 8.666/1993, art. 1º). Cabem aqui as observações que fiz no item 2.1 acima em relação ao art. 173, §1º, inciso II, da CF.

Anoto ainda que no âmbito federal foi editada a Lei 10.520/2002, que passou a regular uma nova modalidade licitatória – o pregão. Destaco que essa lei tem caráter especial em relação à Lei 8.666/1993, uma vez que introduz simplesmente uma nova modalidade de licitação. Informo, contudo, que se aplicam subsidiariamente, para essa modalidade de licitação, as normas gerais da Lei 8.666/1993, nos termos do art. 9º da Lei 10.520/2002.

1.3. Disciplinamento infralegal

Diversos decretos foram editados versando sobre a regulamentação ou aplicação da Lei 8.666/1993, os quais servem de fonte importante de pesquisa a todos vocês que, de uma forma ou de outra, trabalham com tão importante tema.

Cito os seguintes decretos, em ordem decrescente de edição: 8.224/2014; 8.223/2014; 8.194/2014; 8.185/2014; 8.184/2014; 7.903/2013; 7.843/2012; 7.840/2012; 7.816/2012; 7.812/2012; 7.810/2012; 7.807/2012; 7.767/2012; 7.756/2012; 7.746/2012; 7.713/2012; 7.709/2012; 7.546/2011; 6.553/2008; 6.232/2007; 5.732/2006; 3.931/2001; 3.722/2001; 2.809/1998; 2.743/1998; 2.439/1997; 2.295/1997; 2.198/1997; 2.196/1997; 2.195/1997; 1.110/1994; 1.054/1994; 976/1993; 892/1993. (<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1993/lei-8666-21-junho-1993-322221-norma-pl.html>)

2. PRINCÍPIOS BÁSICOS DAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

2.1. Princípio da Legalidade

Diversos princípios gerais da Administração Pública são aplicáveis à licitação. É o caso do **princípio da legalidade**.

Nos procedimentos de licitação, esse princípio vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor.

Tradicionalmente, a visão que se tem do princípio da legalidade administrativa é no sentido de que a Administração Pública não pode praticar qualquer ato ou exercer qualquer atividade, salvo se houver lei expressamente autorizando a prática desse ato ou o desempenho da

atividade. **Em meu *Curso de direito administrativo* defendo, contudo, nova concepção da legalidade administrativa, que se afasta dessa concepção tradicional.**

Penso que, em determinados casos, a Administração Pública deve, sim, atuar ou praticar determinado ato segundo lei específica. Não pode o Administrador Público, por exemplo, exigir do particular comportamento positivo ou negativo sem lei que estipule tal comportamento.

Essa conclusão pode ser extraída do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal: “ninguém será obrigado a fazer ou a deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Considero que é igualmente necessária a existência de lei para criar órgão ou entidade pública e para tratar de temas para os quais o texto constitucional tenha sido expresso em requerer o seu disciplinamento por meio dessa espécie normativa, **como, por exemplo, as matérias relacionadas às licitações públicas descritas nos artigos 37, inciso XXI, e 173, §1º, da Constituição Federal, transcritos no item 2.1 desta apostila.**

No âmbito da Lei 8.666/1993, ela define as modalidades de licitação — **concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão** — e o seu processamento. Neste caso, o administrador não deve se afastar do comando legal acima. **Não pode, por exemplo, criar modalidade de licitação não citada em lei. Não poderá, igualmente, fazer combinação de duas modalidades existentes para criar nova modalidade.**

Esclareço que a criação de nova modalidade de licitação - **o pregão** – em razão da obediência ao princípio da legalidade ora discutido, somente foi possível por conta da edição da Lei 10.520/2002, à que me referi anteriormente.

Também se encontram sujeitos ao princípio da legalidade os critérios para julgar documentações e propostas. Esses critérios são expressamente aqueles estabelecidos na Lei de Licitações e o administrador somente poderá se valer deles para realizar tais julgamentos.

Não posso, contudo, deixar de externar a vocês minha individual compreensão sobre o princípio da legalidade, o qual, lembro-lhes,

não pode ser confundido com interpretação rigorosa e literal de preceitos consignados na legislação que rege a matéria de licitações e contratos.

Penso que interpretação reducionista pode impor um formalismo exagerado e, assim, prejudicar o próprio processamento dos certames e das contratações públicas, impedindo, inclusive, o atingimento de um dos objetivos básicos da licitação pública, que é a obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração.

Concretamente, o Decreto 5.450/2005, que regulamenta o pregão na forma eletrônica, já indica um afastamento da interpretação tradicional do princípio da legalidade à qual me referi logo acima. Eis o teor do art. 5º do referido decreto:

Art. 5º A licitação na modalidade de pregão é condicionada aos princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo, bem como aos princípios correlatos da razoabilidade, competitividade e proporcionalidade.

Parágrafo único. As normas disciplinadoras da licitação serão sempre interpretadas em favor da ampliação da disputa entre os interessados, desde que não comprometam o interesse da administração, o princípio da isonomia, a finalidade e a segurança da contratação. [grifado]

Pois bem, em razão desse entendimento, creio que todos aqueles que trabalham com licitações e contratos administrativos devem realizar uma interpretação do princípio da legalidade que propicie, de fato, a ampliação da disputa entre os eventuais interessados no objeto licitado, sem reducionismos e sem que sejam feridos outros princípios tão importantes quanto, a saber, os princípios da igualdade e da finalidade.

Penso que, assim agindo, o agente público possibilitará que a Administração alcance seu objetivo maior, que é a contratação da proposta que se lhe mostre mais vantajosa sob todos os aspectos.

2.2. Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público

O interesse público tem importância substancial no estudo do Direito Administrativo e esse interesse deve servir de norte ao administrador público para suas tomadas de decisões.

Duas importantes características se sobressaem do que entendo por interesse público: **a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público pelo administrador público.**

Entretanto, considero que há questões ainda não respondidas adequadamente acerca do tema. **O que é o interesse público? A quem compete definir os interesses que serão elevados a essa categoria? Quais prerrogativas ou potestades serão exercidas para a realização do interesse público?**

De plano, considero que não se trata o interesse público de um conceito metajurídico. Cabe ao Direito Positivo definir o que é o interesse público, as potestades conferidas com vista à sua realização e os legitimados ao seu exercício.

Mediante o processo de criação das normas de Direito Público são definidos, dentre os interesses gerais, aqueles que serão erigidos à categoria de interesses públicos, sujeitando-se, neste caso, os administradores públicos e os administrados a tais interesses.

Notem que a partir dessa definição o direito público também indicará em que medida tais interesses prevalecerão sobre os demais interesses em geral.

Pois bem, no caso de existência de confronto entre esses interesses qualificados como públicos e os interesses privados, é função do direito positivo indicar: a) as situações em que estes últimos devem ceder a fim de que os primeiros prevaleçam; b) as prerrogativas para o exercício desses interesses qualificados; e c) os legitimados ao exercício desses interesses.

Relativamente **às potestades conferidas à Administração Pública (supremacia do interesse público)** para a realização do interesse público, considero que são aquelas expressamente previstas em lei e devem ser exercidas nos limites legais, sob pena de invalidação.

No caso das licitações e contratos administrativos, eis alguns exemplos da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, previstos na Lei 8.666/1993: possibilidade de a Administração, unilateralmente, rescindir os contratos por ela firmados; alterar suas cláusulas; fiscalizar a sua execução e aplicar multas aos contratados; anular ou revogar a licitação.

No que se refere à **indisponibilidade do interesse público**, chamo-lhes a atenção que a Administração Pública, detentora de poderes relevantes e extravagantes, deve utilizá-los para a realização desse interesse público maior, ficando proibido o exercício desse poder para favorecimentos pessoais ou perseguições.

Lembro que o administrador público não representa interesses pessoais, mas atua visando à realização dos interesses da comunidade qualificados como públicos. Se o contrário ocorrer, verificar-se-á desvio de finalidade e o ato será nulo.

2.3. Princípio da Moralidade ou Probidade

Pela análise realizada em relação aos princípios até o momento mencionados, definimos que o administrador está sujeito ao princípio da legalidade, com as temperanças por mim delineadas nesta apostila.

Entretanto, esclareço que a falta de lei proibindo certa conduta não deve ser entendida como autorização para o administrador ou mesmo o particular a proceder de modo a ofender a ética e a moral.

Dessa forma, considero, tal qual Marçal Justen Filho, que *“a moralidade soma-se à legalidade. Assim, uma conduta compatível com a lei, mas imoral, será inválida”*. (JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª revista, atualizada e ampliada. 2014. p. 87*)

Destaco que a moralidade vincula tanto a conduta do administrador quanto a dos particulares que participam do processo licitatório, impedindo, por exemplo, a realização de conluio entre os licitantes ou a contratação de empresas de parentes dos administradores, ainda que se trate de hipótese de contratação direta prevista em lei.

Vejamos um exemplo claro em que a Lei 8.666/1993 prevê expressamente situações em que são impostas vedações com base no princípio da moralidade administrativa. Trata-se do art. 9º da referida lei que proíbe a participação, *“direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários”*, de:

I - o autor do projeto, básico ou executivo, pessoa física ou jurídica;
(...)

III - servidor ou dirigente de órgão ou entidade contratante ou responsável pela licitação. (...)

§3º Considera-se participação indireta, para fins do disposto neste

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

§4º O disposto no parágrafo anterior aplica-se aos membros da comissão de licitação.

Não obstante a lei descreva situações que importam em violação da moralidade administrativa, não se deve restringir a moralidade à legalidade. Isto é, qualquer outra situação, ainda que não descrita em lei, mas que importe em violação do dever de probidade imposto aos servidores públicos, deve ser rejeitada, por ser incompatível com o ordenamento jurídico nacional.

Da mesma forma, entendo também que não basta praticar um ato segundo a lei, porém potencialmente imoral. Além de legal, o ato deve ser moralmente aceito, sob pena de invalidação.

2.4. Princípios da Impessoalidade e da Isonomia ou Igualdade

Neste tópico falarei sobre o **princípio da impessoalidade** sob a perspectiva do **princípio da isonomia**, uma vez que eles se complementam mutuamente, consoante veremos a seguir.

Os **princípios da impessoalidade e da isonomia ou igualdade** podem ser extraídos dos artigos 5º, **caput**, e 37, inciso XXI, da Constituição Federal, **verbis**:

Art. 5º. **Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza**, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [grifei]

Art. 37 (...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados **mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes**, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento,

mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. [grifei]

Em consonância com a disposição constitucional, a Lei nº 8.666/1993 reproduz em diversos dispositivos a necessidade de que deva ser observada a isonomia entre os licitantes:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do **princípio constitucional da isonomia** e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

§1º É *vedado* aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato;

II - **estabelecer tratamento diferenciado** de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, *entre empresas brasileiras e estrangeiras*, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais. (...)

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

§1º É vedada a utilização de qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o **princípio da igualdade entre os licitantes**. [grifei]

Dois aspectos do princípio da impessoalidade devem ser destacados: a) dever de isonomia por parte da Administração Pública em face dos particulares e b) dever de conformidade ao interesse público.

Sob a perspectiva da isonomia, o princípio da impessoalidade requer que a lei e a Administração Pública confirmem aos licitantes **tratamento isonômico**, vale dizer, não discriminatório, pois todos são iguais perante a lei e o Estado (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal). **Este é, sem dúvidas, o preceito que se extrai da impessoalidade, quando examinada sob a ótica da isonomia.**

Observo que a isonomia é que justifica a adoção de procedimentos

licitatórios para a contratação de obras, serviços, fornecimentos ou alienações, razão pela qual a própria Lei 8.666/1993 classifica a igualdade ou isonomia como uma das finalidades da licitação.

Sob a perspectiva do interesse público, anoto que toda atividade administrativa deva buscar a realização desse interesse, que não pode visar a benefício ou a perseguição de pessoas, ou seja, “*a impessoalidade consiste na vedação a preferências ou aversões da autoridade julgadora relativamente à identidade ou aos atributos pessoais dos participantes no certame licitatório*” (JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª revista, atualizada e ampliada. 2014. p. 86*).

Há situações, no entanto, em que circunstâncias ou fatores pessoais específicos devem ser considerados, desde que, evidentemente, as características pessoais dos licitantes tenham sido indicados na lei ou no ato convocatório como causa jurídica para um certo resultado (JUSTEN FILHO. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 16ª revista, atualizada e ampliada. 2014. p. 86*).

É o que se verifica, por exemplo, quando a legislação admite se se contrate determinado técnico ou empresa em decorrência de sua notória especialização — situação que justifica a inexigibilidade de licitação (art. 25, inciso II, da Lei 8.666/1993).

Também em face das peculiaridades do objeto a ser contratado, a lei autoriza a imposição de requisitos de qualificação técnica e econômica (art. 27, incisos II e III, da Lei 8.666/1993), sem que isso constitua afronta aos princípios da impessoalidade ou da igualdade. Aquele que não preencher os requisitos de qualificação, que deverão estar expressamente mencionados no edital, deve ser inabilitado na licitação (art. 40, inciso VI, da Lei 8.666/1993).

Ressalto, contudo, que essas exigências de qualificação não permitem que o administrador possa utilizá-las de modo discricionário ao ponto de dirigir a licitação e de restringir o seu caráter competitivo. As exigências de qualificação técnica ou econômico-financeira devem ser definidas no edital a partir da necessidade da Administração e das peculiaridades do objeto do contrato a ser licitado, tudo devidamente motivado e demonstrado no próprio processo da licitação, sujeitando-se, tais motivos, aos controles interno e externo.

Esses princípios de igual modo não impedem a concessão de vantagens a determinadas categorias de licitantes, como, por exemplo,

aquelas previstas na Lei Complementar 123/2006, que confere inúmeras vantagens às micro e pequenas empresas em detrimento dos demais licitantes.

Neste caso, entendo que tratamento favorecido conferido pela mencionada Lei Complementar 123/2006, caso, evidentemente tenham sido observados parâmetros de razoabilidade e justificado o tratamento privilegiado, não impõe violação alguma ao princípio da impessoalidade, da igualdade ou da isonomia.

De tudo até aqui visto, não deve o administrador, nas licitações públicas, escolher este ou aquele licitante com base em critério pessoal por ele definido. **Destaco: não há espaço para preferências pessoais. Todos devem ter as mesmas oportunidades, em igualdade de condições, em participar do procedimento licitatório, sempre almejando-se obter a melhor proposta para a Administração.**

Em razão disso, a Lei 8.666/1993, em seu art. 3º, § 1º, incisos I e II, impõe algumas vedações aos agentes públicos, as quais, caso atendidas, concretizam o princípio da igualdade ora estudado. Eis o que dizem os mencionados dispositivos

§ 1º É vedado aos agentes públicos:

I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e **estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5º a 12 deste artigo e no art. 3º da Lei nº 8.248, de 23 de outubro de 1991. (Redação dada pela Medida Provisória nº 495, de 2010)**

II - estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, **ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no art. 3º da Lei no 8.248, de 23 de outubro de 1991.** [grifei]

Diletos alunos, não posso também deixar de anotar que a lei admite que o administrador, ao enunciar as regras do procedimento licitatório - no edital ou convite - defina alguns requisitos para a competição, aos

quais todos estão sujeitos e não somente alguns. Se as regras valem para todos que se encontram sujeitos às mesmas regras, não há infringência ao princípio da igualdade.

De igual modo, tratamentos diferenciados ressalvados na própria Lei, como os mencionados nos referidos incisos, acima transcritos, não constituem, ao meu ver, ferimento ao princípio da igualdade.

2.5. Princípio da Motivação

No âmbito das licitações públicas toda decisão deve ser motivada e registrada nos autos do processo licitatório. Essa medida possibilita o controle pleno dos atos praticados pelos agentes públicos ou particulares, administrativa e judicialmente, coibindo eventuais abusos que possam causar danos à Administração e aos particulares.

Lembro que o administrador, quando exerce seus poderes, age sempre tendo em vista a plena e necessária realização do interesse público. Ainda que em não poucas ocasiões receba da lei competência para a prática de atos discricionários, deve sempre e necessariamente buscar a satisfação do interesse público. Ainda que discricionária, se a atuação do administrador visar à satisfação de interesses incompatíveis com o interesse público, haverá desvio de finalidade e o ato será nulo de pleno direito.

Em razão disso, a fim de que se possa aferir e controlar a atuação do administrador, ele deve descrever porque adotou esta ou aquela decisão, ou seja, deve motivar o ato e registrar tal motivação nos próprios autos do processo licitatório.

A Lei 8.666/1993, em seu art. 38, determina que “o *procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente (...)*”.

Ao dispor a lei que a licitação se inicia com um processo administrativo, exige que o administrador indique os motivos que o levam a realizar a licitação e a especificar o objeto a ser licitado.

Essa motivação se mostra, não poucas vezes, útil ao próprio

administrador. Diversas acusações de direcionamento ou favorecimento em licitações ou de irregularidades em contratações sem licitações são facilmente contestadas e perfeitamente explicadas pela motivação. Do contrário, se o administrador não tiver justificado porque não realizou a licitação, ou porque impôs determinada exigência de qualificação técnica ou econômico-financeira, ou porque exigiu determinada especificação no produto ou serviço, seria a sua atitude certamente considerada fraudulenta, sujeitando o responsável a punição.

Esse princípio encontra-se expresso no art. 50 da Lei 9.784/1999, que trata do processo administrativo no âmbito da União. Merece, por isso, ser amplamente divulgado para que os procedimentos administrativos no Brasil sejam conduzidos e organizados de modo a permitir a sindicância dos atos produzidos pelo administrador público.

2.6. Princípio da Publicidade

É a publicidade princípio próprio do Estado de Direito e ele, no caso brasileiro, encontra-se expresso no art. 37, *caput*, da Constituição Federal de 1988, assim transcrito:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e eficiência e, também, ao seguinte: ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998](#)) [grifei]

Não é razoável no estágio atual do país que atos administrativos sejam praticados sem plena transparência, dificultando o seu controle pelos administrados ou pelos agentes de controle do próprio Estado.

Na verdade, a eficácia dos atos administrativos fica condicionada a que a eles se dê publicidade.

No caso da Lei 8.666/1993, o parágrafo único do art. 61 dispõe que *“a publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na Imprensa Oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei”*.

Ressalto que mesmo nos casos de convite, uma das modalidades mais simples, em razão dos valores envolvidos, a publicidade é regra. Nessa modalidade, apesar de a Administração poder escolher quem quiser, o instrumento convocatório — ainda que não obrigatória a sua publicação em órgão de divulgação oficial — deve ser afixado no quadro de avisos da repartição, de modo a permitir que outros interessados não convidados possam participar do certame.

Em decorrência desse princípio, portanto, a regra deve ser a de que todos os atos concernentes à licitação são públicos e acessíveis ao público, salvo o conteúdo das propostas, até a respectiva abertura, conforme é possível verificar no conteúdo do art. 3º, §3º, da Lei 8.666/1993, assim transcrito:

Art. 3º (...)

§3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

Destaco que outros dispositivos contidos na Lei 8.666/1993 buscam dar a maior efetividade possível a esse princípio, entre os quais cito os artigos 5º, 15, §2º, 16, 21, 61, parágrafo único, cuja leitura peço que seja realizada pelos diletos alunos.

Chamo a atenção, todavia, que se a regra é a de que todos os atos da licitação devem ser públicos e acessíveis ao público em geral, o próprio art. 3º, na parte final do seu §3º, determina a **manutenção do sigilo do conteúdo das propostas, até a respectiva abertura**.

Essa medida tem por objetivo coibir conluios e de dar maior competitividade ao certame. Esse sigilo tem que ser mantido até o momento em que, de acordo com o processamento da licitação, deva ser realizada a sua abertura, o que ocorre em sessão pública.

2.7. Princípio do Julgamento Objetivo

Para que a licitação seja realizada com êxito, o edital ou convite devem conter critérios objetivos, os quais, contudo, não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por lei.

Tal comando tem duplo objetivo: o primeiro, dirige-se à Comissão de Licitação no sentido de que, no julgamento da documentação e das propostas, ela decida com base nos critérios objetivos previamente definidos



no edital, reduzindo, assim, a probabilidade de julgamento errôneo e injusto; o segundo, dirige-se aos licitantes que, diante dos critérios objetivos definidos no edital ou convite, apresente suas propostas de acordo com tais critérios, evitando-se, neste caso, eventuais desclassificações de propostas não consentâneas com o edital ou convite.

Observo que a Lei 8.666/1993 procura, sempre que possível, estabelecer critérios objetivos para a atuação administrativa, retirando do administrador, salvo exceções, toda a subjetividade possível. Nessa linha, a lei, em seu art. 44, estabelece as regras gerais relativas ao julgamento objetivo, *verbis*:

Art. 44. No julgamento das propostas, a Comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios estabelecidos por esta Lei.

Esses critérios são estabelecidos a partir do tipo de licitação a ser adotado e não são aleatórios, discricionários. Devem, inclusive, ser motivados, considerando que determinados critérios, quando não razoáveis, podem dificultar a competição ou até mesmo direcionar a licitação.

Por exemplo, eis alguns critérios para julgamento da proposta, os quais, inclusive, constam da Lei 8.666/1993: **menor preço, melhor técnica, técnica e preço e maior lance ou oferta** (tipos de licitação). **Tais critérios devem constar do edital ou do convite.**

Como já destaquei anteriormente, julgamento objetivo significa, além de os critérios serem objetivos, que eles devem estar previamente definidos no edital. Não seria possível, por exemplo, querer a comissão de licitação, durante a realização do certame, escolher novos critérios não previstos no edital para julgar as propostas apresentadas, considerando que essa medida seria uma novidade em relação aos licitantes, o que é vedado.

Um outro exemplo do princípio de julgamento objetivo são os **critérios para desempate de propostas**, os quais são somente aqueles previstos em lei. Dessa forma, não há margem para que a Comissão de Licitação adote outros critérios objetivos para desempate das propostas.

Nesse sentido, estabelece a Lei 8.666/1993 (art. 3º, §2º), com as alterações introduzidas pelas Leis nº 11.196/05 e nº 12.349/10, que, *“em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: II - produzidos no País; III - produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e IV - produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento*

de tecnologia no País.”

Lembro que, após aplicado o critério acima, persistindo o empate, será obrigatório o sorteio como única possibilidade de desempate, conforme prevê o art. 45, §2º, da Lei 8.666/1993, que dispõe nos seguintes termos:

Art. 45 (...)

§2º No caso de empate entre duas ou mais propostas, e após obedecido o disposto no §2º do art. 3º desta Lei, **a classificação se fará, obrigatoriamente, por sorteio, em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, vedado qualquer outro processo.**

Em relação ainda ao desempate de propostas, devem ser observados os critérios específicos estabelecidos para a contratação de bens e serviços de informática, bem como aqueles previstos na Lei Complementar 123/2006 que favorecem as micro e pequenas empresas.

2.8. Princípio da Adjudicação Compulsória

De acordo com o princípio da adjudicação compulsória, a Administração Pública não está obrigada, ao contrário do que pode aparentemente parecer, a contratar o licitante vencedor.

Na verdade, o direito do licitante vencedor do certame é o de que lhe seja adjudicado o objeto, e não o de ser celebrado o contrato. Posta a questão nesses termos, após concluída a licitação, o direito do licitante vencedor é o de impedir que a Administração contrate, para a realização do objeto licitado, qualquer outra empresa, tenha ela participado ou não da licitação.

Esse entendimento foi adotado pelo TCU, nos termos do Acórdão 868/2006 – Segunda Câmara: **“o fato de o objeto de um dado certame ter sido adjudicado a uma empresa não implica em direito subjetivo da mesma em obter a contratação. O direito do adjudicatário é o de ser convocado em primeiro lugar, caso a Administração decida celebrá-lo, conforme vastamente pacificado pela jurisprudência e pela doutrina”** (grifei)

Nesse mesmo sentido já decidiu o Supremo Tribunal Federal no MS 23.723/DF, cuja ementa é a seguinte:

EMENTA:- Mandado de segurança. Decisão do Tribunal de Contas da União que anulou a Concorrência MARE n.º 004/98, destinada à prestação de serviços de apoio marítimo à massa da extinta Companhia

de Navegação Lloyd Brasileiro Ltda.

2. Representação ao TCU, proposta pela impetrante, julgada procedente pela Corte de Contas, por ter sido comprovada a ocorrência de irregularidades na licitação.

3. Incabível falar-se em direito líquido e certo da impetrante à adjudicação compulsória e conseqüente consecução do contrato dos serviços licitados, eis que “o ato administrativo em que se basearia seu suposto direito foi considerado nulo, por vício insanável, não cabendo, destarte, dele extrair efeitos jurídicos a beneficiarem a requerente no que pretende”.

4. Mandado de segurança indeferido. (MS 23.723/DF, Relator Min. Néri da Silveira, DJ 22-03-2002, p. 32, Tribunal Pleno) [grifei]

Chamo a atenção para dizer que isso não impede de forma alguma que a Administração convoque licitantes remanescentes caso o licitante vencedor, devidamente convocado, não assine o contrato ou não aceite ou retire o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidas.

No caso de ocorrer a conduta acima, à Administração é facultada, a teor do art. 64, § 2º, da Lei 8.666/1993, ***“convocar licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou revogar a licitação independentemente da cominação prevista no art. 81 desta Lei”.***

Resumindo: o **princípio da adjudicação compulsória** deve ser entendido no sentido de que, se a licitação for concluída, o que pressupõe a sua homologação pela autoridade competente, somente poderá ser contratada a empresa vencedora da licitação. Se a Administração desejar celebrar o contrato, deverá convocar a licitante vencedora para assiná-lo, nos termos do edital. Porém, caso a Administração não queira mais celebrar o contrato, não terá o licitante vencedor direito subjetivo à contratação, nos termos do entendimento do TCU e do STF anteriormente mencionado.

2.9. Verificação de aprendizagem

1) **Assinale a alternativa correta: Norma geral que dispõe sobre as licitações e contratos na Administração Pública Federal, Distrital, Estadual e Municipal:**

Lei 9.784/1999

Lei 10.520/2002

Decreto-lei 200/1967

Lei 8.666/1993

2) Subordinam-se à Lei 8.666/1993:

I - As sociedades de economia mista e as empresas públicas

II - Os fundos especiais e as empresas concessionárias de serviços públicos

III - As autarquias e fundações públicas

IV - Os serviços sociais autônomos (Sistema “S”)

Responda:

Apenas a afirmação I está correta

Apenas as afirmações I e III estão corretas

As afirmações I, II e III estão corretas

Todas as afirmações estão corretas

3) O pregão encontra-se regulado pela:

Lei 8.666/1993

Lei 9.784/1999

Lei 8.987/1995

Lei 10.520/2002

4) São princípios básicos da licitação, exceto:

Legalidade

Segurança Jurídica

Isonomia ou igualdade

Julgamento objetivo

3. MODALIDADES DE LICITAÇÃO

3.1. Quadro Geral

Você já viu nos tópicos anteriores que a atuação da Administração Pública deve respeitar certos princípios constitucionais, dentro dos quais se destacam o da impessoalidade e o da legalidade.

O princípio da impessoalidade é o próprio fundamento para a existência do procedimento licitatório. Caso a Administração Pública decida pela celebração de qualquer contrato, ela deve proceder à abertura de procedimento licitatório de modo a assegurar a todos os interessados a oportunidade de apresentarem propostas e de serem escolhidos para o fornecimento de bens, prestação de serviços, execução de obras etc.

Tal procedimento é regulado por lei. Em matéria de licitação, a União foi encarregada pela Constituição Federal, art. 22, XXVII, de legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

A Lei nº 8.666/1993 estabelece em seu art. 22 cinco diferentes modalidades de licitação: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A essas modalidades veio se juntar o pregão, objeto da Lei nº 10.520/2002.

3.1.1. Modalidades comuns e especiais de licitação

Antes de adentrarmos no exame das especificidades dessas modalidades de licitação, considero importante chamar sua atenção para um critério distintivo básico que permite dividi-las em dois grupos: modalidades especiais e modalidades comuns.

O concurso e o leilão estão no primeiro grupo, porque são modalidades que se destinam a contratação de objetos especiais. A primeira tem por objetivo a escolha de trabalhos artísticos, técnicos ou científicos. A outra, a alienação de bens.

A concorrência, a tomada de preços e o convite podem ser consideradas modalidades comuns, uma vez que todo tipo de objeto pode ser contratado mediante qualquer uma delas, seja a compra de produtos,

a aquisição de serviços ou a realização de obra.

O pregão, modalidade mais nova de licitação deve, pelo mesmo critério, ser considerada modalidade especial de licitação, uma vez que sua utilização é determinada pela natureza do objeto, o qual somente pode ser bem ou serviço comum, conforme definição contida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 10.520/2002.

3.1.2. Critério para uso da Concorrência, Tomada de Preços ou Convite

O fator que, em regra, determina o uso de uma ou outra das modalidades comuns é o preço do objeto a ser licitado. Os valores que definem os intervalos de preços nos quais devem ser usadas a concorrência, a tomada de preços ou o convite estão indicados no art. 23 da Lei nº 8.666/1993:

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

I - para obras e serviços de engenharia:

- a) convite: até R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais);
- b) tomada de preços: até R\$1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$1.500.000,00.

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

- a) convite: até R\$80.000,00 (oitenta mil reais);
- b) tomada de preços: até R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais);
- c) concorrência: acima de R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

3.1.3. Uso do Leilão ou da Concorrência para alienação de imóveis

Quando, no entanto, você descobrir que, consoante o art. 23, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, a modalidade de concorrência deverá ser utilizada obrigatoriamente, independentemente do valor do objeto, na compra ou alienação de bens imóveis, nas concessões de direito real de uso e,

ressalvado o disposto no art. 19 da mesma lei, nas licitações internacionais, não pense que encontrou evidência que autoriza a desconsiderar o que dissemos até aqui, mas apenas que está diante da exceção que confirma a regra.

Curiosamente, a exceção também comporta exceção. Parece confuso? Explico: a obrigação de alienação de imóveis mediante a concorrência é exceção à regra segundo a qual o uso dessa modalidade de licitação é determinado pelo preço do objeto licitado. Essa exceção, por sua vez, também admite exceção, conforme disposição contida no art. 19 da Lei nº 8.666/1993: se o imóvel a ser alienado foi adquirido pela Administração Pública mediante dação em pagamento ou resultou de procedimentos judiciais, poderá ser alienado mediante leilão. O administrador poderá, nesse caso, optar por uma ou outra modalidade de forma discricionária.

3.1.4. Adoção de modalidade mais rigorosa do que a exigida pela lei

Adiante você verá que, dadas as particularidades de cada uma das modalidades comuns de licitação, é possível dizer que a concorrência, por envolver maior número de exigências e possuir procedimento mais complexo, é a mais rigorosa delas, sendo o convite a de menor rigor. Então você – que, por estar aqui dedicado a esse aprendizado, já demonstrou se tratar de pessoa especialmente diligente e zelosa com os interesses da Administração Pública – certamente perguntará: e se eu quiser usar a modalidade mais rigorosa nos casos em que a lei autoriza a modalidade mais simples, será que posso?

O art. 23, § 4º, da Lei nº 8.666/1993 dispõe que “nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços, e em qualquer caso, a concorrência”. Não é possível, no entanto, perder de vista o princípio constitucional da eficiência. Se você trabalha com licitações já sabe que a concorrência consome mais tempo e dedicação dos servidores do que a tomada de preços e esta, por seu turno, mais do que o convite.

Sendo assim, a escolha da modalidade mais rigorosa deverá ser sempre adequadamente motivada, expondo-se, em cada caso, as razões que justificaram essa decisão.

Se, por exemplo, você estiver encarregado de realizar compra de bem no valor total de R\$ 600.000,00, que não se enquadre no conceito de bem comum, e optar pela tomada de preços – conforme indicação da lei

para esse valor –, não poderá, caso seja necessário, utilizar completamente o limite legal de 25% (art. 65, § 1º) para a alteração do contrato (no caso, R\$ 150.000,00), porque seu valor total acabaria superando o valor máximo admitido para essa modalidade (R\$ 650.000,00). Seria prudente, nessa hipótese, optar pela realização da concorrência, especialmente se a quantidade a ser contratada, por depender de fatores de difícil previsão, for incerta.

3.1.5. Fracionamento do objeto da licitação

A essa altura, você deve estar pensando: e se alguém, não tão diligente e zeloso quanto eu, tiver a intenção de fazer o oposto, ou seja, usar modalidade de licitação menos rigorosa do que aquela determinada pela lei para o valor a ser contratado, encontrará meios para tanto?

O caminho mais comumente tentado para isso é o chamado fracionamento do objeto da licitação.

Entramos aqui, a propósito, numa das mais relevantes e controvertidas questões do estudo das licitações. Isso porque, se o fracionamento da despesa pode ser considerado ilegal, a reunião de objetos que poderiam ser licitados separadamente também pode.

Cumpra, antes de tudo, transcrever os dispositivos da Lei nº 8.666/1993 que cuidam desse assunto:

Art. 15. As compras, sempre que possível, deverão: (...)

IV - ser subdivididas em tantas parcelas quantas necessárias para aproveitar as peculiaridades do mercado, visando economicidade. (...)

Art. 23 (...)

§1º As obras, serviços e compras efetuadas pela administração serão divididas em tantas parcelas quantas se comprovarem técnica e economicamente viáveis, procedendo-se à licitação com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos disponíveis no mercado e à ampliação da competitividade, sem perda da economia de escala.

§2º Na execução de obras e serviços e nas compras de bens, parceladas nos termos do parágrafo anterior, a cada etapa ou conjunto de etapas da obra, serviço ou compra, há de corresponder licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação. (...)

§5º É vedada a utilização da modalidade “convite” ou “tomada de preços”, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de “tomada de preços” ou “concorrência”, respectivamente, nos termos deste artigo, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

O que o gestor deve fazer, então, é, em primeiro lugar, verificar se o objeto licitado admite desmembramento. Por exemplo: suponha que certa prefeitura pretenda reformar as praças públicas. Duas possibilidades se apresentam: celebrar diversos contratos, um para cada praça; ou contratar uma única empresa para realizar todo o serviço.

A regra a ser seguida, em princípio, é o desmembramento do objeto, de modo a garantir a “ampliação da competitividade” no mercado. Ou seja, um contrato para cada praça. Contudo, isso deve se dar “sem perda da economia de escala”. Se o desmembramento implicar a criação de ônus mais elevado pela quebra dessa economia de escala, então não poderá ser admitido.

O desmembramento, se admissível, jamais poderá, porém, ser utilizado de modo a enquadrar o contrato nos limites de licitação dispensável ou para ensejar a adoção de modalidade de licitação menos rigorosa que aquela cabível para o objeto quando considerado como um todo. Tal conduta caracteriza fraude à licitação, podendo resultar em condenação criminal, administrativa e civil do administrador. No exemplo acima, se o valor total da reforma das praças exigir tomada de preços, então a contratação de cada uma delas deverá observar a mesma modalidade, ainda que isoladamente se enquadrassem no valor do convite. A modalidade mais simples somente poderá ser adotada para as parcelas do objeto de natureza específica, que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Da mesma forma, deve ser considerada conduta fraudulenta o agrupamento de obras, serviços ou fornecimentos com o objetivo de aumentar a dificuldade de preenchimento, pelas empresas interessadas na contratação, dos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeiro, de modo a direcionar a licitação.

Se você, então, for responsável pela decisão, seja no sentido de agrupar ou de desmembrar obras, serviços ou fornecimentos, deverá estar

preparado para justificá-la à luz das circunstâncias e particularidades de cada caso.

3.2. Concorrência

A concorrência é caracterizada pela ampla publicidade, traduzida pela obrigação de publicação do aviso de licitação, conforme o art. 21 da Lei nº 8.666/1993.

É caracterizada, também, pela universalidade, representada pelo fato de o procedimento admitir a apresentação de proposta por quaisquer interessados que preencham os requisitos de qualificação exigidos na fase de habilitação.

O procedimento da concorrência serve de base para todas as demais modalidades. No capítulo 5 você verá mais detalhes a respeito desse assunto, especialmente no que diz respeito às exigências próprias da fase de habilitação.

3.3. Tomada de Preços

A principal diferença entre a tomada de preços e a concorrência reside no fato de que esta, como visto, é aberta a qualquer pessoa que preencha, na fase de habilitação, os requisitos exigidos para participação na licitação, ao passo que aquela é modalidade reservada aos interessados já cadastrados, ou que atendam “a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação” (art. 24, §2º, da Lei nº 8.666/1993).

Outra diferença importante entre a tomada de preços e a concorrência diz respeito ao prazo para apresentação das propostas. Enquanto na segunda modalidade há que se observar interregno mínimo de 30 e máximo de 45 dias, conforme condições especificadas no art. 21 da Lei nº 8.666/1993, na primeira, o prazo varia entre 15 e 30 dias.

3.4. Convite

O procedimento do convite é bastante simplificado. A Administração envia carta-convite para pelo menos três possíveis interessados no objeto licitado, solicitando que apresentem suas propostas.

A divulgação do convite não se dá obrigatoriamente pelo mesmo meio estabelecido para as demais modalidades pelo art. 21. Segundo o art. 22, §3º, da Lei 8.666/1993, basta a afixação de cópia do instrumento convocatório em local apropriado.

Contudo, caso a Administração opte por dar ao convite divulgação da mesma natureza conferida às demais modalidades licitatórias – com publicação do aviso na imprensa oficial e em jornal de grande circulação – não seria, a meu ver, impositiva a obtenção de três propostas válidas, nem a apresentação da justificativa prescrita no §7º do art. 22 da lei retrocitada.

Vale notar que o prazo para a apresentação das propostas adotado no convite, de, no mínimo, cinco dias, denota a simplicidade dessa modalidade.

Outro sinal da simplicidade do convite está na disposição contida no art. 51, §1º, do estatuto das licitações, que desobriga a Administração de constituir comissão de licitação, cujas atribuições podem ser realizadas “por servidor formalmente designado pela autoridade competente”, se, nas pequenas unidades administrativas, houver exiguidade de pessoal.

Por fim, cabe observar, quanto a essa que é a modalidade mais simples de licitação, que até mesmo a documentação de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira e regularidade fiscal poderá, conforme faculta o art. 32, §1º, da Lei nº 8.666/1993, ser dispensada.

3.5. Leilão

O leilão é, consoante o art. 22, §5º, da Lei nº 8.666/1993, a modalidade de licitação indicada para a alienação de bens. Esses bens, em regra, são móveis, cuja avaliação, isolada ou globalmente, não seja superior ao limite previsto no art. 23, inciso II, “b”, da mesma lei (art. 17, §6º).

Os bens imóveis devem ser alienados por meio de concorrência, conforme determina o art. 23, §3º, da Lei nº 8.666/1993. Apenas excepcionalmente os bens imóveis podem ser alienados mediante leilão (art. 19, III, da Lei nº 8.666/1993).

O leilão, ao contrário das modalidades comuns de licitação, permite ao interessado apresentar diversas propostas, na medida em que os lances vão aumentando. Essas propostas são públicas, também ao contrário das modalidades comuns, que seguem o princípio do sigilo.

Outra marca distintiva do leilão reside no fato de que a lei não impõe formas rígidas para sua realização, dispensando, inclusive, a necessidade de habilitação. Isso não quer dizer, contudo, que a Administração não possa se certificar da capacidade de pagamento do interessado.

3.6. Concurso

Se você é administrador público e pretende selecionar “trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores”, então poderá utilizar a modalidade de licitação prevista no art. 22, § 4º, da Lei nº 8.666/1993, o concurso.

Atenção para não confundir essa modalidade de licitação com o “concurso público” necessário para a investidura em cargos e empregos públicos. Este último deve seguir os critérios estabelecidos no próprio texto constitucional (provas ou provas e títulos, prazo de validade de até dois anos etc.) e em legislação própria relativa aos servidores e empregados públicos.

Diferentemente do que ocorre nas demais modalidades de licitação, no concurso os trabalhos a serem entregues pelo interessado não são prestados após a seleção do vencedor do certame, e sim apresentados já prontos e acabados por todos os participantes.

Outra particularidade do concurso se dá na definição do preço a ser pago, que, em vez de decorrer, como nas demais modalidades, da proposta vencedora da licitação, é fixado pela Administração no edital do certame. A escolha do trabalho vencedor não tem, portanto, nada a ver com o preço. Ela resulta do juízo firmado por comissão especificamente constituída para esse fim, que avaliará qual, dentre todos apresentados, melhor atende as necessidades da Administração.

O prazo indicado em lei, de quarenta e cinco dias, é o mínimo para a apresentação dos trabalhos. Nada impede que esse tempo seja estendido de acordo com a dificuldade do objeto em cada caso.

3.7. Pregão

3.7.1 Considerações gerais

A Lei nº 10.520/2002 instituiu, “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”. A matéria é também objeto de regulamentação pelo Decreto nº 3.555/2000.

O pregão foi criado para ser modalidade de licitação alternativa às modalidades comuns. Se o objeto a ser contratado se enquadrasse na definição de bem ou serviço comum, então o gestor poderia, independentemente do preço, optar discricionariamente pelo uso da nova modalidade no lugar da concorrência, da tomada de preços ou do convite, conforme o caso.

Essa discricionariedade foi, porém, suprimida no plano federal. Se você é gestor da administração pública federal, no âmbito do Poder Executivo, terá que observar o art. 4º do Decreto nº 5.450/2005 (regulamenta o pregão, na forma eletrônica):

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

§1º O pregão deve ser utilizado na forma eletrônica, salvo nos casos de comprovada inviabilidade, a ser justificada pela autoridade competente.

Você não pode, ante essa nova restrição, ser dispensado da seguinte indagação: será mesmo que o decreto poderia impor a adoção do pregão para situações em que, nos termos da lei, ela é apenas uma faculdade?

Eu o ajudo na resposta. Decretos são atos administrativos de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo. Servem de veículo para exercício do Poder Regulamentar, previsto na Constituição Federal, art. 84, IV, conforme fundamento apontado na ementa do Decreto nº 5.450/2005, mas também constituem instrumento para exercício do Poder Hierárquico, inerente ao Chefe do Executivo.

O decreto regulamentar, editado com fundamento no art. 84, IV, da CF, impõe-se a todos os administradores, mesmo àqueles dos Poderes Judiciário e Legislativo. Porém, como ato normativo subordinado, não

pode alterar a lei, mas tão-somente fixar regras para seu cumprimento, desenvolvendo em pormenores os princípios e preceitos dela constantes explícita ou implicitamente.

Se o Decreto nº 5.450/2005 fosse mesmo tomado como expressão do Poder Regulamentar, conforme sua ementa indica, obrigando também os órgãos dos demais poderes, a preferência ao pregão nele determinada representaria, com efeito, ofensa à lei, por conter restrição não amparada por ela ou por qualquer outro fundamento jurídico.

Porém, se encaramos essa norma como resultante meramente do exercício do poder hierárquico, com alcance somente sobre os órgãos do Poder Executivo, aí a restrição em tela poderia ser aceita como legítimo exercício, pela maior autoridade desse poder, da discricionariedade a ele conferida pela própria Lei 10.520/2002.

Então, como você pode perceber, embora o Decreto nº 5.450/2005 fale em poder regulamentar e mencione em sua ementa o art. 84, IV, da CF, sua adequada interpretação conduz ao entendimento de que o âmbito de alcance da restrição contida no art. 4º acima transcrito está limitado aos administradores subordinados hierarquicamente ao Presidente da República.

Quanto aos demais gestores, a utilização do pregão continua figurando como opção discricionária, a menos que a autoridade competente no âmbito de sua atuação venha impor a mesma restrição havida no Poder Executivo Federal mediante o Decreto nº 5.450/2005.

3.7.2 Bens e serviços comuns

Superadas essas considerações gerais, a primeira observação importante sobre o pregão, é que a Lei nº 10.520/2002 restringe sua utilização à contratação de bens e serviços comuns.

De acordo com o parágrafo único do art. 1º dessa lei, consideram-se bens e serviços comuns “aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado”.

É importante lembrar a vedação contida no art. 5º do Decreto nº 3.555/2000, segundo a qual o pregão “não se aplica às contratações de obras e serviços de engenharia, bem como às locações imobiliárias e alienações em geral, que serão regidas pela legislação geral da Administração”.

Não obstante, o Tribunal de Contas da União vem relativizando essa vedação, mediante interpretação que considera possível a contratação de serviços de engenharia, desde que possam ser considerados comuns. No Acórdão nº 817/2005 – 1ª Câmara o TCU observou que “a Lei nº 10.520, de 2002, não exclui previamente a utilização do pregão para a contratação de obra e serviço de engenharia”. E no Acórdão nº 2.272/2006 – Plenário, afirmou que “as normas regulamentares [Decreto nº 3.555/00] que proíbem a contratação de serviços de engenharia pelo pregão carecem de fundamento de validade”.

Já a regulamentação do pregão eletrônico, mediante o Decreto nº 5.450/2005, opôs restrição ao uso dessa modalidade apenas no que diz respeito a obras, conforme disposição contida no art. 6º.

Atualmente o assunto já está sumulado pelo TCU mediante o Enunciado nº 257: “o uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2002”.

Vale notar que o cabimento ou não do pregão se dá exclusivamente em face da natureza do objeto contratado, sem influência do valor total da contratação, que repercute apenas na forma de divulgação do certame (art. 11, I, do Anexo I do Decreto nº 3.555/2000).

O que você deve observar, antes de optar pela utilização do pregão, é, portanto, saber se o objeto pode ou não ser enquadrado no conceito de bem e serviço comum.

Ora, quando se sabe que um dos principais propósitos do pregão, além da redução de preços, é conferir celeridade às aquisições da Administração, fica fácil perceber que não pode ser considerado comum o bem ou serviço que, para atender a necessidade do contratante, requeira adaptações em face de particularidades pouco usuais no mercado.

Na verdade, tratando-se de termo indeterminado, o conceito do que é comum tem se modificado com o tempo, razão pela qual há que ser interpretado caso a caso.

3.7.3 Procedimento

No que diz respeito ao procedimento, o pregão inverte, em relação às modalidades comuns de licitação, as fases de habilitação e julgamento. Buscando-se celeridade, o julgamento das propostas deve ser realizado antes da habilitação, haja vista ser essa última a que, costumeiramente,

causa mais embaraços em uma licitação. Evita-se, dessa forma, que empresas cujas propostas de preços saíram derrotadas, interponham recursos contra sua eventual inabilitação.

Outra inovação do pregão é a combinação de propostas de preços escritas com lances verbais. Durante a sessão pública do pregão, os licitantes mais bem classificados são convocados a oferecer lances verbais para reduzirem o menor preço até então apresentado.

3.7.4. Fase interna

Uma vez que você, após ponderar as vantagens e desvantagens do pregão em relação às modalidades comuns de licitação, tenha concluído pela sua utilização, deverá observar as exigências da fase preparatória, conforme disposições contidas no art. 3º da Lei nº 10.520/2002.

É interessante notar, a propósito, que essa lei, dispendo expressamente sobre a existência de uma fase preparatória do pregão, corrigiu o entendimento de que a licitação se inicia com a divulgação do edital.

O art. 3º da Lei nº 10.520/2002 dispõe, em detalhes, sobre as exigências dessa fase preparatória:

I - A autoridade competente justificará a necessidade de contratação e definirá o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação das propostas, as sanções por inadimplemento e as cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento;

II - A definição do objeto deverá ser precisa, suficiente e clara, vedadas especificações que, por excessivas, irrelevantes ou desnecessárias, limitem a competição;

III - Dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições do objeto e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

IV - A autoridade competente designará, dentre os servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição inclui, dentre outras, o recebimento das propostas e lances, a análise de sua aceitabilidade e sua classificação, bem como a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor.

No plano federal, onde vigora o Decreto nº 3.555/2000, existe a

exigência de elaboração de documento denominado termo de referência. Sua finalidade é a de indicar os “elementos capazes de propiciar a avaliação do custo pela Administração, diante de orçamento detalhado, considerando os preços praticados no mercado, a definição dos métodos, a estratégia de suprimento e o prazo de execução do contrato”.

Esse documento é essencial ao bom andamento da sessão pública do pregão. Sem ele o pregoeiro teria dificuldades para concluir, na própria sessão, a classificação das propostas, dada a ausência de informações essenciais sobre o objeto e sobre os preços praticados no mercado.

Vale notar que no pregão não é obrigatória a inclusão do orçamento detalhado e respectiva planilha de custos no edital da licitação, conforme decisão adotada pelo TCU mediante o Acórdão nº 117/2007 – Plenário.

Outra diferença importante em relação às demais modalidades de licitação diz respeito à responsabilidade pela condução do certame. No pregão, compete a apenas um agente, o pregoeiro, o dever de classificar as propostas, habilitar o licitante e adjudicar-lhe o objeto da licitação, e não a uma comissão de servidores.

O fato de o pregoeiro ter o dever de decidir sozinho as questões que são a ele apresentadas não impede que conte com uma equipe de apoio para auxiliá-lo, formada preferencialmente por servidores do quadro permanente do órgão ou entidade promotora do pregão.

O art. 9º da Anexo I do Decreto nº 3.555/2000 o pregoeiro tem as seguintes atribuições:

I - O credenciamento dos interessados;

II - O recebimento dos envelopes das propostas de preços e da documentação de habilitação;

III - A abertura dos envelopes das propostas de preços, o seu exame e a classificação dos proponentes;

IV - A condução dos procedimentos relativos aos lances e à escolha da proposta ou do lance de menor preço;

V - A adjudicação da proposta de menor preço;

VI - A elaboração de ata;

VII - A condução dos trabalhos da equipe de apoio;

VIII - O recebimento, o exame e a decisão sobre recursos; e

IX - O encaminhamento do processo devidamente instruído, após a adjudicação, à autoridade superior, visando a homologação e a contratação.

3.7.5 Fase externa

Com a divulgação do edital, inicia-se a fase externa do pregão.

A Lei nº 10.520/2002 impõe a publicação de aviso no diário oficial do respectivo ente federado, ou, se esse não existir, em jornal de circulação local. Dependendo do vulto da licitação, deverá haver publicação do aviso também em jornal de grande circulação.

No âmbito federal, a forma de divulgação do pregão foi disciplinada pelo art. 11 do anexo I do Decreto nº 3.555/2000 nos seguintes termos:

a) para bens e serviços de valores estimados em até R\$160.000,00 (cento e sessenta mil reais):

1. Diário Oficial da União; e
2. meio eletrônico, na internet;

b) para bens e serviços de valores estimados acima de R\$160.000,00 (cento e sessenta mil reais) até R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais):

1. Diário Oficial da União;
2. meio eletrônico, na internet; e
3. jornal de grande circulação local;

c) para bens e serviços de valores estimados superiores a R\$650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais):

1. Diário Oficial da União;
2. meio eletrônico, na internet; e
3. jornal de grande circulação regional ou nacional.

O prazo mínimo a ser observado desde a divulgação do edital até a realização da sessão deve ser de oito dias.

O aviso deverá conter a definição precisa e clara do objeto, a indicação dos locais, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital e o local onde será realizada a sessão pública do pregão.

Na data, horário e local informados no edital, haverá a sessão pública para o recebimento das propostas.

Haverá, preliminarmente, o credenciamento, cujo objetivo é comprovar se o interessado possui poderes para representar a empresa.

Com a declaração da abertura da sessão pública, inicia-se o recebimento das propostas de preços e da documentação de habilitação dos licitantes, cada qual em envelope próprio.

O pregoeiro abrirá primeiro os envelopes contendo as propostas de preços, classificando aquelas que não ultrapassarem em mais de 10% à de menor preço.

Se não forem classificadas pelo menos três propostas segundo esse critério, então o pregoeiro poderá classificar propostas com preço que ultrapasse o limite acima, até o máximo de três, para que seus proponentes participem da fase de lances verbais.

Esses proponentes serão convidados individualmente, na ordem inversa da classificação, a apresentar os lances verbais, e não como ocorre no leilão, onde a oportunidade é aberta a todos ao mesmo tempo. O pregoeiro promoverá essas “rodadas” de lances até que os participantes não reduzam mais seus preços.

Vale notar que os licitantes que se ausentarem ou que não apresentarem lance verbal ficam excluídos dessa fase, não obstante suas propostas escritas, assim como também as dos demais licitantes que não se classificaram, continuem válidas, podendo ainda ser convocadas para a contratação na hipótese de as melhor colocadas virem a ser inabilitadas.

Em qualquer caso, o pregoeiro deverá verificar a conformidade do preço da proposta melhor colocada com o valor estimado para a contratação. O Decreto nº 3.555/2000 admite expressamente a possibilidade de o pregoeiro negociar com o licitante a redução de sua proposta. Havendo êxito, o objeto do pregão será adjudicado a esse licitante.

As decisões do pregoeiro deverão ser motivadas, devendo indicar, em especial:

As razões que o levaram a considerar razoável o preço obtido do licitante; e

As razões que demonstram ser mais conveniente contratar com licitante que não tenha participado dos lances verbais do que abrir novo pregão.

É possível no pregão o recebimento de propostas por via postal, conforme prazos e condições definidas no edital. Sua participação, porém, limitar-se-á, como é óbvio, à proposta escrita. Se o credenciamento pode ser dispensado nesse caso, com mais razão poderá ser dispensado também para os proponentes presentes que não pretendam participar da fase de lances verbais.

Com o encerramento da fase competitiva, dá-se o ordenamento das propostas. Cumpre lembrar que no pregão o único critério válido para esse ordenamento é o menor preço. O pregoeiro deverá examinar, então, se o objeto da proposta que está em primeiro lugar atende as exigências do edital e se o seu preço está compatível com os preços de mercado. Em caso negativo, o pregoeiro fará o mesmo exame em relação à segunda melhor proposta e assim sucessivamente.

Embora, a essa altura, você já deva saber, não me custa nada lembrar-lhe que qualquer decisão do pregoeiro, seja pela classificação ou desclassificação, deverá ser motivada. O que talvez você não saiba é que tal decisão deverá ser tomada ainda durante a sessão pública. Tal agilidade, como já ressaltai, não seria possível sem o auxílio do termo de referência.

Uma vez que se tenha identificado a proposta de menor preço aceitável, será aberto o envelope dos documentos de habilitação da respectiva licitante. Esse procedimento marca, a propósito, uma das principais diferenças entre o pregão e as demais modalidades de licitação. Com a inversão das fases, é possível que a habilitação seja feita apenas para o licitante melhor classificado, poupando a Administração da perda de tempo decorrente da necessidade de solucionar inúmeras controvérsias quanto à habilitação dos demais participantes.

Caso sejam atendidas as exigências habilitatórias, o licitante será declarado vencedor e lhe será adjudicado o objeto do certame. Caso contrário, o pregoeiro examinará a proposta subsequente segundo o mesmo rito, até a apuração de uma proposta que atenda ao edital.

Desse modo, tanto a classificação, quanto a habilitação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor deverá ocorrer durante a sessão pública.

Não há, porém, impedimento para que a sessão, quando houver necessidade de esclarecimento de alguma dúvida do pregoeiro que não possa ser resolvida durante seu andamento, seja interrompida para a realização de diligências. Mas, se o pregão foi instituído buscando conferir maior celeridade aos certames, é claro que tal hipótese deve ser evitada tanto quanto possível. Uma vez que tenham sido sanadas as dúvidas, o pregoeiro deverá notificar os licitantes sobre a data, horário e local onde a sessão pública terá prosseguimento.

A interposição de recursos pelos licitantes talvez seja, nas modalidades originais de licitação, o maior fator de atrasos para a

conclusão do procedimento. Esse assunto não poderia, pois, deixar de receber tratamento diferenciado no pregão.

Com efeito, a Lei nº 10.520/2002 determina que a intenção de interpor recurso deverá ser anunciada ainda na sessão, devendo constar da ata as respectivas razões recursais. Correrá, então, prazo de três dias para juntada de memoriais.

Então você deverá se perguntar: será que os memoriais estarão restritos a essas razões recursais, ou poderão apontar novos fundamentos para a impugnação do ato questionado?

Os princípios da ampla defesa, da recorribilidade e do contraditório indicam que não. O memorial poderá indicar novas razões. O que não poderá constar desse documento é a impugnação de novos atos. Se a razões apontadas na sessão impugnavam o ato A, em face dos fundamentos F1 e F2, o memorial poderá indicar contra esse mesmo ato A também o fundamento F3. Não poderá, porém pretender servir de meio para tentar rever também o ato B, contra o qual nada foi dito na sessão.

Esses recursos não têm efeito suspensivo, o que significa dizer que o pregoeiro prosseguirá normalmente com os atos do processo do pregão. A existência de recurso pendente de julgamento impede tão-somente a assinatura do contrato. Uma vez que os recursos interpostos tenham sido decididos por quem disso seja encarregado, conforme as normas de organização do ente que realiza o pregão, a autoridade competente homologará a adjudicação para determinar a contratação.

3.8. Pregão Eletrônico

O pregão eletrônico é disciplinado pela Lei nº 10.520/2002 e pelo Decreto nº 5.450/2005. Busca-se, por meio dessa nova forma de realização do certame, a ampliação da competitividade e, por consequência, a redução dos preços contratados.

No âmbito federal, a entidade que promover o pregão eletrônico terá o apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que será responsável pelo prévio credenciamento dos pregoeiros (por meio de chave de identificação e senha), dos membros das equipes de apoio, bem como dos licitantes que intentem participar dos certames.

Aplicam-se ao pregão na sua forma eletrônica os mesmos procedimentos da fase interna do pregão presencial.

A divulgação do aviso nas condições definidas pelo art. 17 do Decreto nº 5.450/2005 marca o início da fase externa do pregão eletrônico. Dele deverão constar as mesmas informações que compõem o aviso do pregão presencial, com a diferença de que em vez do local será anunciado o endereço eletrônico onde ocorrerá a sessão pública, com a indicação de que será realizado por meio da internet.

A publicação do aviso marcará o início da contagem do prazo para a apresentação das propostas, que não poderá ser inferior a oito dias úteis. Os licitantes deverão encaminhar suas propostas exclusivamente por meio do sistema eletrônico.

O pregoeiro, no dia e horário previstos no edital, abrirá a sessão pública na internet, momento a partir do qual os licitantes, com o uso de sua chave e senha, poderão participar da sessão.

Em tempo real, o pregoeiro examina as propostas, desclassificando aquelas que não estejam em conformidade com as exigências do edital, devendo registrar a respectiva fundamentação no sistema.

Participarão da fase de lance todas as propostas que não foram desclassificadas, as quais são automaticamente ordenadas pelo sistema. Os licitantes poderão fazer lances sucessivos, recebendo, em tempo real a informação sobre seu recebimento e sobre o valor consignado no registro. São também informados do valor do menor lance registrado, preservada a identidade do seu proponente.

É o pregoeiro quem decide, segundo critério próprio, encerrar essa etapa da licitação, disparando, mediante o sistema eletrônico, o aviso de fechamento iminente dos lances, que deverá ocorrer, aleatoriamente, em qualquer momento dentro dos 30 minutos seguintes.

Em negociação acompanhada por todos os licitantes, o pregoeiro poderá encaminhar contraproposta àquele com lance mais vantajoso, buscando maior redução de preços, respeitadas as demais condições do edital.

Deverá, então, ser verificada a compatibilidade do preço com a estimativa feita para a contratação e a habilitação do licitante melhor colocado, por meio do SICAF (ver item 5.7.1).

Se houver exigência de documentos não incluídos no SICAF, o pregoeiro solicitará, por meio do sistema eletrônico, que sejam apresentados no prazo definido no edital, inclusive via fax, cuja validade,

nesse último caso, ficará condicionada a posterior confirmação com o envio do documento original ou de cópia autenticada.

Na hipótese de a proposta não ser aceitável ou de o licitante ser inabilitado, o pregoeiro examinará a proposta subsequente e assim sucessivamente até encontrar uma proposta que atenda o edital.

Conforme o objeto a ser contratado – como por exemplo serviços comuns –, pode haver a necessidade de o licitante ter de apresentar planilha de composição de preços. A oferta de lances implica alteração desses valores, razão pela qual tal planilha deverá ser readequada e encaminhada novamente, de imediato, por meio eletrônico.

Uma vez que tenha sido declarado o licitante vencedor, qualquer licitante poderá, de forma imediata e motivada, manifestar, em campo próprio do sistema, sua intenção de recorrer. Terá, então, o prazo de três dias para apresentar as razões recursais, findo o qual, inicia-se a contagem de igual prazo para o oferecimento de contrarrazões pelos demais licitantes. Não havendo tal manifestação imediata e motivada, o pregoeiro ficará autorizado a adjudicar o objeto ao licitante declarado vencedor. Caso contrário, essas providências terão de aguardar a decisão pela autoridade competente.

3.9. Registro de Preços

A rotina administrativa dos órgãos e entidades públicas revela circunstâncias nas quais um sistema mais simplificado de contratação atenderia melhor às necessidades da Administração, sem prejuízo dos importantes valores – isonomia e vantajosidade – protegidos nos procedimentos licitatórios:

I - quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações frequentes;

II - quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa;

III - quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou

IV - quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Para essas situações é que foi, então, instituído, pelo art. 15, inciso II, da Lei nº 8.666/1993, o sistema de registro de preços, que atualmente é regulamentado pelo Decreto nº 7.892/2013.

A Lei nº 8.666/1993 impôs, para a seleção de fornecedores para o registro de preços, a realização de licitação na modalidade concorrência (art. 15, §3º, inciso I). Posteriormente, mediante a Lei nº 10.520/2002 (art. 11), o pregão passou também a constituir alternativa para os interessados serem convidados a apresentar suas propostas.

Essas propostas não se destinam à celebração imediata de contratos, mas à formação de cadastros, com a indicação dos bens e serviços e seus preços, que passarão a constar de documento denominado ata de registro de preços. Os órgãos e entidades integrantes do sistema de registro de preços poderão, então, quando a necessidade surgir, se valer desse cadastro, sem necessidade de abrir licitações específicas.

É provável que você já tenha ouvido falar em “pegar carona” na ata de registro de preços. Com efeito, quando se trata do sistema de registro de preços, esse é o tema mais comentado e mais controvertido.

Uma vez formado o cadastro, é possível, consoante o art. 22 do Decreto nº 7.892/2013, que órgãos e entidades da administração pública que não tenham participado dos procedimentos da licitação, venham a aderir à ata de registro de preços. Esses são os chamados “caronas”, uma vez que se beneficiam do procedimento sem ter arcado com os ônus de sua realização.

A controvérsia em torno do tema surgiu porque, em sua regulamentação original, no já revogado Decreto nº 3.931/2001, a única limitação para essa adesão consistia no impedimento de que as contratações adicionais excedessem “por órgão ou entidade, a cem por cento dos quantitativos registrados na ata de registro de preços”.

Essa possibilidade abria as portas à fraude e ao conluio. O caso examinado pelo TCU que levou à prolação do Acórdão nº 1.487/2007 – Plenário serve de exemplo dessa hipótese.

Tratava-se de ata de registro de preços da qual se estimava originar contratação no valor de R\$ 32 milhões em serviços para realização de eventos. Ocorre que houve sessenta e duas adesões a tal ata, o que poderia levar a contratações que acumulariam até R\$ 2 bilhões, se cada órgão utilizasse o limite autorizado pelo antigo decreto. Ora, se algum fornecedor já houvesse secreta e previamente acertado a celebração dessas adesões, saberia, ao contrário dos demais concorrentes, que

poderia usar os ganhos de economia de escala na redução do seu preço.

Daí porque o TCU determinou na citada decisão que o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão adotasse “providências com vistas à reavaliação das regras atualmente estabelecidas para o registro de preços no Decreto nº 3.931/2001, de forma a estabelecer limites para a adesão a registro de preços realizados por outros órgãos e entidades, visando preservar os princípios da competição, da igualdade de condições entre os licitantes e da busca da maior vantagem para a Administração Pública”.

Essa matéria, então, recebeu novo disciplinamento por meio do Decreto nº 7.892/2013 (que revogou o Decreto nº 3.931/2001), dentro do qual se destacam a seguintes regras:

- o órgão gerenciador deverá divulgar sua intenção de realizar o procedimento por módulo do SIASG (art. 4º), registrando-a no Portal de Compras (art. 5º, I);

- deverá ser estimado o quantitativo a ser contratado pelos órgãos não participantes (art. 9º, III), limitado ao quádruplo da quantidade registrada (art. 22, §4º). Tal estimativa não deverá influir nas exigências relativas à qualificação técnica e econômica da habilitação (art. 9º, §3º);

- o edital para Registro de Preços deverá prever a realização periódica de pesquisa de mercado para comprovação da vantajosidade (art. 9º, XI);

- é vedado o acréscimo dos quantitativos registrados (art. 12, §1º), ao contrário do que dispunha a norma anterior, que admitia alteração da ata, obedecido o art. 65 da Lei nº 8.666/93 (art. 12, caput);

- é vedada a adesão pelos órgãos e entidades federais a atas municipais, estaduais ou do DF (art. 22, §8º);

- é facultada a adesão por órgãos e entidades municipais, estaduais e do DF às atas da Administração Pública Federal (art. 22, § 9º);

3.10. Verificação de aprendizagem

1) O município de Peixe-Morto, no Estado do Não-Tem-Jeito, decide comprar gelo, no valor total de R\$ 500.000,00. Qual modalidade de licitação poderá usar:

- a) Concorrência
- b) Tomada de Preços

- c) Pregão
- d) Todas as alternativas anteriores

2) A Administração do município de Buraqueira do Norte, no Estado de Sai-de-Baixo, necessita contratar obras de pavimentação de vias públicas, no valor total de R\$ 2 milhões. Visando ampliar a competitividade da licitação, o objeto é dividido em cinco lotes de R\$ 400.000,00. Qual a modalidade de licitação que poderá ser empregada:

- a) Concorrência
- b) Tomada de Preços
- c) Pregão
- d) Todas as alternativas anteriores

3) A União possui em ata de registro de preços o item câmera de vigilância, no valor total de R\$ 200 milhões. O município de Sem-Eira-Nem-Beira, no Estado do Deixa-Pra-Lá, decide adquirir o mesmo item para o alojamento de médicos cedidos pela União, mas encontra dificuldades para organizar o certame. Solicita ao governo federal, então, que este autorize sua adesão à referida ata. Você, como assessor, informa ao Ministro que a “carona” é lícita, desde que seja observado o limite máximo de:

- a) R\$ 1 milhão
- b) R\$ 200 milhões
- c) R\$ 1 bilhão
- d) R\$ 1 trilhão

4) É possível afirmar que o pregão, relativamente às modalidades comuns de licitação, oferece as seguintes vantagens para a Administração:

I – aumento da competitividade

II – maior celeridade

III – mais prazo para a elaboração da proposta

IV – mais prazo para a interposição de recursos

É possível dizer, acerca das proposições acima, que estão corretas:

- a) I, II e III
- b) II, III e IV
- c) III e IV
- d) I e II

4. REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS - RDC

A proximidade da realização de grandes eventos esportivos no país – Copa das Confederações, Copa do Mundo e Jogos Olímpicos e Paraolímpicos – motivou a aprovação pelo Congresso Nacional da Lei nº 12.462/2011, que instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC).

O propósito da norma, não resta dúvida, foi o de conferir celeridade às contratações públicas no âmbito dos mencionados eventos.

Isso foi feito mediante a combinação de algumas inovações com conceitos que já se mostraram vantajosos quanto ao propósito acima, sobretudo da lei do pregão (Lei nº 10.520/2002).

ORDC contempla, desse modo, algumas novidades, tais como regime de contratação integrada, pré-qualificação permanente, possibilidade de indicação de marca ou modelo, remuneração variável da contratada, caráter sigiloso do orçamento estimado, entre outras, bem como aproveita procedimentos já consagrados, como, por exemplo, a autorização havida no pregão para, na hipótese de o vencedor do certame não assinar o contrato, que os licitantes remanescentes sejam convocados a substituí-lo segundo suas respectivas propostas, e não conforme a proposta vencedora, tal como exige a Lei nº 8.666/1993.

Outra experiência bem sucedida aproveitada no RDC e que vem também do pregão é a inversão de fases na licitação, procedendo-se primeiro ao julgamento das propostas de preços e depois a habilitação.

Já a lei das parcerias público-privadas (Lei nº 11.079/2004) inspirou, como forma de gerar ganhos na contratação, a possibilidade de remuneração variável segundo o desempenho da contratada, que deverá ser aferido mediante metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega.

Cabe registrar, por fim, que o RDC foi regulamentado mediante o Decreto nº 7.581/2011.

4.1. Verificação de aprendizagem

1) O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC tem em comum com o pregão a:

- a) inversão das fases de habilitação e de julgamento de preços
- b) possibilidade de oferecimento de lances pelos licitantes
- c) possibilidade de remuneração variável, segundo o desempenho da contratada
- d) possibilidade de contratação mediante o mecanismo conhecido como “carona”

5. PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

5.1. Fase Interna da Licitação

Denomina-se fase interna da licitação aquela que precede a publicação do edital ou divulgação do convite. Inicia-se quando um setor demonstrar a carência de bens, serviços ou obra e solicitar expressamente a contratação. Ciente das necessidades daquele setor, a autoridade abre o processo licitatório, devidamente autuado, protocolado e numerado.

A administração deve elaborar o projeto básico e, quando for o caso, o executivo, a fim de especificar e quantificar do objeto da forma mais correta possível. Deve, ainda, promover pesquisa de preços, para estimar o valor da contratação, definir a modalidade e o tipo de licitação a serem adotados, indicar os recursos orçamentários para fazer face à despesa – tudo conforme disciplinado no art. 38 da Lei 8.666/1993.

A pesquisa de preços – realizada, em regra, por setores ou pessoas competentes envolvidos na aquisição do objeto – também será utilizada pela comissão de licitação como parâmetro para a verificação da conformidade do preço ofertado com o de mercado, durante a etapa de julgamento das propostas.

Não há necessidade de os recursos já estarem previamente liberados ou empenhados para se iniciar o processo licitatório. É suficiente a existência de previsão orçamentária e sua adequação à Lei de Responsabilidade Fiscal.

O edital, elaborado na fase interna, é outro momento importante, visto que ele é considerado a “lei interna” da licitação. É vedado ao agente público responsável por sua elaboração admitir, prever, incluir ou tolerar cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo do certame e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, à exceção da margem de preferência tratada do art. 5º ao 12 da LCC e dos mecanismos de preferência descritos na Lei 8.248/1991.

As informações que devem obrigatoriamente nele constar do edital de licitação estão elencadas no art. 40 da Lei de Licitações e Contratos:

objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;

prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos, para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;

sanções para o caso de inadimplemento; 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;

condições para participação na licitação e forma de apresentação das propostas;

critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;

locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto;

condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais; o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência;

critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;

limites para pagamento de instalação e mobilização para execução de obras ou serviços que serão obrigatoriamente previstos em separado das demais parcelas, etapas ou tarefas;

condições de pagamento, prevendo: a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela; b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros; c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento; d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos; e) exigência de seguros, quando for o caso;

instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

condições de recebimento do objeto da licitação;

outras indicações específicas ou peculiares da licitação.

Antes da divulgação do edital, quando ainda não há envolvimento de terceiros, a administração poderá corrigir falhas porventura verificadas no procedimento, sem precisar anular atos praticados.

5.2. Fase externa da licitação

A fase externa tem início com a divulgação do edital, momento em que o público terá conhecimento do certame, e vai até a finalização do contrato.

Estudaremos detalhadamente tudo que ocorre nessa fase. A concorrência é a mais complexa das modalidades de licitação, com cada etapa bem definida. Por isso, vamos detalhar tudo que ocorre nela, pois ficará fácil entender o que acontece nas outras modalidades, basta estudar as especificidades de cada uma.

O procedimento da concorrência pode ser dividido em: divulgação do edital, habilitação, classificação (ou julgamento), homologação e adjudicação.

5.3. Divulgação do edital

Já falamos anteriormente da importância do edital, especialmente por ser o instrumento que fixa as condições de realização da licitação e



vincula tanto a administração quanto o proponente. Nele são indicadas todas as regras e prazos que devem pautar a tramitação da licitação e o próprio conteúdo do futuro contrato.

A vinculação ao instrumento convocatório não deve levar ao entendimento de que o edital é imutável. Havendo a real e efetiva necessidade de ser feita retificação que possa, inclusive, vir a afetar o conteúdo das propostas apresentadas, a Administração poderá fazê-lo, desde que realize de nova divulgação do edital ou convite com reabertura de novo prazo para apresentação de novas propostas, nos termos do § 4º, art. 21, da Lei 8.666/1993.

5.4. Objeto definido

O objeto da licitação deve ser definido no edital de forma sucinta e clara, vedada a realização de licitação cujo objeto inclua bens e serviços sem similaridade ou de marcas, características e especificações exclusivas, salvo nos casos em que for tecnicamente justificável, no termos do art. 7º, §5º, da Lei de Licitações.

Contudo, o dispositivo legal deve ser harmonizado com o princípio da padronização. A jurisprudência do TCU orienta que a vedação de preferência de marca não constitui obstáculo à padronização, desde que a decisão administrativa, que identifica o produto pela marca, seja circunstanciadamente motivada e demonstre ser essa a opção, em termos técnicos e econômicos, mais vantajosa para a administração ([Acórdão 5.674/2009-1ª Câmara-TCU](#)).

5.5. Parecer jurídico

A Lei 8.666/1993, em seu art. 38, parágrafo único, estabelece que as minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

No exercício de suas atribuições, a responsabilidade do agente (procurador, assistente jurídico, advogado) incumbido de elaborar o parecer jurídico constitui fonte de intermináveis discussões. O texto constitucional,

no art. 133, dispõe que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei. Fixa-se, desse modo, a imunidade dos advogados.

Em razão disso, o STF, por ocasião do julgamento do MS 24.073/DF (sobre condenação de advogados da Petrobras em razão da celebração de contrato sem licitação), entendeu que o TCU teria competência para julgar contas (responsabilizar) de todos os que derem causa a prejuízo ao erário, exceto em relação aos advogados, que somente poderiam ter suas manifestações apreciadas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Contudo, em decisão mais recente (MS 24.584), a Suprema Corte amenizou seu posicionamento, entendendo que a aprovação ou ratificação de termo de convênio e aditivos, a teor do que dispõe o art. 38 da Lei 8.666/1993, e diferentemente do que ocorre com a simples emissão de parecer opinativo, possibilita a responsabilização solidária, já que o administrador decide apoiado na manifestação do setor técnico competente.

Desta forma, nas hipóteses em que seja constatada a existência de importante vício no parecer jurídico, como erro grosseiro ou grave ofensa à ordem jurídica, dando suporte à prática de ato irregular, o TCU tem entendido que os pareceristas podem ser responsabilizados.

[...] ao parecerista que sustenta opiniões técnicas plausíveis, razoáveis, embasado na boa técnica jurídica e na doutrina consagrada, ainda que fundamentado em convicções pessoais, e sendo seu parecer um instrumento que servirá para orientar o administrador público a tomar decisões, não deverá existir a imputação de responsabilização solidária ao gestor faltoso, porquanto tal parecer estará, como mencionado, livre de opiniões que possam ter carreado em si dolo ou culpa que, de alguma forma, poderiam induzir a erro.

Ao contrário, se houver parecer que induza o administrador público à prática de irregularidade, ilegalidade ou quaisquer outros atos que possam ferir princípios como o da moralidade, da legalidade ou da publicidade, só para citar alguns exemplos, ou que, por dolo ou culpa, tenham concorrido para a prática de graves irregularidades ou ilegalidades, haverá de existir solidariedade entre gestores e pareceristas, já que deverão ser considerados os responsáveis pela prática desses atos inquinados.

[...] cumpre lembrar que não é somente pela prática de ato doloso que poderá ser o parecerista responsabilizado, mas também pela prática de ato culposo, ou seja, aquele que estiver revestido de imperícia, imprudência ou negligência, na dicção do art. 32 da Lei nº 8.906/1994 [...]

[Acórdão 1.443/2013-Plenário-TCU](#)

A despeito do entendimento exposto acima, a Corte de Contas já afastou, em diversas situações, a responsabilização de pareceristas apesar de sustentarem entendimento distinto do TCU, desde que presente argumentação fundamentada na doutrina ou jurisprudência.

Verifico que a manifestação dos consultores jurídicos escudou-se em pronunciamentos doutrinários, posicionamento que, ainda que não coincida com o entendimento desta Corte acerca da matéria e seja amparado por minoria de doutrinadores, não deixa de corresponder a interpretação de disposições legais. Além disso, pode-se constatar que o parecer em questão, ainda que defendendo posicionamento em outro sentido, expressamente admitiu a existência de divergências na interpretação da matéria e indicou qual a compreensão desta Corte de Contas a respeito do tema. Diante, então, do entendimento manifestado pelo STF em face do MS 24.073-3-DF, no sentido de que o advogado somente será responsabilizado em caso de erro grave inescusável ou de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo, e por também não identificar, na hipótese, a mesma situação configurada no MS 24.584-1-DF, também apreciado pelo STF, não vislumbro, na hipótese, elementos suficientes para, nestes autos, apenar os pareceristas.

[Acórdão 1.591/2011-Plenário-TCU](#)

5.6. Antecedência mínima para publicação

O edital deve ser publicado com antecedência mínima, especificada na lei, a depender da modalidade de licitação, para que os interessados tenham prazo suficiente para elaborarem suas propostas e outros documentos necessário para participar do certame.

Conforme o § 2º, do art. 21, da Lei 8.666/1993, o prazo mínimo entre a publicação do edital e o recebimento das propostas ou da realização do evento será de:

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”;

III - quinze dias para a tomada de preços, nos casos não especificados na alínea “b” do inciso anterior, ou leilão;

IV - cinco dias úteis para convite

No caso da modalidade pregão, o art. 4º, inciso V, da Lei 10.520/2002 estabelece um prazo mínimo de 8 dias úteis, contados a partir da publicação do aviso, para a publicação do edital.

5.7. Impugnação do edital

Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade relevante, devendo protocolar o pedido até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação ou proposta a depender da modalidade de licitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até três dias úteis.

Os licitantes também podem impugnar o edital, mas tem prazo maior para isso, podendo fazê-lo até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes, sob pena de decair do direito. Isto significa dizer que quem participa da licitação não pode, por exemplo, esperar ser inabilitado ou desclassificado para, somente então, impugnar a regra contida no edital que levaria à sua exclusão do processo licitatório.

Além da possibilidade de impugnar o edital, 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 8.666/1993.

5.8. Habilitação

Em todas as licitações, os seus participantes deverão apresentar dois envelopes, um contendo a documentação relativa à habilitação e outra relativa ao preço. No caso específico de licitações do tipo melhor técnica ou técnica e preço, deverão ser entregues três envelopes: o primeiro com a documentação relativa à habilitação, o segundo contendo a proposta técnica e o terceiro contendo a proposta financeira.

Antes mesmo de verificar a proposta, avaliam-se as condições mínimas exigidas para que alguém possa participar do certame. No envelope da habilitação, deve conter a documentação referente à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista, bem como o cumprimento do disposto no [inciso](#) XXXIII, do art. 7º, da Constituição Federal: *“proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos”*.

É dever da Administração exigir todos os documentos de habilitação, que devem ser compatíveis com o ramo do objeto licitado, a fim de garantir que o licitante, caso vença o certame, tenha condições técnicas e financeiras para o cumprimento das obrigações.

Contudo, a administração deve garantir a maior competitividade possível do certame, na busca pela proposta mais vantajosa, portanto, é imprescindível observar o princípio da isonomia. Assim, é vedado admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções impertinentes ou irrelevantes para o específico objeto do contrato, nos termos do art. 3º, §1º e inciso I, da Lei 8.666/1993.

A documentação de habilitação poderá ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta entrega e leilão (art. 32, §1º, Lei 8.666/1993). Assim sendo, em concorrências ou tomadas de preço, é totalmente incabível, à luz da própria legislação, o edital dispensar documentos referentes à habilitação.

5.8.1. Registro cadastral

Os órgãos e entidades da Administração Pública que promovem licitações com frequência devem manter registros cadastrais para efeito

de habilitação, na forma regulamentar, válidos por, no máximo, um ano. O registro cadastral deve ter ampla divulgação e estar permanentemente aberto aos interessados.

O Sicafe – Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores, próprio do Poder Executivo Federal, tem o intuito de incentivar o cadastramento prévio de empresas. A função do Sicafe é cadastrar e habilitar parcialmente todos os que pretendam contratar com órgãos ou entidades federais, tornando esse cadastramento obrigatório para os órgãos da Presidência da República, Ministérios, Autarquias e Fundações que integram o Sistema de Serviços Gerais (SISG), podendo também ser utilizado por outros órgãos que não estão obrigados a adotá-lo, como por exemplo, os órgãos dos poderes Judiciário ou Legislativo federais.

É importante ressaltar que a redação original do Decreto 3.722/2001, que dispõe sobre o referido sistema, impõe aos licitantes a obrigatoriedade de cadastramento no SICAF para participação nos certames realizados por órgãos/entidades integrantes do SISG, exigência que veio a ser declarada insubsistente pelo TCU ([Decisão 80/2001 – Plenário](#)).

Em decorrência, o [Decreto 4.485/2002](#), alterou o art. 1º, § 1º, inciso II, do [Decreto 3.722/2001](#), estabelecendo que: *“nos casos em que houver necessidade de assinatura do instrumento de contrato, e o proponente homologado não estiver inscrito no SICAF, o seu cadastramento deverá ser feito pela Administração, sem ônus para o proponente, antes da contratação, com base no reexame da documentação apresentada para habilitação, devidamente atualizada”*.

O TCU pacificou esse entendimento por intermédio da Súmula 274: *“É vedada a exigência de prévia inscrição no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – Sicafe para efeito de habilitação em licitação”*.

5.8.2. Habilitação jurídica

A apresentação dos documentos relativos à habilitação jurídica serve para demonstrar que o futuro contratado pela Administração é sujeito de direito e de obrigações, possuindo, em consequência, capacidade de fato e de direito para a prática dos atos para os quais será contratado. A documentação consistirá em (art. 28, Lei 8.666/1993):

- 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.

5.8.3. Qualificação técnica

A verificação da qualificação técnica tem o objetivo de salvaguardar o cumprimento das obrigações assumidas pelo licitante perante a Administração Pública. Tal exigência é assegurada na própria Constituição Federal, no art. 37, inciso XXI:

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

Os documentos exigidos estão elencados no art. 30, da Lei 8.666/1993:

- I. registro ou inscrição na entidade profissional competente (conselhos de classe) – não se pode exigir quitação com as entidades profissionais, apenas regularidade.
- 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.

As exigências podem ser relacionadas à licitante (técnico-operacional) ou relacionadas ao pessoal técnico do licitante (técnico-profissional). Ambas devem recair sobre parcelas que sejam, simultaneamente, de maior relevância e valor significativo do objeto a ser contratado e tais requisitos devem ser demonstrados no instrumento convocatório ou no processo administrativo da licitação.

Na capacitação técnico-operacional, o licitante deve comprovar a aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Isso pode ser feito por meio de atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes ou certidões de acervo técnico (CAT) relativos a serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

A exigência de apresentação de quantidades mínimas de atestados é questão controvertida. A jurisprudência do TCU veda a imposição de limites ou de quantidade certa de atestados ou certidões para fins de comprovação de qualificação técnica, salvo se a natureza da obra ou do serviço assim o exigir, devendo, nesse caso, a pertinência e a necessidade estarem justificadas em estudos técnicos nos autos do processo.

Então, o licitante tem a liberdade de apresentar tantos atestados quantos julgar necessários para comprovar sua aptidão. Cabe à comissão de licitação, durante o exame da documentação de habilitação, analisar o conteúdo dos atestados e pronunciar-se quanto à sua suficiência. Assim, a comissão poderá concluir que o somatório dos atestados apresentados por um único licitante não é suficiente para habilitá-lo, pois não comprovam a sua aptidão para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação. Da mesma forma, poderá habilitar a empresa que apresente um único atestado, desde que entenda que ele atende às condições exigidas no edital.

Ainda na capacitação técnico-operacional, o licitante deve indicar as instalações, aparelhamento e pessoal técnico adequados e disponíveis

para a realização do objeto da licitação, mediante apresentação de relação explícita e da declaração formal da disponibilidade, vedadas as de propriedade e de localização prévia.

No que concerne à capacitação técnico-profissional, o licitante deve comprovar que possui em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos. Admite-se, ainda, a substituição desses profissionais por outros de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração.

Quando se tratar de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

É importante destacar que tanto a habilitação quanto a inabilitação de licitantes constitui ato que deve ser sempre motivado à luz do que dispõe o edital, em face do princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

5.8.4. Qualificação econômico-financeira

No exame da documentação relativa à habilitação econômico-financeira deve ser observada a boa situação financeira do licitante para execução do objeto do certame.

Conforme o vulto e a complexidade do objeto a ser licitado, a Administração irá definir os documentos necessários para a qualificação econômico-financeira, tendo sempre como parâmetro o art. 31 da Lei 8.666/1993:

- I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social;
- II - certidão negativa de falência ou concordata;
- III – garantia limitada a 1% (um por cento) do valor estimado da contratação.

Compete exclusivamente à Administração a escolha de índices financeiros considerados seguros para a garantia de realização da obra, sem que isso possa, é evidente, afetar o caráter competitivo do processo licitatório, devendo ser justificados e motivados no processo de licitação.

Não podem ser exigidos índices e valores que não são usualmente adotados para avaliação da boa situação financeira de empresas.

A exigência de índices contábeis de liquidez deve estar justificada no processo da licitação, conter parâmetros atualizados de mercado e atender à complexidade da obra ou serviço, sendo inadequada a fixação de grau máximo de endividamento (GEG) e vedado o uso de índice cuja fórmula inclua rentabilidade ou lucratividade da empresa.

A Lei de Licitações estabelece que nas compras para entrega futura e na execução de obras e serviços, a Administração poderá exigir, de forma não cumulativa, a comprovação de:

- I. capital mínimo na data da apresentação das propostas (até 10% do valor estimado da licitação)
- II. patrimônio líquido mínimo na data da apresentação das propostas (até 10% do valor estimado da licitação)
- III. garantias da proposta (art. 56, §1º)

Não confundam a garantia que pode ser exigida dos licitantes (da proposta), que não pode exceder a 1% do valor estimado do futuro contrato, com a garantia do contrato, exigida na celebração deste, que pode ser até 5% do valor contratado.

Nas licitações divididas em lotes, o TCU orienta que os requisitos de habilitação econômico-financeira seja individual, e não em relação a todos os lotes. (Acórdão 1536/2008-Plenário-TCU)

Caso um licitante apresente melhor proposta para vários lotes, cujos patrimônios líquidos mínimos exigidos, somados, superem o patrimônio da empresa, deve-se assegurar que somente sejam adjudicados a uma mesma empresa os lotes para os quais apresente os requisitos necessários para garantir o cumprimento das obrigações contratuais assumidas. (Acórdão 868/2007-Plenário-TCU)

5.8.5. Regularidade fiscal e trabalhista

A documentação relativa à regularidade fiscal deve comprovar que o participante está quite com suas obrigações perante o fisco, seja ele federal, estadual ou municipal. Sobre esse tema, a própria Constituição Federal, em seu art. 195, §3º, exige das pessoas jurídicas prova de adimplência com o sistema da seguridade social, para efeito de poder

contratar com o poder público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios. Dispõe o texto constitucional nos seguintes termos:

Art. 195, §3º A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou Creditícios.

A situação de adimplência com o sistema da seguridade social é condição que deve ser cumprida não somente quando da habilitação na licitação e celebração do contrato, como também durante toda a constância da relação contratual com a Administração Pública. Se inadimplente, o interessado não pode nem assinar, nem manter contrato com órgão ou entidade da Administração Pública.

Os documentos que podem ser exigidos para a comprovação da regularidade fiscal e trabalhista estão relacionados no art. 29, da Lei de Licitações e Contratos:

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;

V. prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT).

A [Lei Complementar 123/2006](#) estabelece que, nas licitações públicas, a comprovação de regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato.

Por ocasião da participação em certames licitatórios, elas deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição. Essa situação que poderá ser saneada no prazo de 2 (dois) dias úteis, prorrogáveis por igual período, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o

proponente for declarado o vencedor do certame. A não-regularização no prazo previsto implicará decadência do direito à contratação.

A [Lei 12.440/2011](#) alterou o inciso IV do art. 27 da Lei 8.666/1993, inserindo a regularidade trabalhista no rol das condições a serem atendidas para habilitação dos licitantes. Conforme vimos no item V acima, essa condição deverá ser comprovada mediante apresentação da Certidão Negativa de Débitos Trabalhistas (CNDT), expedida pela Justiça do Trabalho.

O cumprimento dessa exigência resguarda a Administração da responsabilização subsidiária quanto ao inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do empregador. Assim, a responsabilidade ocorrerá apenas se restar evidenciada a conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei 8.666/1993.

A referida Lei 12.440/2011 foi objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade ([ADI 4716](#)) no Supremo Tribunal Federal (STF) que, até o presente momento, não foi julgada, nem há qualquer decisão do STF no sentido de suspender a aplicação do dispositivo em questão.

Sobre este assunto o TCU tem orientado aos órgãos e entidades a eles vinculados no sentido de que exijam das empresas contratadas, não só por ocasião da habilitação, mas também a cada ato de pagamento, a apresentação da devida certidão negativa de débitos trabalhistas. ([Acórdão 1054/2012-Plério-TCU](#)).

5.8.6. Exame da documentação de habilitação

O procedimento para julgamento da licitação inicia-se com a abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, que será realizada sempre em sessão pública. Serão inabilitados os licitantes que deixar de fornecer, dentro do envelope, quaisquer documentos exigidos ou não atenderem ao estabelecido no edital.

Apenas em relação à modalidade pregão presencial, o [Decreto 3.555/2000](#) assegurou ao licitante cadastrado o direito de apresentar a documentação de habilitação atualizada e regularizada na própria sessão de abertura dos envelopes. Vale lembrar, conforme já visto no Capítulo 3, que a ordem de abertura dos envelopes no pregão é diferente da concorrência. Primeiro, abre-se os envelopes contendo os preços. Sendo aceita a proposta, será aberto o envelope contendo a documentação de habilitação.

Aos concorrentes inabilitados é realizada a devolução dos envelopes fechados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação.

O recurso contra ato de habilitação ou inabilitação do licitante é cabível no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata. Os recursos serão dirigidos à Comissão de Licitação e terão efeito suspensivo até serem julgados pela autoridade superior, responsável pela própria designação da comissão.

Para que o procedimento evolua para o julgamento das propostas, é preciso que os licitantes desistam expressamente dos recursos ou que o prazo para interpô-los tenha transcorrido *in albis*.

Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão. E, após abertos os envelopes das propostas, não cabe desclassificar os licitantes por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos posteriormente.

O art. 48, §3º, da Lei 8.666/93 também contempla a hipótese de todos os licitantes serem inabilitados ou desclassificados na fase de julgamento. Nesse caso, *“a Administração poderá fixar aos licitantes prazo de oito dias para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no convite, a redução deste prazo para três dias”*.

Os responsáveis pela licitação ou autoridade superior podem, em qualquer momento, promover diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do processo de licitação, vedada inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta (art. 43, § 3º, da Lei 8.666/1993).

Em que pese o carácter discricionário conferido pelo supracitado artigo, o TCU entende que o agente público tem o dever de promover diligências, de forma a flexibilizar formalismos que possam redundar na frustração ao carácter competitivo que deve reger as licitações na administração pública ([Acórdão 616/2010-2ª Câmara](#)).

5.8.7. Pré-qualificação

A pré-qualificação se constitui em uma antecipação do exame de aptidão técnica dos licitantes, como procedimento preliminar à licitação,

restrita aos casos em que o objeto a ser contratado recomende análise mais detida dos quesitos técnicos dos concorrentes. É um procedimento que se insere na esfera discricionária do administrador, admitida somente na modalidade concorrência.

Nesta etapa de pré-qualificação, orientada por edital específico, os interessados apresentam a documentação necessária para comprovar a aptidão em participar da licitação. Apenas os pré-qualificados poderão concorrer ao certame.

Embora o procedimento torne a licitação propriamente dita mais simplificada, ela tem a grande desvantagem de facilitar conluios entre os licitantes, visto que as empresas selecionadas já conhecerão suas concorrentes. O [Acórdão 2.005/2007-Plenário-TCU](#) destaca medidas para minimizar essa desvantagem:

Em princípio, a pré-qualificação não precisaria envolver elementos que são próprios do julgamento, especialmente as propostas, por se destinar a avaliar a habilitação dos interessados. Todavia, a jurisprudência deste TCU é pacífica no sentido de que o ato convocatório da pré-qualificação deve conter descrição suficiente dos critérios, pontuações e pesos das propostas, evitando que as informações reveladas no contexto da habilitação técnica possam influenciar o estabelecimento dos critérios de julgamento, dado o estreito relacionamento existente entre uma e outra fase, conforme se desume dos Acórdãos ns. 1.891 e 2.063/2006 - TCU – Plenário.

5.9. Verificação de aprendizagem

1) Se todos os licitantes tiverem sido inabilitados ou desclassificados, a Administração poderá:

- A) Contratar por dispensa de licitação.
- B) Fixar prazo a todos os licitantes para apresentar nova documentação ou proposta.
- C) Aceitar a proposta mais vantajosa dentre aquelas desclassificadas.
- D) Abrir novo procedimento licitatório, desde que os custos não sejam maiores do que a contratação.

2) O recurso contra ato de habilitação ou inabilitação do licitante terá efeito:

- A) devolutivo
- B) translativo
- C) suspensivo
- D) expansivo

3) Em que situações o TCU tem atribuído responsabilidade ao emitente de parecer jurídico?

- A) Na ausência de erro grosseiro.
- B) Em manifestações não coincidentes com o entendimento do TCU.
- C) Em parecer contrário à disposição literal da lei.
- D) Não há possibilidade de se responsabilizar parecerista que respaldou irregular contratação, visto que o parecer de que trata o art. 38 da LLC é meramente opinativo.

4) Escolha a alternativa correta:

I. A pré-qualificação é medida administrativa que pode ser adotada em qualquer modalidade de licitação, desde que o objeto a ser contratado recomende análise mais detida dos quesitos técnicos dos concorrentes.

II. A comissão de licitação pode, em qualquer momento, promover diligências destinadas a esclarecer ou a complementar a instrução do certame.

- A) Apenas a afirmação I está correta.
- B) Apenas a afirmação II está correta.
- C) As afirmações I e II estão corretas.
- D) As afirmações I e II estão incorretas.

5) Escolha a alternativa correta:

I. Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão.

II. Os envelopes contendo a proposta dos concorrentes inabilitados

deverão ser divulgados em sessão pública, em respeito ao princípio da transparência.

- A) Apenas a afirmação I está correta.
- B) Apenas a afirmação II está correta.
- C) As afirmações I e II estão corretas.
- D) As afirmações I e II estão incorretas.

5.10. Propostas – análise e julgamento

5.10.1. Classificação - Início da fase da classificação

Nos tópicos anteriores, você foi apresentado aos procedimentos de habilitação dos licitantes. Concluída a habilitação, passa-se, então, à fase de classificação e julgamento da licitação.

Na fase de classificação e julgamento, procede-se, inicialmente, em ato público previamente designado pela Administração, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela comissão de licitação, à abertura dos envelopes contendo as propostas dos licitantes habilitados (art. 43, § 1º, da [Lei nº 8.666/1993](#)).

A abertura dos envelopes contendo as propostas será realizada depois de transcorrido o prazo para a interposição de recursos referentes à fase de habilitação e depois de julgados todos os recursos interpostos contra atos praticados naquela fase.

Nada impede que, com o propósito de que o processo de licitação se torne mais célere, os envelopes contendo as propostas sejam abertos na mesma sessão marcada para a abertura dos envelopes referentes à habilitação dos licitantes. Mas atenção! Isso somente se fará possível se houver expressa e formal renúncia de todos os licitantes ao direito de recorrer contra eventuais habilitações ou inhabilitações (art. 43, inciso III).

Depois de abertas as propostas, não se pode desclassificar o licitante por motivo relacionado à habilitação, **salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento** (art. 43, § 5º).

5.10.2. Ordem de abertura dos envelopes contendo as propostas

Três são os tipos de licitação a serem considerados nas compras e nas contratações de obras e serviços: **o de menor preço, o de melhor técnica e o de técnica e preço** (art. 45, §§ 1º e 5º, da Lei nº 8.666/1993).

Se a licitação for do **tipo menor preço**, não há que se falar em ordem de abertura de envelopes, uma vez que, nesse tipo de licitação, cada licitante deverá apresentar apenas um envelope contendo a sua proposta de preços.

Tratando-se, no entanto, de licitação do **tipo melhor técnica ou do tipo técnica e preço**, cada licitante deverá apresentar dois envelopes: um contendo a proposta técnica e outro contendo a proposta de preços. Neste caso, abrem-se, primeiramente, os envelopes que contêm as propostas técnicas. Examinadas e julgadas estas, abrem-se, em seguida, os envelopes contendo as propostas de preços.

5.10.3. Tipos de julgamento das propostas

O julgamento das propostas que não forem desclassificadas na fase de habilitação dependerá do tipo de licitação.

O tipo de **julgamento padrão nas licitações promovidas pela Administração é o de menor preço**. Ou seja, em regra, as compras, os serviços e as obras devem ser contratados após realização de licitação do tipo menor preço.

Há, porém, **uma importante exceção**: no caso específico de **contratação de bens e serviços de informática**, a Administração adotará o tipo de licitação técnica e preço, sendo permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto (§ 4º do art. 45 da Lei nº 8.666/1993).

Nas **licitações do tipo menor preço para contratação de obras e serviços sob o regime de empreitada por preço global**, os preços unitários dos itens que compõem a empreitada devem se revelar compatíveis com os preços praticados no mercado, a fim de se evitar que

eventuais termos contratuais aditivos redundem em sobrepreço (artigo 7º, § 2º, inciso II, em combinação com o artigo 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993).

Neste ponto, é importante observar que o Tribunal de Contas da União tem tido uma posição muito firme em relação à absoluta necessidade de o edital de licitação prever os critérios de aceitabilidade dos preços globais e unitários, especialmente em obras e serviços de engenharia. Para o TCU, a previsão dos custos globais e unitários é essencial para o sucesso da licitação e adequada à execução do contrato, uma vez que se trata de medida absolutamente necessária para evitar manipulações nas planilhas de custos.

Essas manipulações se fazem mediante o famigerado “**jogo de planilhas**”, ardil que segue basicamente o seguinte roteiro:

(1º) o licitante monta sua planilha de custos de forma a fazer com que o preço global de sua proposta se revele competitivo; isso dá ao licitante reais chances de vencer o certame;

(2º) todavia, alguns dos custos unitários são cotados pelo licitante de modo propositalmente desconforme com as reais características do objeto da licitação: alguns itens têm seus quantitativos superdimensionados e seus preços unitários subvalorizados, enquanto outros itens têm seus quantitativos subdimensionados e seus preços unitários supervalorizados;

(3º) o licitante vence a licitação, é contratado e, no decorrer da execução do objeto, solicita à Administração aditamento contratual que envolve alterações justamente nos itens que haviam sido cotados em desconformidade com as reais características daquele objeto: na solicitação de aditamento, os quantitativos dos itens que tinham sido cotados com preços unitários subvalorizados são significativamente diminuídos, enquanto os quantitativos dos itens que tinham sido cotados com preços unitários supervalorizados são significativamente aumentados;

(4º) celebrado nessas bases, o aditamento contratual acarreta expressiva majoração do preço global (frequentemente, a manobra acarreta o acréscimo legal máximo de 25% do preço global original do contrato).

Os **tipos de licitação de melhor técnica ou de técnica e preço** serão utilizados exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, a exemplo de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, gerenciamento e engenharia consultiva em geral, incluindo a elaboração de estudos técnicos preliminares e de projetos básicos e executivos (art. 46 da Lei nº 8.666/1993).

Consoante o disposto no art. 46, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, os **tipos de licitação de melhor técnica e de técnica e preço** poderão ser excepcionalmente adotados, mediante justificativa circunstanciada da Administração, **para fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto e majoritariamente dependentes de tecnologia sofisticada e de domínio restrito**, conforme atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação.

Um serviço que pode ser objeto de uma licitação do **tipo melhor técnica poderá ser também licitado por meio de uma licitação do tipo técnica e preço**. A escolha por um ou por outro tipo de licitação constitui decisão discricionária da Administração. Deve-se observar, porém, que, diferentemente do que ocorre nos tipos de licitação menor preço e técnica e preço, **a escolha do tipo melhor técnica obriga a Administração a indicar o preço máximo que ela se dispõe a pagar pelo serviço** (art. 46, § 1º, da Lei nº 8.666/1993).

5.10.4. Desclassificação

Depois de abertos os envelopes contendo as propostas dos licitantes, a comissão de licitação verificará a conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento (art. 43, inciso IV, da Lei nº 8.666/1993).

Feita essa verificação, a comissão de licitação desclassificará as propostas que apresentarem vícios formais ou preços inadequados (artigo 48 da Lei nº 8.666/1993).

E se todas as propostas forem desclassificadas? Bem, nesse caso, a comissão poderá fixar aos licitantes prazo para a apresentação de novas propostas, isentas dos vícios que determinaram a sua desclassificação.

É interessante destacar, neste ponto, uma prática que se tornou muito comum nas licitações, realizada com vistas a desclassificar propostas que contenham produtos de má qualidade. Trata-se da exigência – que deve ser prevista expressamente em edital! – de que os licitantes apresentem, na fase de classificação, amostras de seus produtos, para que tenham sua qualidade testada e avaliada. Todavia, não é possível, em uma licitação do tipo menor preço, que a comissão de licitação considere, com base na avaliação das amostras apresentadas, que a proposta de certo licitante é melhor do que a de outro.

Ainda que não encontre expressa previsão legal, essa prática de se exigir dos licitantes, na fase de classificação, a apresentação de amostras de produtos, tem encontrado guarida na jurisprudência do Tribunal de Contas da União porque tem como fundamentos para sua legitimidade a busca da proposta mais vantajosa para a Administração e a economia processual.

5.10.5. Desclassificação - vícios formais

Vícios formais são os que ocorrem com o descumprimento de exigências constantes do edital de licitação.

É preciso, porém, atentar para uma importante observação: nem todo descumprimento de exigência contida no edital deve ensejar a desclassificação da proposta. A desconformidade que, com efeito, deve redundar em desclassificação da proposta, é aquela que realmente se mostra lesiva à Administração ou aos outros licitantes. Ou, em outros termos, o vício que deve levar à desclassificação da proposta é aquele que de qualquer modo represente empecilho a que a Administração venha a contratar com base na proposta que lhe for mais vantajosa ou, ainda, que represente violação ao tratamento isonômico que deve ser dispensado a todos os licitantes.

Nesse sentido, não deve dar causa à desclassificação de proposta a desconformidade entre a proposta e o edital que se revele insignificante e que não acarrete efetivo prejuízo à Administração e aos demais licitantes. Ou seja, a comissão de licitação, ante exigências do edital que se revelarem desnecessárias e inócuas, deve afastá-las e considerar vencedora a proposta mais vantajosa para a Administração, desde que isso não implique violação ao tratamento isonômico que deve ser dispensado aos licitantes. A comissão de licitação deve, assim, ter o cuidado de interpretar o referido

art. 48 e os critérios fixados no edital de modo a não desclassificar, por falhas insignificantes, propostas que seriam vantajosas para a Administração. A defesa de um formalismo exagerado, que leva à desclassificação de propostas que poderiam bem atender à necessidade da Administração, é atitude que não deve ser adotada pela comissão de licitação, e se o for, deve ser corrigida pela autoridade administrativa superior, no interesse da própria Administração.

5.10.6. Desclassificação - preços inexequíveis ou exorbitantes

No que se refere aos preços, deve a Administração se preocupar não apenas com os preços altos e exorbitantes, mas também com aqueles que, por se revelarem excessivamente baixos, submetem a Administração a grande risco de o futuro contratado não honrar os compromissos assumidos.

É por isso que a lei confere à comissão de licitação o poder de desclassificar as propostas que, nos termos da lei e do edital de licitação, se apresentarem com preços exorbitantes ou manifestamente inexequíveis.

De acordo com o disposto no artigo 44, § 3º, da Lei nº 8.666/1993, não se admitirá, na licitação, 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.

Assim, devem ser eliminadas do certame propostas com valor global superior ao limite estabelecido pela Administração ou com preços economicamente inviáveis ou insuficientes, o que se dá em situações em que os custos dos insumos se mostrarem incoerentes com os de mercado e os coeficientes de produtividade se revelarem incompatíveis com a execução do objeto. Sobre a questão, lembro que o art. 40, inciso X, da Lei nº 8.666/1993, prevê que o edital deverá indicar obrigatoriamente o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global.

5.10.7. Inexequibilidade de propostas em licitação para obras e serviços de engenharia

Em razão de sua relevância, bem como dos altos valores envolvidos em sua execução, as obras e serviços de engenharia foram abordados com destaque na Lei nº 8.666/1993.

No que tange aos critérios para aceitação de preços de obras e serviços de engenharia, a referida lei dispôs, no § 1º do seu art. 48, que devem ser considerados manifestamente inexequíveis, no caso de licitações do tipo menor preço, as propostas cujos valores sejam inferiores a 70% do menor dos seguintes valores: (alínea “a”) média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração ou (alínea “b”) valor orçado pela Administração.

Valhamo-nos de um exemplo para esclarecer esse critério. Suponhamos que, em licitação destinada à execução de uma determinada obra de engenharia, orçada pela Administração em R\$ 1.000.000,00, foram apresentadas as seguintes propostas de preço global: R\$ 400.000,00, pelo licitante A; R\$ 500.000,00, pelo licitante B; R\$ 600.000,00, pelo licitante C; R\$ 800.000,00, pelo licitante D; e R\$ 1.000.000,00, pelo licitante E. A média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração é R\$ 800.000,00 – $(R\$ 600.000,00 + R\$ 800.000,00 + R\$ 1.000.000,00)/3$. Sendo, pois, essa média aritmética, inferior ao valor orçado pela Administração, o valor mínimo para que o preço global proposto seja considerado exequível é R\$ 560.000,00 (70% de R\$ 800.000,00). Por conseguinte, deverão ser desclassificadas, por inexequíveis, as propostas apresentadas pelos licitantes A (R\$ 400.000,00) e B (R\$ 500.000,00).

5.10.8. Garantia extra do art. 48, § 2º, da Lei nº 8.666/1993

O § 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/1993 trata da hipótese em que, para se resguardar dos riscos de contratar com base em proposta de preços de duvidosa exequibilidade, a Administração deve exigir do licitante vencedor uma garantia adicional.

Essa exigência tem lugar em situação em que o licitante vencedor, classificado consoante a regra disposta no § 1º do art. 48, tiver apresentado proposta com valor global inferior a 80% do menor dos valores a que se

refere aquele § 1º (70% da média aritmética dos valores das propostas superiores a 50% do valor orçado pela Administração ou 70% do valor orçado pela Administração).

Nesse caso, a garantia a ser exigida pela Administração (caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária, conforme disposto no art. 56, § 1º, da Lei nº 8.666/1993) deve ser de valor igual à diferença entre o menor dos valores calculados de acordo com o disposto nas alíneas “a” e “b” do § 1º do art. 48 da Lei nº 8.666/1993 e o valor constante da proposta apresentada pelo licitante.

No exemplo utilizado no tópico anterior, como as propostas apresentadas pelos licitantes A e B foram desclassificadas, por serem consideradas inexequíveis, será o licitante C, que cotou o preço global de R\$ 600.000,00, considerado o vencedor da licitação. Como o licitante C apresentou proposta com preço inferior ao valor limite de R\$ 640.000,00, calculado em conformidade com o disposto no § 2º do artigo 48 da Lei nº 8.666/1993 (80% de R\$ 800.000,00), deverá ele, para celebrar o contrato, oferecer à Administração garantia adicional no valor de R\$ 40.000,00 (R\$ 640.000,00 – R\$ 600.000,00).

5.10.9. Ordem de classificação e julgamento

Sobre este ponto, cabe frisar, primeiramente, que a Lei nº 8.666/1993, em seu art. 44, § 2º, veda que o licitante faça oferta de vantagem não prevista no edital, tais como as decorrentes de financiamentos subsidiados ou a fundo perdido ou as que se fazem baseadas em preço ou vantagem constante das ofertas dos demais licitantes. Além disso, o art. 45 da mesma lei estabelece que o julgamento das propostas será objetivo, devendo a comissão de licitação 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.

Nas licitações do tipo menor preço, as propostas serão classificadas por ordem crescente de seus preços: em primeiro lugar, ficará a proposta que tenha apresentado o menor preço; em segundo lugar, ficará a proposta que tenha apresentado o segundo menor preço e assim por diante.

A ordem de classificação baseada nos preços é importante para a definição do licitante vencedor da licitação, mas ela não é determinante,

pois poderá ser alterada em razão da “margem de preferência” a que se refere a [Lei nº 12.349/2010](#).

E o que vem a ser essa “margem de preferência”? Trata-se de mecanismo incluído na Lei nº 8.666/1993 pela Lei nº 12.349/2010 que permite a contratação de produtos manufaturados e serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras por preços superiores aos dos seus equivalentes estrangeiros.

Além da margem de preferência ordinária, por assim dizer, prevista no § 5º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, previu-se, ainda, mediante o § 7º daquele mesmo artigo, a possibilidade de ser estabelecida margem de preferência adicional para os produtos manufaturados e serviços nacionais resultantes de desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País.

Cabe ao Poder Executivo Federal definir o percentual a ser aplicado como margem de preferência e também como margem de preferência adicional, se for o caso, segundo o produto, o serviço, o grupo de produtos ou grupo de serviços, não podendo a soma dessas margens ultrapassar 25% do preço dos produtos manufaturados e produtos estrangeiros (§ 8º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993).

As margens de preferência previstas nos §§ 5º e 7º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993 não se aplicam aos bens e aos serviços cuja capacidade de produção ou prestação no País seja inferior à quantidade a ser adquirida ou contratada ou ao quantitativo mínimo fixado em edital para a compra de bens de natureza divisível (§ 7º do art. 3º, combinado com o § 7º do art. 23, da Lei nº 8.666/1993).

De se observar, ainda, que a margem de preferência a que se refere o § 5º da Lei 8.666/1993 poderá ser estendida, total ou parcialmente, aos bens e serviços originários dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul – Mercosul (§ 10 do art. 3º da Lei nº 8.666/1993).

Para a definição da margem de preferência, deverão ser realizados estudos, revistos em períodos não superiores a 5 anos, que levem em consideração a geração de emprego e renda no País, o efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais, o desenvolvimento e a inovação tecnológica realizados no País, o custo adicional dos produtos e serviços e, nas revisões da margem, análise retrospectiva dos resultados alcançados (§ 6º do art. 3º da Lei nº 8.666/1993, incluído pela Lei nº 12.349/2010).

Assim, se o edital assim estabelecer, a licitação poderá ser processada de forma que as propostas relativas a produtos e serviços estrangeiros, se estiverem mais bem classificadas, cedam lugar às

propostas que apresentem produtos e serviços nacionais que tenham preço superior até o limite próprio fixado pelo Poder Executivo.

A margem de preferência é, pois, fator de discriminação legal entre os licitantes, assim como também o são os critérios de julgamento previstos em benefício das propostas apresentadas por microempresas e empresas de pequeno porte, segundo o disposto na [Lei Complementar nº 123/2006](#), e, no caso da contratação de bens e serviços de informática, das propostas que apresentem bens produzidos com tecnologia desenvolvida no país ou que observem processo produtivo básico descrito em decreto do Poder Executivo, conforme estabelecido na [Lei nº 8.248/1991](#), com a redação que lhe deram a [Lei nº 10.176/2001](#) e a [Lei nº 11.077/2004](#). A propósito, é de se ressaltar que a Lei nº 12.349/2010 acrescentou o § 12 ao art. 3º da Lei nº 8.666/1993 dispondo que, se destinada a contratar a implantação, a manutenção e o aperfeiçoamento de sistemas de tecnologia de informação e comunicação considerados estratégicos mediante ato do Poder Executivo federal, a licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País e produzidos de acordo com o supramencionado processo produtivo básico. Também acrescentado pela Lei nº 12.349/2010, o inciso XIX do art. 6º da Lei 8.666/1993 estabelece que devem ser considerados estratégicos os sistemas de tecnologia de informação e comunicação que envolvam bens e serviços cuja descontinuidade provoque dano significativo à Administração Pública e que envolvam, ainda, a disponibilidade, a confiabilidade, a segurança ou a confidencialidade de informações críticas.

O que distingue a margem de preferência das demais situações legais que autorizam a discriminação sobre outros bens e serviços é a possibilidade de o privilégio ser concedido mesmo ante a prática, pelo beneficiário, de preços mais elevados que os dos outros licitantes. A adoção da margem de preferência implica, pois, nas contratações da Administração Pública, custos superiores ao que ela poderia obter recorrendo à melhor proposta oferecida no certame. Isso só se justifica se a medida for considerada benéfica ao desenvolvimento nacional.

Nas licitações do tipo melhor técnica, a classificação das propostas técnicas será efetuada de acordo com os critérios definidos com clareza e objetividade no edital de licitação (art. 46, § 1º). Esses critérios devem considerar a capacitação e a experiência do licitante, a qualidade técnica da proposta e a qualificação das equipes técnicas que atuarão na execução do serviço licitado. Depois de classificadas as propostas técnicas, serão examinadas as propostas de preço dos licitantes cujas propostas técnicas

tenham atingido a valorização mínima exigida no edital. Em seguida, a comissão de licitação realizará, com a proponente mais bem classificada na consideração das propostas técnicas, a negociação das condições de preço constantes da proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização técnica mínima. Se não houver acordo na negociação, procedimento idêntico será adotado, sucessivamente, com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação.

Nas licitações do tipo técnica e preço, será efetuada, depois da classificação das propostas técnicas, a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no edital. Depois disso, será realizada a classificação final a partir da média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos igualmente preestabelecidos no edital (art. 46, § 2º, da Lei nº 8.666/1993).

Uma questão que se apresenta, em relação à ordem de classificação, é a ocorrência de empate entre propostas. Como se resolve essa questão?

Em se tratando de licitação do tipo menor preço, caso sejam apresentadas propostas com valores idênticos, são inadmissíveis, para o desempate, critérios baseados na técnica. A Lei nº 8.666/1993 indica quais devem ser os critérios que devem ser utilizados para indicar a proposta vencedora no caso de empate. A adoção dos critérios previstos na Lei nº 8.666/1993 pressupõe, todavia, que não haja microempresas ou empresas de pequeno porte participando do certame e que a licitação não tenha por objeto a contratação de bens ou de serviços de informática.

Se microempresas ou empresas de pequeno porte participarem da licitação, devem ser observados os critérios de desempate previstos na Lei Complementar nº 123/2006. É importante observar que a adoção dos critérios de desempate previstos na referida lei complementar não depende de qual seja o objeto licitado.

A Lei Complementar nº 123/2006, ao dispor, em seu art. 44, que será assegurada, no desempate de propostas, preferência para as microempresas e empresas de pequeno porte, estabelece, em seu § 1º, que fica juridicamente caracterizado o empate nas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada. Em caso de pregão, o empate estará juridicamente caracterizado se, após o encerramento dos lances, a diferença entre a proposta da microempresa

ou da empresa de pequeno porte for superior em até 5% relativamente ao menor preço apresentado.

Caracterizado o empate, o art. 45 da Lei Complementar nº 123/2006 impõe a observância dos seguintes procedimentos com vista ao desempate: (1º) a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior ao menor dos preços cotados; se o fizer, será declarada vencedora e lhe será adjudicado o objeto da licitação; (2º) caso a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada não apresente proposta de preço inferior ao menor dos preços cotados, serão sucessivamente convocadas, na ordem classificatória, para exercerem aquela mesma prerrogativa, as microempresas ou empresas de pequeno porte cujas propostas se enquadrem nos limites indicados pelo art. 44; (3º) no caso de equivalência dos preços apresentados pelas microempresas e empresas de pequeno porte cujas propostas de preço se encontrem nos intervalos estabelecidos no art. 44, será realizado sorteio entre elas para que se aponte a qual será concedida primeiramente a oportunidade de apresentar nova proposta de preço; e (4º) caso nenhuma microempresa ou empresa de pequeno porte cujas propostas de preço se encontrem nos intervalos estabelecidos no art. 44 apresente proposta de preço inferior ao menor dos preços cotados, o objeto licitado será adjudicado em favor do licitante que houver cotado o menor preço.

No caso de pregão, o art. 45, § 3º, da Lei Complementar nº 123/2006, estabelece que a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada deverá ser convocada para apresentar nova proposta no prazo máximo de 5 minutos após o encerramento dos lances.

Em se tratando de licitação que tem por objeto a contratação de bens ou de serviços de informática, antes de serem utilizados os critérios de desempate das propostas previsto na Lei nº 8.666/1993, devem ser observados os mecanismos de preferência descritos na Lei nº 8.248/1991, com a redação dada pela Lei nº 11.077/2004.

Dispõe o art. 3º da Lei nº 8.248/1991 que a Administração Pública dará preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, em primeiro lugar, a bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país e, em segundo lugar, a bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

O § 3º do referido art. 3º da Lei nº 8.248/1991 estabelece que bens e serviços de informática e automação considerados como bens e serviços

comuns, nos termos do parágrafo único do art. 1º da [Lei nº 10.520/2002](#), poderão ser adquiridos mediante licitação na modalidade pregão, restrita às empresas que cumpram o processo produtivo básico a que se refere a [Lei nº 8.387/1991](#).

Assim, na contratação de bens ou serviços de informática, caso não participem microempresas ou empresas de pequeno porte, havendo empate, será declarado vencedor o licitante que apresentar proposta que indique bens e serviços que utilizem tecnologia desenvolvida no país (Lei nº 8.248/1991, art. 3º, inciso I, com a redação dada pela Lei nº 11.077/2004). Utilizado esse critério e persistindo o empate, será declarado vencedor o licitante que apresentar proposta que indique bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo.

A propósito, observo que o TCU, mediante o [Acórdão nº 1.707/2005-Plenário](#), cuja parte dispositiva foi alterada pelo Acórdão nº 2.138/2005-Plenário e pelo [Acórdão nº 1.598/2006-Plenário](#), enfrentou a questão da necessidade de ser observado o direito de preferência previsto na referida Lei nº 8.248/1991 nas licitações realizadas na modalidade de pregão. O exame desses acórdãos demonstra que, na eventualidade de ser utilizado o pregão para a contratação de bens e de serviços de informática, ainda que o licitante não cumpra as exigências relacionadas ao processo produtivo básico, tem ele direito de apresentar sua proposta. A aplicação da regra da preferência prevista na referida Lei nº 8.248/1991 importa tão somente que, havendo empate entre os licitantes, será declarada vencedora a proposta apresentada pela empresa que atenda às exigências previstas no supracitado art. 3º da Lei nº 8.248/1991.

Se, depois de aplicadas as regras a que acima se referiu, remanescer empate entre propostas, deverão, então, ser utilizados os critérios de desempate estabelecidos na Lei nº 8.666/1993, que, em seu art. 3º, § 2º, dispõe que, em igualdade de condições, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: (1º) produzidos no País; (2º) produzidos ou prestados por empresas brasileiras; e (3º) produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Se, ainda assim, persistir o empate, deverá obrigatoriamente ser adotado o sorteio para o desempate, consoante o disposto no art. 45, § 2º, da Lei nº 8.666/1993. Esse sorteio deverá ser realizado em ato público, para o qual todos os licitantes deverão ser convocados.

5.10.10. Desistência de propostas

O licitante poderá desistir da apresentação de proposta de preços. No entanto, essa desistência não pode se dar a qualquer momento.

De acordo com o disposto no § 6º do art. 43 da Lei nº 8.666/1993, a desistência pode ocorrer até a fase de habilitação. Após essa fase, somente se admitirá a desistência de proposta se houver, para tanto, motivo justo e decorrente de fato superveniente, segundo avaliação da comissão de licitação.

5.10.11. Homologação do procedimento licitatório

A atuação da comissão de licitação se encerra com a classificação e o julgamento das propostas. Concluída essa fase, a comissão encaminha os autos do processo de licitação à autoridade que lhe nomeou, a fim de que esta, consoante o disposto no artigo 43, inciso VI, da Lei nº 8.666/1993, decida sobre a homologação e a adjudicação do objeto ao licitante vencedor.

A homologação nada mais é do que a manifestação de concordância da autoridade administrativa competente com os atos praticados pela comissão de licitação. Essa manifestação refere-se basicamente a dois aspectos do processo de licitação: legalidade dos atos praticados pela comissão e conveniência de ser mantida ou não a licitação.

Ao homologar a licitação, a autoridade administrativa competente deve examinar se a comissão cumpriu as regras contidas na Lei nº 8.666/1993 e no edital de licitação. Caso tenha havido descumprimento de alguma dessas regras, deverá a autoridade anular o ato irregular. De acordo com o disposto no art. 49 da Lei nº 8.666/1993, a anulação deve ser declarada pela autoridade competente de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Observo que, ao declarar a nulidade de um ato realizado nas fases anteriores da licitação, a autoridade não poderá substituir a competência da comissão. Assim, por exemplo, se a autoridade anular a desclassificação de uma proposta, os autos do processo deverão ser restituídos à comissão de licitação, a fim de que esta proceda à nova classificação.

Se a autoridade entender que os atos da comissão estão de acordo com a lei e com o edital, passará, então, ao exame do segundo aspecto,

relativo à conveniência da licitação. Nessa oportunidade, deverá a autoridade decidir se a licitação deverá ou não ser revogada. O fundamento para a revogação da licitação também reside no art. 49 da Lei nº 8.666/1993, em que se dispõe que a revogação da licitação somente tem lugar por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta.

Para melhor compreensão, imaginemos a seguinte situação: se, concluídas as fases de habilitação, classificação e julgamento de uma licitação realizada com o fim de contratar a execução de obra de construção da sede de determinado órgão público, esse órgão recebe, mediante doação, prédio que poderá ser usado como sede, será conveniente, então, a revogação da considerada licitação.

É importante observar que a revogação, nos termos da própria lei, somente será possível em face de motivo superveniente devidamente comprovado. Se, no exemplo da licitação para construção da sede do órgão público acima mencionado, a doação tivesse sido realizada antes da divulgação do edital, não se poderia usar essa doação como fundamento para a revogação, haja vista não se tratar de fato superveniente.

Tanto a anulação quanto a revogação provocam o desfazimento do procedimento licitatório. A diferença básica está nas consequências jurídicas de cada uma. A anulação não gera, em regra, a obrigação de a Administração indenizar, mas a revogação sim, porque o ato se fez válido, legítimo e eficaz até o momento em que foi revogado.

O § 1º do art. 49 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que a anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvando-se, contudo, o estabelecido no parágrafo único do art. 59, no sentido de que a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a declaração de nulidade, bem como por outros prejuízos regularmente comprovados, desde que o contratado não lhes tenha dado causa.

5.10.12. Adjudicação

Adjudicação é o ato da autoridade administrativa que põe o objeto da licitação à disposição do licitante vencedor.

Ao adjudicar o objeto da licitação, a autoridade competente está apenas declarando que o licitante vencedor está apto a ser contratado. Isso



não significa, no entanto, que o licitante vencedor tenha direito subjetivo de ser contratado pela Administração.

A efetiva consequência da adjudicação é impedir que outro licitante, que não o vencedor da licitação, ou, ainda, um terceiro que não tenha participado da licitação, possa ser contratado para executar o objeto licitado. Nesse sentido dispõe o art. 50 da Lei nº 8.666/1993.

Com a adjudicação, encerra-se a licitação, e o passo seguinte é a convocação do adjudicatário para assinar o contrato.

5.10.13. Convocação do adjudicatário para assinar o contrato

O art. 64 da Lei nº 8.666/1993 dispõe que a Administração deve convocar o adjudicatário para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação e de se sujeitar o adjudicatário às penalidades legalmente estabelecidas, conforme previsto no art. 81 da mesma lei.

Pode-se depreender, do referido art. 64, que é no edital de licitação que devem ser indicadas as condições e o prazo para a convocação do adjudicatário assinar o contrato. No entanto, caso o edital seja omissivo em relação a esse assunto, deve a Administração formalizar, por escrito, a convocação do adjudicatário. Em qualquer caso, a Administração deve, por precaução, manter os comprovantes do ato de convocação.

5.10.14. Prazo para convocação

Como já dito, caso o edital de licitação não tenha especificado prazo dentro do qual o adjudicatário, após convocado, deverá comparecer para assinar o contrato, nada impede que esse prazo seja indicado no próprio instrumento de convocação.

Em conformidade com o que dispõe o § 1º do art. 64 da Lei nº 8.666/1993, se o adjudicatário, durante o transcurso do prazo que lhe foi dado, solicitar prorrogação do prazo, por motivo devidamente justificado, pode a Administração, aceitando o motivo, aquiescer, por uma só vez, à solicitação.

Todavia, expirado o prazo sem que o adjudicatário se manifeste, deve sua atitude ser considerada recusa em celebrar o contrato.

5.10.15. Recusa ou não comparecimento para assinar o contrato

O art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, dispõe que, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, sujeitar-se-á ele às penalidades cabíveis, em conformidade com o disposto no art. 81 da Lei nº 8.666/1993.

Além disso, o mesmo art. 64, § 2º, da Lei nº 8.666/1993, estabelece que, ante a recusa ou omissão do adjudicatário convocado, pode a Administração, caso não decida pela revogação da licitação, convocar licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para celebrar contrato nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado.

Os licitantes remanescentes que assim forem convocados não estarão obrigados à celebração do contrato. Mas, se decidirem celebrar o contrato, deverão aceitar as condições da proposta vencedora da licitação.

5.10.16. Verificação de aprendizagem

1) Avalie as seguintes afirmações e, em seguida, marque a opção correta:

I - se houver expressa e formal renúncia de todos os licitantes ao direito de recorrer contra eventuais habilitações ou inhabilitações, a comissão de licitação poderá, desde logo, proceder à abertura dos envelopes contendo as propostas dos licitantes

II - não é possível desclassificar um licitante por motivo relacionado à habilitação depois de abertos os envelopes contendo as propostas dos licitantes

- a) apenas a afirmação I está correta
- b) apenas a afirmação II estão correta
- c) as afirmações I e II estão corretas
- d) as afirmações I e II estão incorretas



2) Avalie as seguintes afirmações e, em seguida, assinale a opção correta:

I - em licitação do tipo melhor técnica ou do tipo técnica e preço, abrem-se, primeiramente, os envelopes contendo as propostas de preços e, após examinadas e classificadas essas, abrem-se os envelopes contendo as propostas técnicas

II - para a contratação de bens e serviços de informática, a Administração adotará obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço, sendo vedado o emprego de outro tipo de licitação

- a) apenas a afirmação I está correta
- b) apenas a afirmação II estão corretas
- c) as afirmações I e II estão corretas
- d) as afirmações I e II estão incorretas

3) Avalie as seguintes afirmações e, em seguida, assinale a opção correta:

I - nas licitações destinadas à contratação de obras e serviços de engenharia, devem ser desclassificadas as propostas que, segundo critérios objetivos previstos em lei e no edital, apresentarem preços exorbitantes ou inexequíveis

II - em licitação destinada à contratação de obra de engenharia, o edital deverá obrigatoriamente indicar o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global

- a) apenas a afirmação I está correta
- b) apenas a afirmação II estão corretas
- c) as afirmações I e II estão corretas
- d) as afirmações I e II estão incorretas

4) Assinale a afirmação incorreta:

- a) a Lei nº 12.349/2010 introduziu na Lei nº 8.666/1993 mecanismo que permite que a Administração adquira produtos nacionais e contrate serviços nacionais por preços superiores a produtos e serviços estrangeiros equivalentes
- b) em licitação do tipo menor preço, é possível que se considere vencedor licitante habilitado que não tenha apresentado proposta de menor preço

- c) para determinado serviço nacional resultante de desenvolvimento e inovação tecnológica realizado no País, o Poder Executivo Federal poderá definir, relativamente a serviço estrangeiro equivalente, margem de preferência no percentual de 25% e margem de preferência adicional de 25%
- d) o mecanismo da margem de preferência poderá ser adotado em benefício de licitante que apresente proposta de produto ou serviço originário de todos os países membros do Mercosul

5) Assinale a afirmação correta:

- a) o licitante poderá desistir da apresentação da proposta de preço em qualquer momento da fase de classificação e julgamento da licitação
- b) finalizada a fase de classificação e julgamento, não haverá mais possibilidade de a licitação ser revogada
- c) a adjudicação confere ao licitante adjudicatário o direito subjetivo de ser contratado pela Administração
- d) o licitante adjudicatário que, devidamente convocado pela Administração para assinar o termo de contrato, deixar de fazê-lo no prazo e condições estabelecidos, ficará sujeito a penalidades, em conformidade com o disposto no artigo 81 da Lei nº 8.666/1993

6. O CONTRADITÓRIO E A AMPLA DEFESA NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS. RECURSOS ADMINISTRATIVOS

6.1. O contraditório e ampla defesa nas licitações públicas

O princípio do contraditório e da ampla defesa tem como fundamento a própria Constituição Federal de 1988, conforme dispõe o inciso LV do art. 5º da Carta Política brasileira: **“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”** [grifei]

A Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, dispõe expressamente sobre o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos em geral, segundo podem observar nos seguintes dispositivos dessa lei:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, **aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.**

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; [grifei]

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

Verifico também na Lei 8.666/1993, objeto deste estudo, diversos dispositivos que, de forma direta ou indireta, tratam da questão do contraditório e da ampla defesa nos processos licitatórios, permitindo que os licitantes possam exercer seus direitos com os meios e os recursos disponíveis no sistema jurídico pátrio.

Nessa lei podemos extrair os seguintes instrumentos de defesa dos direitos dos licitantes: **recurso hierárquico; representação perante o órgão licitante; pedido de reconsideração e representação perante órgãos de controle.**

Recomendo que o inteiro teor dos artigos abaixo transcritos sejam lidos com vistas a se obter uma compreensão mais abrangente da matéria:

Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - **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;
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 78 desta lei;
- e) rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do art. 79 desta Lei; ([Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994](#))
- f) aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa;

II - **representação**, no prazo de 5 (cinco) dias úteis da intimação da decisão relacionada com o objeto da licitação ou do contrato, de que não caiba recurso hierárquico;

III - **pedido de reconsideração**, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese do § 4o do art. 87 desta Lei, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato.

(...)

Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§ 1o 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 desta Lei, para os fins do disposto neste artigo. [grifei]

(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)

Destaco que o **recurso contra habilitação ou inabilitação** tem efeito suspensivo e deve ser dirigido à autoridade superior, via Comissão de Licitação. O Julgamento, como se vê, é feito pela autoridade superior, responsável pela designação da Comissão. Pode, contudo, a própria Comissão rever a decisão recorrida (art. 109, § 4º, da Lei 8.666/1993).

Chamo a atenção para a **representação perante os Tribunais de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno.**

Esse instrumento não diz respeito apenas a vícios no edital. Poderá ser utilizado também para que os Tribunais de Contas da União, dos Estados ou Municípios, segundo a respectiva esfera de competência, se manifestem acerca da legalidade de todo o procedimento licitatório, assim como da execução do contrato, inclusive quando se verificar no procedimento licitatório infringência ao princípio do contraditório e da ampla defesa ora estudado.

6.2. Verificação de aprendizagem

1) São instrumentos de defesa dos direitos dos licitantes previstos na Lei 8.666/1993, exceto:

- a) Recurso hierárquico
- b) Representação perante o órgão licitante
- c) Representação perante os órgãos de controle
- d) Recurso de revisão

2) Examine e responda:

I - a Comissão de Licitação não poderá rever sua decisão em sede de recurso interposto contra habilitação ou inabilitação, devendo essa decisão ser decidida, exclusivamente, pela autoridade superior, responsável pela designação da Comissão.

II – O recurso contra habilitação ou inabilitação não tem efeito suspensivo, podendo a decisão recorrida ser executada imediatamente.

III – A representação de que trata o art. 113 da Lei 8.666/1993 pode ser realizada perante os Tribunais de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno.

IV – Não cabe representação perante o próprio órgão licitante.

Responda:

- a) A afirmação I está correta
- b) As afirmações I e II estão erradas
- c) As afirmações III e IV estão corretas
- d) Estão corretas as afirmações III e IV

REFERÊNCIAS

Furtado, Lucas Rocha. Curso de licitações e contratos administrativos. 5ª ed. rev., atual. e ampl., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013.

Furtado, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. rev. e atual., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013.

Justen Filho, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos. 16ª ed. rev., atual. e ampl.. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2014.

OBRAS DO AUTOR

- **CURSO DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:** 5ª ed. rev., atual. e ampl. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013.
- **CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO:** 4ª edição rev. e atual., Editora Fórum, Belo Horizonte, 2013.
- **LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:** Teoria, Prática e Jurisprudência - Editora ATLAS, São Paulo, 2001;
- **SISTEMA DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL NO DIREITO**



BRASILEIRO: Editora Brasília Jurídica, Brasília, 1996.

- Em Co-autoria, escreveu as obras **O NOVO CÓDIGO CIVIL - Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale** - Editora LTr., São Paulo, 2003;
- **COOPERATIVISMO E O NOVO CÓDIGO CIVIL:** Editora Mandamentos, São Paulo, 2003;
- **POLÍTICA DE PATENTES EM SAÚDE PÚBLICA:** Editora Atlas Jurídico, São Paulo, 2001.

GABARITOS DAS VERIFICAÇÕES DE APRENDIZAGEM

2.9. Verificação de aprendizagem

- 1) Resposta correta: d
- 2) Resposta correta: b
- 3) Resposta correta: d
- 4) Resposta correta: b

3.10. Verificação de aprendizagem

- 1) Resposta correta: d
- 2) Resposta correta: a
- 3) Resposta certa: c
- 4) Resposta correta: d

4.1. Verificação de aprendizagem

- 1) Resposta correta: a

5.9. Verificação de aprendizagem

- Resposta correta: b
- Resposta correta: c
- Resposta correta: c
- Resposta correta: b
- Resposta correta: a

5.10.16. Verificação de aprendizagem

- 1) Resposta correta: a
- 2) Resposta correta: d
- 3) Resposta correta: c
- 4) Resposta correta: c
- 5) Resposta correta: d

6.2. Verificação de aprendizagem

- 1) Resposta correta: d
- 2) Resposta correta: b

