MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH

FASES DA LICITAÇÃO

São Paulo

2009

MARCELO GURJÃO SILVEIRA AITH

FASES DA LICITAÇÃO

Monografia apresentada ao curso de especialização Telepresencial e Virtual em Direito Público como requisito parcial à obtenção do grau de especialista em Direito Público – Mercado de Trabalho.

Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL

Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes - REDE LFG

Orientador: Hernani Luiz Sobierajski

São Paulo

2009

RESUMO

O presente trabalho tem a finalidade de expor com uma visão real e objetiva, do ponto de vista científico as dificuldades enfrentadas pelos empresários ao pretenderem participar das licitações em qualquer unidade da federação, e desconhecerem as fases da licitação, quando da concorrência, dentro das diversas administrações públicas, em uma visão sustentada em pesquisa literária e jurisprudencial. Na Lei Federal 8666/93, consoante com a Lei 9.648/98, estão especificadas as modalidades, sendo elas: a Concorrência Pública, a Tomada de Preços, o Convite e o leilão, tendo entre si como diferenças com exceção do leilão, os valores, a publicidade, a complexidade na elaboração do termo licitatório (edital), e a exigência nos documentos de habilitação e proposta. Dependendo da modalidade de licitação, o procedimento é mais ou menos complexo. É na concorrência que todas as fases de licitação se encontram, sendo divididas nas seguintes fases: abertura, habilitação, classificação, julgamento.

Palavras-chave: Licitação. Fases. Abertura. Habilitação, Classificação. Julgamento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 05

CAPÍTULO 1 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE LICITAÇÃO 06

1.1 ORIGEM 06

1.2 DEFINIÇÃO 07

1.3 OBJETO DA LICITAÇÃO 09

1.4 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO 11

1.5 OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO 15

1.6 PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO 16

1.7 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO 17

1.8 MODALIDADES DE LICITAÇÃO 18

CAPÍTULO 2 - FASES DA LICITAÇÃO 22

2.1 ABERTURA 22

2.1.1 Edital 23

2.1.2 Carta-convite 27

2.2 HABILITAÇÃO 28

2.3 CLASSIFICAÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO 32

2.4 JULGAMENTO 34

2.4.1 Vícios do julgamento 37

2.4.2 Empate e critérios de desempate de propostas 38

CAPÍTULO 3 - HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO 39

CONCLUSÃO 45

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 47

INTRODUÇÃO

A licitação, sendo um procedimento administrativo, é constituída por uma sucessão de atos que levam ao resultado final: a escolha da melhor proposta.

O presente trabalho tem a finalidade de expor com uma visão real e objetiva, do ponto de vista científico as dificuldades enfrentadas pelos empresários ao pretenderem participar das licitações em qualquer unidade da federação, e desconhecerem as fases da licitação, quando da concorrência, dentro das diversas administrações públicas, em uma visão sustentada em pesquisa literária e jurisprudencial.

Todas as compras ou serviços contratados pelas administrações públicas seguem os ditames da Lei Federal 8666/93.

Nesta lei estão especificadas as modalidades, sendo elas: a Concorrência Pública, a Tomada de Preços, o Convite e o leilão, tendo entre si como diferenças com exceção do leilão, os valores, a publicidade, a complexidade na elaboração do termo licitatório (edital), e a exigência nos documentos de habilitação e proposta.

Dependendo da modalidade de licitação, o procedimento é mais ou menos complexo. É na concorrência que todas as fases de licitação se encontram, sendo divididas nas seguintes fases: abertura, habilitação, classificação, julgamento.

Uma ou outra dessas fases não aparecem em todas as modalidades de licitação, a exemplo do convite e do leilão, em que não existe a fase de habilitação.

Embora a homologação e adjudicação não sejam consideradas propriamente, fases da licitação serão explicadas neste trabalho de forma breve, para melhor entendimento sequencial sobre o tema.

CAPÍTULO 1 – BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE LICITAÇÃO

1.1 ORIGEM

A palavra Licitação provém do latim *liceri, licitatione, licitatio* e quer dizer: venda por lances, dar preço, oferecer lance.

Dayrell, escreve que:

> O termo licitação, que já fora empregado em diversos textos legais, foi introduzido, pela primeira vez, em nosso direito administrativo pela lei n° 4.401 de 10 de Setembro de 1964, no sentido de gênero abrangente de variadas espécies ou modalidades, dentre as quais a concorrência[1].

Antes, porém, havia sobre a matéria escassos dispositivos inseridos no antigo Código de Contabilidade Pública, Decreto Legislativo n° 4.536 de 28 de Janeiro de 1922, e respectivo regulamento, Decreto n° 15.783, de 08 de novembro de 1922, onde se cuidava da concorrência pública, da concorrência administrativa e da coleta de preços.

Nos comentários de Servídio, tem-se que:

> No Brasil, após a promulgação do Decreto lei n° 200 de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização administrativa federal, é que o instituto federal da licitação passou realmente, a ser consagrado, merecendo disciplinação bem mais ampla e rica de conteúdo e com tratamento mais sistemático[2].

Na década de 70, segundo este autor, passou a existir na Súmula do Tribunal de Contas da União, no artigo 158, que os órgãos da Administração direta e as entidades da Administração indireta, incluindo aquelas com personalidade jurídica de direito privado, devem prestar obediência às normas básicas da competição licitatória, principalmente no que diz respeito a isonomia dos licitadores, como princípio universal do procedimento ético e

---

[1] DAYRELL, Carlos Leopoldo. Das Licitações na Administração Pública. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.15.
[2] SERVÍDIO, Américo. Dispensa de Licitação Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p.1-2.

jurídico da administração pública, sem impedir a adoção de normas mais flexíveis e compatíveis com as características de funcionamento e objetivos de cada entidade.

No decênio seguinte, após as inúmeras normas regulamentadoras já citadas, sobre a matéria, surge o Decreto-Lei n° 2.300, de 28 de novembro de 1986, atualizado em 1987, sendo o primeiro estatuto que, em seus noventa artigos, regulamenta o procedimento licitatório para toda a administração pública brasileira.

A evolução sobre a matéria ocorreu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que dispensou à licitação, três referências diretas (arts. 22, XXVII, 37, XXI e 175) e uma indireta (art. 195, § 3°).

O doutrinador Pereira Júnior, completa o histórico afirmando que:

> A lei n° 8.666 de 21 de junho de 1993, atualizada pela Lei nº 8.883, de 08 de junho de 1994, que estatui as normas gerais sobre licitações e contratos completa o ciclo, disciplinando o instituto e os contratos públicos em 125, artigos, a partir das diretrizes traçadas pela Constituição e de molde a exigir sua prática na administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 37, caput). Ressalvadas as hipóteses previstas na lei, nenhum órgão ou entidade da administração pública brasileira, pode, hoje, contratar compra, obra, serviço, alienação ou locação sem prévia licitação, sob pena de violar os princípios fundamentais da igualdade, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.[3]

Esse instituto do Direito Administrativo atualmente é regulamentado pela Lei nº 8.666/93 com as alterações dadas pela Lei n° 9648/98, e no artigo art. 37, XXI, da CF instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Saliente-se que a evolução em relação as licitações continua, como acontece em toda norma jurídica, adequando-se e modificando-se de acordo com os novos princípios sociais, culturais e econômicos.

---

[3] PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p.1-2.

1.2 DEFINIÇÃO

Licitação é o procedimento administrativo pelo qual o ente público legitimamente pode celebrar contratações envolvendo serviços, obras, compras, locação e alienação, ou qualquer outro vínculo que atinja interesses patrimoniais, promovendo a seleção da proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. No dizer de Bandeira de Mello:

> É o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente, em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados[4].

A aquisição de bens, serviços ou obras pelo administrador público, têm conceituação própria, proposta na lei das licitações (Lei n° 8666/93 com as alterações dadas pela Lei n° 9648/98), que, em rápida leitura dos artigos 6° e 23 daquele diploma legal, é facilmente entendível:

> *Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:*
>
> *I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;*
>
> *II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;*
>
> *III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente; (...)*

[4] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. São Paulo: Malheiros, 1999, p.316.

Segundo o entendimento do mestre Cretella Júnior:

> *Licitação, no Direito Público brasileiro atual, a partir de 1967, tem o sentido preciso e técnico de procedimento administrativo preliminar complexo, a que recorre a Administração quando, desejando celebrar contrato com o particular, referente a compras, vendas, obras, trabalhos ou serviços, seleciona, entre várias propostas, a que melhor atende ao interesse público, baseando-se para tanto em critério objetivo, fixado de antemão, em edital, a que se deu ampla publicidade*[5].

No direito administrativo, no qual está o trato deste assunto, licitação é, segundo o entendimento de Di Pietro:

> *o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.*[6]

Nas palavras de Figueiredo, diz-se que "é um procedimento administrativo interno e externo destinado a selecionar, entre outras, a proposta mais vantajosa para a administração pública, realizar compras, contratar serviços ou construir obras".[7]

Ela é imposta pela Constituição Federal em seu artigo 37, XXI:

> *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.*

Em obediência esse comando constitucional, a União editou a Lei nº 8.666, de 21 de julho de 1993, que com as alterações dadas pela Lei n° 9648/98, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública. Segundo esta Lei, a licitação destina-se a garantir a observância do princípio da isonomia (igualdade entre os licitantes) e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração.

---

[5] CRETELLA JR, José. Curso de Direito administrativo. 5ª ed. São Paulo: Forense, 1997.
[6] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª ed. São Paulo, Atlas, 2001, p.291.
[7] FIGUEIREDO, José Reinaldo. Licitações Públicas para Principiantes. Florianópolis: Insular, 2002, p.25.

1.3 OBJETO DA LICITAÇÃO

O objeto da licitação é aquilo que a Administração deseja contratar. Assim, segundo as disposições do art. 2º da Lei n° 9648/98, são objetos da licitação, quando contratados com terceiro: obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações.

Por obra entende-se não só toda construção, reforma ou ampliação mas, também, a fabricação e a recuperação, realizada por execução direta ou indireta. Execução direta é a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, por seus próprios meios. Execução indireta é a que os órgãos ou entidades contratam com terceiros.

Por serviço entende-se toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, consenso, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais.

Por compra entende-se toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente.

Por alienação entende-se toda transferência de domínio de bens do Poder Público para terceiros.

Quanto à concessão, é um instituto bilateral, formalizado através de contrato, como parte apenas pessoa jurídica ou consórcio de empresas, excluindo-se a pessoa física. Segundo Gasparini:

> *é o ato administrativo, discricionário ou vinculado, mediante o qual a Administração Pública outorga aos administrados um status, uma honraria, ou ainda, lhes faculta o exercício de uma atividade material. A concessão da cidadania brasileira (status), a concessão de uma comenda (honraria) e a concessão de lavra (exercício de uma atividade material) são exemplos dessa espécie de ato administrativo. O termo concessão também é usado como indicador*

> *de um ato jurídico de natureza contratual, como ocorre na concessão de uso de bem público*[8].

A permissão é o ato unilateral discricionário ou vinculado pelo qual a Administração Pública faculta, precariamente, mediante licitação, à pessoa física ou jurídica, a prestação de serviços públicos por sua conta e risco, a exemplo do transporte coletivo, ou a utilização especial em caráter privativo de um bem público, a exemplo de instalação de banca de jornal em logradouro público. É ato vinculado quando segundo Gasparini:

> *em relação ao pedido do particular, a Administração Pública não tem liberdade para decidir, isto é, se está obrigada a outorgar o direito pleiteado, desde que atendidas as condições legais pelo interessado. É discricionário se, sobre o pedido, a Administração Pública tem liberdade para decidir, concordando ou não com a solicitação. Normalmente, é veiculada por decreto, no qual se estabelecem as condições da outorga*[9].

1.4 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

No corpo de nossa Constituição, encontram-se uma série de princípios e normas que servirão não apenas para fixar metas a serem alcançadas no plano do dever-ser, mas também para poder fiscalizar os atos praticados por aqueles encarregados, entre outros misteres, pela administração da res pública. Nesse passo, concentrar-se-á este tópico na dissecação de alguns princípios de Direito Administrativo voltados para uma das mais importantes atividades do gestor público: a licitação.

Os princípios que regem as licitações constam do art. 3º da Lei n° 8.666/93. Este dispositivo dispõe que as licitações são processadas e julgadas na conformidade dos seguintes princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos.

O **princípio da legalidade** nos procedimentos licitatórios deve ser entendido conforme explicitado no art. 4º da referida lei, segundo o qual:

---

[8] GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1995, p.82.
[9] *Idem, ibidem*, p.80.

> *Art. 4º. Todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o art. 1º. tem direito público e subjetivo à fiel observância do pertinente procedimento estabelecimento nessa Lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos.*

Por esse princípio, a Administração obriga a submeter integralmente a licitação ao procedimento formal, previsto na Lei nº 8.666/93 e agora na Lei n° 9648/98, sem discricionariedade. É obrigatória a observância das fases da licitação, do enquadramento nas suas diversas modalidades, das normas referentes ao edital etc.Ocorrendo a ilegalidade, impõe-se a anulação do procedimento licitatório.

O **princípio da impessoalidade** obriga a Administração Pública a agir, na licitação,s em favoritismos, deferências pessoais ou preferências, isto é, no procedimento licitatório todos os licitantes devem ser tratados com neutralidade absoluta, sem preferência de uns em detrimento de outros.

O **princípio da moralidade** impõe que o procedimento licitatório se desenrole segundo padrões éticos, impondo à Administração Pública e aos licitantes um comportamento liso, honesto, de parte a parte. Assim, o procedimento licitatório deverá ser conduzido pela Administração em observância a "pautas de moralidade, no que se inclui, evidentemente, não só a correção defensiva dos interesses de quem a promove, mas também as exigências de lealdade e boa-fé no trato com os licitantes".[10]

O **princípio da igualdade** refere-se tanto à isonomia segundo a qual todos os licitantes devem ser tratados sem distinção em razão da naturalidade, sede ou domicílio, ou de qualquer outra circunstância irrelevante para o objeto da licitação, quanto à garantia de oportunidade oferecida a qualquer interessado que desejar participar da licitação. O parágrafo segundo do art. 3º. da Lei n° 8.666/93 proíbe que a convocação da licitação admita, preveja, inclua ou tolere cláusulas ou condições capazes de comprometer, restringir ou frustrar o

---

[10] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *ibidem*, p.520.

caráter competitivo do procedimento licitatório. Proíbe, inclusive, o estabelecimento de preferências ou distinções em função da naturalidade, sede ou domicílio dos licitantes assim como entre empresas brasileiras ou estrangeiras.

O **princípio da publicidade** obriga que os atos e termos do procedimento licitatório sejam expostos ao conhecimento de qualquer pessoa interessada, licitante ou não, nos termos do art. 3º, § 3º, da Lei n° 9648/98. O art. 4º da mesma Lei também assegura o direito de qualquer cidadão acompanhar o desenvolvimento do procedimento licitatório desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos. Além desses dispositivos que tratam da publicidade dos atos licitatórios, existem outros que facultam a fiscalização dos procedimentos licitatórios por qualquer pessoa, mencionados no art. 15, § 2º. e § 6º e art. 16.

O **princípio da probidade administrativa** impõe que o administrador, ao impulsionar o procedimento licitatório, proceda com honestidade, sem objetivar interesses pessoais ou de terceiros e sem causar danos ao erário público.

Correlato a este princípio, no campo da licitação, é o **princípio do sigilo das propostas**, como dito no item 2.5. A própria Lei nº 8.666/93, em seu art. 43, § 1º, reza que "a abertura dos envelopes contendo a documentação para habilitação e as propostas será realizada sempre em ato público previamente designado, do qual se lavrará ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão."

Visa este princípio a competitividade entre os concorrentes, bem como a manutenção da probidade durante o processo licitatório.

Sua inobservância pode gerar infração também aos princípios da igualdade e legalidade. O STJ, em julgamento de Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 10404/RS (DJU 01.07.1999), assim decidiu:

> *EMENTA: ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA. ATRASO NA ENTREGA DOS ENVELOPES CONTENDO PROPOSTAS. ALEGADA INFRIGÊNCIA AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. SUPOSTO RIGORISMO E FORMALISMO. IMPROVIMENTO DO RECURSO FACE À INEXISTÊNCIA DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.*

> *1 – A inobservância do princípio da razoabilidade não restou demonstrada. Existe, na licitação, predominância dos princípios da legalidade e igualdade (CF, art. 5º, caput, inc. II).*
> *2 – Inexistência de direito líquido e certo a amparar a pretensão da recorrente.*
> *3 – Recurso ordinário improvido.*

Em voto proferido no recurso acima mencionado, o Relator Min. José Delgado assim muito bem pontificou, mencionando expressamente a violação ao princípio do sigilo das propostas:

> *Admitir o pedido seria subverter todos os princípios básicos da licitação, não só o da igualdade entre os licitantes, mas, também, o do sigilo das propostas. Considere-se que os envelopes que contêm as propostas dos demais participantes já foram abertos, com o conhecimento de seus conteúdos, produzindo, conseqüentemente, os efeitos legais.*

Trata-se, portanto, de princípio indispensável.

O **princípio da vinculação ao instrumento convocatório** impõe que a Administração deve respeitar as regras que ela tenha previamente estabelecido para a licitação,isto é,uma vez publicado o edital, a Administração deve agir conforme o que nele foi estabelecido, nos termos do art. 41 da Lei nº 8.666/93, segundo o qual ela não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.

Apesar de a Administração estar estritamente vinculada ao instrumento convocatório, pode a mesma alterar o seu teor, quando houver motivo superveniente de interesse público. Nesse sentido, relativizando este princípio, explica Diogenes Gasparini que:

> *(...) estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se elas inalteráveis durante todo o seu procedimento. Nada justifica qualquer alteração de momento ou pontual para atender esta ou aquela situação. Se, em razão do interesse público, alguma alteração for necessária, essa poderá ser promovida através de rerratificação do ato convocatório, reabrindo-se, por inteiro, o prazo de entrega dos envelopes 1 e 2 contendo, respectivamente, os documentos de habilitação e proposta. Assim retifica-se o que se quer corrigir e ratifica-se o que se quer manter. Se apenas essa modificação for insuficiente para corrigir os vícios de legalidade, mérito ou mesmo de redação, deve-se invalidá-lo e abrir novo procedimento.*[11]

[11] GASPARINI, Diógenes. *Ibidem,* p.195.

A não vinculação do administrador aos estritos termos do edital, pode ser motivo para o Judiciário interferir (mediante ação movida pelos interessados, bem como pelo Ministério Público ou mesmo qualquer cidadão, pela Ação Popular), fazendo com que o desvio de conduta perpetrado seja anulado, restabelecendo-se a ordem no processo licitatório.

O **princípio do julgamento objetivo** impede que a licitação seja decidida sob a égide do subjetivismo, por critérios pessoais dos membros da comissão julgadora. Assim, nos termos do art. 44 e 45 da Lei 8.666/93, no julgamento das propostas, a comissão levará em consideração os critérios objetivos definidos no edital ou convite, de forma a impedir o influxo de atributos subjetivos.

Zanella di Pietro, explicando este princípio, afirma que, "Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital."[12]

1.5 OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO

A Constituição Federal prevê como regra geral a licitação para contratação de obras, serviços, compras e alienações realizadas tanto pelas pessoas de direito público de capacidade política quanto pelas entidades de suas administrações indiretas ou fundacionais, ou seja, autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas e fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público (art. 37, XII).

A Lei nº 8.666/93, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição, estabelece em seu art. 1º que suas normas aplicam-se aos Três Poderes e que estão sujeitos a ela os órgãos da Administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as

---

[12] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ibidem, p.300.

sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

Existem certos casos em que a licitação é incompatível com o escopo que fundamentou a instituição da entidade. Nesses casos, ela não pode ser exigida, ou no dizer de Bandeira de Mello:

> *(...) nestas hipóteses em que o procedimento licitatório inviabilizaria o desempenho das atividades específicas para as quais foi instituída a entidade entender-se-á inexigível a licitação. Isso ocorre quando suas aquisições ou alienações digam respeito ao desempenho de atos tipicamente comerciais correspondentes ao próprio objetivo a que a pessoa está preposta e desde que tais atos demandem a agilidade, a rapidez, o procedimento explícito da vida negocial corrente, sem o que haveria comprometimento da boa realização de sua finalidade*[13].

1.6 PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO

Segundo Bandeira de Mello[14], a realização de qualquer licitação depende da ocorrência de certos pressupostos. À falta deles, o certame licitatório seria um autêntico sem-sentido ou simplesmente não atenderia às finalidades em vista dos quais foi concebido. Esses pressupostos são:

- Pressuposto lógico: consiste na existência de uma pluralidade de objetos e de uma pluralidade de ofertante;
- Pressuposto jurídico: em face do caso concreto, a licitação pode ser o meio apto, adequado, ao menos em tese, para a Administração Pública atingir o interesse público. Quando a licitação não pode cumprir esta função, seria descabido realiza-la;
- Pressuposto tático: é a existência de interessados em disputá-la. Nos casos em que este interesse não concorra, não é possível realizá-la, a exemplo de licitação para obtenção de parecer de um jurista famoso, a contratação de um renomado cirurgião para realizar uma cirurgia de seu domínio.

[13] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ibidem, p.323.
[14] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ibidem, p.323.

1.7 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO

O Regramento Licitatório estabelece em seu art. 24, incisos I e II, ipsis litteris:

> *Art. 24. É dispensável a licitação:*
> *I - para obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso I, do artigo anterior, desde que não se refiram a 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; (limite: R$ 15.000,00)*
> *II - Para outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite previsto na alínea "a", do inciso II, do artigo anterior e para alienações, nos casos previstos nesta lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizado de uma só vez (limite: R$ 8.000,00).*

Registre-se, primeiramente, que, nestes casos, foi dado um tratamento distinto às sociedades de economia mista, empresas públicas e agências executivas, quando lhes foi permitido utilizar-se da dispensa em valores de até 20% (vinte por cento) dos limites previstos nas alíneas "a", dos incisos I e II, do art. 23, da mencionada Lei.

Os doutrinadores justificam estas hipóteses de dispensa de licitação pelo fato do custo de um procedimento licitatório ser superior ao benefício que dele poderia ser extraído.

No que tange à inexigibilidade de licitação, o caso mais utilizado pela Administração é, na verdade, o previsto no inciso I, do art. 25, *in verbis*:

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

É importante mencionar que, muitas vezes, a Administração se utiliza erroneamente desta norma legal, posto que a contratação direta para enquadrar-se neste dispositivo deve se referir a uma compra e não a prestação de serviços, e necessita ter a comprovação da exclusividade através de uma declaração emitida pelos órgãos competentes.

1.8 MODALIDADES DE LICITAÇÃO

Todas as compras ou serviços contratados pelas administrações públicas seguem os ditames da Lei Federal 8666/93.

Nesta lei estão especificadas as modalidades, tendo entre si como diferenças com exceção do leilão, os valores, a publicidade, a complexidade na elaboração do termo licitatório (Edital), e a exigência nos documentos de habilitação e proposta.

A licitação, no sistema brasileiro, compreende cinco modalidades distintas, previstas atualmente no art. 22 da Lei nº 8.666/93: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. É vedada a criação de outras modalidades ou a combinação delas formando outras (art. 22, § 8º).

Dentre as cinco modalidades de licitação acima, as mais importantes são as três primeiras, sendo que a adoção de uma ou outra depende via de regra, do valor estimado da cotação, nos termos do art. 23 do mesmo diploma legal, com atualização dos valores realizada pela Lei nº 9.648/98.

> 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 cinqüenta mil reais); (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)
> b) tomada de preços - até R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)
> c) concorrência - acima de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)
> II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:
> a) convite - até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais); (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)
> b) tomada de preços - até Cr$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais); (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)
> c) concorrência - acima de Cr$ 650.000,00 (seiscentos e cinqüenta mil reais). (Redação dada à alínea pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)
> § 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. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)
> § 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. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)
> § 3º A concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor de seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou o convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no País. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)
> § 4º Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência.
> § 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. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)
> § 6º As organizações industriais da Administração Federal direta, em face de suas peculiaridades, obedecerão aos limites estabelecidos no inciso I deste artigo também para suas compras e serviços em geral, desde que para a aquisição de materiais aplicados exclusivamente na manutenção, reparo ou fabricação de meios operacionais bélicos pertencentes à União. (Redação dada à alínea pela Lei nº 8.883, de 08.06.1994)
> § 7º Na compra de bens de natureza divisível e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, é permitida a cotação de quantidade inferior à demandada na licitação, com vistas a ampliação da competitividade, podendo o edital fixar quantitativo mínimo para preservar a economia de escala. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.648, de 27.05.1998)

A concorrência é modalidade de licitação prevista no inciso I e definida no § 1º do art. 22 da Lei nº 8.666/93 com as alterações dadas pela Lei n. 8.883/94 e a Lei n. 9.648/98. Esta modalidade é obrigatória ao menos em tese, para as alienações imobiliárias, as concessões de uso, serviços e obras públicas, para as licitações internacionais e para contratos de grande vulto, aberta com publicidade, que admite qualquer licitante cuja habilitação será verificada no início do procedimento.

A tomada de preço está prevista no inciso II do art. 22 e definida no seu § 2º, da Lei nº 8.666/93, tendo como características: destinar-se a contrato de vulto médio, permitir unicamente a participação de interessados previamente cadastrados ou habilitados, exigir publicidade e requerer prévia qualificação dos interessados.

O convite, enquanto modalidade de licitação, está previsto no inciso III e definido no § 3º do art. 22 da Lei nº 8.666/93, tendo como características: destinar-se a contratos de

pequeno valor, exigir o convite a no mínimo, três interessados, escolhidos pela Administração licitante, facultar a participação de interessados cadastrados que manifestarem interesse com a antecedência de até vinte e quatro horas de apresentação das propostas (art. 22, § 3º), presumir a habilitação dos interessados escolhidos e inexistência de publicidade.

É modalidade entre interessados do ramo pertinente ao da licitação, cadastrados ou não, que serão escolhidos e convidados pela Administração. Nesta modalidade a qualificação dos licitantes ou é presumida, em decorrência do convite que lhe é formulado pela repartição interessada, ou será verificada por meio de cadastramento prévio.

No convite, a Administração atende a exigência da publicidade com a remessa de cartas-convite a, no mínimo, três interessados em participar do processo licitatório, e que seja do ramo pertinente ao objeto da licitação, cadastrados ou não, escolhidos pela entidade ou órgão licitante, e afixando-se um exemplar dessa carta-convite em quadro de editais colocado em lugar de fácil acesso aos interessados.

O concurso é modalidade de licitação prevista no inciso IV e definida no § 4º. da Lei nº 8.666/93, tendo como características exigir regulamento próprio, destinar-se à escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, permitir a participação de qualquer interessado, outorgar prêmio ou remuneração ao vencedor, exigir publicidade e direção e julgamento por comissão especial.

O leilão é uma modalidade licitatória, prevista no inciso V e definido no § 5º do art. 22 da Lei nº 8.666/93 que tem como característica destinar-se principalmente à venda de bens móveis inservíveis ou de produtos legalmente apreendidos.

Bens inservíveis são definidos por Diógenes Gasparini como aqueles que,

> *pelo uso viraram sucata, bens apreendidos são os que foram apropriados pela fiscalização da Administração Pública, a exemplo dos retirados dos seus proprietários-vendedores sem licença de comerciante ambulante ou os produtos de contrabando quando apreendidos e bens penhorados refere-se aos bens empenhados, isto é, dados em garantia nos contratos de mútuo celebrados por*

> *instituições financeiras como a Caixa Econômica Federal em que o mutuário não devolve o valor recebido e perde em favor do mutuante o bem dado em garantia*[15].

Como exceção, esta modalidade também pode ser utilizada para venda de bens imóveis, quando adquiridos pela Administração, em razão de medidas judiciais ou por dação em pagamento. Ainda como exceção, o leilão pode ser utilizado para venda de bens móveis, servíveis nos termos do art. 17, § 6º, da lei licitatória.

Em linguagem simplificada, pode-se dizer que um leilão é uma modalidade em que o administrador público pretende vender, pelo maior preço ofertado, um bem móvel ou imóvel, que não possui mais utilidade para o serviço público.

Desta maneira pode-se afirmar que complexidade da licitação e o valor da contratação é que definirão o nível da exigência com os documentos de habilitação bem como do prazo de publicidade dos editais.

Deve o empresário, interessado em participar do certame licitatório, que leia atentamente o Edital de Licitação, pois, lá estarão todas as regras, ditadas pelo administrador público para a aquisição de um bem ou contratação de serviço.

---

[15] GASPARINI, Diógenes, *ibidem*, p.335-6.

CAPÍTULO 2 - FASES DA LICITAÇÃO

2.1 ABERTURA

A primeira etapa do procedimento licitatório é a fase de abertura. Nessa fase o licitante manifesta a sua intenção de escolher a melhor proposta para o contrato ou ato de seu interesse. A sua efetivação se dá com o conhecimento público do instrumento de convocação, que é feito por meio de:

- **Edital**: para as modalidades concorrência, tomada de preços, leilão e concurso;
- **Carta-convite**: para o convite.

Os atos da licitação serão reunidos em processo administrativo previamente instaurado nos moldes previstos no art. 38 da Lei de Licitações e Contratos (LLC). Estabelece esse dispositivo 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, ...".

O processo administrativo se prestará, assim, à adoção de providências básicas e indispensáveis ao regular processamento da licitação. A partir da requisição ou pedido formulado pela área interessada, deverá ser expedida a competente autorização para instauração do processo, com a indicação sucinta do objeto a ser licitado e indicação da existência de recursos orçamentários para a realização da despesa. Tais peças básicas serão autuadas e devidamente numeradas em seqüência, a partir da capa. O processo será identificado mediante registro próprio realizado em protocolo geral ou específico.

Cumprida essa etapa prévia, cumpre realizar-se a discriminação do objeto a ser executado, o que se deverá fazer do modo mais completo possível, evitando-se falhas ou

omissões indesejáveis, decorrentes de uma imprecisa descrição que apenas se prestará a invalidar o certame ou a acarretar descabido e injustificável prejuízo ao erário, ante a contratação de algo diverso daquele que efetivamente se pretendia.

Essa delicada tarefa de definir o objeto que se visa obter consistirá de etapa específica em que não serão dispensados conhecimentos técnicos e onde não haverá campo para especulações ou amadorismo. Providências diversas caberão à Administração adotar consoante se trate de obras, serviços ou compras.

2.1.1 Edital

Edital é o instrumento pelo qual a Administração Pública licitante leva ao conhecimento público a abertura da licitação em uma das modalidades (concorrência, tomada de preços, leilão e concurso), fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas.

É o documento fundamental da licitação sendo habitualmente denominado Lei Interna da licitação, uma vez que, abaixo da legislação que regulamenta a matéria, é o edital que estabelece as regras específicas de cada licitação e, nos termos do art. 41 do estatuto licitatório, a Administração não pode descumprir as normas e condições nele contidas, ficando a elas vinculadas.

Segundo Bandeira de Mello, pode-se definir edital da seguinte forma:

> *É o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado*[16].

O art. 40 da Lei nº 8.666/93 indica o que obrigatoriamente deverá constar do edital.

---

[16] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, ibidem, p.354.

> *Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte:. ..*

A minuta do edital de licitação deve ser examinada e aprovada por assessoria jurídica da Administração Pública (art. 378, § único).

Elaborado o edital e estando definido o conteúdo desejável e adequado à licitação que se pretende instaurar, impõe-se remeter todo o processo e as minutas de instrumento convocatório e contrato ao exame do órgão jurídico da entidade licitadora para, à luz das disposições legais mencionadas, verificar se não há alguma omissão ou o estabelecimento de exigências que, no caso específico, venham a oportunizar futuros questionamentos e até mesmo a anulação de todo o certame.

A análise jurídica acha-se prevista no parágrafo único, do art. 38, da Lei 8.666/93, onde se determina, *ipsis verbis*, 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".

Esse exame jurídico prévio não deve ser visto e tratado como mera formalidade, cumprida apenas para o efeito de atender-se à determinação legal e que será retratada pela aposição de um mero "visto" do advogado nos instrumentos. É, em realidade, ato que se inclui na fase interna da licitação e que possui grande importância, até porque uma análise superficial ou descompromissada poderá ensejar a preservação de ilegalidades nos instrumentos, comprometendo não só o bom andamento da licitação, como também a sua finalização. Isto acarretará para a Administração injustificáveis e desnecessários prejuízos, diretamente resultantes da necessidade de repetir-se procedimentos e do fato de impedir ou retardar o alcance do objetivo de interesse público fixado.

A função do advogado compreende, portanto, o encargo de avaliar a correta e adequada formalização do processo, verificando, quanto a esse aspecto, se as exigências legais relativas à instauração do feito foram atendidas. Ultrapassada essa análise preliminar, deve ele, então, se ater ao exame dos instrumentos convocatório e de contrato, cotejando o conteúdo apresentado com as normas estatuídas nos arts. 40 e 55, respectivamente.

Nada havendo a acrescer ou a modificar, atestará o advogado a regularidade do processo e dos instrumentos que a ele se vinculam, expedindo o seu pronunciamento que se constituirá em salvaguarda dos atos administrativos praticados e proteção para o Administrador.

E estando o procedimento regularmente aprovado pelo órgão jurídico competente, poder-se-á, então, definir a data de abertura do certame e dar início à fase externa da licitação, o que se fará em conformidade com as regras que se acham inseridas no art. 21 da Lei 8.666/93, ou seja, extrair-se-á um resumo do edital e se fará publicar este, uma vez na imprensa oficial e uma vez em jornal diário de grande circulação no local em que estar-se-á realizando a licitação.

Com tais procedimentos se terá cumprido as exigências alusivas ao planejamento da licitação.

Ao referir-se ao tema, assevera Hely Lopes Meirelles a respeito que,

> *o edital é o instrumento através do qual a Administração leva ao conhecimento público a abertura da concorrência ou da tomada de preços, fixa as condições de sua realização e convoca os interessados para a apresentação de suas propostas. Vincula inteiramente a Administração e os proponentes às suas cláusulas. Nada se pode exigir ou decidir além ou aquém do edital, porque é a lei interna da concorrência e da tomada de preços*[17].

A Administração licitante deverá obedecer a regulamentação contida no estatuto licitatório sob pena de **impugnação** do edital de licitação. O edital, se omisso em pontos

---

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. Ibidem, p.102.

essenciais, pode ser impugnado por qualquer cidadão ou por qualquer interessado em participar da licitação. A impugnação deve ter seu pedido protocolado até cinco dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes de habilitação e não impede a participação do licitante no processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente. Não se admite a impugnação do edital pelo licitante que, tendo-o aceito, após o julgamento desfavorável, vem questionar a sua validade, nos termos do art. 41 e seus parágrafos, da Lei nº 8.666/93.

A impugnação administrativa do edital deve ser requerida em petição autônoma ao subscritor do edital, a qual não deverá ser juntada ao envelope da documentação ou da proposta.

O estudo, de modo sistemático, da jurisprudência e da doutrina atualizadas sobre a licitação contribui para aproximar o administrador da legalidade, pois afasta, em um percentual muito acentuado, as dúvidas por acaso existentes sobre as normas positivas jurídicas que a regem. Tem, assim, função específica de impor segurança na realização e concretização das várias fases do procedimento licitatório, assegurando maior confiança nas relações entre administradores e interessados no processo, mais precisamente os licitantes.

É comum que haja erros e excessos, causados, não pela má fé, mas pelo excesso de cuidados ou falta de conhecimento específico sobre o assunto por parte das comissões de licitação e pelos administradores públicos.

Tais erros e excessos, normalmente causados pelo formalismo exacerbado, têm como origem a ignorância aos procedimentos licitatórios, principalmente ao princípio da vinculação ao Edital convocatório da licitação, bem como pelo medo de supostas medidas judiciais ou das restrições que porventura possam vir dos Tribunais de Contas.

Editais normalmente "rebuscados", formulados por agentes públicos mais preocupados em mostrar "formas literárias" do que com a verdadeira essência da convocação

é que embaraçam os procedimentos pertinentes a melhor proposta e melhor forma de contratação, exagerando no formalismo e atravancando a boa interpretação.

O formalismo está presente na licitação exatamente por se tratar de procedimento competitivo. A inobservância de exigências formais, por um licitante, necessariamente leva à sua inabilitação ou desclassificação, variando conforme o caso. A comissão de Licitação não pode relevar as falhas formais, a não ser em casos absolutamente excepcionais, em que a irregularidade se supera por outros elementos constantes dos autos; caso contrário, haveria ofensa aos princípios da legalidade, da vinculação ao edital e da isonomia.

2.1.2 Carta-convite

A carta-convite até pela característica básica de ser um chamamento direto à licitação, não estará submetida às exigências contidas no citado art. 40 e não terá necessariamente que reunir todos os elementos que ali se acham indicados. Se assim o tivesse desejado o legislador, teria, ao dispor sobre o tema, usado o termo genérico e não apenas se referido ao edital.

Segundo Meirelles

> *A carta-convite é o instrumento convocatório dos interessados na modalidade de licitação denominada convite. É uma forma simplificada de edital, que por Lei, dispensa a publicidade deste, pois é enviado diretamente aos possíveis proponentes, escolhidos pela própria repartição interessada. A carta-convite aplica-se no que for cabível, as regras do edital, dentro da singeleza que caracteriza o procedimento do convite. O essencial é que identifique o objeto da licitação, expresse com clareza as condições estabelecidas pela Administração, fixe o critério de julgamento e indique os recursos cabíveis*[18].

O convite, consoante definição que se colhe na Lei nº 8.666/93:

> *Art. 22*
> *§ 3º - "... é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente*

[18] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros, 1997, p.258.

> *especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas*".

Algumas características contidas na lei se prestam a dar ao convite uma feição própria, tornando-o uma modalidade de licitação simplificada e destinada à contratação mais ágil e econômica de objetos de pequeno vulto. O intuito de simplificação e de economicidade é facilmente percebido em todos os dispositivos que se referem a essa modalidade.

2.2 HABILITAÇÃO

Também denominada de qualificação, a fase de habilitação é a fase do procedimento licitatório em que a Administração Pública julga previamente a capacidade jurídica da empresa licitante, bem como sua capacidade técnica, econômico-financeira e fiscal, todas comprovadas pela documentação apresentada, nos termos do art. 27 da Lei nº 8.666/93.

> *Art. 27 Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:*
> *I – habilitação jurídica;*
> *II – qualificação técnica;*
> *III – qualificação econômico-financeira;*
> *IV – regularidade fiscal;*
> *V – cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º. da Constituição Federal (acrescentado pela Lei n. 9.854/99).*

A habilitação, no seu conceito mais amplo, constitui o conjunto de condições a serem observadas em cada caso, por todos que desejem participar de certame licitatório instaurado pela Administração Pública. Poderá ela estar integrada à licitação, constituindo fase da concorrência, quando então será identificada como "habilitação preliminar". Nesta fase de o que deve ser aferido é se os participantes detêm condições de celebrar e executar o futuro contrato.

A habilitação jurídica, anteriormente denominada capacidade jurídica, é a aptidão do licitante para contrair obrigações e exercer direitos. É, pois, uma decorrência da personalidade jurídica que por sua vez, é a qualidade inerente ao ser humano e atribuída a determinadas

figuras criadas por lei (pessoa jurídica) para exercer direitos e contrair obrigações. Essa capacidade ou habilitação deve ser provada pelo interessado e, para isso, deve juntar os documentos exigidos pelo artigo 28 da Lei nº 8.666/93:

> *Art. 28 A documentação relativa à habilitação jurídica, conforme o caso, consistirá em:*
> *I – cédula de identidade;*
> *II – registro comercial, no caso de empresa individual;*
> *III – ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades 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.*

É necessário que todos os documentos atendam às exigências legais e, aí sim, o licitante será considerado habilitado. Caso contrário, o licitante perderá o direito de participar das fases posteriores, recebendo de volta os envelopes com as propostas. Se todos os participantes forem inabilitados, a Administração poderá conceder o prazo de 8 (oito) dias úteis para apresentarem novamente a documentação, facultando-se a redução do prazo para 3 (três) dias úteis, no caso de Convite (Art. 48, § 3º).

A qualificação técnica é o conjunto que reúne os requisitos profissionais inerentes ao licitante para executar o objeto da licitação. Pode ser genérica, específica e operativa, e deve ser provada pelo licitante. A qualificação técnica genérica se prova pelo registro profissional; a específica, por atestado de desempenho de atividades semelhantes e pela existência de pessoal e equipamentos adequados para a execução do objeto da licitação; e a operativa pelo demonstrativo da disponibilidade dos recursos humanos e materiais adequados, nos termos do art. 30 da Lei nº 8.666/93.

A qualificação econômico-financeira refere-se à capacidade de que se reveste o licitante para satisfazer os encargos econômicos decorrentes do contrato. É comprovada por meio dos documentos exigidos pelo art. 31 da Lei nº 8.666/93.

Como ensina Adilson Abreu Dallari:

> *"A tríplice: capacidade jurídica, técnica e financeira formula a idéia de idoneidade do licitante, para arcar com os ônus e responsabilidades que pretende assumir, por ocasião de firmar um contrato com Administração Pública"*[19].

A regularidade fiscal é o atendimento das exigências impostas pelo fisco quanto à quitação ou discussão dos tributos devidos pelo licitante. Essa regularidade refere-se tanto à inscrição no cadastro próprio dos contribuintes federal CIC ou CNPJ, quanto aos cadastros estadual e municipal, se houver, referentes à sede ou domicílio do licitante. Além deles, é exigida, ainda, prova de regularidade com o sistema de Seguridade Social e com o FGTS, nos termos do art. 29 da Lei nº 8.666/93.

A habilitação não leva a nenhuma classificação; estabelece, apenas, se o participante da licitação está ou não qualificado. O licitante inabilitado não poderá participar das fases subseqüentes, uma vez que a sua inabilitação o exclui do processo licitatório, nos termos do § 4º do art. 41 da Lei nº 8.666/93: "A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes".

Os licitantes habilitantes serão tratados de formal igual e têm o direito subjetivo público de ter classificadas ou não as suas propostas.

A habilitação, é portanto, o ato administrativo vinculado pela qual a comissão de licitação confirma no procedimento licitatório os licitantes aptos quanto à capacidade jurídica, capacidade técnica, idoneidade econômico-financeira e regularidade fiscal nos termos do edital.

Segundo Meirelles:

> *"A habilitação é realizada em oportunidades diversas e por sistemas diferentes para cada modalidade de licitação: na* ***concorrência*** *faz-se após a abertura da licitação, em fase preliminar à do julgamento; na* ***tomada de preços*** *é anterior à instauração do procedimento licitatório e genérica, porque depende da inscrição*

[19] DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos Jurídicos da Licitação. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

> *do interessado no registro cadastral; no convite é feita a priori pelo próprio órgão licitante, que escolhe e convoca aqueles que julga capacitados e idôneos para executar o objeto da licitação; no* ***concurso*** *é facultativa; no* ***leilão*** *é desnecessária, por se tratar de alienação de bens de entrega imediata e pagamento à vista. Mas em todas as modalidades de licitação a habilitação consistirá na verificação e reconhecimento da habilitação jurídica, da regularidade fiscal, da qualificação técnica e da qualificação econômico-financeira, levando-se em consideração, ainda, em casos especiais, a real disponibilidade financeira e a real capacidade operativa dos proponentes"*[20].

É de suma importância, que não se estabeleçam exigências de habilitação desnecessárias à participação no certame licitatório, em flagrante descompasso com o que se pretende contratar, pois ao buscar-se supostamente a proteção dos interesses da Administração, com a previsão de exigências exageradas, apenas se estará impedindo a ampliação do universo de licitantes e, em conseqüência, criando óbice ao alcance da finalidade precípua da licitação que é a de selecionar a proposta mais vantajosa para o contrato objetivado. E além de se estar afastando da licitação licitantes capazes, poder-se-á criar a falsa aparência de que o certame acha-se dirigido a um ou outro participante. Há de se ter em vista, outrossim, que as exigências alusivas à formulação das propostas não devem estar dissociadas daquilo que é realmente compatível com essa fase da licitação. Exigir conteúdo que a nada se presta ou que não atende a nenhuma finalidade específica não é conduta aceitável e apenas serve para criar embaraços ao alcance do que efetivamente se almeja em cada certame: a proposta mais vantajosa.

Exemplos mais comuns de exigências que só servem para, privilegiando formalidade dispensável, é pretender-se que as licitantes informem número de conta bancária na proposta, ou que aceitam e estão de acordo com as disposições do edital contra o qual não dirigiram qualquer impugnação, ou, ainda que apresentem o aludido documento em duas ou mais vias.

---

[20] MEIRELLES, Hely Lopes. Ibidem.

2.3 CLASSIFICAÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO

Classificação é o ato administrativo vinculado pelo qual a comissão de licitação escolhe as propostas formalmente apresentadas segundo os termos e condições estabelecidos no edital ou na carta convite.

Quem melhor define este tópico é o eminente jurista Celso Antônio Bandeira de Melo onde argüi que "classificação é o ato pelo qual as propostas admitidas são ordenadas em função das vantagens que oferecem"[21]. Nesta fase, será analisada a proposta quanto ao seu conteúdo, a revés da habilitação, que analisa tão-somente os requisitos formais.

A classificação se dará de forma diversa, nos moldes do artigo 45 da Lei de Licitações, conforme varie o tipo de procedimento adotado.

Segundo Gasparini[22], concluída a habilitação, com a realização de todas as atividades e atos compreendidos por esta fase, inicia-se a etapa seguinte, isto é, instaura-se a fase da classificação. Nessa fase, em local, dia e hora designados no edital, em ato público, são abertos os envelopes-proposta dos proponentes habilitados (art. 43, III) ocasião em que todos os documentos e propostas serão rubricados pelos licitantes presentes e pela comissão (art. 43, § 2º).

No dizer de Gasparini

> *Esse exame é apenas de forma. Não há nesse momento qualquer preocupação com o conteúdo das propostas. Por ele verifica-se se o proponente observou o termo e condições do edital, no que concerne à elaboração e apresentação de sua proposta, sob pena de desclassificação. Não se tem como aceitar a proposta incompleta em suas partes essenciais (sem identificação do proponente, sem data ou sem assinatura). Essa será, sempre, rejeitada*[23].

O exame formal processado na fase de classificação determina a existência de dois conjuntos de propostas, um composto pelas propostas que estão formalmente em consonância

---

[21] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio, *ibidem*, p.362
[22] GASPARINI, Diógenes, *ibidem*, p.357.
[23] GASPARINI, Diógenes, *ibidem*, p.358.

com o edital e outro composto por propostas que estão em desacordo formal com o edital. No primeiro conjunto tem-se as propostas classificadas e no segundo, tem-se as propostas desclassificadas. As condições de desclassificação constam do art. 48 da Lei nº 8.666/93.

> *Art. 48 Serão desclassificadas:*
> *I – as propostas que não atenderem às exigências do ato convocatório da licitação;*
> *II – propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexeqüíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação.*
> *Inciso II com redação dada pela Lei n. 8.883, de 8.6.1994.*

Vislumbra-se, nesse passo, que esta é a fase que atinge a proposta, já que verifica sua conformidade com os requisitos do instrumento convocatório. O que é a ordenação das propostas de acordo com as prerrogativas que cada uma concede à administração pública.

Pode ocorrer, no entanto, a existência de propostas que não atendam às exigências do ato convocatório, cujo valor global supere o limite estabelecido para a modalidade ou cujos preços sejam inexeqüíveis, caso em que tais propostas serão desclassificadas. Ainda haverá a desclassificação se houver má-fé por parte do proponente ou se este estiver em falta com os requisitos essenciais presentes no edital.

Se houver a necessidade de perícia para aferir determinados requisitos ou qualquer fato considerado importante pela administração esta será feita.

Quando todas as propostas forem desclassificadas, o órgão ou entidade licitante pode fixar o prazo de oito dias úteis para a apresentação de outras propostas, cabendo a redução de três dias úteis quando se tratar de convite, nos termos do parágrafo 3º do art. 48:

> *"Art. 48*
> *§ 3º. Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultada, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis (acrescido pela Lei n. 9.648/98)."*

As ocorrências verificadas na fase de classificação deverão constar da ata assinada pelos membros da comissão de licitação e pelos proponentes a recusa em assinar essa ata deverá constar do seu texto, nos termos do § 3º do art. 43 da Lei nº 8.666/93:

Concluída a fase de classificação, passa-se à fase de julgamento com as propostas então classificadas.

2.3 JULGAMENTO

Encerrada a fase de classificação, inicia-se a fase do julgamento. Nessa fase, as propostas então classificadas são confrontadas entre si e classificadas segundo o mérito, ou seja, segundo as vantagens que oferecem para a entidade licitante nos limites e conforme os termos e condições do edital e apenas do edital, não podendo ser apreciado qualquer atributo fora do que nele foi permitido. Tudo o que estiver além do pedido ou daquilo previsto no edital deverá ser considerado como não escrito. Além disso, no julgamento das propostas, a comissão de licitação levará em conta critérios objetivos, conforme definição contida no edital ou no convite, os quais não podem contrariar os princípios da licitação, não sendo, permitido o julgamento calcado em critérios subjetivos ou fator sigiloso que possa elidir o princípio da igualdade, a exemplo de julgamento cujo critério se refere à fama da empresa, da preferência ou da amizade.

Enfim, o julgamento das propostas será feito consoante os tipos de licitação de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e de maior lance ou oferta, nos termos do art. 44, § 45, do estatuto licitatório.

Quando tratar-se de compra de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou complexo, serão selecionadas tantas propostas quantas necessárias até que se atinja a qualidade demandada na licitação (§ 6º do art. 45 da Lei nº 8.666/93, acrescentado pela Lei nº 9.648/98).

A **licitação de menor preço** é a comum. Os outros tipos atendem casos específicos da Administração. É comum porque é a mais usual, por destinar-se à contratação de obras singulares, a serviços que não exigem especialização, a compra de materiais ou gêneros padronizados, em que a Administração busca apenas a vantagem econômica. O fator decisivo é o menor preço, nenhum outro fator deve ser levado em conta no julgamento da proposta. Assim, deverá ser escolhida como proposta mais vantajosa para a Administração a que apresentar o menor preço em termos absolutos.

A **licitação de melhor técnica** é aquela em que a Administração pretende a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoada, portanto, o fator de julgamento da proposta é a melhor técnica, ou, no dizer de Meirelles:

> *Na licitação de melhor técnica o que a Administração pretende é a obra, o serviço, o equipamento ou o material mais eficiente, mais durável, mais aperfeiçoado, mais rápido, mais rentável, mais adequado, enfim, aos objetivos de determinado empreendimento ou programa administrativo. Em face desses objetivos, é lícito à administração dar prevalência a outros fatores sobre o preço, porque nem sempre se pode obter a melhor técnica pelo menor preço, o vencedor será, portanto, o proponente que apresentar a melhor técnica, dentro das especificações e do preço negociado pela Administração*[24].

Nesse tipo de licitação, usam-se três envelopes: o de nº 1, para os documentos, o de nº 2, para a proposta técnica, e o de nº 3, para a proposta de preço e condições de pagamento. Examinados os documentos contidos no envelope nº 1, verifica-se a habilitação dos licitantes e, em seguida, examinam-se as propostas técnicas dos solicitantes classificados contidas no envelope nº 2; após o exame dessas propostas abrem-se os envelopes nº 3 contendo o preço e as condições de pagamento, dos licitantes classificados, para, então, a Administração negociar o preço com o primeiro colocado. Esta modalidade de licitação está regulada no art. 46, § 1º, e seus incisos:

---

[24] MEIRELLES, Hely Lopes. *Ibidem*, p.273.

A **licitação de técnica e preço** combina, para a escolha final da proposta, os fatores técnica satisfatória e preço mais vantajoso. Por isso, nesta modalidade de licitação também são utilizados três envelopes, sendo que o primeiro contém os documentos, o segundo contém a proposta técnica e o terceiro, a proposta do preço e forma de pagamento. O procedimento para essa modalidade de licitação está regulado no § 2º do art. 46, da Lei nº 8.666/93:

> *"Art. 46*
> *§ 2º Nas licitações do tipo técnica e preço será adotado, adicionalmente ao inciso I do parágrafo anterior, o seguinte procedimento claramente explicitado no instrumento convocatório:*
> *I – será feita a avaliação e a valorização das propostas de preços, de acordo com critérios objetivos preestabelecidos no instrumento convocatório;*
> *II – a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os preços preestabelecidos no instrumento convocatório."*

A modalidade de licitação de maior lance ou oferta é especialmente adequada para a venda de bens, outorga onerosa de concessões e permissões de uso de bens ou serviços públicos e locações em que a Administração Pública é a locadora nos casos em que a proposta vencedora é aquela que faz a maior oferta.

A regra geral das licitações é a do julgamento pelo menor preço uma vez que tanto a licitação de melhor técnica como a de técnica e preço só cabem em três hipóteses previstas pelo estatuto licitatório:

1. para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art. 46);
2. para contratação de bens e serviços de informática, a Administração observará o disposto no art. 3º da Lei nº 8.248, de 24 de outubro de 1991, levando em conta os fatores especificados em seu § 2º e adotando obrigatoriamente o tipo de licitação técnica e preço, permitido o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo (§ 4º, art. 45);

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

2.3.1 Vícios do julgamento

Na fase do julgamento, podem ocorrer vícios resultantes da desobediência às normas legais ou às regras constantes do edital, sendo os mais comuns:

1. julgamento de proposta de quem deveria ter sido inabilitado;
2. julgamento de proposta que deveria ter sido desclassificada em função de um desses defeitos:
   - carência de seriedade por ser uma proposta inexeqüível, por valor fixado abaixo do valor mínimo estipulado no edital ou quando inviável o valor oferecido ou a técnica proposta;
   - carência de firmeza por ser elaborada sem considerar as circunstâncias previstas no edital;
   - carência de concreção por não definir com clareza o preço ou as características da proposta;

- desajuste com o edital por violação de suas cláusulas ou omissão no preenchimento de dados por ele exigidos.

3. julgamento de proposta com base em vantagens não previstas no edital ou na carta-convite;
4. julgamento em desobediência aos critérios para esse fim estabelecidos no edital.

2.3.2 Empate e critérios de desempate de propostas

As propostas deverão ser tecnicamente diferentes e o procedimento não poderá ter como resultado o empate de duas ou mais propostas. Na prática, pode ocorrer a igualdade absoluta de propostas. Por isso, a lei licitatória prevê o critério de desempate quando estas propostas se encontrarem classificadas em primeiro lugar. O art. 3º, § 2º, dessa lei, estabelece que, em igualdade de condições, como critério de desempate, será assegurada preferência, sucessivamente, aos bens e serviços:

> I – produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional;
>
> II - produzidos no país;
>
> III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

Todavia, se o empate persistir, a proposta vencedora será escolhida por sorteio, realizado em ato público, para o qual todos os licitantes serão convocados, sendo proibido qualquer outro processo, de acordo com o disposto no § 2º, do art. 45, da Lei nº 8.666/93:

> 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.

CAPÍTULO 3 - HOMOLOGAÇÃO E ADJUDICAÇÃO

A homologação não é, propriamente, uma fase da licitação. É o ato mediante o qual a autoridade competente, estranha à comissão de licitação, promove o controle de todo o procedimento licitatório relativo ao mérito e à legalidade. Verifica, pois, se o procedimento ocorreu segundo as exigências da lei. Se houver vícios, deverá proferir a sua anulação.

Segundo Gasparini,

> *pela homologação a autoridade competente promove o controle de todo o procedimento licitatório no que respeita ao mérito e à legalidade. No exercício dessa competência e conforme a circunstância, a autoridade competente pode: 1º) homologar o procedimento e adjudicar o objeto da licitação ao vencedor; 2º) devolver o processo à comissão de licitação, ordenando-lhe a correção de vícios sanáveis, verificados em qualquer parte do procedimento; 3º) invalidar todo o procedimento ou parte dele, se existentes vícios insanáveis; 4º) revogar todo o procedimento por motivo de mérito*[25].

No dizer de Bandeira de Mello

> *Homologação é ato pelo qual a autoridade competente, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se estiver conforme as exigências normativas. Pelo contrário, se houver vício no procedimento, ao invés de homologá-lo, deverá proferir-lhe a anulação. À homologação, segue-se a adjudicação, que é o ato pelo qual a promotora do certame convoca o vencedor para travar o contrato em vista do qual se realizou o certame*[26].

Para Meirelles,

> *Homologação é o ato de controle pelo qual a autoridade superior confirma o julgamento das propostas e, consequentemente, confere eficácia à adjudicação. A homologação é feita, geralmente, pela autoridade competente para autorizar a despesa, mas poderá sê-lo, por qualquer outra indicada no edital, no regulamento ou na lei, após o transcurso do prazo para recurso (contra a adjudicação ou a classificação) e a decisão dos que forem interpostos (...) Com a homologação a autoridade homologante passa a responder por todos os efeitos e conseqüências da ajudicação, isto porque a decisão inferior é superada pela superior, elevando-se assim, a instância administrativa*[27].

A homologação é o ato que encerra a licitação, abrindo espaço para a contratação. É a aprovação dada por autoridade judicial ou administrativa a certos atos particulares para que produzam os efeitos jurídicos que lhes são próprios.

---

[25] GASPARINI, Diógenes, *ibidem*, p.359.
[26] BANDEIRA DE MELLO, *ibidem*, p.374.
[27] MEIRELLES, *ibidem,* p.279.

Como se depreende da lição de Marçal Justen Filho,

> *concluindo pela validade dos atos integrantes do procedimento licitatório, a autoridade superior efetivará juízo de conveniência acerca da licitação (...) A homologação possui eficácia declaratória enquanto confirma a validade de todos os atos praticadas no curso da licitação. Possui eficácia constitutiva enquanto proclama a conveniência da licitação e exaure a competência discricionária sobre esse tema*[28].

Assim, após a homologação, opera-se a adjudicação.

O despacho homologatório deve ser publicado na imprensa oficial, com a conseqüente convocação do adjudicatário para a formalização do contrato.

Da decisão anulando ou revogando a licitação cabe recurso a ser interposto no prazo de cinco dias úteis, contados da intimação ou publicação do ato (art. 109, I, c, da Lei nº 8.666/93).

Este momento é o oportuno para que a autoridade competente examine o processo para manifestar-se sobre a legalidade e conveniência do procedimento licitatório. Esta atitude é a homologação. Tal autoridade deve adotar uma das seguintes posições:

a) homologação do resultado;

b) anulação do certame, em caso de ilegalidade;

c) revogação do certame, por interesse público;

d) determinação à Comissão que esclareça dados ou proceda ao saneamento de vícios ou irregularidades que não contaminem o resultado da licitação.

Já a adjudicação é o ato pelo qual o futuro contrato é atribuído ao vencedor da licitação, que passa a ter expectativa, frise-se, expectativa de direito à contratação. Este ato obsta que a Administração contrate com outra parte que não o licitante o objeto licitado. Como é de observar-se há uma aceitação e vinculação do vencedor a todos os termos do

---

[28] JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 1998, p.406.

Edital. Caso houver descumprimento deste vínculo poderá ocorrer penalidades, as quais não serão analisadas neste trabalho.

Elaborado o edital e estando definido o conteúdo desejável e adequado à licitação que se pretende instaurar, impõe-se remeter todo o processo e as minutas de instrumento convocatório e contrato ao exame do órgão jurídico da entidade licitadora para, à luz das disposições legais retromencionadas, verifica-se se não há alguma omissão ou o estabelecimento de exigências que, no caso específico, venham a oportunizar futuros questionamentos e até mesmo a anulação de todo o certame.

A análise jurídica acha-se prevista no parágrafo único, do art. 38, da Lei 8.666/93, onde se determina, *ipsis verbis*, 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".

Esse exame jurídico prévio não deve ser visto e tratado como mera formalidade, cumprida apenas para o efeito de atender-se à determinação legal e que será retratada pela aposição de um mero "visto" do advogado nos instrumentos. É, em realidade, ato que se inclui na fase interna da licitação e que possui grande importância, até porque uma análise superficial ou descompromissada poderá ensejar a preservação de ilegalidades nos instrumentos, comprometendo não só o bom andamento da licitação, como também a sua finalização. Isto acarretará para a Administração injustificáveis e desnecessários prejuízos, diretamente resultantes da necessidade de repetir-se procedimentos e do fato de impedir ou retardar o alcance do objetivo de interesse público fixado.

A função do advogado compreende, portanto, o encargo de avaliar a correta e adequada formalização do processo, verificando, quanto a esse aspecto, se as exigências legais relativas à instauração do feito foram atendidas. Ultrapassada essa análise preliminar,

deve ele, então, se ater ao exame dos instrumentos convocatório e de contrato, cotejando o conteúdo apresentado com as normas estatuídas nos arts. 40 e 55, respectivamente.

Nada havendo a acrescer ou a modificar, atestará o advogado a regularidade do processo e dos instrumentos que a ele se vinculam, expedindo o seu pronunciamento que se constituirá em salvaguarda dos atos administrativos praticados e proteção para o Administrador.

E estando o procedimento regularmente aprovado pelo órgão jurídico competente, poder-se-á, então, definir a data de abertura do certame e dar início à fase externa da licitação, o que se fará em conformidade com as regras que se acham inseridas no art. 21 da Lei 8.666/93, ou seja, extrair-se-á um resumo do edital e se fará publicar este, uma vez na imprensa oficial e uma vez em jornal diário de grande circulação no local em que estar-se-á realizando a licitação.

Com tais procedimentos se terá cumprido as exigências alusivas ao planejamento da licitação.

Três efeitos da adjudicação podem ser citados:

a) direito do adjudicatário em assinar o contrato, caso de ele vir a ser celebrado;

b) liberação dos demais proponentes em relação às propostas apresentadas; e,

c) direito da Administração em exigir do adjudicatário o aperfeiçoamento do contrato nos termos resultantes do procedimento licitatório.

O Decreto-lei nº 2.348/87, que veio em complementação ao Decreto-lei nº 2.300/86, havia suprimido, no contexto da lei, a fase procedimental da adjudicação, mantida, contudo, nos processos de licitação pela relevância da prática processual. A atribuição do objeto da licitação ao licitante vencedor, mesmo que a lei não definisse como tal, era ato de adjudicação.

Não é a adjudicação obrigatória, em presença da prevalência do interesse público, porque a Administração pode, a qualquer tempo, diante de circunstâncias justificáveis, concluir pela não-adjudicação, suspendendo ou arquivando o processo de licitação. Não é, contudo, livre porque será praticada em função do que já aconteceu nas fases anteriores. A adjudicação só pode ser feita em favor do primeiro licitante classificado, embora não seja automática.

A adjudicação, embora não seja uma fase essencial da licitação, é através dela que a Administração atinge a finalidade precípua do processo. Pela adjudicação é que a Administração indica o contratante escolhido pelos diversos procedimentos do processo de licitação.

Embora a adjudicação se inscreva como ato de autoridade, como estabelece ao art. 43, VI, da Lei Nacional das Licitações, é um ato da Administração, que pode ser praticado pela Comissão de Licitação, que abre espaço à homologação posterior, mas não aperfeiçoa, por si só, um vínculo contratual, nem obriga a Administração contratar. Homologando a licitação a autoridade superior convalida o ato de adjudicação da Comissão de Licitação.

Em presença do poder discricionário, a Administração pode adjudicar ou não o objeto da licitação ao primeiro classificado, contudo, só a ele pode adjudicar.

A adjudicação não se confunde com a contratação. A adjudicação indica o licitante vencedor e a conveniência da homologação. Se compete à Comissão de Licitação o julgamento e a classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do Edital, como normatiza o inciso V, do art. 43, da Lei das Licitações, a ela compete o ato de adjudicação do objeto da licitação ao primeiro classificado. A adjudicação não vincula a pessoa administrativa ao licitante vencedor, por ser um ato meramente declaratório. A adjudicação sem a homologação não produz efeitos jurídicos fora do processo de licitação. Só a homologação os produz.

O primeiro licitante classificado tem direito à adjudicação, mas a Administração pode ou não homologar essa mesma adjudicação, por ato de autoridade. A recusa à homologação deve ser, no entanto, motivada.

Não é a adjudicação um ato discricionário. Não pode a Administração adjudicar o objeto da licitação a qualquer licitante. Só pode adjudicar ao primeiro classificado.

A adjudicação a qualquer outro licitante construirá flagrante ilegalidade, capitulado o ato como crime, como normatiza o art. 90, da Lei nº 8.666/93.

Diógenes Gasparini[29] e Hely Lopes Meirelles[30] reconhecem na adjudicação um ato constitutivo do direito ao contrato, condicionado a sua eficácia à sua confirmação pela autoridade superior, através da homologação.

[29] GASPARINI, Diógenes. *Ibidem*, p.367.
[30] MEIRELLES, Hely LopeS. *Ibidem*, p.153.

CONCLUSÃO

Pode-se escrever muito mais sobre as características e dificuldades dos empresários na participação de licitações públicas, mas o objetivo não é esgotar o assunto, e sim destacar que a lei de licitações em vigor, quando conhecida e bem aplicada, pode trazer benefícios tanto para o serviço público quanto para a iniciativa privada, desde que se dê ao servidor público treinamento prático sobre a elaboração de editais e julgamentos dos certames licitatórios, tanto na fase documental quanto na abertura das propostas, deixando de se ater apenas ao frio entendimento das letras da lei e que o empresário se atualize, buscando alternativas para melhor conhecer todos os procedimentos licitatórios pertinentes a administração pública, não esperando que o serviço público venha até ele, contratar seus serviços ou comprar seus produtos.

Deve o empresário manter-se informado, participando de cursos sobre o assunto, inteirando-se sobre as leis e procedimentos licitatórios, aprendendo sobre técnicas redacionais para elaboração de editais e de eventuais recursos administrativos, bem como contratar profissional conhecedor do assunto para assessorá-lo nos certames licitatórios.

Cumpre finalizar o trabalho, informando que em regra, a licitação poderá ser anulada tanto pela Via Judicante como pela Via Administrativa. Essa anulação consiste em desfazer o ato administrativo referente ao procedimento licitatório.

Pode ocorrer, caso se verifique que há existência de ilegalidades. Esta anulação poderá ser total ou parcial, cabendo ao Poder Judiciário ou à Administração a promoção da anulação.

Vale ressaltar que a anulação pode ocorrer em qualquer fase e a qualquer tempo, mas deve sempre ser motivada e acarretará em nulidade do contrato, nos termos do art. 49, § 2º da Lei em apreço.

A revogação se assenta em motivos de oportunidade e conveniência administrativa. É ato privativo da Administração. Seus efeitos são *ex nunc*. Deve basear-se em fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar a revogação.

Vale lembrar que tanto na anulação quanto na revogação é necessária a existência de motivação do ato, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa.

O estudo sobre o assunto em epígrafe têm demonstrado que freqüentemente, nossos legisladores estão preocupados, apenas, com os interesses da Administração pública, esquecendo-se, nesse caso, dos interesses das pessoas privadas. A mudança de raciocínio para o caso, certamente, traria maiores benefícios para o serviço público, estimularia a competitividade e reduziria custos, fazendo prevalecer os princípios que regem o direito público.

Há de se observar, contudo, que, a licitação, deve sempre buscar atender o interesse público, dentro do menor espaço de tempo e no melhor preço possível, objetivando, assim, a preservação do patrimônio público.

REFERÊNCIAS:

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1999, p.316.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

BRASIL. LEI No. 8.666/93.

BRASIL. LEI No. 9648/98.

CRETELLA JR, José. **Curso de direito administrativo**. 5ª ed. São Paulo: Forense, 1997.

DALLARI, Adilson Abreu. **Aspectos Jurídicos da Licitação**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

DAYRELL, Carlos Leopoldo. **Das Licitações na Administração Pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1973, p.15.

FIGUEIREDO, José Reinaldo. **Licitações Públicas para Principiantes**. Florianópolis: Insular, 2002.

GASPARINI, Diógenes, **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1995, p.82.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos.** 5º ed. São Paulo: Dialética, 1998.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas**. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

SERVÍDIO, Américo. **Dispensa de Licitação Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

BRASIL. Lei n. 8.666, 21 de junho de 1993. *Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências*. Site: www.planalto.gov.br.

BRASIL. Lei n. 8.883, 8 de junho de 1994. *Altera dispositivos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e dá outras providências.* Site: www.planalto.gov.br.

BRASIL. Lei n. 9.648, 27 de maio de 1998. *Altera dispositivos das Leis nº 3.890-A, de 25 de abril de 1961, nº 8.666, de 21 de junho de 1993, nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, nº 9.074, de 7 de julho de 1995, nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, e autoriza o Poder Executivo a promover a reestruturação da Centrais Elétricas Brasileiras - ELETROBRÁS e de suas subsidiárias e dá outras providências*. . Site: www.planalto.gov.br.