

Hely Lopes Meirelles

**DIREITO
ADMINISTRATIVO
BRASILEIRO**

15.^a Edição Atualizada
pela Constituição de 1988



DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

HELY LOPES MEIRELLES

15.^a edição

1.^a edição: 1964; 2.^a edição: 1966. Reimpressão da 2.^a edição: 1968, 1969, 1970, 1971, 1972, 1973 (2 vezes) e 1974; 3.^a edição: 1975; 4.^a edição: 1976; 5.^a edição: 1977; 6.^a edição: 1978; 7.^a edição: 1979; 8.^a edição: 1981; 9.^a edição: 1982, 2.^a tiragem: 1983; 10.^a edição: 1984; 11.^a edição: 1985; 12.^a edição: 1986; 13.^a edição: 1987; 2.^a tiragem: 1988; 14.^a edição: 1989.

8743

Produção Editorial: *Afro Marcondes dos Santos*

Produção Gráfica: *Enyl Xavier de Mendonça*

Capa: *Roberto Luti*

© desta edição: 1990

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

Rua Conde do Pinhal, 78

Tel. (011) 37-2433 — Caixa Postal, 678

01501 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfilmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal, cf. Lei n. 6.895, de 17.12.80) com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 122, 123, 124, 126, da Lei n. 5.988, de 14.12.73, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil (05 - 1990)

ISBN 85-203-0818-X

tratação direta, com dispensa de licitação. Quanto ao modo e forma de remuneração do gerenciamento é livre o ajuste entre as partes, podendo ser num montante fixo, num percentual sobre o custo do empreendimento ou em regime de "cost plus". Quanto às condições e prazos de execução serão aqueles estabelecidos no próprio instrumento contratual.

O Estatuto inclui o gerenciamento dentre os serviços técnicos profissionais especializados, pelo que admite dispensa de licitação para o seu contrato, desde que com profissional ou empresa de notória especialização (art. 12, IV).

VI. LICITAÇÃO¹

CONSIDERAÇÕES GERAIS

Vimos anteriormente que o contrato administrativo exige licitação prévia, só dispensável, inexigível ou vedada nos casos expressamente previstos em lei, e que constitui uma de suas peculiaridades, de caráter externo (cf. item I, deste capítulo). Assim, a licitação é o antecedente necessário do contrato administrativo; o contrato é o conseqüente lógico da licitação. Mas esta, observa-se, é apenas um pro-

1. Neste item resumimos a matéria contida no nosso *Licitação e Contrato Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo.

Sobre licitação, vejam-se ainda os seguintes autores pátrios: Antônio Marcello da Silva, *Contratações Administrativas*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1971 e *Contrato de Obra Pública*, BI 63/3; Antônio Tito Costa, *Da Licitação*, Ed. Senam, 1970; J. Nascimento Franco-Niske Gondo, *Concorrência Pública*, São Paulo, 1969; Haroldo Jezler, *As Concorrências*, São Paulo, 1969; Caio Tácito, *As Empreitadas de Obras Públicas no Direito Brasileiro*, Rio, 1958; Tavares de Lira Filho, *Contratos Administrativos*, Rio, 1941; Carlos S. de Barros Júnior, *Concorrências Públicas*, RDA 80/395, e *Das Concorrências*, RDA 95/10; J. H. Meirelles Teixeira, *Concorrência Pública*, RDA 101/323; Carlos Medeiros Silva, *Concorrência Pública*, RDA 79/465, 101/317 e 104/361; Antônio Cláudio de Lima Vieira, *A Concorrência Pública e os Limites do Poder Discricionário da Administração*, RDA 61/389; Fernando Henrique Mendes de Almeida, *Concorrência Pública*, RDA 62/340; José Afonso da Silva, *Licitações*, RDP 7/53; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Licitação*, RDP 8/92; Seabra Fagundes, *Concorrência Pública*, RT 236/429; Geraldo Ataliba, *Reformulação da Legislação sobre Concorrência Pública*, RT 375/25; *Estudos Sobre a Lei Paulista 10.395*, vários autores, Ed. Cedro, São Paulo, 1970; Carlos Leopoldo Dayrell, *Das Licitações na Administração Pública*, Rio, 1973; Adilson Abreu Dallari, *Aspectos Jurídicos da Licitação*, São Paulo, 1973; Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, *Da Licitação*, São Paulo, 1978; Américo Servídio, *Dispensa de Licitação Pública*, São Paulo, 1979; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Licitação*, São Paulo, 1980; Lúcia Valle Figueiredo, *Direitos dos Licitantes*, São Paulo, 2.^a ed., 1981; Antonio Carlos Cintra do Amaral, *Licitações nas Empresas Estatais*, Ed. McGraw-Hill do Brasil, São Paulo, 1979; Régis Fernandes de Oliveira, *Licitação*, São Paulo, 1981; Toshio Mukai, *O Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo, 1988; Raul Armando Mendes,

cedimento administrativo preparatório do futuro ajuste, de modo que não confere ao vencedor nenhum *direito ao contrato*, apenas uma *expectativa de direito*. Realmente, concluída a licitação, não fica a Administração obrigada a celebrar o contrato, mas, se o fizer, há de ser com o proponente vencedor.

A sistemática da licitação sofreu fundamental modificação no Direito brasileiro, desde o seu incipiente tratamento no Código da Contabilidade Pública da União, de 1922, até o Decreto-lei 200/67, a Lei 5.456/68 e a Lei 6.946/81, ora revogados e substituídos pelo Decreto-lei 2.300, de 21.11.86, que instituiu o *Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos*, editando *disposições específicas* para a União, e suas autarquias, e *normas gerais* para os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, como também para suas entidades paraestatais. É o que consta de seus arts. 1.º e 2.º c/c os arts. 85 e 86. Essas *normas gerais* agora encontram embasamento na Constituição da República, art. 22, XXVII.

Por *normas gerais* deve entender-se todas as disposições da lei aplicáveis indistintamente às licitações e contratos da União, Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, bem como de seus desmembramentos autárquicos e paraestatais. Como já vimos precedentemente, continua com os Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios a faculdade de editar *normas peculiares* para suas licitações e contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações, como o fizeram na vigência do Decreto-lei 200/67 e da Lei 5.456/68, que estendeu as *normas gerais* sobre a matéria a todas as entidades estatais e autárquicas de todos os níveis de governo, orientação que continua mantida pelo atual Decreto-lei 2.300/86, em tudo que não contrariar suas *normas gerais*, notadamente no procedimento da licitação, na formalização e execução dos contratos, nos prazos e nos recursos admissíveis.

Feitas essas considerações gerais sobre o Estatuto, vejamos os aspectos doutrinários da matéria por ele regida, a começar pelo *conceito, finalidades, princípios e objeto da licitação*.

Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, São Paulo, 1988.

Deixamos de indicar autores estrangeiros porque a sistemática da licitação no Brasil não corresponde à de outros países. Até mesmo a terminologia é diferente. Na França, por exemplo, licitação é *adjudication*, adjudicação é *attribution*, e *concurrence* não é a nossa concorrência, mas sim a participação em qualquer licitação. A mesma divergência ocorre no direito alemão, no belga e no italiano. Os que mais se assemelham ao nosso são o português, o espanhol, o argentino e o uruguaio, mas com sensíveis diferenças de sistema. Fica a advertência para evitar-se a indevida invocação da doutrina estrangeira, em tema de licitação. Quanto aos *contratos administrativos*, que vimos nos itens anteriores, já a doutrina é bastante assemelhada e uniforme no direito pátrio e estrangeiro.

CONCEITO E FINALIDADES, PRINCÍPIOS E OBJETO DA LICITAÇÃO

Conceito e finalidades da licitação — *Licitação* é o procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse. Como procedimento, desenvolve-se através de uma sucessão ordenada de atos vinculantes para a Administração e para os licitantes, o que propicia igual oportunidade a todos os interessados e atua como fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos. Conquanto não seja uniforme, a doutrina é acorde na acentuação dos traços essenciais e das finalidades da licitação, tal como o fizemos.¹

Essa dupla finalidade — obtenção do contrato mais vantajoso e resguardo dos direitos de possíveis contratantes — é preocupação que vem desde a Idade Média² e leva os Estados modernos a aprimorarem cada vez mais o procedimento licitatório, hoje sujeito a determinados *princípios*, cujo descumprimento descaracteriza o instituto e invalida o seu resultado seletivo.

Princípios da licitação — Os princípios que regem a licitação, qualquer que seja a sua modalidade, se resumem nos seguintes preceitos: *procedimento formal*; *publicidade de seus atos*; *igualdade entre os licitantes*; *sigilo na apresentação das propostas*; *vinculação ao edital ou convite*; *julgamento objetivo*; *adjudicação compulsória ao vencedor*.³ O Estatuto acrescentou, agora, dentre os princípios básicos da licitação, o da *probidade administrativa* (art. 3.º).

Procedimento formal — O princípio do procedimento formal é o que impõe a vinculação da licitação às prescrições legais que a regem em todos os seus atos e fases. Essas prescrições decorrem não só da *lei*, mas também do *regulamento*, do *caderno de obrigações* e

1. Confrontem-se os conceitos de Antônio Marcello da Silva, *O Princípio e os Princípios da Licitação*, RT 532/26 e RDA 136/35; Miguel Seabra Fagundes, Parecer in RT 236/429; Carlos Medeiros Silva, Parecer in RDA 79/465; Carlos S. Barros Júnior, *Concorrência Pública*, São Paulo, 1969, pág. 9; Henrique Sayagués Laso, *La Licitación Pública*, Montevideu, 1945, pág. 212; Alcides Greca, *Régimen Legal de la Construcción*, B. Aires, 1956, pág. 212; Bartolomé A. Fiorini, *Licitación Pública*, B. Aires, 1972, pág. 59; e André de Laubadère, *Contrats Administratifs*, Paris, 1956, I/263.

2. Nos Estados medievais da Europa usou-se o sistema denominado "venda e pregão", que consistia em apregoar-se a obra desejada, e, enquanto ardia uma vela, os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando se extinguia a chama, adjudicava-se a obra a quem houvesse oferecido o melhor preço.

3. Veja-se, no mesmo sentido, Antonio Marcello da Silva, no artigo "O Princípio e os Princípios da Licitação", na RDA 136/35 e também na RT 532/26.

até o próprio *edital ou convite*, que complementa as normas superiores, tendo em vista a licitação a que se refere (Estatuto, art. 4.º).

Procedimento formal, entretanto, não se confunde com "formalismo" que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias. Por isso mesmo, não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas, desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes. A regra é a dominante nos processos judiciais: não se decreta a nulidade onde não houver dano para qualquer das partes — *pas de nullité sans grief*, como dizem os franceses.

Publicidade de seus atos — A *publicidade dos atos da licitação* é princípio que abrange desde os avisos de sua abertura, até o conhecimento do edital e seus anexos, o exame da documentação e das propostas pelos interessados, e o fornecimento de certidões de quaisquer peças, pareceres ou decisões com ela relacionadas. É em razão desse princípio que se impõe a abertura dos envelopes da documentação e proposta *em público* e a publicação oficial das decisões dos órgãos julgadores e do respectivo contrato, ainda que resumidamente (Estatuto, art. 3.º, § 3.º).

Não há confundir, entretanto, a abertura da documentação e das propostas com o seu julgamento. Aquela será sempre em *ato público*; este poderá ser realizado em *recinto fechado* e sem a presença dos interessados, para que os julgadores tenham a necessária tranqüilidade na apreciação dos elementos em exame e possam discutir livremente as questões a decidir. O essencial é a divulgação do *resultado do julgamento*, de modo a propiciar aos interessados os recursos administrativos e as vias judiciais cabíveis.

Igualdade entre os licitantes — A *igualdade entre os licitantes* é princípio impeditivo da discriminação entre os participantes do certame, quer através de cláusulas que, no edital ou convite, favoreçam uns em detrimento de outros, quer mediante julgamento faccioso, que desigale os iguais ou iguale os desiguais (Estatuto, art. 3.º, § 1.º).

O desatendimento a esse princípio constitui a forma mais insidiosa de desvio de poder, com que a Administração quebra a isonomia entre os licitantes, razão pela qual o Judiciário tem anulado editais e julgamentos em que se descobre a perseguição ou o favoritismo administrativo, sem nenhum objetivo ou vantagem de interesse público. Todavia, não configura atentado ao *princípio da igualdade entre os licitantes* o estabelecimento de *requisitos mínimos de participação*, no edital ou convite, porque a Administração pode e deve fixá-los, sempre que necessários à garantia da execução do contrato, à segurança e perfeição da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento ou ao atendimento de qualquer outro interesse público.

Sigilo na apresentação das propostas — O sigilo na apresentação das propostas é consectário da igualdade entre os licitantes, pois ficaria em posição vantajosa o proponente que viesse a conhecer a proposta de seu concorrente antes da apresentação da sua. Daí o necessário sigilo, que há de ser guardado relativamente a todas as propostas, até a data designada para a abertura dos envelopes ou invólucros que as contenham, após a habilitação dos proponentes (Estatuto, art. 3.º e § 3.º e art. 35, § 1.º).

A abertura da documentação ou das propostas, ou a revelação de seu conteúdo, antecipadamente, além de ensejar a anulação do procedimento, constitui ilícito punível até mesmo pela lei penal (Código Penal, art. 326).

Vinculação ao edital — A vinculação ao edital é princípio básico de toda licitação. Nem se compreenderia que a Administração fixasse no edital a forma e o modo de participação dos licitantes e no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou admitisse documentação e propostas em desacordo com o solicitado. O edital é a lei interna da licitação, e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (Estatuto, art. 33).

Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para aquela licitação, durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração verificar a sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento.

Por outro lado, revelando-se falho ou inadequado aos propósitos da Administração, o edital ou convite poderá ser corrigido a tempo através de aditamento ou expedição de um novo, sempre com republicação e reabertura de prazo, desde que a alteração afete a elaboração das propostas.

Julgamento objetivo — Julgamento objetivo é o que se baseia no critério indicado no edital e nos termos específicos das propostas. É princípio de toda licitação que o seu julgamento se apóie em fatores concretos pedidos pela Administração, em confronto com o ofertado pelos proponentes dentro do permitido no edital ou convite. Visa a afastar o discricionarismo na escolha das propostas, obrigando os julgadores a aterem-se ao critério prefixado pela Administração, com o que se reduz e se delimita a margem de valoração subjetiva, sempre presente em qualquer julgamento (Estatuto, art. 37).

Probidade administrativa — A *probidade administrativa* é dever de todo administrador público, mas o Estatuto a incluiu dentre os princípios específicos da licitação (art. 3.º), naturalmente como uma advertência às autoridades que a promovem ou a julgam. A *probidade* na Administração é mandamento constitucional (art. 37, § 4.º), que pode conduzir à “suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao Erário, na forma e gradação prevista em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Adjudicação compulsória — O *princípio da adjudicação compulsória ao vencedor* impede que a Administração, concluído o procedimento licitatório, atribua o seu objeto a outrem que não o legítimo vencedor (Estatuto, arts. 40 e 54).

A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove *justo motivo*. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.

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

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

Objeto da licitação — *Objeto da licitação* é a obra, o serviço, a compra, a alienação, ou a concessão que, a final, será contratada com o particular.

Como vimos acima, a finalidade precípua da licitação será sempre a obtenção de seu *objeto* nas melhores condições para a Administração e, para tanto, esse *objeto* deverá ser convenientemente definido no edital ou no convite, a fim de que os licitantes possam atender fielmente ao desejo do Poder Público. Licitação sem caracterização de seu objeto é nula porque dificulta a apresentação das propostas e compromete a lisura do julgamento e a execução do contrato subsequente. Daí por que o Estatuto declarou textualmente que “As obras e os serviços só podem ser licitados quando houver projeto

básico aprovado pela autoridade competente, e contratados somente quando existir previsão de recursos orçamentários" (art. 6.º).⁴

A definição do objeto, ou seja, a sua descrição com todos os dados necessários ao seu perfeito entendimento, tais como o anteprojeto e as respectivas especificações, no caso de obra, é condição de legitimidade da licitação, salvo quanto aos objetos padronizados por normas técnicas,⁵ para os quais basta a sua indicação oficial, porque nela se compreendem todas as características definidoras.

Do exposto resulta que o objeto da licitação se confunde sempre com o objeto do contrato, que pode ser uma obra, um serviço, uma compra ou uma concessão, como também uma alienação ou uma locação, estudados nos tópicos próprios (item V deste Capítulo e item I do Capítulo VIII).

4. A anterior Lei Paulista 89/72 já adotara antes essa regra para obras e serviços considerando nula a licitação em que não se definir convenientemente o seu objeto, através de projeto básico, responsabilizando quem deu causa (art. 3.º). Entendimento que foi mantido na atual Lei paulista 6.544/89 (art. 5.º).

5. As obras, serviços e compras da Administração Federal, bem como os serviços concedidos ou subvencionados pela União, estão sujeitos às normas técnicas da Associação Brasileira de Normas Técnicas — ABNT, por expressa determinação da Lei 4.150, de 21.11.1962. Essas normas são expedidas sob a forma de normas definitivas (NB), recomendações (MBR), métodos definitivos (MB), métodos recomendados (MBR), especificações definitivas (EB), especificações recomendadas (EBR), padrões definitivos (PB), padrões recomendados (PBR), terminologias definitivas (TB) e terminologias recomendadas (TBR), além de certificados de marca de conformidade, indicando que os produtos a que se referem são fabricados de acordo com as normas pertinentes e estão sob controle da ABNT. As normas a que se refere a Lei 4.150/62 são evidentemente as definitivas, porquanto as recomendadas são de caráter provisório e experimental.

A observância das normas técnicas já está determinada por vários Estados, podendo-se indicar São Paulo (Lei 6.544/89, art. 10, VII) e Decreto 20.738 de 3.9.1951; Rio de Janeiro (Resolução 26, de 12.9.1951); Rio Grande do Sul (Decreto 3.093, de 7.8.1952); Pernambuco (Decreto 632, de 20.9.1961). As Administrações estadual e municipal, não sujeitas às imposições da Lei 4.150/62, nem sempre se referem às normas da ABNT, preferindo muitas vezes a expressão normas técnicas adequadas (cf., por exemplo, o citado dispositivo da Lei paulista 89/72), o que impõe o recurso às normas internacionais, quando inexistentes as brasileiras. No âmbito internacional, a normatização está a cargo da ISO (International Organization for Standardization), da COPANT (Comissão Panamericana de Normas Técnicas) e da IEC (Comissão Eletrotécnica Internacional). Dentre as entidades normatizadoras estrangeiras destacam-se a ASA (American Standard Association, dos EE.UU.) e a DIN (Das Ist Normen da Alemanha Ocidental).

Para um melhor estudo sobre normas técnicas, vejam-se: Felix von Randow, Manual de Normalização em Nível de Empresa ou Repartição Pública, Rio de Janeiro, 1968; I. A. Palhano Pedroso, O Papel da Normalização no Desenvolvimento Brasileiro, Rio, 1970; Arthur Levy, Normalização Nacional, São Paulo, 1968; J. M. Juran, Quality Control Handbook, New York, 1951.

OBRIGATORIEDADE, DIS...
E VEDAÇÃO DE LICITAÇÃO...
Obrigatoriedade de licitação...
para todas as entidades...
também para as fundações pú...
regulamento próprio, devidam...
Agora, essa exigência de licitaç...
Justifica-se para obras, serviços...
de direito público estão...
mais rígidas que as pessoas jur...
com o Poder Público. Esta...
realizando atividades econômi...
de direito privado (civil...
própria Constituição da Repú...
a sociedade de economia...
atividade econômica sujeita...
empresas privadas, inclusive qu...
"art. 173, § 2.º).
A expressão obrigatoriedade...
indicando não só a compulsor...
nem a da modalidade previst...
os princípios de moralida...
da modalidade mais singela...
emprego desta, normalmente...
licitatório não a cor...
Administração, quer autoriza...
quer permitindo a substit...
a seguir quais os casos leg...
que esta é inexigível ou ve...
dispensa de licitação — O Est...
Administração pode ou deve deix...
dispensável, inexigível...
licitação dispensada é aquela...
(art. 15, I e II), nos casos...
investidura, venda de açõ...
doação com encargo...
(art. 13.º).