

ODETE MEDAUAR

DIREITO  
ADMINISTRATIVO  
MODERNO

19.<sup>a</sup> edição revista e atualizada



THOMSON REUTERS  
REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™

*Diretora Responsável*  
MARISA HARMS

*Diretora de Operações de Conteúdo*  
JULIANA MAYUMI ONO

*Editores:* Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Danielle Oliveira, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

*Produção Editorial*  
*Coordenação*  
JULIANA DE CICCO BIANCO

*Analistas Editoriais:* Amanda Queiroz de Oliveira, Danielle Rondon Castro de Morais, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J, Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

*Analistas de Qualidade Editorial:* Cíntia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos, Samanta Fernandes Silva e Victor Bonifácio

*Capa:* Chrisley Figueiredo

*Administrativo e Produção Gráfica*  
*Coordenação*  
CAIO HENRIQUE ANDRADE

*Analista Administrativo:* Antonia Pereira

*Assistente Administrativo:* Francisca Lucélia Carvalho de Sena

*Analista de Produção Gráfica:* Rafael da Costa Brito

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)**

---

Medauar, Odete

Direito administrativo moderno / Odete Medauar. – 19. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia.

ISBN 978-85-203-5961-7

1. Direito administrativo 2. Direito administrativo – Brasil I. Título.

15-00400

CDU-35(81)-35

---

**Índices para catálogo sistemático:** 1. Brasil : Direito administrativo 35(81) 2. Direito administrativo 35

# 10

## LICITAÇÃO

SUMÁRIO: 10.1 Conceito – 10.2 Legislação básica – 10.3 Terminologia – 10.4 Princípios – 10.5 Modalidades: 10.5.1 Concorrência; 10.5.2 Tomada de preços; 10.5.3 Convite; 10.5.4 Concurso; 10.5.5 Leilão; 10.5.6 Pregão – 10.6 Linhas-chave do processo licitatório – 10.7 Registro cadastral – 10.8 Registro de preços – 10.9 Comissão de licitação – 10.10 Fases do processo licitatório – 10.11 Instauração ou abertura: o edital – 10.12 Habilitação – 10.13 Classificação – 10.14 Julgamento – 10.15 Homologação – 10.16 Adjudicação – 10.17 Inversão das fases da licitação – 10.18 Dispensa e inexigibilidade – 10.19 Anulação e revogação da licitação – 10.20 Controle da licitação – 10.21 Sanções administrativas – 10.22 Tutela penal – 10.23 O Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC: 10.23.1 Aspectos gerais; 10.23.2 Linhas básicas das regras aplicáveis às licitações no RDC; 10.23.3 Procedimentos auxiliares das licitações; 10.23.4 Contratos celebrados no RDC; 10.23.5 Sanções administrativas no RDC – 10.24 Bibliografia.

### 10.1 Conceito

Outro meio pelo qual as autoridades e órgãos administrativos atuam no desempenho de suas atribuições encontra-se nos contratos que celebram. Antes do estudo dos contratos firmados pela Administração, torna-se necessário conhecer os dados fundamentais a respeito da licitação, que deve anteceder grande parte desses ajustes.

Assim, entre a verificação da necessidade de contratar e a celebração do contrato, realiza-se a licitação. A Administração não pode contratar livremente, porque deve ser atendido o princípio da igualdade de todos para contratar com a Administração e a moralidade administrativa, sobretudo.

*Licitação*, no ordenamento brasileiro, é o processo administrativo em que a sucessão de fases e atos leva à indicação de quem vai celebrar contrato com a Administração. Visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público. A decisão final do processo licitatório aponta o futuro contratado.

É um processo administrativo porque, além da sucessão de atos e fases, há sujeitos diversos – os licitantes – interessados no processo, que dele participam, perante a Administração, todos, inclusive esta, tendo direitos, deveres, ônus, sujeições.

O inc. XXI do art. 37 da CF determina que as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure a igualdade de condições a todos os participantes. Por sua vez, o art. 175 exige licitação para a concessão e permissão de serviço público. Essa é a regra. A lei, no entanto, pode prever casos em que a contratação não vem antecedida de licitação, daí denominar-se contratação direta; o próprio inc. XXI admite a exceção, ao mencionar o seguinte: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública (...)”.

## 10.2 Legislação básica

Além do inc. XXI do art. 37, a CF prevê, no art. 22, XXVII, a competência da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as Administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais das diversas esferas de governo, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1.º, III.

A competência da União para fixar normas gerais de licitação e contrato possibilita que Estados, Municípios e Distrito Federal legislem sobre normas específicas, para seus respectivos âmbitos de atuação. O problema está na separação precisa entre normas gerais e normas específicas. De regra, Estados e Municípios ou editam leis sem dispositivos que contrariem a lei da União ou não editam lei específica e pautam suas licitações por aquela.

A Lei 8.666, de 21.06.1993, com as alterações trazidas por vários textos posteriores, regulamenta o inc. XXI do art. 37 da CF, instituindo normas para licitações e contratos da Administração. No seu art. 118 determina que os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e entidades da Administração indireta adaptem suas normas de licitação e contratos ao disposto na mesma. A Lei 10.520, de 17.07.2002, institui a modalidade de licitação denominada *pregão*, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Na Lei Complementar 123, de 14.12.2006 – Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, os arts. 42 a 49 trazem normas relativas à participação de microempresas e empresas de pequeno porte em licitações. O Decreto 6.204, de 05.09.2007, regulamenta o tratamento favorecido e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte nas contratações públicas de bens, serviços e obras, no âmbito da Administração federal.

A Lei 11.488, de 15.06.2007, art. 34, determina a aplicação da referida Lei Complementar 123/2006 às sociedades cooperativas.

No tocante às sociedades de economia mista, empresas e fundações públicas, entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o art. 119 da Lei 8.666/93 prevê que editarão regulamentos próprios, observadas as disposições desta Lei. Tais regulamentos,

depois de aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculadas aquelas entidades, deverão ser publicados na imprensa oficial (parágrafo único do art. 119). Por seu lado, o art. 173, § 1.º, III, da CF, na redação dada pela Emenda 19/98, prevê que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica, na licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observem os *princípios da Administração*, conforme a lei que estabelecerá seu estatuto jurídico. Note-se que o inc. III fixa, para aquelas estatais, somente a observância dos princípios da Administração Pública, o que sugere que terão um regime de licitação e contratação diferente do regime de outros entes e órgãos (talvez mais flexível) e diferente do regime das estatais prestadoras de serviços públicos. A leitura do inc. XXVII do art. 22 também propicia esse entendimento. Enquanto não se editar o estatuto jurídico das estatais, as licitações e contratações dessas entidades continuam a se reger pela Lei 8.666/93.

As obras, serviços, compras e alienações realizadas pelos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário e dos Tribunais de Contas regem-se pelos preceitos da Lei 8.666/93, nas três esferas (art. 117).

Para as *concessões e permissões de serviço público*, a Lei 8.987, de 13.02.1995 – lei das concessões –, estabelece processo licitatório específico, aplicando-se, no que couber, os critérios e normas gerais da Lei 8.666/93, como indica seu art. 18, *caput*. Quanto às *parcerias público-privadas*, a Lei 11.079, de 30.12.2004, arts. 10 a 13, também fixa tratamento específico em alguns pontos, aplicando-se quanto aos demais, as duas leis *supra*.

A licitação e a contratação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda são disciplinadas na Lei 12.232, de 29.04.2010.

Por sua vez, Lei 12.462, de 05.08.2011, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, aplicável às licitações e contratos nos seguintes âmbitos: a) – realização, no Brasil, da Copa das Confederações FIFA 2013 (já ocorrida); b) – realização da Copa do Mundo FIFA 2014 (já ocorrida); c) – realização dos Jogos Olímpicos, Paraolímpicos de 2016; d) – obras de infraestrutura e da contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados, distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes desses mundiais; e) – ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC; f) – licitações e contratos relativos às obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino; g) – obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS; h) – contratação, pela Companhia Nacional de Abastecimento – Conab, de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias, destinadas à guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural; i) – obras e serviços de engenharia para construção,

ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (v. item 10.22).

### 10.3 Terminologia

A compreensão dos preceitos sobre licitação torna-se mais fácil se for esclarecido o significado de alguns termos empregados nessa matéria. A Lei 8.666/93 também traz um “dicionário” de vários termos, no art. 6.º. Serão arrolados aqui somente alguns:

*Licitante* – é a denominação conferida a quem participa da licitação;

*Obra* – é a construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação (inc. I);

*Serviço* – atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, como demolição, conserto, instalação, montagem, conservação, reparação, manutenção, transporte, publicidade, trabalhos técnico-profissionais etc. (inc. II);

*Compra* – aquisição remunerada de bens (inc. III);

*Alienação* – transferência de domínio de bens a terceiros (inc. IV).

Tendo em vista que a Lei 8.666/93 apresenta-se excessivamente minuciosa, serão expostas neste capítulo as linhas fundamentais atinentes à licitação. A bibliografia específica indicada no final deste capítulo oferecerá subsídios para o tratamento de questões particularizadas. Os preceitos relativos à alienação de bens públicos serão examinados no capítulo dedicado ao estudo desses bens.

### 10.4 Princípios

O art. 3.º da Lei 8.666/93 afirma que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Além disso, determina a observância dos seguintes princípios básicos:

a) *Legalidade* – observância das normas que regem a licitação (ver Capítulo 7, item 7.4);

b) *Impessoalidade* – não deve haver fatores de natureza subjetiva ou pessoal interferindo nos atos do processo licitatório (ver Capítulo 7, item 7.5);

c) *Moralidade administrativa* – difícil de verbalizar; na licitação significa a observância de todos os preceitos que a informam, sem frustrar sua licitude e sem desviá-la de suas verdadeiras finalidades (ver Capítulo 7, item 7.6);

d) *Igualdade* – isonomia de tratamento para todos os licitantes ou para aqueles que pretendam participar da licitação, vedada qualquer discriminação. É o desdobramento do princípio constitucional da igualdade (CF, art. 5.º,

*caput*) no âmbito licitatório. Esse princípio apresenta reflexo, por exemplo, no art. 3.º, §1.º, I e II, e no art. 30 da Lei 8.666/93. O art. 90 da mesma Lei prevê como crime a fraude ao caráter competitivo do processo licitatório.

No entanto, a própria Lei 8.666/93 e outras leis fixam ressalvas à igualdade de tratamento dos licitantes, seja mediante margens de preferência, seja quanto à restrição a tipos de bens e serviços objeto da licitação, seja por meio de critérios preferenciais de desempate.

(i) Um bloco de ressalvas ao princípio da igualdade encontra-se indicado na parte final do inc. I do § 1.º do art. 3.º, cujo teor é o seguinte: “admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo, inclusive nos casos de sociedades cooperativas, e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, ressalvado o disposto nos §§ 5.º a 12 deste artigo e no art. 3.º da Lei 8.248, de 23 de outubro de 1991”. A menção às sociedades cooperativas e as ressalvas indicadas na parte final do referido inc. I originam-se da Lei 12.349, de 15.12.2010, que alterou a Lei 8.666/93.

Nos termos do § 5.º, nas licitações “poderá ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras.” A margem de preferência será fixada com base em estudos revistos periodicamente em prazo não superior a cinco anos, que levem em conta: I – geração de emprego e renda; II – efeito na arrecadação de tributos federais, estaduais e municipais; III – desenvolvimento e inovação tecnológica realizados no País; IV – custo adicional dos produtos e serviços; V – em suas revisões, análise retrospectiva dos resultados (§ 6.º do art. 3.º da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 12.349/2010). As margens de preferência por produto, serviço ou grupo de produtos ou grupo de serviços serão definidas pelo Poder Executivo federal, não podendo a soma delas ultrapassar o montante de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o preço dos produtos manufaturados e serviços estrangeiros (§ 8.º do art. 3.º, na redação dada pela Lei 12.349/2010). A margem de preferência apontada no §5.º poderá ser estendida, total ou parcialmente, a bens e serviços originais dos Estados Partes do Mercosul. (§ 10 do art. 3.º, com a redação da Lei 12.349/2010).

Incidindo a margem de preferência, o critério de julgamento (também denominado tipo de licitação) não será o do menor preço, se houver licitantes favorecidos e não favorecidos; o critério do menor preço vigorará somente entre licitantes favorecidos, se for o previsto no instrumento convocatório.

Outra ressalva à igualdade dos licitantes, decorrente da parte final do citado inc. I do § 1.º, do art. 3.º, refere-se às contratações para implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos sistemas de tecnologia da informação e comunicação, considerados estratégicos em atos do Poder Executivo federal,

cuja licitação poderá ser restrita a bens e serviços com tecnologia a ser desenvolvida no País e produzidos de acordo com o processo básico de que trata a Lei 10.176, de 11.01.2001 (§12 do art. 3.º da Lei 8.666/93, na redação da Lei 12.349/2010). Aqui se trata de ressalva à igualdade dos licitantes por restrição a bens e serviços objeto da licitação.

A parte final do inc. I menciona, ainda, como exceção à igualdade, o art. 3.º da Lei 8.248/91, o qual, em matéria de bens e serviços de informática e automação, dá preferência a: “I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II – bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo”.

As ressalvas à igualdade de tratamento dos licitantes, acrescentadas em virtude da Lei 12.349/2010, se aplicam ao pregão, conforme determina o art. 2.º desta Lei.

Será divulgada na internet, a cada exercício financeiro, a relação de empresas favorecidas em decorrência do disposto nos §§ 5.º, 7.º, 10, 11 e 12 do art. 3.º da Lei 8.666/93 (§ 13 do art. 3.º da Lei 8.666/93, na redação da Lei 12.349/2010).

Os §§ 5.º a 12 do art. 3.º da Lei 8.666/93 foram regulamentados pelo Decreto 7.546, de 02.08.2011, o qual também especifica preceitos para a Administração Federal e cria, neste âmbito a Comissão Interministerial de Compras Públicas – CI-CP, para proposição e acompanhamento da aplicação da margem de preferência e das medidas de compensação comercial, industrial e tecnológica, dentre outras atribuições.

(ii) Por sua vez, o inc. II do § 1.º do art. 3.º proíbe “estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3.º da Lei 8.248, de 23 de outubro de 1991”.

O final deste inc. II ressalva, em primeiro lugar, os critérios de desempate contidos no § 2.º do art. 3.º, que assegura preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: “I – (revogado pela Lei 12.349/2010, art. 7.º); II – produzidos no País; III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País” (inc. IV acrescentado pela Lei 11.196, de 21.11.2005).

Em segundo lugar, o citado inc. II do § 1.º do art. 3.º ressalva o disposto no art. 3.º da Lei 8.248/91, o qual, em matéria de informática e automação, dá preferência a: “I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no País; II – bens e serviços produzidos de acordo com processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo”.

A Lei Complementar 147, de 07.08.2014, que alterou a Lei Complementar 123/2006, acrescentou o § 14 ao art. 3.º da Lei 8.666/1993, dispondo que “as preferências definidas neste artigo e nas demais normas de licitação e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei”.

A mesma Lei Complementar adicionou o § 15 ao art. 3.º, para reza que as preferências dispostas neste artigo prevalecem sobre as demais preferências fixadas na legislação quando estas forem aplicadas sobre produtos ou serviços estrangeiros. Incluiu também o art. 5.º-A, com os seguintes dizeres: “As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei”.

(iii) Em prol da *microempresa* e da *empresa de pequeno porte*, a Lei Complementar 123/2006, com alterações posteriores, inclusive oriundas da Lei Complementar 147/2014, fixa como empate as situações em que as propostas apresentadas por estas sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta de melhor classificação (art. 44, § 1.º); no caso do pregão, o percentual é de 5% (cinco por cento), conforme o art. 44, § 2.º. Havendo empate desta natureza, a microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada poderá oferecer proposta inferior àquela tida como vencedora e, assim sendo, lhe será adjudicado o contrato (art. 45, I). Ocorrendo empate entre microempresas, será efetuado sorteio. O art. 44, *caput*, prevê, como critério de desempate, preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. O mesmo tratamento foi atribuído às *sociedades cooperativas*, com receita bruta, no ano anterior, até o limite previsto no art. 3.º, *caput*, da referida Lei Complementar.

Nos termos do art. 47, com a redação dada pela Lei Complementar 147/2014, nas contratações da Administração direta e indireta federal, estadual e municipal “deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica”.

Outros dispositivos da mesma Lei Complementar também propiciam tratamento diferenciado a estas empresas nas licitações e contratos administrativos.

(iv) De seu lado, o art. 27, IV, da Lei 10.973, de 02.12.2004 – incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo – com a redação decorrente da Lei 12.349, de 15.12.2010, menciona o tratamento preferencial, diferenciado e favorecido a ser dado na aquisição de bens e serviços pelo poder público e pelas fundações de apoio para a execução de projetos de desenvolvimento institucional da instituição apoiada, nos termos da Lei

8.958, de 20.12.1994, às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País e às microempresas de pequeno porte de base tecnológica, criadas no ambiente de atividades de pesquisa das Instituições Científicas e Tecnológicas – ICTs.

e) *Publicidade* – traduz-se em transparência, em direito de acesso aos elementos do processo licitatório, divulgação dos editais, divulgação das decisões; por exemplo, traduz esse princípio o § 3.º do art. 3.º, segundo o qual “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”; o § 6.º do art. 15, o art. 16 e o § 1.º do art. 43 também traduzem tal princípio;

f) *Probidade administrativa* – integrantes de comissões de licitação, agentes públicos e autoridades que, de alguma forma, têm participação no processo licitatório não de atuar com retidão, sem visar a proveito próprio ou locupletamento de outrem. A Lei 8.429/92 arrola entre os casos de improbidade administrativa as condutas que frustrem a licitude de processo licitatório ou o dispensem indevidamente. Na seção dedicada aos crimes e penas da Lei 8.666/93, muitos dispositivos visam a responsabilizar penalmente quem atua com improbidade em processo licitatório;

g) *Vinculação ao instrumento convocatório* – o edital e a carta-convite são os instrumentos convocatórios da licitação e contêm as regras a serem seguidas no processo licitatório e muitas que nortearão o futuro contrato. O instrumento convocatório é a lei da licitação que anuncia, daí a exigência de sua observância durante todo o processo;

h) *Julgamento objetivo* – o julgamento, na licitação, é a indicação, pela comissão de licitação, da proposta vencedora. Julgamento objetivo significa que deve se nortear pelo critério previamente fixado no instrumento convocatório, observadas todas as normas a respeito.

O referido art. 3.º, *caput*, menciona, ao final, a expressão “e dos [princípios] que lhe são correlatos”. Tais termos parecem significar que devem ser observados outros princípios correlatos ao processo licitatório. Poderiam ser apontados o princípio da competitividade, do contraditório, da ampla defesa, do formalismo moderado, da verdade material, por exemplo, (ver Capítulo 9, item 9.6).

## 10.5 Modalidades

Hoje, no ordenamento brasileiro, a licitação é o gênero, que se subdivide em modalidades, a seguir expostas. A lei licitatória veda a criação de outras modalidades ou a combinação daquelas ali arroladas (§ 8.º do art. 22). No entanto, a Lei 10.520/2002 criou o *pregão* e estendeu esta modalidade aos Estados, Distrito Federal e Municípios.

### 10.5.1 Concorrência

É a modalidade que possibilita a participação de quaisquer interessados que, na fase de habilitação, comprovem possuir os requisitos de qualificação exigidos no edital (§ 1.º do art. 22 da Lei 8.666/93). É utilizada, em geral, para contratos de grande valor e para a *alienação de bens públicos imóveis em geral* (art. 17, I), podendo esta alienação ocorrer também mediante leilão, nos casos previstos no art. 19 da Lei 8.666/93. De acordo com o § 3.º do art. 23, a concorrência é cabível nas *concessões de direito real de uso* e nas *licitações internacionais*, admitindo-se, neste último caso, a tomada de preços, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores, ou o convite, quando não houver fornecedor no País. Também se realiza a concorrência na alienação de *bens móveis de valor superior* ao previsto no art. 23 da Lei 8.666/93 (art. 17, § 6.º) e para o *registro de preços* (art. 15, § 3.º), possibilitado, neste, o uso do pregão (arts. 11 e 12 da Lei 10.520/2002).

### 10.5.2 Tomada de preços

É a modalidade de que participam interessados previamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (§ 2.º do art. 22 da Lei 8.666/93). Nesta última hipótese, a Administração somente poderá exigir do interessado não cadastrado os documentos previstos nos arts. 27 a 31, que comprovem habilitação compatível com o objeto do certame, nos termos do edital.

### 10.5.3 Convite

É a modalidade de que participam interessados do ramo pertinente ao objeto do futuro contrato, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa. Esta deverá afixar, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório, denominado carta-convite, e o estenderá aos demais cadastrados na especialidade, que manifestarem interesse em participar com antecedência de até vinte e quatro horas do prazo final de apresentação das propostas (§ 3.º do art. 22 da Lei 8.666/93). É utilizada para contratos de pequeno valor. Se houver na praça mais de três possíveis interessados, a cada novo convite para objeto similar é obrigatório endereçar a carta-convite a, pelo menos, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações (§ 6.º). Se for impossível a obtenção de três licitantes, as razões disso deverão ser devidamente justificadas nos autos do processo, sob pena de repetição do convite (§ 7.º).

### 10.5.4 Concurso

É a modalidade de que participam quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou

remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de quarenta e cinco dias (§ 4.º do art. 22 da Lei 8.666/93). Exemplo: concurso de monografias sobre folclore.

O concurso deve ser precedido de regulamento próprio, ou seja, um regulamento para cada concurso, a ser obtido pelos interessados no local indicado no respectivo edital (art. 52, *caput*). O regulamento deve mencionar: I – a qualificação exigida dos participantes; II – as diretrizes e a forma de apresentação do trabalho; III – as condições de realização do concurso e os prêmios aos vencedores. Tratando-se de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente (§§ 1.º e 2.º do art. 52). O julgamento é feito por comissão especial, integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria, servidores públicos ou não (§ 5.º do art. 51). A Administração só efetuará a entrega do prêmio se houver cessão dos direitos patrimoniais respectivos e se puder utilizar o trabalho de acordo com o previsto no regulamento do concurso (art. 111, *caput*).

#### 10.5.5 Leilão

É a modalidade de licitação, entre quaisquer interessados, para a venda de bens móveis inservíveis à Administração, de produtos legalmente apreendidos ou penhorados ou para a alienação de bens imóveis cuja aquisição decorreu de procedimento judicial ou dação em pagamento, nas condições do art. 19 (§ 5.º do art. 22 da Lei 8.666/93). Característico do leilão é o oferecimento de lances pelos participantes, considerando-se vencedor quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

O leilão pode ser cometido a leiloeiro oficial ou a servidor designado pela Administração, procedendo-se na forma da legislação pertinente (art. 53, *caput*). O edital de leilão, publicado, pelo menos, quinze dias antes de sua realização, deve ser amplamente divulgado, em especial no Município em que ocorrerá (§ 4.º do art. 53). O bem a ser leiloado será previamente avaliado pela Administração, para fixação de preço mínimo de arrematação (§ 1.º do art. 53). Os bens arrematados são pagos à vista ou no percentual previsto no edital (não inferior a 5%); após a assinatura da respectiva ata, lavrada em seguida no local do leilão, os bens serão imediatamente entregues ao arrematante; este, se for o caso, se comprometerá a efetuar o pagamento do restante no prazo fixado no edital, sob pena de perder, em favor da Administração, o valor já recolhido (§ 2.º do art. 53). Nos leilões internacionais, o pagamento da parcela à vista poderá ser feito em até 24 horas (§ 3.º do art. 53).

#### 10.5.6 Pregão

Medida Provisória editada em 04.05.2000 instituiu, no âmbito da União, a modalidade denominada *pregão*. A Lei 10.520, de 17.07.2002, resultante

da conversão da medida provisória, estendeu-a aos Estados, Distrito Federal e Municípios. Destina-se à aquisição, por quaisquer interessados, de bens e serviços comuns, sem limite de valor, em que a disputa é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. O Dec. 3.555, de 08.08.2000, com alterações posteriores, fixou o regulamento do pregão. Nos termos do §2.º, art. 3.º, do Anexo I ao referido Decreto “consideram-se bens e serviços comuns aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos no edital, por meio de especificações usuais praticadas no mercado”.

O pregão poderá ser realizado por meio da utilização de recursos da tecnologia da informação (denominado *pregão eletrônico*), conforme regulamentação específica, fixada no Dec. 5.450, de 31.05.2005 (este decreto revogou o Dec. 3.697, de 21.12.2000).

O pregoeiro e a respectiva equipe de apoio, designado por autoridade competente do órgão, tem as seguintes atribuições, dentre outras: o recebimento das propostas e dos lances; a análise de sua aceitabilidade e classificação; a habilitação; a adjudicação (art. 3.º, IV, da Lei 10.520/2002). No pregão ocorre, primeiro, a fase de classificação e, depois, a fase de habilitação, invertendo-se a ordem fixada na Lei 8.666/93.

A convocação dos interessados efetua-se mediante publicação de aviso no *Diário Oficial da União*, ou, não existindo, em jornal de grande circulação e, facultativamente, por meios eletrônicos e, conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação. A publicação deve ocorrer com a antecedência mínima de oito dias úteis em relação à data de apresentação das propostas.

Realiza-se sessão pública para recebimento das propostas, devendo o interessado ou seu representante identificar-se e comprovar seus poderes para formulação de propostas e para a prática dos demais atos do certame. Deve também declarar que são atendidos os requisitos de habilitação.

Os envelopes com a indicação do objeto e do preço são abertos na sessão. O autor da oferta de valor mais baixo e os licitantes com preços até 10% superiores àquela podem fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Não havendo, pelo menos, três ofertas nessas condições, os autores das três melhores propostas poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos.

O critério de julgamento e classificação é o de menor preço, atendidos os prazos para fornecimento e demais requisitos. Mas, tendo em vista a aplicação, ao pregão, das alterações ao art. 3.º e seus parágrafos da Lei 8.666/93, decorrentes da Lei 12.349, de 15.12.2010 (art. 2.º desta Lei), nem sempre o menor preço prevalecerá, pois as referidas alterações estabelecem tratamento preferencial para produtos e bens nacionais ou com tecnologia desenvolvida no Brasil (v. item 10.4, alínea *d*) Igualdade).

Encerrada a fase competitiva e classificadas as propostas, o pregoeiro abrirá o envelope dos documentos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, verificando a regularidade perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social, o FGTS e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, e as demais exigências de habilitação. No caso de inabilitação deste, serão analisados os documentos relativos ao licitante classificado em segundo lugar, e assim sucessivamente.

Os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já integram o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF e sistemas semelhantes no nível dos Estados, Distrito Federal e Municípios, assegurado, aos demais licitantes, o direito de acesso aos dados neles constantes. São vedadas as exigências de garantia da proposta, aquisição do edital para participar do certame, pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes à reprodução gráfica do edital e aos custos de utilização de meios de tecnologia da informação.

Quem fizer declaração falsa ou deixar de apresentar a documentação exigida, não celebrar o contrato no prazo de validade de sua proposta, não mantiver a proposta, fraudar a execução do contrato, cometer fraude fiscal etc. ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios e, quando for o caso, será descredenciado do SICAF e sistemas similares por cinco anos, sem prejuízo de outras sanções.

## 10.6 Linhas-chave do processo licitatório

A compreensão do processo licitatório torna-se mais fácil mediante a indicação de algumas linhas-chave.

a) Concorrência, tomada de preços e convite são as modalidades utilizadas com mais frequência pela Administração.

b) Concorrência, tomada de preços e convite são utilizados conforme o valor do futuro contrato. Esse valor é calculado por estimativa e deve ser confrontado com os limites fixados no art. 23, revistos sempre que necessário, pelo Poder Executivo federal, que os fará publicar no *Diário Oficial da União*, observando como limite superior a variação geral dos preços do mercado no período (art. 120 da Lei 8.666/93, com a redação dada pela Lei 9.648, de 27.05.1998). No caso de consórcios públicos formados por até três entes da Federação, aplica-se o dobro dos valores indicados no *caput* do art. 23; se os consórcios tiverem maior número de integrantes, aplica-se o triplo (§ 8.º do art. 23 da Lei 8.666/93, acrescentado pela Lei 11.107/2005 – consórcios públicos).

c) Quanto maior o valor do futuro contrato, mais complexo o procedimento. Assim, a concorrência tem procedimento mais complexo que a tomada de preços e o convite. A tomada de preços tem procedimento mais complexo

que o convite. O convite é a modalidade dotada de procedimento mais simples.

d) Nas hipóteses de convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência (§ 4.º do art. 23 da Lei 8.666/93), nunca o inverso. Se o valor de todas as propostas estiver acima do valor estimado e permitido para a modalidade, serão desclassificadas, podendo a Administração conceder prazo para os licitantes apresentarem outras propostas, dentro do limite legal (§ 3.º do art. 48).

e) É exigida *antecedência mínima de publicidade* ou divulgação, em relação à data final de entrega das propostas pelos interessados. Assim, para concurso e concorrência para contrato de empreitada integral e se o julgamento for pelo critério da melhor técnica ou técnica e preço, a antecedência é de 45 (quarenta e cinco) dias; para a concorrência em geral e tomada de preços com julgamento pelo critério da melhor técnica ou técnica e preço, antecedência de 30 (trinta) dias; para tomada de preços em geral e leilão, antecedência de 15 (quinze) dias; para o convite, 5 (cinco) dias úteis. Esses prazos são contados a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite ou, ainda, da efetiva disponibilidade do edital ou do convite, prevalecendo a data mais tardia (§§ 2.º e 3.º do art. 21).

f) A concorrência, a tomada de preços, o concurso e o leilão são divulgados por *edital*, em que estão mencionadas todas as condições e requisitos da licitação, a especificação do objeto e de cláusulas do futuro contrato; o edital é a lei interna de tais modalidades, devendo observar a legislação pertinente. O convite tem sua divulgação junto a interessados, escolhidos pela Administração, mediante a *carta-convite*; junto a possíveis interessados, cadastrados na especialidade, mediante afixação, em local apropriado, de cópia da carta-convite.

g) A concorrência, a tomada de preços e o convite são realizados, até a fase de julgamento, perante *comissão permanente* ou *especial* de no mínimo 3 (três) membros. Excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e ante a exiguidade de pessoal disponível, no caso de convite, a comissão de licitação poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente (art. 51, *caput* e § 1.º).

h) Autoridade hierarquicamente superior à comissão de licitação tem competência para examinar todos os elementos do processo e aprová-lo. Em lugar da aprovação, poderá, se for o caso, anulá-lo por ilegalidade, revogá-lo por razões de interesse público, sempre de modo fundamentado (art. 49), ou determinar diligências, pedir esclarecimentos.

## 10.7 Registro cadastral

O art. 34 da Lei 8.666/93 prevê, para os órgãos e entidades que realizem licitações com frequência, a manutenção de *registro cadastral* para efeito de habilitação, válido, no máximo, por um ano. O registro cadastral contém

documentos de interessados em participar de licitações, daí decorrendo o fornecimento, aos inscritos, de um *certificado de registro cadastral* (CRC).

O *certificado de registro cadastral* (CRC) possibilita a participação nas tomadas de preços e poderá substituir a documentação atinente à habilitação nas outras modalidades, conforme reza o § 3.º do art. 32, se previsto no edital. Propicia, ainda, o controle do desempenho do inscrito na execução de contratos, pois sua atuação será anotada no respectivo registro (§ 2.º do art. 36).

De acordo com o § 2.º do art. 32, com a redação dada pela Lei 9.648/98, o CRC também substitui os documentos relativos à habilitação, mesmo na concorrência, quanto às informações disponíveis em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital, obrigando-se a parte a declarar, sob as penalidades legais, a superveniência de fato impeditivo da habilitação.

O registro cadastral deverá ser amplamente divulgado e estar permanentemente aberto aos interessados. O órgão responsável pelo registro deve, pelo menos anualmente, realizar chamamento público para atualizar os registros e para receber a inscrição de novos interessados (§ 1.º do art. 34).

Para *inscrição no cadastro*, o interessado fornecerá os documentos referentes à habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e ao cumprimento do disposto no inc. XXXIII do art. 7.º da CF, ou seja, ao cumprimento da proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos (art. 27).

Os inscritos serão classificados por categorias, tendo em vista sua especialização, segundo a qualificação técnica e econômica, avaliada pelos documentos indicados nos arts. 30 e 31.

A *inscrição em registro cadastral*, sua alteração ou cancelamento realizam-se perante comissão permanente ou especial de, no mínimo, três membros. Tratando-se de obras, serviços ou aquisição de equipamentos, os membros deverão ser profissionais legalmente habilitados (art. 51, *caput* e § 2.º). Cabe recurso do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento (art. 109, I, *d*).

As unidades administrativas podem utilizar registros cadastrais de outras, se não dotadas de registros próprios (§ 2.º do art. 34).

## 10.8 Registro de preços

*Registro de preços* é um modo pelo qual a Administração adquire bens e contrata serviços. Por esse sistema, os interessados em vender bens ou prestar serviços ao poder público indicam os respectivos valores, válidos por certo período, e as quantidades que podem fornecer, se solicitadas para contratações futuras.

Segundo o art. 15, II, da Lei 8.666/93, sempre que possível, deve ser utilizado o sistema de registro de preços.

O *sistema de registro de preços* deve ser regulamentado por decreto, para cada âmbito administrativo (federal, estadual, municipal), atendendo às peculiaridades regionais e às seguintes condições: a) o registro será antecedido de ampla pesquisa de mercado; b) os preços registrados serão publicados trimestralmente, na imprensa oficial; c) a seleção deve ser feita pela modalidade da concorrência; d) o modo de controle e atualização dos preços registrados será fixado previamente; e) a validade do registro não será superior a um ano (§§ 1.º a 3.º do art. 15). Na esfera federal, o Decreto 7.892, de 23.01.2013, alterado pelo Dec. 8.250, de 23.05.2014, regulamenta o sistema de registro de preços para esse âmbito.

A existência de preços registrados não obriga a Administração a contratar somente com as empresas ou profissionais respectivos, sendo a estes assegurada preferência em igualdade de condições (§ 4.º do art. 15 da Lei 8.666/93).

Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar preço constante do quadro geral, em razão de incompatibilidade desse com o preço vigente no mercado (§ 6.º do art. 15 da Lei 8.666/93). Da publicidade obrigatória dos preços registrados, como foi referido acima, resulta, assim, a possibilidade do controle efetuado por qualquer indivíduo, mediante impugnação.

## 10.9 Comissão de licitação

Perante a *comissão de licitação* vão ocorrer obrigatoriamente a habilitação preliminar dos licitantes, a classificação das propostas, o julgamento. Além disso, a comissão ordena a publicação de atos, presta informações aos interessados e licitantes (observado o princípio da igualdade), efetua diligências, recebe documentos e os anexa aos autos, se for o caso.

A comissão de licitação é integrada, no mínimo, por três membros, sendo pelo menos dois deles servidores permanentes do órgão da Administração responsável pela licitação (art. 51, *caput*). Como órgão colegiado que é, a comissão terá um presidente, que atua oficialmente em nome da mesma.

A Administração poderá adotar o *sistema de comissões permanentes* ou de *comissões especiais*. As comissões permanentes existem, em geral, nos órgãos que realizam licitações com frequência, adotando-se o mecanismo de comissões especiais, formadas para cada uma, quando as licitações ocorrem de modo esporádico. No caso das primeiras, seus membros poderão aí permanecer por um ano, vedada a recondução da totalidade desses para a mesma comissão, no período seguinte (art. 51, § 4.º). A Administração pode substituir um ou todos os membros, em qualquer momento.

Os membros das comissões de licitação respondem solidariamente por todos os atos praticados pela comissão, salvo o caso de posição individual

divergente, fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que a decisão foi tomada (§ 3.º do art. 51).

### 10.10 Fases do processo licitatório

O processo licitatório segue fases ou momentos, segundo a lei determina. A maneira como as fases se realizam pode variar segundo a modalidade: pode haver simplificação da fase, como ocorre na tomada de preços quanto à habilitação; no convite esta não existe, de regra; no concurso e no leilão, inexistente adjudicação.

Não se vai entrar aqui na controvérsia a respeito de quais sejam, de modo exato, as fases desse processo. Será considerado que o processo se encerra quando é indicado, a final, sem dependência de nenhuma outra decisão, quem vai celebrar o contrato com a Administração.

Não se vai cogitar, igualmente, das exigências legais a serem observadas pela Administração antes do anúncio público da licitação, tais como nas obras e prestações de serviços: a) projeto básico aprovado pela autoridade competente; b) orçamento detalhado em planilhas; c) indicação precisa de recursos orçamentários para pagamento das obrigações no exercício financeiro em curso; e, para todos, exame e aprovação da minuta de edital por assessoria jurídica da Administração etc. Esse período anterior ao anúncio público da licitação é denominado, por alguns autores, de fase interna.

Levando-se em conta o momento do anúncio público da licitação, as fases são as seguintes: *fase inicial*, também denominada *instauração* ou *abertura*, expressa pelo edital; *habilitação*; *classificação*; *juízo*; *homologação* e *adjudicação*.

O art. 43 da Lei 8.666/93 prevê a sequência das fases, a partir da habilitação até a adjudicação.

### 10.11 Instauração ou abertura: o edital

O *edital* é a lei interna da licitação, já se disse, não podendo ser descumprido pela Administração (art. 41, *caput*), nem pelos licitantes. Depois de providências internas da Administração e do prévio exame e aprovação da respectiva assessoria jurídica, o edital é publicado e partir daí desencadeiam-se as demais fases, se houver propostas apresentadas.

O edital tem um *preâmbulo*, no qual devem ser inseridos os seguintes dados: número de ordem da licitação, modalidade, regime de execução do futuro contrato, tipo de licitação (na verdade é o critério de julgamento), menção à legislação que a rege, local, data e hora para entrega da documentação e propostas e para início da abertura dos envelopes (art. 40, *caput*).

O mesmo art. 40 arrola outros dados que, obrigatoriamente, devem ser indicados no texto do edital, como por exemplo: objeto da licitação; prazo e

condições para assinatura do futuro contrato; local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico; condições para participação na licitação e forma de apresentação das propostas; critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos; critério de atualização financeira, se for o caso.

O § 2.º do art. 40 arrola, entre os anexos do edital, que o integram, os seguintes: o projeto básico e/ou executivo, se houver, o orçamento estimado, a minuta do futuro contrato.

O original do edital deverá ser datado, rubricado em todas as folhas e assinado pela autoridade que o expedir, permanecendo nos autos do processo licitatório (§ 1.º do art. 40). Se, por qualquer motivo, for alterado, terá a mesma divulgação anterior, reiniciando-se o prazo para apresentação dos envelopes de documentos e de propostas (§ 4.º do art. 21).

A divulgação do edital efetua-se pela publicação de aviso com o resumo do mesmo, com a antecedência mínima já assinalada, nos seguintes veículos: *Diário Oficial da União*, nas licitações de órgãos ou entidades federais ou de obras financiadas total ou parcialmente com recursos federais; *Diário Oficial do Estado* ou do *Distrito Federal*, quando se tratar, respectivamente, de licitação feita por órgão ou entidade estadual ou municipal, ou do Distrito Federal; em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação no Município ou na região onde será executado o objeto do futuro contrato. Outros meios de divulgação poderão ser utilizados (art. 21, *caput* e incisos). O aviso conterá a indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto completo do edital e outras informações (§ 1.º do art. 21).

O edital poderá ser *impugnado* administrativamente. A Lei 8.666/93 prevê a impugnação por quem pretende participar ou já apresentou envelopes, desde que o faça até o segundo dia útil: antes da abertura dos envelopes de habilitação (na concorrência); antes da abertura dos envelopes de propostas (no convite, tomada de preços, concurso); antes da realização do leilão (§ 2.º do art. 41). A impugnação não impedirá o licitante de participar do processo licitatório (§ 3.º do art. 41). Também é parte legítima para impugnar o edital qualquer cidadão, com o fim de apontar irregularidade na aplicação da lei, devendo protocolar o pedido até cinco dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes de habilitação; neste caso, a Administração deve apreciar e responder à impugnação em até três dias úteis (§ 1.º do art. 41). Esse prazo deveria também ser aplicado à impugnação efetuada pelo licitante, para dar celeridade ao processo.

## 10.12 Habilitação

*Habilitação* é a fase do processo licitatório em que se verifica se os licitantes detêm condições para celebrar e executar o futuro contrato. Tais condições referem-se à habilitação jurídica, à qualificação técnica, à qualificação

econômico-financeira, à regularidade fiscal e trabalhista e ao cumprimento do disposto no inc. XXXIII do art. 7.º da CF (esta última exigência foi inserida no art. 27 da Lei 8.666/93 pela Lei 9.854, de 27.10.1999, para vigorar a partir de cento e oitenta dias de sua publicação). A regularidade trabalhista foi acrescentada ao inciso IV do art. 27 da Lei 8.666/93 pela Lei 12.440, de 07.07.2011, para vigorar cento e oitenta dias após a data da sua publicação. O atendimento dessas condições é comprovado mediante a apresentação de documentos, que a lei arrola, referentes a cada uma, salvo a exigência, inserida pela Lei 9.854/99; a comprovação desta última se efetiva mediante declaração, segundo modelos constantes do Decreto 4.358, de 05.09.2002. Tais documentos devem estar contidos num envelope denominado "documentos", a ser apresentado fechado e rubricado pelo licitante ou seu preposto. Os documentos podem ser apresentados em original, mediante cópia autenticada por cartório ou por servidor da Administração.

A *habilitação jurídica* diz respeito à comprovação da capacidade da pessoa física ou jurídica, essencial para contrair obrigação contratual. O art. 28 prevê, por exemplo, cédula de identidade; registro comercial, no caso de empresa individual; ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, no caso de sociedades comerciais; e, no caso de sociedades por ações, também documentos de eleição de seus administradores.

A *qualificação técnica* refere-se a requisitos de aptidão profissional para executar o futuro contrato. Dentre os documentos exigidos (art. 30) estão: registro ou inscrição na entidade profissional; comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação; indicação das instalações, aparelhamento e pessoal técnico adequados e disponíveis; indicação da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos. Os parágrafos do art. 30 explicitam o modo como tais requisitos são comprovados.

A *qualificação econômico-financeira* diz respeito às condições do licitante de arcar com as despesas necessárias ao cumprimento do contrato, pois os pagamentos efetuados pela Administração ocorrem depois da execução (parcial ou total). O art. 31 indica os seguintes documentos para essa condição: balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício, já exigíveis na forma da lei; certidão negativa de falência ou concordata ou de execução patrimonial; garantia, nas mesmas modalidades e critérios previstos para a garantia contratual, limitada a 1% (um por cento) do valor estimado do objeto do futuro contrato. Outras exigências e a explicitação de algumas estão indicadas nos parágrafos do mesmo artigo.

*Regularidade fiscal* e trabalhista significa a demonstração de que o licitante está em dia com o cumprimento das obrigações tributárias e trabalhistas. No tocante à regularidade fiscal, deverá apresentar (art. 29): prova de inscrição

no CPF ou no CGC; prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal; prova de regularidade com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal; prova de regularidade com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e a Seguridade Social. Quanto a esta última, o § 3.º do art. 195 da CF veda que a pessoa jurídica em débito com a seguridade social contrate com o poder público. A comprovação da *regularidade fiscal das microempresas e empresas de pequeno porte* somente será exigida para efeito de assinatura do contrato, devendo ser apresentada, por ocasião da licitação, toda a documentação exigida, mesmo que apresente alguma restrição; prazo de cinco dias úteis, prorrogável por igual período, a critério da Administração, será concedido para sanar a restrição (Lei Complementar 123/2006, arts. 42 e 43, este com a redação dada em virtude da Lei Complementar 147/2014). A regularidade trabalhista se evidencia pela prova de inexistência de débitos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa de débitos trabalhistas, expedida gratuita e eletronicamente, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho (art. 27, inciso V, acrescentado este pela Lei 12.440, de 07.07.2011, para vigorar cento e oitenta dias após sua publicação).

O cumprimento do disposto no inc. XXXIII do art. 7.º da CF impõe que o licitante demonstre não empregar, em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, menores de 18 (dezoito) anos e, em qualquer trabalho, menores de 16 (dezesesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos. O documento comprobatório da observância dessa proibição não vem indicado na Lei 9.854, de 27.10.1999, que a inseriu como exigência da habilitação, mas no Decreto 4.358/2002: uma declaração.

Nos casos de convite, concurso, leilão, fornecimento de bens para pronta entrega, a documentação acima poderá ser dispensada no todo ou em parte (§ 1.º do art. 32 da Lei 8.666/93). Desde que previsto no edital, o certificado de registro cadastral poderá substituir os documentos exigidos, quanto às informações disponibilizadas em sistema informatizado de consulta direta indicado no edital (§ 2.º do art. 32). Os documentos de habilitação podem ser substituídos também por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e feito em obediência ao disposto na Lei 8.666/93 (art. 32, § 3.º). Na tomada de preços essa substituição é a regra, com a ressalva legal.

Quando na licitação for permitida a participação de *empresas em consórcio*, alguns preceitos devem ser observados: a) comprovação do compromisso público ou particular de formação do consórcio; b) indicação da empresa responsável pelo consórcio; c) apresentação, por parte de cada consorciado, dos documentos exigidos nos arts. 28 a 31 da lei, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica e de qualificação econômico-financeira, o somatório dos quantitativos e valores de cada um, na proporção da respectiva participação; d) impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licita-

ção, através de mais de um consórcio ou isoladamente; e) responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio; f) no consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá à empresa brasileira (art. 33, incisos e parágrafos).

A abertura dos envelopes de documentos referentes à habilitação é realizada em sessão pública, previamente designada, da qual se lavra ata circunstanciada, assinada pelos licitantes e pela comissão de licitação, perante a qual a sessão se realiza. Os integrantes da comissão e os licitantes presentes examinarão os documentos retirados do envelope, devendo rubricá-los.

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

Em caso de documentação que não atenda às exigências legais, o licitante será inabilitado, perdendo o direito de participar das fases subsequentes (§ 4.º do art. 41). Os envelopes com as propostas serão devolvidos, fechados, aos licitantes inabilitados, desde que não haja recurso ou após seu indeferimento (art. 43, II).

Se todos os licitantes forem inabilitados, a administração poderá conceder prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação, facultada, no caso de convite, a redução para três dias úteis (§ 3.º do art. 48).

As decisões da comissão, referentes a essa fase, podem ser objeto de recurso, como se examinará no item específico.

### 10.13 Classificação

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

Não é admitida proposta que apresente *preços simbólicos, irrisórios* ou de *valor zero*, incompatíveis com preços e salários de mercado (propostas inexe-

quíveis), exceto quando se referirem a materiais e instalações pertencentes ao próprio licitante, para os quais ele renuncie a parcela ou à totalidade da remuneração (§ 3.º do art. 44).

Se o edital exigir a apresentação de *proposta técnica e proposta financeira* (preço), haverá primeiro a classificação da proposta técnica e, depois, a classificação da proposta financeira. O licitante desclassificado quanto ao aspecto técnico receberá de volta, fechado, o envelope da proposta financeira.

Todos os elementos da proposta (a proposta em si, planilhas, tabelas etc.) serão examinados e rubricados pela comissão e pelos licitantes presentes.

Serão desclassificadas as propostas: a) que não atendam às exigências do ato convocatório; b) com valor global superior ao limite legal para a modalidade; c) com preços inexequíveis (art. 48 e incisos).

Se todas as propostas forem desclassificadas, a Administração também poderá fixar, aos licitantes, prazo de oito dias úteis para corrigi-las, facultada a redução a três dias úteis, no caso de convite.

Das decisões nessa fase cabe recurso, conforme se examinará no item específico.

## 10.14 Julgamento

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

Os *critérios de juízo* vão caracterizar os chamados tipos de licitação, segundo terminologia usada na Lei 8.666/93. Essa terminologia leva à confusão entre modalidades de licitação (concorrência, tomada de preços etc.) e “tipos de licitação”, que na verdade são os critérios de juízo.

Segundo o critério adotado no ato convocatório e para o fim de juízo, os tipos de licitação, exceto o concurso, são os seguintes:

a) *de menor preço* – em que o critério de juízo é o menor preço ofertado; vencedora da licitação será a proposta que oferecer o menor preço, atendidas as demais condições (art. 45, § 1.º, I);

b) *de melhor técnica* – em que o parâmetro de juízo é o oferecimento de melhor técnica para executar o objeto do futuro contrato. Esse tipo é destinado exclusivamente para serviços de preponderante natureza intelectual, sobretudo elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão, gerenciamento, engenharia consultiva (nesta incluída a elaboração de estudos técnicos preliminares, projetos básicos e executivos) (art. 45, § 1.º, II). Excepcionalmente, por autorização expressa e justificação da autoridade que encabeça o órgão, poderá ser adotado esse tipo para fornecimento de bens, execução de obras ou prestação de serviços de grande vulto, com pre-

dominante dependência de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestada por autoridades técnicas de reconhecida qualificação (art. 46, § 3.º). O § 1.º do art. 46 prevê um procedimento específico para esse julgamento, a ser explicitado no ato convocatório. A Administração fixará, no ato convocatório, um preço máximo. Além disso, há uma valoração mínima, decorrente do cálculo da média dos pontos atribuídos pela comissão a fatores e segundo escala previamente fixada no edital. Indicada a licitante mais bem classificada, efetua-se negociação das condições ofertadas, segundo critérios estabelecidos na lei;

c) *de técnica e preço* – por esse critério, a classificação e o julgamento se efetuam de acordo com a média ponderada das valorizações técnicas e de preço, segundo pesos fixados no ato convocatório (art. 45, § 1.º, III). Esse critério é utilizado para os mesmos objetos arrolados no item *b* e tem o procedimento fixado no § 2.º do art. 46;

d) *de maior lance ou oferta*, nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso (art. 45, § 1.º, IV).

No julgamento, a comissão levará em conta os critérios objetivos indicados no edital ou carta-convite, os quais não devem contrariar as normas e princípios da lei licitatória (arts. 44 e 45, *caput*). Devem ser consideradas as preferências indicadas no art. 3.º, § 1.º, I, parte final, ou seja, as preferências objeto dos §§ 5.º a 12 do mesmo artigo e as preferências constantes do art. 3.º da Lei 8.248, de 23.10.1991; também ocorrem preferências em prol da microempresa, da empresa de pequeno porte e das sociedades cooperativas, nos termos da Lei Complementar 123/2006; e, ainda, tratamento preferencial às empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País, conforme o inc. IV do art. 27 da Lei 10.973, de 02.12.2004, na redação dada pela Lei 12.349/2010.

É proibida a utilização de qualquer elemento sigiloso, secreto ou subjetivo que possa, mesmo indiretamente, elidir a igualdade entre os licitantes (§ 1.º do art. 44). Não será considerada qualquer oferta de vantagem não prevista no ato convocatório, inclusive financiamentos subsidiados, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes (§ 2.º do art. 44).

Em igualdade de condições, como *critério de desempate*, o § 2.º do art. 3.º da Lei 8.666/93 estabelece preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: I – (revogado pela Lei 12.349, de 15.12.2010, art. 7.º); II – produzidos no País; III – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; IV – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País. Mas a Emenda 6, de 15.08.1995, revogou integralmente o art. 171 da CF, cujo § 2.º determinava, ao Poder Público, a preferência a empresa brasileira de capital nacional, na aquisição de bens e serviços; ficou também revogada a distinção entre empresa brasileira e empresa brasileira de

capital nacional. Ante tais revogações, as preferências quanto a empresas brasileiras mostram-se de constitucionalidade duvidosa.

No caso de *empate* entre duas ou mais propostas, a classificação será feita obrigatoriamente por *sorteio*, em ato público, para o qual os licitantes serão convocados (§ 2.º do art. 45).

Se todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá conceder prazo de oito dias úteis para apresentação, pelos mesmos licitantes, de outras propostas, escoimadas das causas que levaram à desclassificação; no caso de convite, esse prazo poderá ser reduzido a três dias úteis.

### 10.15 Homologação

Depois de classificadas as propostas e listadas, da primeira em diante, conforme o critério de julgamento adotado, os autos devem ser remetidos à autoridade superior competente. É o momento denominado classicamente de *homologação*, embora o inc. VI do art. 43 use a expressão “deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”.

Nessa fase, a autoridade superior competente examina todos os elementos dos autos, podendo, a partir daí, adotar uma das seguintes decisões:

a) anuência a todos os elementos dos autos, homologando a licitação e, portanto, aceitando a classificação apresentada pela comissão, se houver;

b) determinação de retorno dos autos à comissão de licitação para esclarecimento de dados ou retificação de lapsos;

c) anulação do processo no todo ou em parte, se verificar a ocorrência de ilegalidade;

d) revogação da licitação por razões de interesse público, decorrente de fato superveniente comprovado, suficiente para justificar tal conduta.

### 10.16 Adjudicação

É o ato pelo qual o objeto do futuro contrato é atribuído ao vencedor da licitação. A Administração deverá obedecer estritamente à ordem de classificação das propostas, sendo vedado desatendê-la ou celebrar o contrato com terceiros estranhos ao processo licitatório, sob pena de nulidade (art. 50). Se o licitante vencedor for preterido, terá direito a indenização, inclusive por lucros cessantes.

Em virtude da sequência estabelecida no art. 43, VI, parece claro que a *adjudicação* ocorre após a homologação, sendo efetuada pela autoridade superior competente que homologou. Além disso, só após o exame dos autos pela autoridade competente e após a homologação se pode cogitar de resultado final da licitação, em âmbito administrativo.

### 10.17 Inversão das fases da licitação

Em alguns casos vem prevista em lei a exigência ou faculdade de *inversão das fases da licitação* indicadas na Lei 8.666/93, para se realizar, primeiro, a classificação, depois, a habilitação. Por exemplo: como exigência, no pregão – Lei 10.520/2002, art. 4.º; como faculdade, nas parcerias público-privadas – Lei 11.079/2004, art. 13; e nas concessões e permissões de serviço público – Lei 8.987/95, art. 18-A, acrescentado pela Lei 11.196/2005.

### 10.18 Dispensa e inexigibilidade

A Lei 8.666/93 arrola os casos em que não se realiza processo licitatório antes da contratação, havendo, conforme o caso, um procedimento interno. Por isso tais hipóteses são denominadas de *contratação direta*.

Fora os casos de dispensa por valores abaixo do limite legal, os demais em que se contratam sem licitação devem ser justificados e comunicados, dentro de três dias, à autoridade superior, para homologação (a lei denomina ratificação) e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição de eficácia dos atos. Os autos de dispensa e inexigibilidade serão instruídos com os seguintes elementos: a) caracterização da situação que justifica a não realização de licitação; b) razão da escolha do executante ou fornecedor indicado; c) justificativa do preço; d) documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados (art. 26, *caput* e parágrafo único, com alterações posteriores).

Em todos os casos em que não se realiza licitação, se for comprovado *superfaturamento*, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o contratado e o agente público, sem prejuízo de outras sanções legais (§ 2.º do art. 25).

A *dispensa* abrange os casos em que a situação enseja competitividade, sendo possível efetuar licitação, mas a lei faculta sua não realização. Por isso o rol do art. 24 é considerado taxativo. As hipóteses elencadas no art. 24 serão a seguir somente mencionadas, descabendo aos fins deste livro o exame profundo de cada uma:

I – obras e serviços de engenharia de valor até 10% (dez por cento) do limite fixado para o convite, nesses objetos (inc. I do art. 23), desde que não se refiram a parcelas da mesma obra ou serviço ou a obras e serviços da mesma natureza e mesmo local que possam ser realizados conjunta e concomitantemente. A Lei 9.648/98 acrescentou, ao art. 24, um parágrafo único, aumentando para 20% (vinte por cento) o percentual acima, nos contratos celebrados por sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações qualificadas como agências executivas, na forma da lei; a Lei 11.107/2005 alterou a redação do parágrafo único do art. 24 para incluir os contratos celebrados pelos consórcios públicos; (item com redação dada pela Lei 9.648/95);

por sua vez, a Lei 12.715, de 17.09.2012, reenumerou para § 1.º o primitivo parágrafo único do art. 24;

II – outros serviços e compras de valor até 10% (dez por cento) do limite fixado para o convite, nesses objetos (inc. II do art. 23), e para alienações, nos termos previstos na Lei 8.666/93, com idênticas ressalvas às do inciso anterior. A Lei 9.648/98 acrescentou, ao art. 24, um parágrafo único, elevando para 20% (vinte por cento) o percentual acima, nos contratos celebrados por sociedades de economia mista, empresas públicas, autarquias e fundações qualificadas como agências executivas, na forma da lei; a Lei 11.107/2005 alterou a redação do parágrafo único do art. 24 para incluir os contratos celebrados pelos consórcios públicos; (item com redação dada pela Lei 9.648/95); por sua vez, a Lei 12.715, de 17.09.2012, reenumerou para § 1.º o primitivo parágrafo único do art. 24;

III – nos casos de guerra e grave perturbação da ordem;

IV – nos casos de emergência ou calamidade, quando caracterizada a urgência no atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo e comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens públicos ou particulares; a dispensa diz respeito somente aos bens necessários ao atendimento da situação e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos, vedada a prorrogação dos contratos;

V – quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas todas as condições antes estabelecidas;

VI – quando a União tiver de intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento;

VII – quando os preços ofertados forem manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes; se a Administração conceder prazo para rever as propostas e persistir a situação, será admitida a contratação direta, por valor não superior ao constante de registro de preços, ou dos serviços;

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade da Administração Pública, criado para esse fim específico, em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o de mercado; (item com redação dada pela Lei 8.883/94); conforme o § 2.º do art. 24 da Lei 8.666/1993, acrescentado pela Lei 12.715, de 17.09.2012, o limite temporal da criação do órgão ou entidade da Administração, previsto neste item VIII, não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem bens estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei 8.080/90, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS;

IX – quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos fixados em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional;

X – para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento de finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a escolha; (item com redação dada pela Lei 8.883/94);

XI – na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação realizada e observadas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor;

XII – nas compras de hortifrutigranjeiros, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário à realização do processo licitatório, realizadas diretamente com base no preço do dia; (item com redação dada pela Lei 8.883/94);

XIII – na contratação de instituição brasileira incumbida regimentalmente de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou de instituição dedicada à recuperação do preso, desde que todas essas entidades tenham inquestionável reputação ético profissional e não tenham fins lucrativos; (item com redação dada pela Lei 8.883/94);

XIV – para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem vantajosas para o poder público; (item com redação dada pela Lei 8.883/94);

XV – na aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis com as finalidades do órgão ou entidade;

XVI – para a impressão de diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração, de edições técnicas oficiais, para a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno por órgãos ou entidades da Administração criados para esse fim; (item com redação dada pela Lei 8.883/94);

XVII – para a aquisição de peças de origem nacional ou estrangeira, necessárias à manutenção de equipamentos durante o período de garantia técnica, junto ao fornecedor original desses equipamentos, quando tal condição de exclusividade for indispensável para a vigência da garantia; (item com redação dada pela Lei 8.883/94);

XVIII – nas compras ou contratações para abastecimento de navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento, quando em estada de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, desde que o valor não exceda ao do limite para convite, nas compras e serviços; (item com redação dada pela Lei 8.883/94);

XIX – nas compras de materiais de uso das Forças Armadas, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pelo apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto; (item com redação dada pela Lei 8.883/94);

XX – na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço seja compatível com o do mercado; (item com redação dada pela Lei 8.883/94);

XXI – para a aquisição de bens e insumos destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, pela FINEP, pelo CNPq ou por outras instituições oficiais de fomento à pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim específico; (item acrescentado pela Lei 9.648/98, com a redação dada pela Lei 12.349/2010);

XXII – na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica; (item acrescentado pela Lei 9.648/98, com redação dada pela Lei 10.438/2002);

XXIII – na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, direta ou indiretamente, para a aquisição ou alienação de bens ou serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado; (item acrescentado pela Lei 9.648/98); além da exigência de compatibilidade aos preços de mercado, o Tribunal de Contas da União fixou entendimento no sentido de ser exigida também, a pertinência entre o serviço a ser prestado ou bens a serem alienados ou adquiridos e o objeto social das mencionadas entidades (Súmula 265 do TCU).

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão; (item acrescentado pela Lei 9.648/98);

XXV – na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida; (item acrescentado pela Lei 10.973/2004);

XXVI – na celebração de contrato de programa com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação; (item acrescentado pela Lei 11.107/2005 – consórcios públicos);

XXVII – na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos e recicláveis, em áreas com sistema de coleta seletiva

de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública; (item acrescentado pela Lei 11.196/2005, com redação dada pela Lei 11.445/2007 – saneamento básico);

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão. (item acrescentado por medida provisória, convertida na Lei 11.484/2007);

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força (acrescentado pela Lei 11.783/2008).

XXX – na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural, no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal (acrescentado por força da Lei 12.188, de 11.01.2010).

XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3.º, 4.º, 5.º e 20 da Lei 10.973, de 02.12.2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes. Esta Lei dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo. O art. 3.º prevê que todos os entes federativos e suas agências de fomento poderão estimular e apoiar a formação de alianças e o desenvolvimento de projetos de cooperação envolvendo empresas nacionais, Instituições Científicas – ICT e organizações privadas sem fins lucrativos para atividades de pesquisa e desenvolvimento, objetivando a geração de produtos e processos inovadores. O art. 4.º refere-se às Instituições Científicas e Tecnológicas que poderão, mediante contrato ou convênio, dentre outros: compartilhar seus laboratórios e equipamentos com microempresas e empresas de pequeno porte voltadas a inovação tecnológica; permitir a utilização de seus laboratórios e equipamentos por empresas nacionais e organizações privadas sem fins lucrativos voltadas para atividades de pesquisa. O art. 5.º autoriza a União e suas entidades a participar minoritariamente do capital de empresa privada de propósito específico que vise ao desenvolvimento de projetos científicos ou tecnológicos para obtenção de produtos ou processos inovadores. E o art. 20 possibilita que órgãos e entidades da Administração contratem empresa, consórcio de empresas ou entidades nacionais privadas sem fins lucrativos voltadas à pesquisa, com o fim de realizar atividades de pesquisa envolvendo risco tecnológico para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto inovador;

XXXII – na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito da Lei 8.080, de 19.09.1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica (inciso acrescentado por força da Lei 12.715, de 17.09.2012);

XXXIII – na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta irregular e água (inciso acrescentado por força da Lei 12.873, de 24.10.2013).

Os casos de dispensa de licitação na alienação de bens públicos são mencionados no item 12.10 do Cap. 12 (Bens públicos).

A *inexigibilidade* diz respeito às hipóteses em que é inviável a competição. Depois de mencionar que é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, o *caput* do art. 25 traz a expressão “em especial” antes de enunciar as respectivas hipóteses, o que tem levado a se cogitar do seu caráter não fechado (não taxativo). As hipóteses arroladas no art. 25 são as seguintes:

I – para a aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros, produzidos ou comercializados com *exclusividade*, vedada a preferência de marca; a comprovação da exclusividade deve ser feita por atestado expedido 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, ou por entidades equivalentes;

II – para a contratação de serviços técnicos especializados, de natureza singular, com profissionais ou empresas de *notória especialização*, vedada a *inexigibilidade* para serviços de publicidade e divulgação. Os serviços técnicos profissionais especializados vêm listados no art. 13: estudos técnicos, planejamento e projetos básicos ou executivos; pareceres, perícias e avaliações em geral; assessorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias; fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços; patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas; treinamento e aperfeiçoamento de pessoal; restauração de obras de arte e bens de valor histórico. O § 1.º do art. 25 aponta os dados para caracterizar o profissional ou empresa como sendo de *notória especialização*: seu conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, equipe técnica e outros requisitos, permite inferir que seu trabalho é essencial e o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato;

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

### 10.19 Anulação e revogação da licitação

O desfazimento do processo licitatório pode ocorrer por *anulação* ou *revogação*. Nos dois casos, a autoridade administrativa deverá motivar sua decisão, assegurando-se o contraditório e a ampla defesa aos interessados (art. 49, *caput* e § 3.º). Os preceitos relativos à anulação e revogação do processo licitatório aplicam-se aos casos de dispensa e inexigibilidade (§ 4.º do art. 49).

A *anulação* advém da existência de ilegalidade (ver Capítulo 8, item 8.11.3). Sendo assim, pode ser efetuada por autoridade competente, superior à comissão de licitação, de ofício ou por provocação (recurso administrativo, noticiário da imprensa etc.). Pode decorrer, também, de sentença ou acórdão do Poder Judiciário.

A anulação do processo licitatório leva à anulação do respectivo contrato, se já foi celebrado, produzindo efeitos retroativos (art. 49, § 2.º, e art. 59, *caput*).

A anulação não gera para a Administração dever de indenizar o vencedor indicado. Caso a anulação atinja o respectivo contrato celebrado, a Administração deve indenizar o contratado no tocante à parte já executada e a outros prejuízos comprovados, contanto que não lhe sejam imputáveis (parágrafo único do art. 59).

A *revogação* desfaz o processo licitatório por razões de interesse público relativas a fato superveniente, devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta (art. 49). Tendo em vista essa possibilidade de revogação, há muito afirma-se que o licitante vencedor não tem direito à celebração do contrato, cabendo-lhe, sim, o direito de não ser preterido se o contrato for celebrado.

Em princípio, descabe *indenização* ao licitante vencedor em caso de revogação, quando esta se pautar pelos preceitos acima; há corrente doutrinária que admite indenização referente às despesas havidas com o processo licitatório, se a revogação for imotivada ou arbitrária (Diógenes Gasparini, *Direito administrativo*, 13. ed., 2008).

### 10.20 Controle da licitação

Sobre a licitação podem incidir vários controles. Alguns são efetuados pela própria Administração (internos); outros realizam-se por entes exteriores (externos).

Os *controles internos* ocorrem de ofício ou mediante provocação. Em geral a provocação advém de interposição de recurso administrativo.

Sob a rubrica *recursos administrativos*, a Lei 8.666/93 diz que os atos decorrentes da sua aplicação ensejam:

a) *recurso hierárquico*, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de habilitação ou inhabilitação de licitante; julgamento das propostas; anulação ou revogação da licitação; indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento (inc. I do art. 109). No caso de convite, o prazo, no que couber, é de 2 (dois) dias úteis;

b) *representação*, no prazo de 5 (cinco) dias da intimação de decisão relacionada com o objeto da licitação, de que não caiba recurso hierárquico (inc. II do art. 109). No caso de convite, o prazo reduz-se para 2 (dois) dias úteis;

c) *pedido de reconsideração*, de decisão de Ministro de Estado, ou Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, na hipótese de declaração de inidoneidade, no prazo de 10 (dez) dias úteis da intimação do ato (inc. III do art. 109).

O recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da que praticou o ato recorrido, a qual poderá reconsiderar sua decisão, no prazo de 5 (cinco) dias úteis ou, nesse prazo, fazê-lo subir, devidamente informado; a autoridade superior deverá decidir dentro de 5 (cinco) dias úteis, sob pena de responsabilidade (§ 4.º do art. 109).

A interposição de recurso será comunicada aos demais licitantes, que poderão impugná-lo no prazo de 5 (cinco) dias úteis (§ 3.º do art. 109). Nenhum prazo de recurso se inicia sem que os autos do processo estejam com vista franqueada ao interessado (§ 5.º do art. 109). Esses dispositivos expressam o princípio do contraditório.

Os recursos administrativos referentes à inhabilitação, habilitação e julgamento das propostas terão *efeito suspensivo*. Aos demais, poderá a autoridade atribuir tal efeito, motivadamente e ante razões de interesse público (§ 2.º do art. 109).

O art. 41 e seus §§ 1.º, 2.º e 3.º cuidam da *impugnação do edital* por irregularidade na aplicação da lei, existência de cláusulas discriminatórias ou que restrinjam a competitividade. Tal impugnação cabe ao licitante até o segundo dia útil antes da abertura dos envelopes de habilitação, antes da abertura das propostas no convite, tomada de preços, concurso, ou antes da realização do leilão; a impugnação efetuada pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão pertinente. A impugnação pode ser apresentada também por qualquer cidadão, para apontar irregularidade, até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para abertura dos envelopes de habilitação.

Além dos recursos acima e da impugnação indicados na Lei 8.666/93, a Lei 8.429, de 02.06.1992 – relativa a sanções por *improbidade* –, prevê, no art. 14, a representação à autoridade administrativa, por qualquer pessoa, para que seja instaurada investigação destinada a apurar a prática de ato ou conduta

que frustra licitude de processo licitatório ou que o dispensa indevidamente (art. 10, VIII). Havendo fundados indícios de responsabilidade, a comissão processante oficiará ao Ministério Público ou à procuradoria do órgão, para que requeira ao juízo competente a decretação do sequestro dos bens do agente ou terceiro que tenha enriquecido ilicitamente ou causado dano ao erário público (art. 16).

Quanto aos *controles externos*, os principais são os seguintes:

a) *controle do Tribunal de Contas*, realizado em virtude de sua finalidade institucional, tal como prevê a Constituição Federal e o art. 113, *caput* e § 2.º, da Lei 8.666/93; ou realizado mediante representação de qualquer licitante ou pessoa física ou jurídica contra irregularidades na aplicação da lei (art. 113, § 1.º);

b) *controle jurisdicional*, provocado mediante interposição de ações diversas, por exemplo, mandado de segurança, ação popular, ação ordinária. A Lei 8.429/92 fixa processo jurisdicional para a ação ordinária, intentada pelo Ministério Público ou procuradoria do órgão, em caso de frustração de licitude de processo licitatório ou dispensa indevida, caracterizados como improbidade administrativa; se procedente, a ação pode resultar na determinação de pagamento ou reversão de bens bloqueados em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito (arts. 17 e 18).

## 10.21 Sanções administrativas

Os arts. 86 a 88 da Lei 8.666/1993 tratam das sanções administrativas. As seguintes hipóteses ensejam a aplicação de sanções administrativas:

(i) conforme o art. 81, se o adjudicatário se recusar, de modo injustificado, a assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, no prazo fixado pela Administração; tais situações configuram descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades previstas na Lei.

(ii) atraso injustificado na execução do contrato (art. 86)

(iii) inexecução total ou parcial do contrato (art. 87)

O art. 87 arrola as seguintes sanções administrativas: “I – advertência; II – multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III – suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV – declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade”; a reabilitação será concedida se o contratado ressarcir à Administração os prejuízos e após decorrido o prazo da suspensão temporária de participar de licitação e celebrar contrato.

A declaração de inidoneidade é da competência exclusiva do Ministro de Estado, Secretário Estadual ou Municipal (art. 87, § 3.º).

É garantido, ao interessado, o direito de defesa prévia, no respectivo processo, no prazo de cinco dias úteis. (art. 87, § 2.º).

Em virtude do art.17 da Lei 12.846, de 01.08.2013 – Lei anticorrupção, a Administração poderá celebrar *acordo de leniência* com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei 8.666/1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções fixadas em seus arts. 86 a 88.

## 10.22 Tutela penal

A Lei 8.666/93, nos arts. 89 a 98, elenca rol de condutas passíveis de punição penal. Constituem crimes, por exemplo: dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais; deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade; frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou outro expediente, o caráter competitivo do processo licitatório, com o intuito de obter para si ou para outrem vantagem decorrente da adjudicação; devassar sigilo de proposta ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.

Os arts. 100 a 108 trazem normas sobre o processo penal referente a tais crimes, todos de ação pública incondicionada, a ser promovida pelo Ministério Público; é admitida ação penal privada subsidiária da pública, se esta não for ajuizada no prazo legal.

## 10.23 Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC

### 10.23.1 Aspectos gerais

A Lei 12.462, de 05.08.2011, com alterações posteriores, instituiu o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, originariamente aplicável às licitações e contratos necessários à realização, no Brasil, do seguinte: I – Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, conforme indicação na Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica – APO (art. 1.º, I); II – Copa das Confederações Fifa 2013 (já ocorrida) e Copa do Mundo Fifa 2014, conforme indicação efetuada pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 (já ocorrida) (art. 1.º, II); III – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados, distantes até 350 km (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes desses mundiais (art. 1.º, III).

A aplicação do RDC foi estendida a outras situações: a) ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (por força da Lei 12.688, de 18.07.2012, que acrescentou o inciso IV ao art. 1.º da Lei 12.462/2011); b) licitações e contratos necessários à realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino (em virtude da Lei 12.722, de

03.10.2012, que acrescentou o § 3.º ao art. 1.º da Lei 12.462/2011); c) obras e serviço de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (nos termos da Lei 12.745/2012, que adicionou o inc. V ao art. 1.º da Lei do RDC); d) contratação, pela Companhia Nacional de Abastecimento – CONAB, de todas as ações relacionadas à reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas às atividades de guarda e conservação de produtos agropecuários em ambiente natural (conforme previsto na Lei 12.873, de 24.10.2013, art. 1.º); e) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (em virtude da Lei 12.980, de 28.05.2014, que incluiu o inc. VI no art. 1.º da Lei 12.462/2011 – Lei do RDC) .

Desse modo, para as licitações e contratações relativas a esses casos, a Lei do RDC fixa tratamento específico, que se afasta, em vários pontos, da disciplina para as licitações e contratações rotineiras da Administração Pública. A opção pelo RDC deve figurar, de modo explícito, no instrumento convocatório e resultará no afastamento das normas contidas na Lei 8.666/93, salvo sua aplicação nos casos expressamente previstos na Lei (art. 1.º, § 2.º).

Em essência, o RDC visa a tornar mais ágeis e céleres as licitações e a obter mais eficácia e eficiência nos contratos públicos relativos a essas situações, do que nas licitações e contratos comuns. Dentre os objetivos do RDC, indicados no art. 1.º, § 1.º, da Lei 12.462/2011 – RDC, salientam-se os seguintes: ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes (inc. I, § 1.º, do art. 1.º); promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público (inc. II, § 1.º, do art. 1.º).

A Lei 12.462/2011 – RDC foi regulamentada pelo Decreto 7.581, de 11.10.2011, alterado pelo Dec. 8.251, de 23.05.2014, que traz pormenores e regras de ordem operacional, para propiciar a execução do RDC.

O art. 2.º da Lei arrola as definições dos seguintes vocábulos para o fim da aplicação do RDC, algumas iguais às contidas na Lei 8.666/93: I – empreitada integral, abrangendo o empreendimento por inteiro, incluindo a totalidade de obras, serviços e instalações necessárias, sob a responsabilidade da contratada; II – empreitada por preço global; III – empreitada por preço unitário; IV – projeto básico; V – projeto executivo; VI – tarefa.

Nesse regime, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, eficiência, probidade administrativa, desenvolvimento nacional sustentável, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e economicidade, sendo este uma inovação, pois os demais figuram na Lei 8.666/93, salvo o da eficiência, inserido na CF, art. 37, caput, pela EC 19/98.

Dentre as diretrizes a serem observadas nas licitações e contratações no RDC, indicadas no art. 4.º, salientam-se as seguintes: a) padronização do obje-

to da contratação quanto às especificações técnicas e de desempenho, e se for o caso, às condições de manutenção, assistência técnica e garantia oferecida (art. 4.º, I); b) padronização de instrumentos convocatórios e minutas de contratos, previamente aprovados pelo órgão jurídico competente (art. 4.º, II); c) condições de aquisição, de seguros, de garantias e de pagamento compatíveis com as do setor privado, inclusive mediante pagamento de remuneração variável conforme o desempenho, na forma do art. 10 (art. 4.º, IV); d) parcelamento do objeto, visando a ampla participação de licitantes, sem perda de economia de escala (art. 4.º, VI).

### 10.23.2 *Linhas básicas das regras aplicáveis às licitações no RDC*

Um dos aspectos controvertidos do RDC diz respeito ao sigilo do orçamento da contratação. Se o orçamento não figurar no instrumento convocatório, essa informação terá caráter sigiloso e será disponibilizada somente aos órgãos de controle externo (p. ex.: Tribunal de Contas, Ministério Público, Poder Judiciário) e interno (p. ex.: Controladoria); nesta hipótese se tornará público só após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias à elaboração das propostas (art. 6.º e § 3.º da Lei 12.462/2011). O controvertido sigilo foi justificado pelo governo na necessidade de impedir conluio de licitantes; este sigilo é um dos pontos da Lei questionados na ADIn 4.655, ajuizada pelo Procurador-Geral da República, perante o STF. Na hipótese em que for adotado o critério de julgamento pelo maior desconto, a informação sobre o orçamento da contratação será incluída no instrumento convocatório (art. 6.º, § 1.º).

No caso de licitação para aquisição de bens, a Administração poderá indicar marca ou modelo, desde que formalmente justificada, nas hipóteses arroladas no inc. I do art. 7.º. É cabível a exigência, justificada, de amostra do bem, na fase de julgamento das propostas ou de lances (art. 7.º, inc. II). A Lei permite solicitar certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, emitida por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada, conforme art. 7.º, III; tal exigência vinha sendo objeto de questionamentos, sobretudo pelos Tribunais de Contas, mas agora a Lei do RDC reconhece a viabilidade legal de sua exigência. Motivadamente poderá ser solicitada carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor (art. 7.º, IV).

Conforme o art. 8.º, § 1.º, no caso de obras e serviços de engenharia serão adotados, preferencialmente, os regimes de: a) *empreitada por preço global*, já prevista na Lei 8.666/93 art. 6.º, VIII, a, “quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total”; b) *empreitada integral*, já prevista na Lei 8.666/93, art. 6.º, VIII, e, “quando se contrata o empreendimento em sua integralidade, compreendendo todas as fases das obras, serviços e insta-

lações necessários, sob inteira responsabilidade da contratada, até a entrega em condições de uso ou operação”; c) *contratação integrada*, abrangendo a elaboração e o desenvolvimento dos projetos básico e executivo, a execução das obras e serviços de engenharia, a montagem, a realização de testes, a pré-operação e todas as demais operações necessárias para a entrega final do objeto (art. 9.º, § 1.º da Lei do RDC); a contratação integrada é uma inovação do RDC, sendo disciplinada no art. 9.º da Lei do RDC. Essa preferência, nos contratos de obras e serviços de engenharia, pelos regimes de empreitada integral e por contratação integrada é um dos pontos de questionamento na ADIn 4.655, movida pelo Procurador-Geral da República, sob a alegação de que, nesses regimes, não se definiria previamente o objeto das obras e serviços.

Nas contratações de obras e serviços de engenharia poderá, motivadamente e respeitado o limite do orçamento fixado pela Administração, ser estabelecida remuneração variável, vinculada ao desempenho da contratada, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazo de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato (art. 10, caput e parágrafo único). Se havia dúvidas a respeito deste modo de remuneração da contratada, sua viabilidade legal é formalmente reconhecida na Lei do RDC.

Mediante justificativa expressa, poderá haver contratação de mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço, desde que não implique perda de economia de escala (art. 11, da Lei do RDC), havendo, então, para a contratação de serviços, o parcelamento do objeto (art. 4.º, VI).

Na licitação em RDC deve ser observada a seguinte ordem das fases: preparatória, publicação do instrumento convocatório; apresentação de propostas ou lances; julgamento das propostas; habilitação; recursal; e encerramento. Desse modo, nas licitações em RDC é obrigatória a chamada inversão de fases, em comparação à ordem das fases fixada na Lei 8.666/93; nesta, primeiro se realiza a habilitação e depois as fases de apresentação de propostas ou lances e de julgamento; no RDC, a apresentação de propostas ou lances e o julgamento precedem a habilitação. A inversão de fases, sem dúvida, torna mais ágil e menos burocrático o processo licitatório e já fora prevista, de modo obrigatório, para o pregão – Lei 10.520/2002, art. 4.º, e de modo facultativo na Lei das PPPs – Lei 11.079/2004, art. 13, e na Lei de Concessões – Lei 8.987/1995, art. 18, conforme redação dada pela Lei 11.196/2005.

A fase de habilitação poderá preceder a fase de apresentação das propostas e lances e a fase de julgamento, por ato motivado, desde que expressamente previsto no instrumento convocatório (art.12 da Lei do RDC).

As licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial, podendo ser exigido, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos com formato eletrônico (art. 13 e parágrafo único).

Nos termos do art.14, na fase de habilitação das licitações em RDC, aplica-se, no que for cabível, o disposto nos arts. 27 a 33 da Lei 8.666/93, observando-se os seguintes aspectos: I – poderá ser exigida dos licitantes declaração de que atendem aos requisitos de habilitação; II – somente do licitante vencedor será exigida a apresentação dos documentos de habilitação, quando esta fase suceder as fases de apresentação das propostas ou lances e de julgamento; III – em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior, apenas ao licitante mais bem classificado.

Será admitida a participação de licitantes sob a forma de consórcio, nos moldes fixados em regulamento (Lei do RDC, art. 14, parágrafo único, I, e Decreto 7.581/2011, art. 51).

Poderão ser exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável. Nota-se preocupação com a preservação ambiental em alguns preceitos da Lei do RDC, embora o art. 4.º, § 1.º, II, mencione mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidos no procedimento de licenciamento ambiental, suscitando a ideia de aceitação de impactos ambientais nos empreendimentos. A mesma linha vem prevista no § 2.º do referido art. 4.º, para os impactos negativos nos bens do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial tombados, cabendo idêntica observação.

Os prazos para apresentação das propostas, a partir da divulgação da publicação do instrumento convocatório, são fixados levando em conta o objeto do contrato e o critério de julgamento, enquanto a Lei 8.666/93 leva em conta, sobretudo, o objeto e a modalidade de licitação. Os prazos da Lei do RDC são mais curtos do que os prazos da Lei 8.666/93. Assim: I – para a aquisição de bens: a) 5 (cinco) dias úteis, nos critérios de julgamento pelo menor preço ou maior desconto; b) 10 (dez) dias úteis, nas demais hipóteses; II – para a contratação de serviços e obras: a) 15 (quinze) dias úteis, no julgamento pelo menor preço ou maior desconto; b) 30 (trinta) dias úteis, nos casos não abrangidos na alínea a; III – nas licitações com o critério de julgamento pela maior oferta: 10 (dez) dias úteis; IV – julgamento pela combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: 30 (trinta) dias úteis (art. 15 e incisos).

A publicidade, sem prejuízo da faculdade de divulgação direta aos fornecedores, cadastrados ou não, será realizada mediante: I – publicação de extrato em Diário Oficial; II – divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado na divulgação de licitações ou mantido pelo ente encarregado do procedimento licitatório na rede mundial de computadores (art. 15, § 1.º e incisos). No caso de licitações cujo valor não ultrapasse R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras ou R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) para bens e serviços, inclusive de engenharia, é dispensada a publicação em Diário Oficial, sendo efetuada somente em sítio eletrônico.

Nas licitações em RDC poderão ser adotados os modos de disputa aberto e fechado, admitida a combinação dos mesmos, na forma do regulamento – Decreto 7.581/2011 (art. 17). No modo aberto, os licitantes apresentam suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento (art. 17, I). No modo fechado, as propostas são sigilosas até a data e hora designadas para divulgação (art. 17, II).

Poderão ser admitidos: I – apresentação de lances intermediários, durante a disputa aberta, ou seja, a) lances iguais ou inferiores ao maior já ofertado, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta ou: b) lances iguais ou superiores ao menor já ofertado, quando adotados os demais critérios de julgamento; II – reinício da disputa aberta, após a definição da melhor proposta e para a definição das demais colocações, sempre que existir uma diferença de pelo menos 10% (dez por cento) entre o melhor lance e o do licitante subsequente (art. 17, § 1.º e 2.º).

O art. 18 arrola os critérios de julgamento que podem ser utilizados: I – menor preço ou maior desconto; II – técnica e preço; III – melhor técnica ou conteúdo artístico; IV – maior oferta de preço; V – maior retorno econômico.

O julgamento por maior desconto tem como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, sendo o desconto estendido aos eventuais termos aditivos (art. 19, § 2.º).

O julgamento pela maior oferta de preço é utilizado no caso de contratos que geram receita para a Administração (art. 22), podendo, neste caso, haver dispensa dos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira (art. 22, § 1.º) e ser exigido o recolhimento de quantia a título de garantia como requisito de habilitação, limitada a 5% (cinco por cento) do valor ofertado (art. 22, §§ 1.º e 2.º).

No julgamento pelo maior retorno econômico, utilizado somente para os contratos de eficiência, será selecionada a proposta que proporcionar maior economia para a Administração, decorrente da execução do contrato (art. 23, *caput*). O contrato de eficiência tem por objeto a prestação de serviços, que poderá incluir obras e fornecimento de materiais, com o objetivo de proporcionar economia à Administração, na forma de redução de despesas correntes (p. ex.: manutenção de serviços já existentes, despesas de pessoal, de material de consumo, de serviços de terceiros; subvenções sociais, despesas com inativos, transferências para outros entes governamentais), sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada (art. 23, § 1.º).

O contrato de eficiência, inovação da Lei do RDC, se distingue da contratação de remuneração variável, outra inovação, prevista no art. 10. Na contratação de remuneração variável há previsão de metas relativas a vantagens adicionais para a Administração; sendo atingidas, o contratado receberá acréscimo na sua remuneração, não se caracterizando inexecução contratual se as metas não forem atingidas. Na hipótese de contrato de eficiência, o contratado tem

a obrigação de gerar economia para a Administração e sua remuneração será um percentual da economia realizada; se a economia não for obtida, poderá haver redução na remuneração do contratado e também poderá haver sanção por inexecução contratual e outras (art. 23, § 3.º, I, II e III).

O art. 25 arrola os critérios de desempate de duas ou mais propostas empatadas: I – disputa final, em que os empatados podem apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação; II – avaliação do desempenho contratual anterior dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído; III – os critérios fixados na Lei 8.248/91 (informática e automação) e no art. 3.º da Lei 8.666/93; V – sorteio; todos sem prejuízo do tratamento favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte, indicado no art. 44 da Lei Complementar 123/2006; quer dizer: o tratamento favorecido destas é o primeiro critério de desempate.

Definido o resultado do julgamento, a Administração poderá encetar negociação com o primeiro colocado para obter condições mais vantajosas, o mesmo ocorrendo com os demais licitantes, na ordem de classificação inicial, quando o preço do primeiro colocado, mesmo após a negociação, for desclassificado porque sua proposta ficou acima do orçamento estimado (art. 26 e parágrafo único). Este tipo de negociação configura uma inovação do RDC, em especial no tocante à maior abrangência dos casos em que pode se realizar, pois a negociação já estava prevista no art. 46, § 1.º, II, da Lei 8.666/93 e no art. 4.º, XVII, da Lei 10.520/2002.

Quanto à comissão de licitação, o Decreto 7.581/2011, que regulamentou a Lei 12.462/2011 – RDC, fixou o número mínimo de três membros tecnicamente qualificados, para formar a comissão (art. 6.º, § 1.º do referido Decreto); a maioria deve ser de servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos ou entidades da Administração responsáveis pela licitação (art. 34 da Lei 12.462/11 – RDC). Os membros da comissão responderão solidariamente por todos os atos praticados por ela, salvo se posição individual divergente estiver registrada em ata da reunião em que se adotou a decisão (art. 34, § 2.º da Lei).

Por sua vez, o art. 35 e parágrafo único da Lei determinou a aplicação da Lei 8.666/93, em seus arts. 24 e 25, aos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação e o mesmo no tocante ao respectivo processo de contratação direta (art. 26).

Nos termos do art. 27, a fase recursal, será única, após a habilitação do vencedor, salvo no caso de inversão de fases (habilitação antes da apresentação das propostas e do julgamento), sendo analisados os recursos atinentes ao julgamento das propostas ou lances e habilitação do vencedor (art. 27, parágrafo único). Assim, no RDC há concentração dos recursos, numa só fase, como no pregão, possibilitando maior agilidade da licitação.

Quanto ao tratamento dado aos recursos no art. 45, II, e parágrafos, é similar às disposições do art. 109 da Lei 8.666/93, com algumas diferenças, dentre as quais: a) a não previsão de efeito suspensivo aos recursos por habilitação ou inabilitação e em face do julgamento, nem a qualquer outro; b) conforme o art. 45, § 1.º, os licitantes devem manifestar imediatamente a intenção de recorrer, no caso de: deferimento ou indeferimento de pré-qualificação de interessado; da habilitação ou inabilitação; e do julgamento; no caso do pregão essa manifestação é facultativa.

### 10.23.3 *Procedimentos auxiliares das licitações*

Sob tal nome e sob a regência do RDC, o art. 29 aponta os seguintes: I – pré-qualificação permanente; II – cadastramento; III – sistema de registro de preços; IV – catálogo eletrônico de padronização. Destes, dois podem ser salientados, pelo aspecto inovador.

A pré-qualificação permanente consiste no procedimento anterior à licitação, destinado a identificar: I – fornecedores que atendam a condições de habilitação exigidas, nos prazos, locais e condições previamente fixadas; II – bens que atendam a exigências técnicas e de qualidade da Administração (art. 30 e incisos). A pré-qualificação tem a validade de um ano, no máximo, podendo ser atualizada a qualquer tempo. A Administração poderá realizar a licitação restrita aos pré-qualificados (art. 30, § 2.º). Na ADIn 4655, o Procurador-Geral da República questiona a pré-qualificação permanente, sob a alegação de que haveria habilitação prévia em fase anterior e distinta da licitação e também porque interessados não pré-qualificados ficam alijados da licitação.

O catálogo eletrônico de padronização de compras, serviços e obras consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, objetivando permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela Administração que estarão disponíveis para a realização de licitação, podendo ser utilizado em licitações de menor preço ou de maior desconto e conterà toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação e especificações dos objetos.

### 10.23.4 *Contratos celebrados no RDC*

O art. 39 da Lei do RDC determina a aplicação da Lei 8.666/93 aos contratos administrativos celebrados com base nesse regime, o mesmo rezando o art. 44 para a anulação e revogação das licitações, com exceção das regras específicas que estabelece.

Uma das regras específicas diz respeito à contratação de licitantes remanescentes, caso o licitante vencedor convocado não assine o contrato, não aceite ou não retire o instrumento no prazo e condições fixados. Conforme o art. 40, parágrafo único, se nenhum dos licitantes remanescentes aceitar a contratação nas condições oferecidas pelo vencedor, os remanescentes pode-

rão ser convocados, na ordem de classificação, para celebrar o contrato nas condições destes, contanto que o valor seja igual ou inferior ao orçamento estimado para o contrato, inclusive quanto aos preços atualizados nos termos do instrumento convocatório; a possibilidade de firmar contrato nas condições dos remanescentes (desde que atendidas as exigências de valor) está ausente da Lei 8.666/93, art. 64, § 2.º, pois nos termos deste, se não forem aceitas as condições do vencedor, resta à Administração revogar a licitação. Sem dúvida, a possibilidade conferida pelo art. 40, parágrafo único, da Lei do RDC possibilita agilizar a indicação do futuro contratado, evitando novo processo licitatório.

O mesmo tratamento à contratação de licitante remanescente (art. 40, parágrafo único, supra) é conferido à contratação direta com fundamento no inciso XI do art. 24 da Lei 8.666/93, que é a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em decorrência de rescisão contratual (art. 41 da Lei do RDC).

No caso de prestação de serviços a serem executados de forma contínua, mencionados no art. 57, II, da Lei 8.666/93, (p. ex.: vigilância, limpeza), os contratos celebrados pelos entes públicos responsáveis pelas atividades necessárias à realização das atividades descritas nos incisos I a III do art. 1.º da Lei 12.462/2011 (grandes eventos esportivos de 2013, 2014 e 2016) poderão ter a sua vigência (duração) estabelecida até a data da extinção da Autoridade Pública Olímpica – APO (artigo com a redação fixada por força da Lei 12.688, de 17.07.2012).

### *10.23.5 Sanções administrativas no RDC*

A Lei do RDC estabelece tratamento sancionador mais severo do que a Lei 8.666/93, sobretudo em vista da premência das datas e prazos relativos aos eventos esportivos a que se destinou originariamente. Conforme o art. 47, ficará impedido de contratar com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios pelo prazo de 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, e outras cominações legais, o licitante que:

I – convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no art. 40 (licitante remanescente) e 41 (remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em decorrência de rescisão) da Lei do RDC;

II – deixar de apresentar a documentação exigida para o certame ou apresentar documento falso;

III – ensejar o retardamento da execução ou da entrega do objeto da licitação sem motivo justificado;

IV – não mantiver a proposta, salvo por fato superveniente, devidamente justificado;

V – fraudar a licitação ou praticar atos fraudulentos na execução do contrato;

VI – comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal;

VII – dar causa à inexecução total ou parcial do contrato.

A aplicação da sanção indicada no art. 47, caput, implica o descredenciamento do licitante, pelo mesmo prazo, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que integram a Autoridade Pública Olímpica-APO.

Alem do mais, as sanções administrativas, criminais e demais regras contidas no Capítulo IV da Lei 8.666/93 aplicam-se às licitações e contratos da Lei do RDC.

## 10.24 Bibliografia

- BARROS, Mário dos Santos. *502 Comentários sobre licitações e contratos administrativos*. 2. ed. São Paulo: NDJ, 2012.
- DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997.
- DI PIETRO, M. Sylvia Z.; RAMOS, Dora M. O.; SANTOS, Marcia W. Batista dos; D'ÁVILA, Vera Lúcia M. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GARCIA, Maria; MARQUES NETO, Floriano Azevedo; SANTOS, Márcia W. Batista dos; TANAKA, Sônia Y. *Estudos sobre a lei de licitação e contratos*. São Paulo: Forense Universitária, 1995.
- GUIMARÃES, Edgar; NIEBUHR, Joel de Menezes. *Registro de preços*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010.
- \_\_\_\_\_; *Comentários ao RDC*. São Paulo: Dialética, 2013.
- \_\_\_\_\_; PEREIRA, César A. Guimarães (org.). *O regime diferenciado de contratações públicas*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- LEÃO, Eliana Goulart. *O sistema de registro de preços: uma revolução nas licitações de compras*. Campinas: Bookseller, 1997.
- MEDAUAR, Odete (org.) et al. *Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: NDJ, 1998.
- MENDES, Renato Geraldo. *Lei de licitações e contratos anotada*. 8. ed. Curitiba: Zênite, 2011.
- MUKAI, Toshio. *O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos*. São Paulo: RT, 1993.
- NIEBUHR, Joel de Menezes. *Pregão presencial e eletrônico*. Curitiba, Ed. Zênite, 5. ed., 2008.
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações públicas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- REIS, Luciano Elias. *Licitação e contratos: um guia de jurisprudência*. Curitiba: Ed. Negócios Jurídicos, 2013.
- SANTANA, Jair Eduardo. *Pregão- presencial e eletrônico: sistema de registro de preços*. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- SANTOS, Márcia W. Batista dos; CARRIJO, Maria Tereza Dutra. *Licitações e contratos – Roteiro prático*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SCWIND, Rafael Wallbah. *Licitações internacionais*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.