

---

Maria Sylvia Zanella  
**Di Pietro**

DIREITO  
**ADMINISTRATIVO**

**29.<sup>a</sup>** revista,  
atualizada  
edição e ampliada



- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2016 by

**EDITORA FORENSE LTDA.**

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (0XX21) 3543-0770 – Fax: (0XX21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Esta obra passou a ser publicada pela Editora Forense a partir da 29.ª edição.

- Capa: Danilo Oliveira

- Fechamento desta edição: 15.02.2016

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.  
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

C35m

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella

Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro. – 29.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.  
1088 p.; 24cm

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-309-6876-2

1. Direito administrativo - Brasil. I. Título.

15-28985.

CDU: 342.9

# 9

## LICITAÇÃO

### 9.1 CONCEITO

Aproveitando, parcialmente, conceito de José Roberto Dromi (1975:92), pode-se definir a licitação como o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato.

Ao falar-se em **procedimento administrativo**, está-se fazendo referência a uma série de atos preparatórios do ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento integrado por atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante, todos contribuindo para formar a vontade contratual. Por parte da Administração, o edital ou convite, o recebimento das propostas, a habilitação, a classificação, a adjudicação, além de outros atos intermediários ou posteriores, como o julgamento de recursos interpostos pelos interessados, a revogação, a anulação, os projetos, as publicações, anúncios, atas etc. Por parte do particular, a retirada do edital, a proposta, a desistência, a prestação de garantia, a apresentação de recursos, as impugnações.

A expressão *ente público no exercício da função administrativa* justifica-se pelo fato de que mesmo as entidades privadas que estejam no exercício de função pública, ainda que tenham personalidade jurídica de direito privado, submetem-se à licitação. Note-se que as entidades da Administração Indireta, com personalidade de direito privado, como empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, costumam ser chamadas por alguns autores de **entidades públicas de direito privado**, por terem o regime de direito comum parcialmente derogado por normas de direito público; é o caso dos dispositivos constitucionais que impõem licitação (arts. 22, XXVII, e 37, *caput*, combinado com inciso XXI, e com art. 173, § 1º, inciso III, da Constituição).

Pela licitação, a Administração **abre a todos os interessados que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório**, a possibilidade de apresentação de proposta. Quando a Administração convida os interessados pela forma de convocação prevista na lei (edital ou carta-convite), nesse ato convocatório vêm contidas as condições básicas para participar da licitação, bem como as normas a serem observadas no contrato que se tem em vista celebrar; o atendimento à convocação implica a aceitação dessas condições por parte dos interessados. Daí a afirmação segundo a qual o edital é a lei da licitação e, em consequência, a lei do contrato. Nem a Administração pode alterar as condições, nem o particular pode apresentar propostas ou documentação em desacordo com o exigido no ato de convocação, sob pena de desclassificação ou inabilitação, respectivamente.

Finalmente, a expressão *possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará a mais conveniente para a celebração de contrato* encerra o conceito de licitação. No direito privado, em que vigora o princípio da autonomia da vontade, o contrato celebra-se mediante a apresentação de uma oferta que o outro aceita. No Direito Administrativo, a licitação equivale a uma oferta dirigida a toda a coletividade de pessoas que preencham os requisitos legais e regulamentares constantes do edital; dentre estas, algumas apresentarão suas propostas, que equivalerão a uma aceitação da oferta de condições por parte da Administração; a esta cabe escolher a que seja mais conveniente para resguardar o interesse público, dentro dos requisitos fixados no ato convocatório.

No direito brasileiro, a Lei nº 8.666, de 21-6-93, que disciplina as licitações e contratos da Administração Pública, indica, no artigo 3º, os objetivos da licitação, permitindo a formulação de outro conceito: licitação é o procedimento prévio à celebração dos contratos administrativos, que tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, promover o desenvolvimento nacional e garantir a isonomia entre os licitantes.

## 9.2 DIREITO POSITIVO

Na Constituição de 1967, não havia norma expressa definindo a competência para legislar sobre licitação, o que deu margem à formação de duas correntes doutrinárias: uma entendendo que licitação é matéria de direito financeiro, a respeito da qual cabe à União estabelecer normas gerais e, aos Estados, as normas supletivas (art. 8º, XVII, c e § 2º); e outra vendo a licitação como matéria de direito administrativo, de competência legislativa de cada uma das unidades da federação.

A controvérsia surgiu com a Lei Federal nº 5.456, de 20-6-68, que determinou a aplicação, aos Estados e Municípios, das normas relativas às licitações, previstas no Decreto-lei nº 200, de 25-2-67. E prosseguiu com a promulgação do Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, que, dispondo sobre licitações e contratos da Administração Federal, determinou, no artigo 85, que se aplicariam aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios as **normas gerais** nele estabelecidas.

Para os adeptos da primeira corrente, essas normas eram válidas; para os da segunda, elas eram inconstitucionais e feriam o princípio da autonomia das unidades federadas para legislar sobre essa matéria.

A Constituição de 1988 pôs fim à controvérsia, ao dar competência privativa à União para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle” (art. 22, XXVII). Essa norma imprimiu validade incontestada ao art. 85 do Decreto-lei nº 2.300/86, significando que Estados e Municípios podem exercer competência legislativa suplementar em matéria de licitação (art. 24, § 2º, e art. 30, II, da Constituição). A Emenda Constitucional nº 19/98 deu nova redação ao artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, atribuindo à União competência privativa para legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III”.

A grande dificuldade com que se defrontava o intérprete do Decreto-lei nº 2.300/86 decorria da falta de técnica legislativa, que levou seus redatores a inserirem num texto **normas gerais**, de âmbito nacional, e **normas especiais**, de âmbito federal, sem qualquer critério orientador que permitisse distinguir umas das outras. Isto levava a resultados negativos, pois a interpretação do que sejam normas gerais variava de um Estado e Município para outro, produzindo resultado oposto ao que levou as Constituições brasileiras, desde 1946, a dar à União competência para estabelecer normas gerais: a uniformização de determinados princípios em todo o território nacional.

No Estado de São Paulo, a Lei nº 6.544, de 22-11-89, procurou fazer a adaptação da legislação estadual à lei federal, reproduzindo as suas disposições, com pequenas alterações.

Está, agora, em vigor, a Lei Federal nº 8.666, de 21-6-93, que, revogando o Decreto-lei nº 2.300/86, “regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”. Essa lei já sofreu inúmeras alterações e acréscimos por legislação posterior.<sup>1</sup>

Intensificando a tendência legislativa centralizadora da União e com flagrante invasão na área de competência dos Estados e Municípios para a legislação suplementar, o artigo 1º afirma, textualmente, que “esta lei estabelece **normas gerais**

<sup>1</sup> As alterações foram feitas pelas Leis nºs 8.883, de 8-6-94, 9.648, de 27-5-98, 9.854, de 27-10-99, 10.438, de 24-4-02, 10.973, de 2-12-04, 11.079, de 30-12-04, 11.107, de 6-4-05, 11.196, de 21-11-05, 11.445, de 5-1-07, 11.481, de 31-5-07, 11.484, de 31-5-07, 12.349, de 15-12-10, 12.440, de 7-7-11, 12.715, de 17-9-12, Lei Complementar nº 147, de 7-8-14, e Lei nº 13.243, de 11-1-16.

sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da **União**, dos **Estados**, do **Distrito Federal** e dos **Municípios**".

Enquanto o Decreto-lei nº 2.300/86, com a norma do artigo 85, deixava a possibilidade de separar as **normas gerais** das que não tinham essa natureza (ainda que com a apontada dificuldade), a Lei nº 8.666/93 já declara, no artigo 1º, que todas as disposições nela contidas têm a natureza de normas gerais. Se alguma dúvida houvesse, ela se dissiparia com a norma do artigo 118, que determina aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta a obrigatoriedade de adaptarem as suas normas sobre licitações e contratos "ao disposto nesta Lei".

A inconstitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 8.666/93 é manifesta, porque nada deixa para que Estados e Municípios legislem em matéria de licitação e contrato administrativo. Apenas o artigo 115 concede aos "órgãos da Administração" (não aos legislativos estaduais e municipais) competência para expedirem normas relativas aos procedimentos operacionais a serem observados na execução das licitações, no âmbito de sua competência; essas normas, após aprovação da autoridade competente, deverão ser publicadas na imprensa oficial (parágrafo único). Ambas as determinações são inúteis; a primeira, porque a lei está conferindo a órgãos administrativos uma competência que eles já detêm, qual seja, a de editar atos normativos (regulamentos, resoluções, portarias) que permitam facilitar ou aperfeiçoar o cumprimento da lei; a segunda, porque a publicidade é princípio que decorre do artigo 37 da Constituição e constitui condição para que os atos administrativos produzam efeitos externos.

Ainda sobre licitação existe a Lei nº 10.520, de 17-7-02, que instituiu nova modalidade denominada pregão; a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06 (Estatuto da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte), que, nos artigos 42 a 49, contém normas sobre licitação, favorecendo as microempresas e empresas de pequeno porte; a Lei nº 11.488, de 15-6-07, que no artigo 34 determina a aplicação da Lei Complementar nº 123/06 às Sociedades Cooperativas, e a Lei nº 12.462, de 4-8-11, que, dentre outras medidas, institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC). O contrato de publicidade está disciplinado pela Lei nº 12.232, de 29-4-10. Por sua vez, a Lei nº 12.598, de 22-3-13 (regulamentada pelo Decreto nº 7.970, de 28-3-13), estabelece normas especiais para as compras, as contratações e o desenvolvimento de produtos e de sistemas de defesa.

Quanto à concessão e permissão de serviço público e de obra pública, aplica-se, em matéria de licitação, a Lei nº 8.666, parcialmente derogada pela Lei nº 8.987, de 13-2-95. Em relação à parceria público-privada, essas duas leis aplicam-se, parcialmente derogadas pela Lei nº 11.079, de 30-12-04. Ainda existem outras leis sobre concessão de determinados serviços públicos, como telecomunicações, portos, energia e outros, com normas específicas sobre licitação.

### 9.3 PRINCÍPIOS

Não há uniformidade entre os doutrinadores na indicação dos princípios informativos da **licitação**. José Roberto Dromi (1975:134) indica dois: o da **livre concorrência** e o da **igualdade entre os concorrentes**; Sayaguéz Laso (1940:52-53) também aponta dois: o da **igualdade de todos frente à Administração** e o **estrito cumprimento do edital**; Adilson Abreu Dallari fala em três princípios: os da **igualdade, publicidade e rigorosa observância das condições do edital** (1973:33); a esses três Celso Antônio Bandeira de Mello (1980:2) acrescenta o da **possibilidade do disputante fiscalizar o atendimento dos princípios anteriores**.

Hely Lopes Meirelles (2003:265) relaciona maior número de princípios: **procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória**.

Uma primeira observação é no sentido de que a própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública. Ela é uma decorrência do princípio da **indisponibilidade do interesse público** e que se constitui em uma restrição à liberdade administrativa na escolha do contratante; a Administração terá que escolher aquele cuja proposta melhor atenda ao interesse público.

O Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, exigia licitação para a contratação de **obras, serviços, compras e alienações**, ressalvadas as hipóteses previstas em lei. A obrigatoriedade passou a constar da Constituição Federal, em relação aos mesmos contratos (art. 37, XXI) e à concessão e permissão de serviços públicos (art. 175). A Lei nº 8.666, de 21-6-93, faz a mesma exigência para as **obras, serviços**, inclusive de **publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações** da Administração Pública (art. 2º).

O princípio da indisponibilidade do interesse público também exige que as empresas estatais, embora regidas pelo direito privado, se submetam à licitação, uma vez que administram recursos total ou parcialmente públicos. A exigência decorre também da Constituição, por força do já mencionado artigo 37, XXI, e do artigo 22, XXVII, que dá à União competência para estabelecer normas gerais de licitação e contratação em todas as modalidades, para as Administrações Públicas Diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e **para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III**. Este último dispositivo, também alterado pela Emenda nº 19, prevê que as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços sejam regidas por estatuto jurídico que disponha, entre outras coisas, sobre licitação e contratação, com observância dos princípios da Administração Pública.

Isto significa que, com a nova redação do dispositivo constitucional, as empresas estatais vão poder dispor de procedimento próprio para suas licitações. Mas não estarão dispensadas de observar os princípios da licitação.

Afora o princípio da licitação, existem outros que se referem ao próprio procedimento: em suas várias fases vão se colocar em confronto o interesse público na escolha da melhor oferta e o interesse particular em contratar com a Administração. Seguindo mais a linha de Hely Lopes Meirelles, o artigo 3º do Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, determinava que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da **igualdade**, da **publicidade**, da **proibidade administrativa**, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do **julgamento objetivo** e dos que lhes são correlatos; a esses o artigo 3º da Lei nº 8.666, de 21-6-93, acrescenta os da **legalidade**, **impressoalidade** e **moralidade**, já previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição.

Ainda outros princípios não previstos expressamente no artigo 3º podem ser mencionados, em especial o da adjudicação compulsória, o da ampla defesa, o da razoabilidade, o da motivação, o da participação popular, todos eles decorrendo expressa ou implicitamente da própria Lei nº 8.666/93 e de outras leis esparsas, estando amplamente consagrados no direito brasileiro. Mais recentemente, fala-se em princípio da sustentabilidade da licitação ou princípio da licitação sustentável.

### 9.3.1 PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O **princípio da igualdade** constitui um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. Esse princípio, que hoje está expresso no artigo 37, XXI, da Constituição, veda o estabelecimento de condições que impliquem preferência em favor de determinados licitantes em detrimento dos demais. Na parte final, o dispositivo deixa claro que o procedimento da licitação somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Na Lei nº 8.666/93, a igualdade entre os licitantes é mencionada duas vezes: como um dos objetivos da licitação e como um dos princípios expressamente previstos.

No § 1º, inciso I, do artigo 3º da Lei nº 8.666, está implícito outro princípio da licitação, que é o da **competitividade** decorrente do princípio da isonomia: é vedado aos agentes públicos “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 §§ 5º a 12 deste artigo e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23-10-1991”.

No mesmo § 1º, inciso II, do artigo 3º, da Lei nº 8.666/93, há ainda outra aplicação do **princípio da isonomia**, quando se veda aos agentes públicos “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 pagamento, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais, ressalvado o disposto no parágrafo seguinte e no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23-10-91”.

A preocupação com a isonomia e a competitividade ainda se revela em outros dispositivos da Lei nº 8.666/93; no artigo 30, § 5º, é vedada, para fins de habilitação, a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta lei, que inibam a participação na licitação; no artigo 42, referente às concorrências de âmbito internacional, procura-se estabelecer igualdade entre brasileiros e estrangeiros: pelo § 1º, “quando for permitido ao licitante estrangeiro cotar preço em moeda estrangeira, igualmente o poderá fazer o licitante brasileiro”; pelo § 3º do artigo 42, “as garantias de pagamento ao licitante brasileiro serão equivalentes àquelas oferecidas ao licitante estrangeiro”; pelo § 4º, “para fins de julgamento da licitação, as propostas apresentadas por licitantes estrangeiros serão acrescidas dos gravames consequentes dos mesmos tributos que oneram exclusivamente os licitantes brasileiros quanto à operação final de venda”; e, pelo § 6º, “as cotações de todos os licitantes serão para entrega no mesmo local de destino”; o artigo 90 define como crime o ato de frustrar ou fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

No entanto, como se verifica pelo § 1º do artigo 3º, os seus incisos, depois de colocarem normas que constituem aplicação do princípio da isonomia, preveem, em sua parte final, algumas ressalvas para permitir tratamento diferenciado em pelo menos quatro hipóteses: (a) quando a exigência discriminatória for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato; (b) para garantir a margem de preferência estabelecida pelos §§ 5º a 12 do artigo 3º; (c) para as hipóteses previstas no artigo 3º da Lei nº 8.248/91; e (d) para definir os critérios de desempate. Além disso, a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, veio conceder benefícios às microempresas e empresas de pequeno porte, estendidos às cooperativas pela Lei nº 11.488/07, também como exceção ao princípio da igualdade entre os licitantes. E ainda houve a inclusão do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos da licitação, no *caput* do artigo 3º, dando margem à aceitação da chamada licitação sustentável, que autoriza a previsão, no instrumento convocatório, de exigências que favoreçam a proteção do meio ambiente, em harmonia com o desenvolvimento social e econômico.

Antes de analisar cada uma dessas exceções ao princípio da isonomia, é preciso buscar o seu fundamento constitucional. Para esse fim, é preciso recorrer ao princípio da razoabilidade e ao princípio do devido processo legal em sua feição

substantiva. A razoabilidade deve existir tanto em relação às leis, como em relação aos atos administrativos.

No que diz respeito à razoabilidade das leis (que se confunde com o princípio do devido processo legal substantivo), o que se exige é que as discriminações previstas em lei sejam necessárias para alcançar determinados fins estabelecidos pelo ordenamento jurídico, especialmente pela Constituição.<sup>2</sup>

San Tiago Dantas, que bem analisou o assunto,<sup>3</sup> parte da ideia de que o princípio da igualdade deve ser observado como limite à função do legislador. Ele reconhece que “a intervenção do Estado nas relações econômicas – a economia planificada ou dirigida – acentua a necessidade de cingir a norma legislativa ao caso concreto, obriga a proceder para com os particulares com diferentes pesos e medidas. O Estado bloqueia os preços de um produto, e deixa livres os de outro. Permite a um fazendeiro que empreenda certa lavoura (a da cana de açúcar, por exemplo), e proíbe atividade idêntica a seu vizinho. De sorte que, ou afirmamos a natureza ilimitada dos poderes conferidos ao Legislativo, e para isso reduzimos o princípio constitucional da igualdade a simples preceito programático, com eficácia vinculativa para os órgãos administrativos e judiciários, ou temos de firmar doutrina sobre os limites constitucionais da função legislativa, excluindo dela as leis que não podem ser feitas, e que, se forem, não podem lograr aplicação”. No entanto, afirma a necessidade de que as discriminações, ainda que necessárias, sejam plausíveis, racionais, razoáveis em relação aos fins que o ordenamento jurídico impõe; com isso, “abre-se ao Poder Judiciário a porta por onde lhe vai ser dado examinar o próprio mérito da disposição legislativa; repelindo como ‘undue processes of law’, a lei caprichosa, arbitrária no diferenciar o tratamento jurídico dado a uma classe de indivíduos, o tribunal faz o cotejo da lei especial com as normas gerais do direito, e repele o direito de exceção que não lhe parece justificado”.

Do mesmo modo, Celso Antônio Bandeira de Mello (1978:24), ao analisar em profundidade o princípio da igualdade, embora sem referência expressa à razoabilidade ou ao devido processo legal, adota o mesmo entendimento, quando afirma que “as discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida, por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida”. E acrescenta que, “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas”.

Com relação aos atos administrativos, a razoabilidade exige proporcionalidade, correlação ou adequação entre os meios e os fins (v. item 3.3.12).

<sup>2</sup> Sobre o princípio da razoabilidade, v. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Discrecionalidade administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 174. Especificamente sobre razoabilidade nas licitações, escrevemos texto inserido no livro *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 5. ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

<sup>3</sup> Igualdade perante a lei e *due process of law*. In *RF* 116, p. 21-22.

É levando em conta o princípio da razoabilidade que devem ser analisadas as exceções à isonomia previstas na Lei nº 8.666/93 e em outras leis esparsas.

A **primeira exceção** resulta implícita do artigo 3º, § 1º, inciso I, quando veda as cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o caráter competitivo da licitação, incluindo “qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato”. A *contrario sensu*, conclui-se que, se a circunstância for pertinente ou relevante para o específico objeto do contrato, ela é razoável e, portanto, não fere o princípio da isonomia. É o caso, por exemplo, em que razões de ordem técnica autorizam a indicação de determinada marca do produto a ser adquirido (conf. art. 7º, § 5º, da Lei nº 8.666/93), ou quando se façam exigências de habilitação indispensáveis à execução do contrato (conf. artigo 37, XXI, da Constituição), ou se especificam características do produto que, embora possam afastar alguns licitantes, são essenciais aos objetivos do contrato.

A **segunda exceção**, prevista na parte final do artigo 3º, § 1º, inciso I, diz respeito aos §§ 5º a 12 do mesmo dispositivo (inseridos pela Lei nº 12.349, de 15-12-10, regulamentada pelo Decreto nº 7.546, de 2-8-11). Tais parágrafos agasalham a possibilidade de ser estabelecida margem de preferência para *produtos manufaturados nacionais e serviços nacionais* que atendam a normas técnicas brasileiras ou se destinem à implantação, manutenção e aperfeiçoamento dos *sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos*.<sup>4</sup> A mesma Lei nº 12.349/10 introduziu os incisos XVII, XVIII e XIX no artigo 6º da Lei nº 8.666/93 para definir, respectivamente, o que sejam “produtos manufaturados nacionais”, “serviços nacionais” e “sistemas de tecnologia de informação e comunicação estratégicos”. Por sua vez, a Lei nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) introduziu um inciso II no § 5º do artigo 3º para permitir que nos processos de licitação seja estabelecida margem de preferência para “bens e serviços produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitado da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação”.

Não existe, na Constituição, dispositivo específico que permita discriminação em favor de produtos e serviços nacionais em detrimento dos estrangeiros. A justificativa tem que ser buscada em princípios mais genéricos, como os da soberania (art. 1º, I), o da garantia do desenvolvimento nacional (art. 3º, II), o da promoção

<sup>4</sup> Essa margem de preferência vem sendo definida casuisticamente, apenas para a administração pública federal, em relação a produtos específicos: por exemplo, os Decretos nºs 7.810, de 20-9-12, 7.812, de 20-9-12, e 7.816, de 28-9-12, estabelecem a aplicação de margem de preferência em licitações para aquisição, respectivamente, de papel-moeda, de veículos para vias férreas e de caminhões, furgões e implementos rodoviários na forma especificada em anexo ao último decreto citado. O Decreto nº 7.903, de 4-2-13, estabelece a margem de preferência nas aquisições de equipamentos de tecnologia de informação e comunicação que menciona. Outras margens de preferência foram estabelecidas pelos Decretos nºs 8.184, 8.185, 8.186, todos de 17-1-14, 8.194, de 12-2-14, 8.225, 8.223, 8.224, todos de 3-4-14.

e capacitação tecnológicas, com apoio e estímulo às empresas que invistam em pesquisa, criação de tecnologia adequada ao País (art. 218 e §§), incentivo ao mercado interno, definido como patrimônio nacional (art. 219). Com base nesses dispositivos, é possível incluir nos instrumentos convocatórios exigências que confirmam a margem de preferência prevista na Lei nº 12.349/10.

No entanto, a previsão da margem de preferência não poderá implicar desrespeito ao artigo 37, XXI, da Constituição, com exigências de qualificação técnica não essenciais ao específico objeto do contrato.

A **terceira exceção** à regra da isonomia, prevista na parte final do § 1º, incisos I e II, do artigo 3º, da Lei nº 8.666, é a que se refere às aquisições de bens e serviços de informática e automação, para dar preferência aos produzidos por empresas de capital nacional, observada a seguinte ordem: “I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país; II – bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo (art. 3º da Lei nº 8.248/91, com a redação dada pela Lei nº 10.176, de 11-1-2001)”. Valem, com relação a essa exceção, as observações feitas com relação à margem de preferência para serviços e produtos nacionais.

A **quarta exceção** é a que se contém no § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666 que assegura, em igualdade de condições, como critério de desempate, preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: “I – revogado; 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”; V – produzidos ou prestados por empresas que comprovem cumprimento de reserva de cargos prevista em lei para pessoa com deficiência ou para reabilitados da Previdência Social e que atendam às regras de acessibilidade previstas na legislação” (introduzido pela Lei nº 13.146, de 6-7-15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência)).<sup>5</sup> Também aqui valem as observações feitas com relação à margem de preferência para serviços e produtos nacionais.

Além disso, a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, alterada pela Lei Complementar nº 147, de 7-8-14, veio criar mais um critério de desempate em favor da microempresa e da empresa de pequeno porte (art. 44), considerando como empate, para esse fim, “aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% (dez por cento) superiores à proposta mais bem classificada” (§ 1º do art. 44); esse índice é de 5%

<sup>5</sup> O art. 66-A, introduzido na Lei 8.666/93 pela Lei 13.146/15, estabelece que as empresas enquadradas no inciso V do § 2º e no inciso II do § 5º do art. 3º da lei deverão cumprir, durante todo o período de execução do contrato, a reserva de cargos prevista em lei para pessoas com deficiência ou para reabilitação de Previdência Social, bem como as regras de acessibilidade previstas na legislação. A preocupação é que sejam preservadas, durante a execução do contrato, as normas de proteção das pessoas portadoras de deficiência, contidas nos referidos dispositivos da Lei 8.666, introduzidos pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

no caso do pregão (§ 2º do art. 44). Ocorrendo esse empate, a microempresa ou empresa de pequeno porte mais bem classificada poderá apresentar proposta de preço inferior àquela considerada vencedora do certame, situação em que será adjudicado em seu favor o objeto licitado (art. 45, I); se houver empate entre microempresas e empresas de pequeno porte, será realizado sorteio entre elas (art. 45, inciso III). Esse tratamento favorecido, diferenciado e simplificado nas contratações públicas de bens, serviços e obras, foi regulamentado pelo Decreto nº 6.204, de 5-9-07.

O mesmo benefício previsto na Lei Complementar nº 123 foi estendido às sociedades cooperativas que tenham auferido, no ano-calendário anterior, receita bruta até o limite definido no inciso II do *caput* do artigo 3º da referida lei complementar, nela incluídos os atos cooperados e não cooperados. O limite ali referido corresponde ao da receita bruta superior a R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 2.400.000,00 (dois milhões e quatrocentos mil reais).<sup>6</sup>

Além disso, a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, criou **outras exceções** em favor das microempresas e empresas de pequeno porte (estendidas também às cooperativas pela Lei nº 11.488/07), a saber:

- a) exigência de comprovação de regularidade fiscal somente para efeito de assinatura do contrato, com possibilidade de correção de irregularidades (art. 42);
- b) preferência em caso de desempate, nos termos já assinalados;
- c) possibilidade de emissão de cédula de crédito microempresarial quando forem titulares de direitos creditórios decorrentes de empenhos liquidados por órgãos e entidades da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, não pagos em até 30 dias contados da data de liquidação; tais cédulas têm a natureza de título de crédito (art. 46);
- d) possibilidade de desfrutarem de tratamento diferenciado e simplificado nas contratações públicas, 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, desde que previsto e regulamentado na legislação do respectivo ente (art. 47); esses privilégios podem consistir em: abertura de licitação destinada exclusivamente à participação dessas empresas, nas contratações cujo valor seja de até R\$ 80.000,00; exigência de que a subcontratação recaia sobre empresas dessa natureza, desde que o percentual máximo do objeto a ser subcontratado não exceda a 30% do total licitado; possibilidade de

<sup>6</sup> O TCU, pela Súmula nº 281, firmou o entendimento de que “é vedada a participação de cooperativa em licitação quando, pela natureza do serviço ou pelo modo como é usualmente executado no mercado em geral, houver necessidade de subordinação jurídica entre o obreiro e o contratado, bem como de pessoalidade e habitualidade”.

estabelecer cota de até 25% do objeto para a contratação dessas empresas, em certames para a aquisição de bens e serviços de natureza divisível (art. 48). Em consonância com o artigo 49, não pode ser dispensado esse tratamento diferenciado quando: não for expressamente previsto no instrumento convocatório; não houver um mínimo de três fornecedores competitivos enquadrados como microempresas ou empresas de pequeno porte, em condições de cumprirem as exigências do instrumento convocatório; não for vantajoso para administração pública ou representar prejuízo ao conjunto ou complexo do objeto a ser contratado; quando a licitação for dispensável ou inexigível.

As exceções criadas em benefício das microempresas e empresas de pequeno porte não conflitam com o princípio da isonomia, tendo em vista que, no caso das microempresas e empresas de pequeno porte, o tratamento diferenciado resulta da própria situação desigual dessas empresas em relação a outras que não têm a mesma natureza e encontra fundamento nos artigos 170, IX, e 179 da Constituição Federal. O primeiro inclui entre os princípios gerais da ordem econômica o “tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País”; o segundo determina que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensem às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei”; por outras palavras, trata-se de tratar desigualmente os desiguais.

Ainda **outra exceção** à regra da isonomia diz respeito às normas que permitem exigências, no instrumento convocatório, que favoreçam o desenvolvimento sustentável, em consonância com o princípio da licitação sustentável (analisado no item 9.3.10); tais exigências são compatíveis com os princípios da isonomia e da razoabilidade, já que as cláusulas discriminatórias, no caso, têm por objetivo a proteção do meio ambiente, com fundamento em preceitos constitucionais, contidos especialmente nos artigos 170, VI, e 225, § 1º, V.

### 9.3.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O **princípio da legalidade**, já analisado no item 3.3.1 em relação à Administração Pública em geral, é de suma relevância, em matéria de licitação, pois esta constitui um procedimento inteiramente vinculado à lei; todas as suas fases estão rigorosamente disciplinadas na Lei nº 8.666/93, cujo artigo 4º estabelece que todos quantos participem de licitação promovida pelos órgãos ou entidades a que se refere o artigo 1º têm **direito público subjetivo** à fiel observância do pertinente procedimento estabelecido na lei.

Tratando-se de direito público subjetivo, o licitante que se sinta lesado pela inobservância da norma pode impugnar judicialmente o procedimento.

Além disso, mais do que direito público subjetivo, a observância da legalidade foi erigida em interesse difuso, passível de ser protegido por iniciativa do próprio cidadão. É que a Lei nº 8.666/93 previu várias formas de participação popular no controle da legalidade do procedimento (arts. 4º, 41, § 1º, 101 e 113, § 1º), ampliou as formas de controle interno e externo e definiu como crime vários tipos de atividades e comportamentos que anteriormente constituíam, em regra, apenas infração administrativa (arts. 89 a 99) ou estavam absorvidos no conceito de determinados tipos de crimes contra a Administração (Código Penal) ou de atos de improbidade, definidos pela Lei nº 8.429, de 2-6-92.

### 9.3.3 PRINCÍPIO DA IMPESSOALIDADE

O **princípio da impessoalidade**, já analisado no item 3.3.3, aparece, na licitação, intimamente ligado aos princípios da isonomia e do julgamento objetivo: todos os licitantes devem ser tratados igualmente, em termos de direitos e obrigações, devendo a Administração, em suas decisões, pautar-se por critérios objetivos, sem levar em consideração as condições pessoais do licitante ou as vantagens por ele oferecidas, salvo as expressamente previstas na lei ou no instrumento convocatório.

### 9.3.4 PRINCÍPIO DA MORALIDADE E DA PROBIDADE

O princípio da moralidade, conforme visto nos itens 3.3.11 e 18.1, exige da Administração comportamento não apenas lícito, mas também consoante com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a ideia comum de honestidade. Além de previsto nos artigos 37, *caput*, e 5º, LXXIII, da Constituição, o Decreto-lei nº 2.300/86 o incluía no artigo 3º com o nome de princípio da probidade, que nada mais é do que honestidade no modo de proceder.

A Lei nº 8.666/93 faz referência à **moralidade** e à **probidade**, provavelmente porque a primeira, embora prevista na Constituição, ainda constitui um conceito vago, indeterminado, que abrange uma esfera de comportamentos ainda não absorvidos pelo Direito, enquanto a probidade ou, melhor dizendo, a improbidade administrativa já tem contornos bem mais definidos no direito positivo, tendo em vista que a Constituição estabelece sanções para punir os servidores que nela incidem (art. 37, § 4º). O ato de improbidade administrativa está definido na Lei nº 8.429, de 2-6-92; no que se refere à licitação, não há dúvida de que, sem usar a expressão improbidade administrativa, a Lei nº 8.666/93, nos artigos 89 a 99, está punindo, em vários dispositivos, esse tipo de infração.

### 9.3.5 PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE

Outro princípio previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 é o da publicidade (v. item 3.3.10), que diz respeito não apenas à divulgação do procedimento para conhecimento de todos os interessados, como também aos atos da Administração praticados nas várias fases do procedimento, que podem e devem ser abertas aos interessados, para assegurar a todos a possibilidade de fiscalizar sua legalidade. A publicidade é tanto maior quanto maior for a competição propiciada pela modalidade de licitação; ela é a mais ampla possível na **concorrência**, em que o interesse maior da Administração é o de atrair maior número de licitantes, e se reduz ao mínimo no **convite**, em que o valor do contrato dispensa maior divulgação.

Existem, na Lei nº 8.666/93, vários dispositivos que constituem aplicação do princípio da publicidade, entre os quais os seguintes: o artigo 3º, § 3º, estabelece que 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 artigo 4º, na parte final, permite que qualquer cidadão acompanhe seu desenvolvimento, desde que não interfira de modo a perturbar ou impedir a realização dos trabalhos; o artigo 15, § 2º, exige que os preços registrados sejam publicados trimestralmente para orientação da Administração, na imprensa oficial; o artigo 16, com redação dada pela Lei nº 8.883/94, exige seja publicada a relação de todas as compras feitas pela Administração direta ou indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação; o artigo 21 estabelece normas sobre a publicação dos avisos contendo resumo do edital; o § 4º do mesmo dispositivo exige que qualquer modificação seja divulgada pela mesma forma que seu texto original; o artigo 34, § 1º, exige ampla divulgação do registro cadastral e sua permanente abertura a todos os interessados, obrigando a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, através da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados; o artigo 39 exige, quando o valor estimado da licitação for superior a determinado montante, que o procedimento se inicie com audiência pública realizada com observância dos prazos estabelecidos no dispositivo; o artigo 40, inciso VIII, exige que do edital conste, obrigatoriamente, a indicação dos locais, horários e códigos de acesso dos meios de comunicação à distância em que serão fornecidos elementos, informações e esclarecimentos relativos à licitação e às condições para atendimento das obrigações necessárias ao cumprimento de seu objeto; o artigo 43, § 1º, exige que a abertura dos envelopes com a documentação e as propostas seja feita em ato público previamente designado; o artigo 53, § 4º (com a redação da Lei nº 8.883/94) exige que o edital do leilão seja amplamente divulgado.

Por sua vez, a Lei de Acesso a Informações (nº 12.517, de 18-11-11), no artigo 8º, impõe aos órgãos e entidades públicas o dever de promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências,

de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas. O § 1º estabelece que, na divulgação das informações deverão constar, no mínimo, entre outras, as “informações concernentes a procedimentos licitatórios, inclusive os respectivos editais e resultados, bem como a todos os contratos celebrados”.

### 9.3.6 PRINCÍPIO DA VINCULAÇÃO AO INSTRUMENTO CONVOCATÓRIO

Trata-se de princípio essencial cuja inobservância enseja nulidade do procedimento. Além de mencionado no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, ainda tem seu sentido explicitado no artigo 41, segundo o qual “a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”. E o artigo 43, inciso V, ainda exige que o julgamento e classificação das propostas se façam de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital. O princípio dirige-se tanto à Administração, como se verifica pelos artigos citados, como aos licitantes, pois estes não podem deixar de atender aos requisitos do instrumento convocatório (edital ou carta-convite); se deixarem de apresentar a documentação exigida, serão considerados inabilitados e receberão de volta, fechado, o envelope-proposta (art. 43, inciso II); se deixarem de atender às exigências concernentes à proposta, serão desclassificados (art. 48, inciso I).

Quando a Administração estabelece, no edital ou na carta-convite, as condições para participar da licitação e as cláusulas essenciais do futuro contrato, os interessados apresentarão suas propostas com base nesses elementos; ora, se for aceita proposta ou celebrado contrato com desrespeito às condições previamente estabelecidas, burlados estarão os princípios da licitação, em especial o da igualdade entre os licitantes, pois aquele que se prendeu aos termos do edital poderá ser prejudicado pela melhor proposta apresentada por outro licitante que os desrespeitou.

Também estariam descumpridos os princípios da publicidade, da livre competição e do julgamento objetivo com base em critérios fixados no edital.

### 9.3.7 PRINCÍPIO DO JULGAMENTO OBJETIVO

Quanto ao julgamento objetivo, que é decorrência também do princípio da legalidade, está assente seu significado: o julgamento das propostas há de ser feito de acordo com os critérios fixados no edital. E também está consagrado, de modo expresso, no artigo 45, em cujos termos “o julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de licitação ou responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle”. Para fins de julgamento objetivo, o mesmo dispositivo estabelece os tipos de licitação: de menor preço, de melhor técnica, de técnica e preço e o de maior lance ou oferta (v. item

9.7.1.3). Esses critérios não são aplicados para o concurso (v. item 9.7.4) e para o pregão (v. item 9.7.6).<sup>7</sup>

### 9.3.8 PRINCÍPIO DA ADJUDICAÇÃO COMPULSÓRIA

Com relação ao princípio da **adjudicação compulsória**, significa, segundo Hely Lopes Meirelles (2003:267), que a Administração não pode, concluído o procedimento, atribuir o objeto da licitação a outrem que não o vencedor. “A adjudicação ao vencedor é obrigatória, salvo se este desistir expressamente do contrato ou o não firmar no prazo prefixado, a menos que comprove **justo motivo**. A compulsoriedade veda também que se abra nova licitação enquanto válida a adjudicação anterior.” Adverte ele, no entanto, que “o direito do vencedor limita-se à **adjudicação**, ou seja, à atribuição a ele do objeto da licitação, e não ao **contrato imediato**. E assim é porque a Administração pode, licitamente, revogar ou anular o procedimento ou, ainda, adiar o contrato, quando ocorram motivos para essas condutas. O que não se lhe permite é contratar com outrem, enquanto válida a adjudicação, nem revogar o procedimento ou protelar indefinidamente a adjudicação ou a assinatura do contrato sem **justa causa**”.

Em verdade, a expressão *adjudicação compulsória* é equívoca, porque pode dar a ideia de que, uma vez concluído o julgamento, a Administração está obrigada a adjudicar; isto não ocorre, porque a revogação motivada pode ocorrer em qualquer fase da licitação. Tem-se que entender o princípio no sentido de que, se a Administração levar o procedimento a seu termo, a adjudicação só pode ser feita ao vencedor; não há um direito subjetivo à adjudicação quando a Administração opta pela revogação do procedimento (v. item 9.7.1.5).

### 9.3.9 PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

Finalmente, cabe ainda uma palavra a respeito de um princípio pouco mencionado em matéria de licitação; trata-se do princípio da **ampla defesa**, já reconhecido, em alguns casos concretos, pela jurisprudência. Cite-se acórdão do STF, publicado na *RTJ* 105/162, em que, embora sem julgamento do mérito porque o problema da defesa envolvia matéria de fato, inapreciável em mandado de segurança, ficou implícito o reconhecimento do direito de defesa na licitação, como procedimento

<sup>7</sup> Os critérios de julgamento nos contratos de concessão de serviços públicos e de parcerias público-privadas (concessão patrocinada e concessão administrativa) são os previstos, respectivamente, nas Leis nºs 8.987, de 13-2-95 (art. 15), e 11.079, de 30-12-04 (art. 12, II). Nos contratos de serviços de publicidade, regidos pela Lei nº 12.232, de 29-4-10, os critérios previstos são apenas os de “melhor técnica” ou “técnica e preço”. No Regime Diferenciado de Contratações Públicas, os critérios de julgamento estão previstos no artigo 18 da Lei nº 12.462, de 4-8-11.

administrativo que é. A matéria foi também examinada pelo Tribunal Federal de Recursos, em hipótese em que houve desclassificação de empresa licitante, por falta de idoneidade técnica, sem assegurar o direito de defesa (*RDA 166/117*). Na vigência da nova Constituição, o artigo 5º, inciso LV, torna indiscutível a exigência de observância desse princípio, com os meios e recursos a ele inerentes, e também do princípio do contraditório, em qualquer tipo de processo administrativo em que haja litígio.

O artigo 87 da Lei nº 8.666/93 exige a observância da ampla defesa para aplicação das sanções administrativas.

### 9.3.10 PRINCÍPIO DA LICITAÇÃO SUSTENTÁVEL

O princípio da sustentabilidade da licitação ou da licitação sustentável liga-se à ideia de que é possível, por meio do procedimento licitatório, incentivar a preservação do meio ambiente.

O primeiro passo nesse sentido talvez tenha sido dado pela Lei nº 6.938, de 31-8-81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. No artigo 4º, foram definidos os objetivos dessa Política, dentre eles, a compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio econômico-social, difusão de tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais, difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, divulgação de dados e informações ambientais e formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico, preservação e restauração dos recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida.

Por sua vez, o artigo 170, inciso VI, da Constituição Federal, na redação original, incluía a defesa do meio ambiente entre os objetivos da ordem econômica. E o artigo 225 estabelece que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. O § 1º do mesmo dispositivo indica as medidas possíveis para assegurar a efetividade desse direito, dentre elas o dever de “exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade” (inciso IV) e o de “controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente” (inciso V).

Posteriormente, o artigo 170, VI, foi alterado pela Emenda Constitucional nº 42/03, para colocar como princípio da ordem econômica a “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e dos seus processos de elaboração e prestação”. Estava posto

o fundamento constitucional para as chamadas licitações sustentáveis ou licitações verdes, em que se combinam os objetivos tradicionais da licitação (de buscar a melhor proposta para a Administração e garantir a isonomia aos licitantes) com o de desenvolvimento sustentável, que procura preservar o meio ambiente, em harmonia com fatores sociais e econômicos.<sup>8</sup>

A partir daí sucederam-se as normas legais visando garantir o princípio da sustentabilidade das licitações.

A Lei nº 12.187, de 29-12-09, que instituiu a Política Nacional sobre Mudanças do Clima, no artigo 6º, inciso XII, indicou como instrumento dessa Política “as medidas existentes, ou a serem criadas, que estimulem o desenvolvimento de processos e tecnologias, que contribuam para a redução de emissões e remoções de gases de efeito estufa, bem como para a adaptação, dentre as quais o *estabelecimento de critérios de preferência nas licitações e concorrências públicas, compreendidas aí as parcerias público-privadas e a autorização, permissão, outorga e concessão para exploração de serviços públicos e recursos naturais, para as propostas que propiciem maior economia de energia, água e outros recursos naturais e redução da emissão de gases de efeito estufa e de resíduos*”.

A Lei nº 12.305, de 2-8-10, que instituiu a Política Nacional de Resíduos Sólidos, no artigo 7º, XI, incluiu, entre os objetivos da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a “prioridade, nas aquisições e contratações governamentais, para: (a) produtos reciclados e recicláveis; (b) bens, serviços e obras que considerem critérios compatíveis com padrões de consumo social e ambientalmente sustentáveis”.

A Lei nº 12.836, de 2-7-13, veio alterar o Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10-7-01) para incluir entre os objetivos da política urbana o “estímulo à utilização, nos parcelamentos do solo e nas edificações urbanas, de sistemas operacionais, padrões construtivos e aportes tecnológicos que objetivem a redução de impactos ambientais e a economia de recursos naturais” (art. 2º, XVII). Incentivo semelhante foi previsto para as operações urbanas consorciadas, com o acréscimo, pela mesma lei, de um inciso III ao § 2º do artigo 32 do Estatuto da Cidade.

Por sua vez, a Lei nº 8.666/93, que já previa, desde a redação original, o impacto ambiental entre os requisitos a serem observados na elaboração dos projetos básicos e executivos de obras e serviços (art. 12, VII), teve seu artigo 3º alterado pela Lei nº 12.349, de 21-12-10 para inserir entre os objetivos da licitação a promoção do *desenvolvimento nacional sustentável*. Esse dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 7.746, de 5-6-12.

Na esfera federal, o Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, por intermédio da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação, editou a Instrução Normativa nº 01, de 19-01-10, que “dispõe sobre os critérios de sustentabilidade

<sup>8</sup> Sobre licitações sustentáveis, v. a obra coletiva, *Licitações e contratações públicas sustentáveis*, org. por Murillo Giordano Santos e Teresa Villac Pinheiro Barki, Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ambiental na aquisição de bens, contratação de serviços ou obras pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional”. Essa Instrução, no artigo 1º, estabelece que “as especificações para a aquisição de bens, contratação de serviços e obras por parte dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional deverão conter critérios de sustentabilidade ambiental, considerando os processos de extração ou fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias-primas”. Dentre os critérios possíveis a serem utilizados, faz referência, por exemplo, à maior economia no consumo de energia elétrica na climatização e iluminação de ambientes; uso exclusivo de lâmpadas fluorescentes, aquecimento de água por energia solar; medição individualizada de água e energia elétrica, aproveitamento da água da chuva, exigência de comprovação da origem da madeira, uso de mão de obra, materiais e matérias-primas locais, uso obrigatório de agregados reciclados, observância das regras do Inmetro, aquisição de bens compostos de materiais reciclados, atóxicos e biodegradáveis, cumprimento de requisitos ambientais para certificação pelo Inmetro, uso de embalagens adequadas, emprego de produtos de limpeza e conservação que respeitem normas da Agência de Vigilância Sanitária – Anvisa, redução do desperdício de água, observância à Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente – Conama sobre ruído, utilização de equipamentos de proteção individual pelos profissionais terceirizados, treinamento destes mesmos profissionais para redução do consumo da água, energia e da produção de resíduos sólidos, separação dos resíduos recicláveis, atendimento às normas da Agência Brasileira de Normas Técnicas sobre resíduos sólidos, destinação ambiental adequada de pilhas e baterias.

Pelo artigo 4º, *caput*, as obras públicas e os serviços de engenharia, os projetos básico e executivo “devem ser elaborados visando à economia da manutenção e operacionalização da edificação, a redução do consumo de energia e água, bem como a utilização de tecnologias e materiais que reduzam o impacto ambiental”.

E o artigo 5º permite a exigência de que as aquisições sejam, total ou parcialmente compostas por material reciclado, atóxico, biodegradável e que observem os requisitos ambientais necessários para serem certificados pelo Inmetro como produtos sustentáveis ou de menor impacto ambiental em relação aos seus similares, devendo ser concedida aos licitantes a oportunidade de comprovar o atendimento aos requisitos, também de modo a não prejudicar a ampla competitividade.

A Lei nº 12.462, de 4-8-11, que institui o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC) para a construção de estádios e aeroportos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016 e da Copa do Mundo de 2014, insere entre os princípios da licitação o do desenvolvimento sustentável. E, no artigo 4º, § 1º, estabelece que devem ser respeitadas as normas relativas à: I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; III – utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e

recursos naturais; IV – avaliação de impactos de vizinhança, na forma da legislação urbanística; V – proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e VI – acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

Por sua vez, o Decreto nº 7.746, de 5-6-12, regulamenta o artigo 3º da Lei nº 8.666/93, para estabelecer critérios, práticas e diretrizes para a promoção do desenvolvimento nacional sustentável nas contratações realizadas pela administração pública federal, e institui a Comissão Interministerial de Sustentabilidade na Administração Pública (CISAP). É curioso que esse decreto tenha estabelecido normas apenas para a administração pública federal. O dispositivo regulamentado (art. 3º da Lei nº 8.666/93) tem natureza de *norma geral*, sendo, por essa razão, aplicável em âmbito nacional. Em consequência, o decreto regulamentar tem o mesmo alcance. Apenas no que diz respeito à instituição do CISAP e à definição de sua composição e competências, pode-se dizer que o decreto produz efeito somente na esfera federal.

O artigo 2º do Decreto permite (não obriga) que a administração pública federal direta, autárquica e fundacional e as empresas estatais dependentes adquiram bens e contratem serviços e obras considerando critérios e práticas de sustentabilidade objetivamente definidos no instrumento convocatório; a adoção de critérios e práticas de sustentabilidade deverá ser justificada nos autos e preservar o caráter competitivo do certame (parágrafo único do art. 2º). Pelos termos do § 3º do mesmo dispositivo, os critérios e práticas de sustentabilidade de que trata o artigo 2º serão veiculados como especificação técnica do objeto ou como obrigação da contratada.

O artigo 4º indica algumas diretrizes de sustentabilidade: I – menor impacto sobre recursos naturais como flora, fauna, ar, solo e água; II – preferência para materiais, tecnologias e matérias-primas de origem local; III – maior eficiência na utilização de recursos naturais como água e energia; IV – maior geração de empregos, preferencialmente com mão de obra local; V – maior vida útil e menor custo de manutenção do bem e da obra; VI – uso de inovações que reduzam a pressão sobre recursos naturais; e VII – origem ambientalmente regular dos recursos naturais utilizados nos bens, serviços e obras. A indicação não é taxativa, deixando as portas abertas para adoção de outros critérios, mediante adequada motivação nos autos do procedimento licitatório. Na esfera federal, foi atribuída à CISAP (que tem natureza consultiva e caráter permanente), entre outras funções, a de propor à Secretária de Logística e Tecnologia de Informação critérios e práticas de sustentabilidade nas aquisições, contratações, utilização dos recursos públicos, desfazimento e descarte.

O artigo 5º ainda permite que no instrumento convocatório para aquisição de bens seja exigido que estes sejam constituídos por material reciclado, atóxico ou biodegradável, entre outros critérios de sustentabilidade. E o artigo 6º determina que as especificações e demais exigências do projeto básico ou executivo para contratação de obras e serviços de engenharia sejam elaboradas, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.666/93, de modo a proporcionar a economia da manutenção e ope-

racionalização da edificação e a redução do consumo de energia e água, por meio de tecnologias, práticas e materiais que reduzam o impacto ambiental.

Na realidade, o princípio da licitação sustentável autoriza a previsão, nos instrumentos convocatórios, de exigências que podem ser vistas como discriminatórias, mas que se harmonizam com o princípio da isonomia, conforme analisado no item 9.3.1.

## 9.4 OBRIGATORIEDADE DE LICITAÇÃO

A Constituição Federal exige licitação para os contratos de **obras, serviços, compras e alienações** (art. 37, XXI), bem como para a **concessão e a permissão de serviços públicos** (art. 175).

A Lei nº 8.666/93 exige licitação para as obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações (art. 2º).

Estão obrigados à licitação todos os órgãos da Administração Pública **direta**, os **fundos especiais**, as **autarquias**, as **fundações públicas**, as **empresas públicas**, as **sociedades de economia mista** e **demais entidades controladas direta ou indiretamente** pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios (art. 1º, parágrafo único).

Quanto às entidades da administração indireta, o artigo 119 da Lei nº 8.666/93 determina que editarão regulamentos próprios, devidamente publicados e aprovados pela autoridade de nível superior a que estiverem vinculados, ficando sujeitos às disposições da lei (v. item 10.6).

A Emenda Constitucional nº 19/98 deu nova redação ao artigo 22, XXVII, da Constituição Federal, deixando em aberto a possibilidade de procedimentos diferenciados para, de um lado, a Administração direta, autárquica e fundacional (as quais se submetem ao artigo 37, XXI) e, de outro lado, as empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais se submetem ao artigo 173, § 1º, III.

O artigo 173, por sua vez, prevê lei que venha estabelecer o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo, dentre outras matérias, sobre “licitação e contratação de obras e serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública”.

O dispositivo não é autoaplicável, de modo que, por ora, continuam tais entidades a submeter-se à Lei nº 8.666.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> O STF atualmente discute, em recurso extraordinário, a submissão da Petrobras ao disposto no artigo 1º, parágrafo único, da Lei 8.666/93, diante da ausência da lei prevista no artigo 173 da Constituição (RE 441.280/RS, Rel. Min. Dias Toffoli). Em apreciações monocráticas, contudo, o STF já deferiu diversas liminares suspendendo decisão do TCU que determinou que as licitações da Petrobras obedecessem às regras da Lei nº 8.666/93 (MS 27.837, 25.986, 26.783, 27.232 e 27.743).

A dúvida que enseja o artigo 22, XXVII, combinado com o artigo 173, § 1º, III, é se as empresas estatais prestadoras de serviços públicos vão submeter-se ao procedimento comum, previsto na Lei nº 8.666 ou ao procedimento a ser instituído pelo estatuto jurídico das empresas estatais.

A natureza empresarial das empresas estatais, sejam elas prestadoras de atividade econômica privada ou de serviço público de natureza comercial ou industrial, justifica venham a receber o mesmo tipo de tratamento. Também nada impede que a legislação que venha a disciplinar a matéria estabeleça procedimentos diferenciados em função do tipo de atividade.

Apesar da péssima redação do artigo 22, XXVII, é possível o entendimento de que o intuito foi o de adotar procedimento simplificado para as entidades que tenham natureza empresarial, independentemente do tipo de atividade que exercem. Por isso, a melhor interpretação é aquela segundo a qual todas as empresas estatais poderão sujeitar-se a outro procedimento que não o previsto na Lei nº 8.666.

Ainda quanto à obrigatoriedade de licitação por entidades do terceiro setor (designadas como organizações da sociedade civil de interesse público), mediante a utilização de recursos públicos, a matéria está hoje disciplinada pela Lei nº 13.019, de 31-8-14, analisada no Capítulo 11, mais especificamente no item 11.8.

## 9.5 DISPENSA E INEXIGIBILIDADE

O artigo 37, XXI, da Constituição, ao exigir licitação para os contratos ali mencionados, ressalva “os casos especificados na legislação”, ou seja, deixa em aberto a possibilidade de serem fixadas, por lei ordinária, hipóteses em que a licitação deixa de ser obrigatória.

Note-se que a mesma ressalva não se contém no artigo 175 que, ao facultar a execução de serviço público por **concessão** ou **permissão**, exige que ela se faça “sempre através de licitação”. Desse modo, apenas em situações de inviabilidade de competição poderá deixar de ser realizada licitação.

O Decreto-lei nº 200, de 25-2-67, que estabeleceu a reforma administrativa federal, previa hipóteses de dispensa de licitação, sem distingui-las de casos de **inexigibilidade**. Não obstante, a doutrina já fazia a distinção, depois consagrada pelo Decreto-lei nº 2.300/86: o artigo 22 e o artigo 15, § 1º, indicavam os casos de **dispensa** e, o artigo 23, os de **inexigibilidade**. A Lei nº 8.666/93, no artigo 17, incisos I e II, e no artigo 24, prevê os casos de **dispensa**; no artigo 25, os de **inexigibilidade**.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Os casos de dispensa e inexigibilidade previstos, respectivamente, nos artigos 24 e 25 aplicam-se, no que couber, às contratações realizadas com base no regime diferenciado de contratação (RDC), devendo observar-se as exigências formais constantes do artigo 26 (conf. art. 35 da Lei nº 12.462, de 4-8-11).

A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na **dispensa**, há possibilidade de **competição** que justifique a licitação; de modo que a lei **faculta** a dispensa, que fica inserida na competência discricionária da Administração. Nos casos de **inexigibilidade**, não há possibilidade de competição, porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração; a licitação é, portanto, inviável.

Existem, contudo, casos de dispensa que escapam à discricionariedade administrativa, por estarem já **determinados por lei**; é o que decorre do artigo 17, incisos I e II, da Lei nº 8.666/93 (com a redação dada pelas Leis nºs 8.883/94, 11.196/05, 11.481, de 31-5-07 e 11.952, de 25-6-09), que dispensa a licitação quando se tratar de alienação de bens imóveis, nas seguintes hipóteses previstas no inciso I: (a) **“dação em pagamento”**; (b) **“doação**, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo, ressalvado o disposto nas alíneas *f*, *h* e *i*”; para Estados, Distrito Federal e Municípios, a restrição de doação a outra esfera de governo foi suspensa, liminarmente, pelo STF, na ADIN nº 927-3-SP; apesar disso, a Lei nº 11.481/07 repetiu a restrição, ressalvando o disposto nas alíneas *f* e *h*; tem-se que entender que a possibilidade de doação continua limitada à União; (c) **“permuta**, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do artigo 24 da lei” (suspensa essa hipótese por liminar deferida na ADIN 927-3); (d) **“investidura”**; (e) **“venda** a outro órgão ou entidade da Administração Pública, de qualquer esfera de governo”; (f) **“alienação gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso** de bens imóveis residenciais construídos; destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública”; (g) **“procedimentos de legitimação de posse** de que trata o artigo 29 da Lei nº 6.383, de 7-12-76, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal incluía-se tal atribuição”; neste caso, é dispensada a autorização legislativa desde que observadas as condições previstas no § 2º-A, acrescentado ao artigo 17 pela Lei nº 11.196/05 e alterada pela Lei nº 11.952/09; (h) **“alienação, gratuita ou onerosa, aforamento, concessão de direito real de uso, locação ou permissão de uso** de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m<sup>2</sup> (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública; (i) alienação e concessão de direito real de uso, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União na Amazônia Legal onde incidam ocupações até o limite de 15 (quinze) módulos fiscais ou 1.500 ha (mil e quinhentos hectares), para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais”. A essas hipóteses o § 2º do artigo 17, com a redação dada pelas Leis nºs 11.196/05 e 11.952/09, acrescenta a **concessão de título de propriedade** ou de **direito real de uso** de imóveis, quando o uso destinar-se: “I – a outro órgão ou entidade da Administração Pública, qualquer que seja a localização do imóvel; II – a pessoa natural que, nos termos da lei, regulamento ou ato normativo do órgão

competente, haja implementado os requisitos mínimos de cultura, ocupação mansa e pacífica exploração direta sobre área rural situada na Amazônia Legal, superior a 1 (um) módulo fiscal e limitada a 15 (quinze) módulos fiscais, desde que não exceda 1.500 ha (mil e quinhentos hectares).”<sup>11</sup> Nessa segunda hipótese, regulamentada pelo Decreto nº 5.732, de 23-3-06, é dispensada autorização legislativa, desde que observados os condicionamentos previstos no § 2º-A do artigo 17, acrescentado pela Lei nº 11.196/05 alterada pela Lei nº 11.952/09.

Pelo § 2º-B, acrescentado pela Lei nº 11.196/05 e alterado pela Lei nº 11.763, de 1º-8-08, a hipótese do inciso II do § 2º do artigo 17 da Lei nº 8.666/93: “I – só se aplica a imóvel situado em zona rural, não sujeito a vedação, impedimento ou inconveniente a sua exploração mediante atividades agropecuárias; II – fica limitada a áreas de até quinze módulos fiscais, desde que não exceda mil e quinhentos hectares, vedada a dispensa de licitação para áreas superiores a esse limite; III – pode ser cumulada com o quantitativo de área decorrente da figura prevista na alínea g do inciso I do *caput* deste artigo, até o limite previsto no inciso II deste parágrafo.”

Quanto aos bens móveis, o inciso II do artigo 17 dispensa a licitação nos seguintes casos: (a) “**doação**, permitida exclusivamente para fins e uso de interesse social, após avaliação de sua oportunidade e conveniência socioeconômica, relativamente à escolha de outra forma de alienação”; (b) “**permuta**, permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública” (suspensa, liminarmente, para Estados, Distrito Federal e Municípios, pela referida ADIN, a expressão “permitida exclusivamente entre órgãos ou entidades da Administração Pública”); (c) “**venda de ações**, que poderão ser negociadas em bolsa, observada a legislação específica”; (d) “**venda de títulos**, na forma da legislação pertinente”; (e) **venda de bens** produzidos ou comercializados por órgãos ou entidades da Administração Pública, em virtude de suas finalidades”; (f) “**venda de materiais e equipamentos** para outros órgãos ou entidades da Administração Pública, sem utilização previsível por quem deles dispõe”.

Com relação à doação de bens imóveis, o § 1º do artigo 17 estabelece que, cessadas as razões que justificaram sua doação, reverterão ao patrimônio da pessoa jurídica doadora, vedada sua alienação pelo beneficiário. Conjugando-se esse parágrafo com o *caput* do mesmo dispositivo, que exige demonstração de **interesse público** em qualquer ato de alienação, e com seu inciso I, *b*, que só permite a doação para outro órgão ou entidade da Administração Pública, é possível presumir que se está diante de uma hipótese específica de **doação condicionada**: ela é feita para que o donatário utilize o imóvel para fins de interesse público; se deixar de haver essa utilização, o bem volta para o patrimônio do doador.

A ideia evidente é a de manter o bem doado vinculado ao fim de interesse público que justificou a doação. Se deixar de atender a esse objetivo, o bem volta ao patrimônio público.

<sup>11</sup> Esse limite ficou fixado em 15 módulos fiscais pelo Decreto nº 6.553, de 1º-9-08.

Quando a doação é feita, por exemplo, para uma entidade da Administração indireta, presume-se, com base no princípio da especialidade (item 3.3.5), que a utilização só pode ser feita para os fins institucionais a que a entidade está afeta. Se ela o destina a finalidade diversa, a doação será revogada.

Contudo, cabe lembrar que o § 1º do artigo 17 foi suspenso liminarmente pela mesma decisão do STF, suprarreferida.

O § 4º do artigo 17, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, traz uma exceção à regra de dispensa de licitação para a doação de bens públicos, móveis ou imóveis; obriga a realização de licitação quando se tratar de doação com encargo, hipótese em que “de seu instrumento convocatório constarão, obrigatoriamente, os encargos, o prazo de seu cumprimento e cláusula de reversão, sob pena de nulidade do ato”. Porém, dispensa a licitação no caso de interesse público devidamente justificado.

Os casos de dispensa de licitação não podem ser ampliados, porque constituem uma exceção à regra geral que exige licitação, quando haja possibilidade de competição. Precisamente por constituírem exceção, sua interpretação deve ser feita em sentido estrito.

Quanto à inexigibilidade, a própria redação do artigo 25 traz implícita a possibilidade de ampliação.

Com efeito, a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição; o próprio dispositivo prevê algumas hipóteses, o que não impede que outras surjam na prática. Se a competição inexistente, não há que se falar em licitação. A inviabilidade deve ficar adequadamente demonstrada.

As hipóteses de **dispensa** podem ser divididas em quatro categorias:

- a) em razão do **pequeno valor**;
- b) em razão de **situações excepcionais**;
- c) em razão do **objeto**;
- d) em razão da **pessoa** (cf. Lúcia Valle Figueiredo, 1980:32).

Em razão do **pequeno valor**, é dispensável a licitação para obras e serviços de engenharia de valor até 10% do limite previsto na alínea *a*, do inciso I, do artigo 23, desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda de obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta ou concomitantemente (art. 24, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98); para outros serviços e compras de valor até 10% do limite previsto na alínea *a*, do inciso II, do artigo 23, e para alienações, nos casos previstos na Lei (art. 17), desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez (inciso II, alterado pela Lei nº 9.648/98).

O inciso I foi alterado, substituindo o conceito de licitações simultâneas e sucessivas pelo de realização “conjunta e concomitante”; a dispensa só será possível se ocorrerem os seguintes requisitos: que se trate da **mesma obra** ou **serviço** ou,

alternativamente, de obras ou serviços da **mesma natureza** e no **mesmo local**, que possam ser realizados **conjunta** e **concomitantemente**. Embora não prevista a ressalva contida na parte final do § 5º do artigo 23, ela é também cabível neste caso, pois se a obra ou serviço exige profissional de outra especialidade, é evidente que a sua contratação tem que ocorrer em procedimento de licitação diverso.

De acordo com o § 1º, inserido no artigo 24 pela Lei nº 9.648/98, alterado pelas Leis nºs 11.107, de 6-4-05 (Lei dos Consórcios Públicos) e 12.715/12, os percentuais referidos nos incisos I e II deste artigo serão 20% (vinte por cento) para compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos, sociedades de economia mista, empresa pública e por autarquia e fundação qualificadas, na forma da lei, como Agências Executivas. Com essa norma, tais entidades terão muito maior possibilidade de dispensar licitações em razão do valor (sobre agências executivas, v. item 10.9.2).

**Em razão de situações excepcionais**, a **dispensa** é possível em certas situações em que a demora do procedimento é incompatível com a urgência na celebração do contrato ou quando sua realização puder, em vez de favorecer, vir a contrariar o interesse público, ou ainda quando houver comprovado desinteresse dos particulares no objeto do contrato. Nessa categoria incluem-se as seguintes hipóteses:

1. os casos de **guerra** ou **grave perturbação da ordem** (inciso III do art. 24);
2. os casos de **emergência** ou de **calamidade pública**, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento de situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos (inciso IV do art. 24).

O estado de **calamidade pública** está definido pelo Decreto nº 7.257, de 4-8-10, que regulamenta a Medida Provisória nº 494, de 2-7-10 (convertida na Lei nº 12.340, de 1º-12-10), para dispor sobre o Sistema Nacional de Defesa Civil – SINDEC. O artigo 2º define a **situação de emergência** como “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento parcial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (inciso III); e **estado de calamidade pública** “situação anormal, provocada por desastres, causando danos e prejuízos que impliquem o comprometimento substancial da capacidade de resposta do poder público do ente atingido” (inciso IV).<sup>12</sup>

<sup>12</sup> O TCU vem entendendo, a partir do Acórdão nº 46/02, do Plenário, que é possível a contratação direta quando a situação de emergência decorre da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos, devendo-se analisar, para fim de responsabilização, a conduta

O dispositivo constitui aplicação do **princípio da razoabilidade** (v. item 3.3.12), na medida em que exige uma relação entre os meios (dispensa de licitação) e os fins (atendimento de situação emergencial ou calamitosa). Embora a restrição não esteja mencionada no inciso III, parece evidente que ela é também aplicável àquela hipótese: a dispensa somente se justifica quando o contrato tenha por objetivo atender a alguma situação relacionada com a guerra ou a grave perturbação da ordem.

A situação referente ao prazo (180 dias), prevista na parte final do inciso IV, soma-se à outra, já referida, que aplica o princípio da razoabilidade; além de ser relacionada com o atendimento da situação emergencial ou calamitosa, o contrato ainda não pode ultrapassar de 180 dias; se exigir prazo superior, a licitação tornar-se-á obrigatória;

3. quando não acudirem interessados à licitação anterior e esta, justificadamente, não puder ser repetida sem prejuízo para a Administração, mantidas, neste caso, todas as condições preestabelecidas (inciso V do art. 24); essa hipótese é denominada de licitação **deserta**; para que se aplique, são necessários três requisitos: a realização de licitação em que **nenhum** interessado tenha apresentado a documentação exigida na proposta; que a realização de novo procedimento seja prejudicial à Administração; que sejam mantidas, na contratação direta, todas as condições constantes do instrumento convocatório. Esta última restrição se justifica porque, alteradas as condições, é possível que, aberta nova licitação, apareçam licitantes interessados. Note-se que o dispositivo, atendendo ao princípio da motivação, exige que seja **justificada** a impossibilidade de repetir a licitação sem prejuízo para a Administração.

A licitação **deserta** não se confunde com a licitação **fracassada**, em que aparecem interessados, mas nenhum é selecionado, em decorrência da inabilitação ou da desclassificação. Neste caso, a dispensa de licitação não é possível;

4. na contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento, em consequência de rescisão contratual, desde que atendida a ordem de classificação da licitação anterior e aceitas as mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor, inclusive quanto ao preço, devidamente corrigido (inciso XI do art. 24).

Esta hipótese era prevista no Decreto-lei nº 2.300/86 (art. 22, V), porém se estabelecia uma limitação quanto ao valor; o dispositivo citado da Lei nº 8.666/93 estabelece restrição diversa, porque só admite a dispensa se a contratação puder ser feita com outro licitante classificado

na mesma licitação que deu origem ao contrato original e desde que o mesmo concorde em dar continuidade à execução nas mesmas condições oferecidas pelo licitante vencedor.

Para o regime diferenciado de contratação (RDC), o artigo 41 da Lei nº 12.462/11 permite a contratação de remanescente de obra, serviço ou fornecimento de bens em consequência de rescisão contratual, “desde que não seja ultrapassado o orçamento estimado para a contratação”;

5. quando a União tiver que intervir no domínio econômico para regular preços ou normalizar o abastecimento (inciso VI do art. 24); nas palavras de Diógenes Gasparini (1995:309), “contrata-se sem licitação a aquisição de certo produto para pô-lo no mercado e, desse modo, forçar a queda ou a regularização do preço ou para obrigar os particulares a desovarem seus estoques e normalizar o abastecimento”;
6. quando as propostas apresentadas consignarem preços manifestamente superiores aos praticados no mercado nacional, ou forem incompatíveis com os fixados pelos órgãos oficiais competentes, casos em que, observado o parágrafo único do artigo 48 (atual § 3º) e persistindo a situação, será admitida adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços (inciso VII do art. 24); o parágrafo único do artigo 48, aí referido (hoje § 3º, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98), prevê que, em caso de desclassificação de todas as propostas, a Administração fixe aos licitantes o prazo de 8 dias úteis para a apresentação de outras propostas escoimadas das causas da desclassificação. O **registro de preços** está previsto no artigo 15, inciso II e §§ 1º a 4º e disciplinado pelo Decreto nº 3.931, de 19-9-01, alterado pelo Decreto nº 4.342, de 23-8-02); cabe lembrar que a compra de bens por preço superior ao de mercado caracteriza uma das hipóteses de nulidade que enseja a propositura de ação popular (art. 4º, V, b, da Lei nº 4.717, de 29-6-65), e que, de acordo com o § 2º do artigo 25 da Lei nº 8.666/93, enseja responsabilidade solidária do fornecedor e do agente público responsável;
7. quando houver possibilidade de comprometimento da segurança nacional, nos casos estabelecidos em decreto do Presidente da República, ouvido o Conselho de Defesa Nacional (inciso IX do art. 24); esse inciso está regulamentado pelo Decreto nº 2.295, de 4-8-97. Trata-se de hipótese em que, no Decreto-lei nº 2.300/86 (art. 23, § 1º), a licitação era **vedada**. A crítica que se faz ao dispositivo é quanto ao fato de assunto que diz respeito à segurança nacional ser excluído da competência do Congresso Nacional;
8. para a **aquisição de bens** ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público (inciso XIV do art. 24, com a redação dada pela Lei nº 8.883, de 8-6-94). Trata-se de

hipótese nova de dispensa somente possível quando estiverem presentes todos os requisitos previstos no dispositivo: (a) que se trate de contrato de compra ou de prestação de serviços; (b) que haja acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional; (c) que as condições ofertadas sejam manifestamente vantajosas para o Poder Público, o que deve ser devidamente justificado e demonstrado;

9. nas compras ou contratações de serviços, até o limite previsto na alínea *a* do inciso II do artigo 23, se feitas para abastecer navios, embarcações, unidades aéreas ou tropas e seus meios de deslocamento quando em estada eventual de curta duração em portos, aeroportos ou localidades diferentes de suas sedes, por motivo de movimentação operacional ou de adestramento, quando a exiguidade dos prazos legais puder comprometer a normalidade e os propósitos das operações (inciso XVIII do art. 24, com redação dada pela Lei nº 8.883/94);
10. na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, 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 (inciso XXVII, acrescentado pela Lei nº 11.445, de 5-1-07);
11. 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 (inciso XXVIII, introduzido pela Lei nº 11.484, de 31-5-07).

Em razão do objeto, o artigo 24 prevê as seguintes hipóteses:

1. para a **compra ou locação de imóvel** destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia (inciso X, alterado pela Lei nº 8.883/94); no Decreto-lei nº 2.300/86, essa hipótese era de inexigibilidade (art. 23, IV), passando agora a constituir caso de dispensa com o acréscimo de alguns requisitos; exige-se, para aplicação dessa hipótese: (a) que as características do imóvel atendam às finalidades precípuas da Administração; (b) que haja avaliação prévia; e (c) que o preço seja compatível com o valor de mercado. O descumprimento desse último requisito leva à aplicação do § 2º do artigo 25, que prevê a responsabilidade solidária do fornecedor (no caso, o vendedor) e do servidor responsável, desde que a compra seja feita com superfaturamento;

2. nas **compras de hortifrutigranjeiros**, pão e outros gêneros perecíveis, no tempo necessário para a realização dos processos licitatórios correspondentes, realizadas diretamente com base no preço do dia (inciso XII); essa norma não dispensa a autoridade da obediência, no que couber, ao disposto nos artigos 14, 15 e 16, pertinentes à compra, especialmente às exigências de adequada caracterização do objeto, indicação dos recursos orçamentários e publicação da relação das compras feitas, conforme exigido pelo artigo 16;
3. para a **aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos**, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade (inciso XV); essa hipótese, que também era de inexigibilidade, pela singularidade do objeto (art. 23, V, do Decreto-lei nº 2.300/86) passou a ser de dispensa; além da autenticidade certificada, exige-se que o órgão inclua entre seus objetivos institucionais a coleção, conservação, ensino relacionados com a arte; outros tipos de órgãos dependem de licitação para a celebração do contrato, ainda que a obra seja de autenticidade certificada. O fato de tratar-se de hipótese de dispensa (que é sempre facultativa) não impede que, em determinada situação concreta, a restauração de obra de arte, ainda que sem os requisitos do artigo 24, inciso XV, apresente características que autorizem a declaração de inexigibilidade, com base no artigo 25, inciso II, desde que se trate de serviço de natureza singular, com profissional ou empresa de notória especialização; a própria lei deixou essa abertura, ao incluir, no artigo 13, inciso VII, a “restauração de obras de arte e bens de valor histórico” entre os serviços especializados a que se refere o artigo 25, II; nesse caso, a autoridade deverá observar as normas dos artigos 25, § 1º, e 26 da Lei nº 8.666/93;
4. para **aquisição de componentes ou peças de origem nacional ou estrangeira, necessários 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 (inciso XVII, introduzido pela Lei nº 8.883/94). Esta hipótese melhor se enquadraria entre as de inexigibilidade, pois, se os componentes ou peças são **indispensáveis** para a vigência da garantia (o que deve ser devidamente comprovado), há inviabilidade de competição;
5. nas **compras de materiais de uso pelas Forças Armadas**, com exceção de materiais de uso pessoal e administrativo, quando houver necessidade de manter a padronização requerida pela estrutura de apoio logístico dos meios navais, aéreos e terrestres, mediante parecer de comissão instituída por decreto (inciso XIX, com redação dada pela Lei nº 8.883/94);
6. para aquisição ou contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, limitada, no caso de obras e serviços de engenharia, a 20%

(vinte por cento) do valor de que trata a alínea “b” do inciso I do caput do artigo 23 (inciso XXI, com a redação dada pela Lei nº 13.243, de 11-1-16); pelo § 3º do artigo 24, na redação dada pela mesma lei, “a hipótese de dispensa prevista no inciso XXI do caput, quando aplicada a obras e serviços de engenharia, seguirá procedimentos especiais instituídos em regulamentação específica”; a mesma Lei nº 13.243/16, que dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação, cria um benefício em favor dos autores de projetos nessa área, ao incluir o § 4º no artigo 24 da Lei nº 8.666, determinando que “não se aplica a vedação prevista no inciso I do caput do artigo 9º à hipótese prevista no inciso XXI do caput”; por outras palavras, no caso da contratação de que trata esse inciso, o autor do projeto básico ou executivo pode participar, direta ou indiretamente, da execução da obra ou serviço e do fornecimento de bens a eles necessários; com o mesmo intuito de incentivar a pesquisa científica e tecnológica, a Lei nº 13.243/16 introduz um § 7º do artigo 32 da Lei nº 8.666/93, permitindo a dispensa de documentação de que tratam os artigos 28 a 31, “nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta-entrega ou até o valor previsto na alínea “a” do inciso II do caput do art. 23”;<sup>13</sup>

7. 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** (inciso XXV, acrescido pela Lei nº 10.873, de 2-12-04).
8. 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 (inciso XXIX, incluído pela Lei nº 11.783, de 17-9-08);
9. 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

<sup>13</sup> A mesma Lei nº 13.243/16, embora sem falar em *dispensa de licitação*, na realidade prevê nova hipótese, ao dar nova redação ao artigo 20 da Lei nº 10.973, de 2-12-04, assim redigido: “Os órgãos e entidades da administração pública, em matéria de interesse público, poderão contratar diretamente ICT (Instituição Científica, Tecnológica e de Inovação), entidades de direito privado sem fins lucrativos ou empresas, isoladamente ou em consórcios, voltadas para atividades de pesquisa e de reconhecida capacitação tecnológica no setor, visando à realização de atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação que envolvam risco tecnológico, para solução de problema técnico específico ou obtenção de produto, serviço ou processo inovador”.

Técnica de Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal (inciso XXX, acrescentado pela Lei nº 12.188, de 11-1-10);

10. nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos artigos 3º, 4º, 5º e 20 da Lei nº 10.973, de 2-12-04,<sup>14</sup> observados os princípios gerais de contratação dela constantes (inciso XXXI, acrescentado pela Lei nº 12.349/10);
11. na contratação em que houver **transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde (SUS)**, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19-9-90, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica (inciso XXXII, acrescentado pela Lei nº 12.715/12);<sup>15</sup>
12. nas contratações 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 regular de água (inciso XXXIII, acrescentado pela Lei nº 12.873, de 24-10-13, art. 16)

**Em razão da pessoa**, o artigo 24 prevê as seguintes hipóteses de **dispensa**:

1. para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade que integre a Administração Pública e que tenha sido criado para esse fim específico em data anterior à vigência desta Lei, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.<sup>16</sup> Esta hipótese de dispensa, prevista no inciso VIII do artigo 24, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94, só pode ser utilizada por pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, autarquias e fundações de direito público) e desde que estejam presentes todos os demais requisitos: (a) que o contratado seja órgão ou entidade da Administração Pública, o que abrange todas as entidades referidas no

<sup>14</sup> A Lei nº 10.973/04 dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo.

<sup>15</sup> O Decreto nº 7.807, de 17-9-12, atribuiu ao Sistema Único de Saúde (SUS) a competência para definir os produtos estratégicos para o SUS em conformidade com as recomendações expedidas pelo Grupo Executivo do Complexo Industrial da Saúde (GECIS), criado por Decreto de 12-5-08.

<sup>16</sup> De acordo com o § 2º do art. 24, inserido pela Lei nº 12.715/12, o limite temporal de criação do órgão ou entidade que integre a administração pública estabelecido no inciso VIII do *caput* do art. 24 não se aplica aos órgãos ou entidades que produzem produtos estratégicos para o SUS, no âmbito da Lei nº 8.080, de 19-9-90, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS.

artigo 6º, inciso XI, da Lei nº 8.666/93; (b) que esse órgão ou entidade tenha sido criado com o fim específico de fornecer os bens ou serviços objeto do contrato; (c) que o contratante e o contratado sejam do mesmo nível de governo, já que ninguém vai criar um ente para prestar serviços ou fornecer bens para pessoas jurídicas de outra esfera de governo; (d) que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado. Comparada essa hipótese de dispensa com a do inciso XVI, inserida na Lei nº 8.666/93 já a partir da Medida Provisória nº 351, de 16-9-93, verifica-se que a nova redação do inciso VIII praticamente tira qualquer efeito do inciso XVI, que só permitia e ainda permite a dispensa para hipóteses determinadas (impressão de diários oficiais, de formulários padronizados de uso da Administração, e de edições técnicas, bem como para a prestação de serviços de informática); o inciso VIII, ao falar em aquisição de bens e prestação de serviços, foi mais abrangente, tirando qualquer sentido à restrição do inciso XVI;

2. para a impressão dos diários oficiais, formulários padronizados de uso da Administração, de edições técnicas oficiais, a prestação de serviços de informática a pessoa jurídica de direito público interno, por órgãos ou entidades que integrem a Administração Pública, criados para esse fim específico (inciso XVI, com redação dada pela Lei nº 8.883/94); esta hipótese veio permitir a dispensa de licitação nas contratações com as entidades abrangidas no conceito do artigo 6º, inciso XI, desde que estas tenham sido criadas com o objetivo (inserido em sua lei instituidora) de prestar os serviços indicados no inciso XVI à pessoa jurídica de direito público interno. Esse inciso só vai permitir a dispensa de licitação nos contratos entre, de um lado, pessoas jurídicas de direito público (União, Estados, Municípios, Distrito Federal, Territórios, autarquias e fundações públicas) e, de outro, entidades da Administração Pública, direta ou indireta (art. 6º, XI), que sejam do mesmo nível de governo, porque ninguém vai criar um ente para prestar bens ou serviços a pessoas jurídicas de outra esfera de governo;
3. na contratação de instituição brasileira, incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional (inciso XIII, com a redação alterada pela Lei nº 8.883/94); além dos requisitos relacionados com os objetivos institucionais, o dispositivo exige inquestionável reputação ético-profissional, que constitui conceito de valor de difícil comprovação;<sup>17</sup> a Lei nº 12.349, de 15-12-10, alterou a redação

<sup>17</sup> V. nota de rodapé nº 1, do Capítulo 11, referente ao entendimento do TCU sobre a contratação direta de fundação de apoio, sem licitação. O TCU possui entendimento consolidado no sentido de não ser

do artigo 1º da Lei nº 8.958, de 20-12-94 (que dispõe sobre as relações entre as instituições de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio), para tornar expresso que as Instituições Federais de Ensino Superior (IFES), bem como as Instituições Científicas e Tecnológicas (ICTs), sobre as quais dispõe a Lei nº 10.973, de 2-12-04, poderão realizar convênios e contratos, nos termos do inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93, por prazo determinado, com fundações instituídas com a finalidade de dar apoio a projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico, inclusive na gestão administrativa e financeira estritamente necessária à execução desses projetos.<sup>18</sup>

4. na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Administração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inciso XX, acrescentado pela Lei nº 8.883/94); esta hipótese pode ser utilizada por todas as entidades referidas no artigo 6º, inciso XI, desde que estejam presentes os seguintes requisitos: (a) que se trate de contrato de prestação de serviços ou fornecimento de mão de obra; (b) que o contratado seja associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade; (c) que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado, requisito este que não precisaria ser mencionado, porque deve estar presente em todas as hipóteses de dispensa, sob pena de lesão ao patrimônio público ensejadora de ação popular, conforme artigo 4º, V, b, da Lei nº 4.717, de 29-6-65, sem falar na possibilidade de superfaturamento, sancionado pelo artigo 25, § 2º, da Lei nº 8.666/93. É bastante estranhável a inclusão, no dispositivo, de contratos de fornecimento de mão de obra, pois estes, além de não estarem previstos na Lei nº 8.666/93, não encontram fundamento no nosso sistema constitucional, uma vez que toda a contratação de mão de obra, na Administração Direta ou Indireta, está sujeita a concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ressalvada a hipótese de contratação temporária prevista no inciso IX do mesmo dispositivo;

---

suficiente, para a contratação direta com base no art. 24, VIII, o fato de a entidade contratada preencher os requisitos estatutários exigidos no referido dispositivo legal, sendo necessário, também, que o objeto a ser contratado guarde estreita correlação com as atividades de ensino, pesquisa ou desenvolvimento institucional (Acórdão nº 1.803/10 – Plenário, Rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, 28-7-10).

<sup>18</sup> É estranho que o dispositivo, embora cuidando de hipótese de dispensa de licitação na contratação de fundação de apoio, somente trate de entidades federais. Tem-se que entender que se trata de **norma geral** que, por isso mesmo, não impede a adoção, por Estados e Municípios, de norma semelhante prevista em sua legislação sobre licitações.

5. na contratação do fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural, com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica (inciso XXII, previsto na Lei nº 9.648/98, e alterado pela Lei nº 10.438, de 26-4-02);
6. na contratação realizada por empresa pública ou sociedade de economia mista com suas subsidiárias e controladas, para a aquisição ou alienação de bens, prestação ou obtenção de serviços, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (inciso XXIII, acrescentado pela Lei nº 9.648/98);
7. para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para as atividades contempladas no contrato de gestão (inciso XXIV, previsto na Lei nº 9.648/98, alterado pela Lei nº 10.438, de 26-4-02);<sup>19</sup>
8. 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 (inciso XXVI, acrescentado ao art. 24 pela Lei nº 11.107, de 6-4-05, que estabelece normas sobre consórcios públicos).

Embora não prevista no artigo 24 da Lei nº 8.666/93, também constitui hipótese de dispensa de licitação, em razão da pessoa, a prevista no artigo 1º-A da Lei nº 8.958, de 20-12-94, que dispõe sobre as relações entre as instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica e as fundações de apoio. Esse dispositivo, acrescentado à Lei nº 8.958 pela Lei nº 12.349/10, prevê a possibilidade de a FINEP (Financiadora de Estudos e Projetos), o CNPQ (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) e as Agências Financeiras Oficiais de Fomento celebrarem convênios e contratos, com dispensa de licitação fundada no artigo 24, XIII, da Lei nº 8.666, por prazo determinado, com as fundações de apoio, com a finalidade de dar apoio às IFES e ICTs, inclusive na gestão administrativa e financeira dos projetos de ensino, pesquisa e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico.

Quanto à **inexigibilidade**, o artigo 25 indica três hipóteses em que há inviabilidade de competição, sem excluir outras.

O dispositivo prevê:

1. A aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo,

<sup>19</sup> A respeito da hipótese de dispensa de licitação tratada no inciso XXIV do art. 24, foi proposta a ADIn-MC 1923/DF, na qual foi indeferida medida cautelar (Relator Min. Ilmar Galvão, Relator para Acórdão Min. Eros Grau, julgamento em 1º-8-07).

vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes (inciso I).<sup>20</sup>

Hely Lopes Meirelles (2003:279) distingue a exclusividade **industrial** da exclusividade **comercial**, para dizer que aquela é a do produtor privativo no país e esta é a dos vendedores e representantes na praça. E acrescenta que, “quando se trata de **produtor**, não há dúvida possível: se só ele produz um determinado material, equipamento ou gênero, só dele a Administração pode adquirir tais coisas; quando se trata de **vendedor** ou **representante** comercial já ocorre a possibilidade de existirem vários no país e, neste caso, considera-se a **exclusividade na praça de comércio**, que abranja a localidade da licitação. O conceito de exclusividade está, pois, relacionado com a área privativa do vendedor ou do representante do produtor”. Ele conclui que se considera “vendedor ou representante comercial exclusivo, para efeito de **convite**, o que é único na localidade; para **tomada de preços**, o que é único no registro cadastral; para **concorrência**, o que é único no país”.

A mesma ideia é defendida por Diógenes Gasparini (1995:318).

A parte final do dispositivo, ao indicar a forma como deve ser feita a prova de exclusividade, constitui inovação na lei, mas que consagra entendimento já adotado anteriormente pelo Tribunal de Contas, em especial o do Estado de São Paulo; a prova exigida pelo dispositivo já era de aplicação rotineira.

Além disso, o dispositivo parece reforçar o entendimento de Hely Lopes Meirelles pelo fato de que, com a redação atual, faz referência ao órgão de registro de comércio do **local** em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, o que dá ideia de que a exclusividade comercial diz respeito realmente à praça de comércio que abranja o local da licitação.

2. A contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13, de natureza singular, com profissionais ou empresas de **notória especialização**, vedada a **inexigibilidade** para serviços de publicidade e divulgação (inciso II); não é para qualquer tipo de contrato que se aplica essa modalidade: é apenas para os contratos de **prestação de serviços**, desde que observados os três requisitos, ou seja, o de tratar-se de um daqueles enumerados no artigo 13, o de ser de **natureza singular**, e o de ser contratado com pro-

<sup>20</sup> Súmula nº 255/10, do TCU: “Nas contratações em que o objeto só possa ser fornecido por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, é dever do agente público responsável pela contratação a adoção das providências necessárias para confirmar a veracidade da documentação comprobatória da condição de exclusividade.”

fissional notoriamente especializado. Assim é considerado, nos termos do § 1º do artigo 25, “o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato”.<sup>21</sup>

Quanto à menção, no dispositivo, à **natureza singular do serviço**, é evidente que a lei quis acrescentar um requisito, para deixar claro que não basta tratar-se de um dos serviços previstos no artigo 13; é necessário que a complexidade, a relevância, os interesses públicos em jogo tornem o serviço singular, de modo a exigir a contratação com profissional notoriamente especializado; não é qualquer projeto, qualquer perícia, qualquer parecer que torna inexigível a licitação. Note-se que o legislador quis tornar expresso que não ocorre inexigibilidade para os serviços de publicidade e divulgação; isto pode causar estranheza, porque tais serviços já não são incluídos entre os serviços técnicos especializados do artigo 13, o que por si exclui a inexigibilidade; ocorre que o legislador quis pôr fim à interpretação adotada por algumas autoridades e aprovada por alguns Tribunais de Contas, quanto à inviabilidade de competição nesse tipo de serviço. O resultado dessa insistência foi ter o legislador partido para o extremo oposto, proibindo a inexigibilidade para a publicidade e a divulgação, sem qualquer exceção, quando, na realidade, podem ocorrer situações em que realmente a inviabilidade de competição esteja presente; a licitação será, de qualquer modo, obrigatória.

Com relação à notória especialização, o § 1º do artigo 25 quis reduzir a discricionariedade administrativa em sua apreciação, ao exigir os critérios de **essencialidade** e **indiscutibilidade** do trabalho, como sendo o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato. Tem-se que estar em zona de certeza, quanto a esses aspectos, para ser válida a inexigibilidade.

3. A contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública (inciso III); a hipótese é semelhante à do inciso anterior: o que se objetiva é a prestação de ser-

<sup>21</sup> Súmula nº 252/10, do TCU: “A inviabilidade de competição para a contratação de serviços técnicos, a que alude o inciso II do art. 25 da Lei nº 8.666/93, decorre da presença simultânea de três requisitos: serviço técnico especializado, entre os mencionados no art. 13 da referida lei, natureza singular do serviço e notória especialização do contratado.” Pela Súmula nº 264/11, do TCU, “a inexigibilidade de licitação para a contratação de serviços técnicos com pessoas físicas ou jurídicas de notória especialização somente é cabível quando se tratar de serviço de natureza singular, capaz de exigir, na seleção do executor de confiança, grau de subjetividade insuscetível de ser medido pelos critérios objetivos de qualificação inerentes ao processo de licitação, nos termos do art. 25, inciso II, da Lei nº 8.666/1993”.

viço artístico, que pode tornar-se insuscetível de competição, quando contratado com profissional já consagrado, que imprima singularidade ao objeto do contrato.

Ainda com relação à dispensa e inexigibilidade, a Lei nº 8.666/93 prevê algumas normas de controle e sanção:

1. o § 2º do artigo 25 (e que deveria ser preceito à parte, já que abrange a dispensa e a inexigibilidade) estabelece as consequências do superfaturamento decorrente da aplicação dos artigos 24 (dispensa) e 25 (inexigibilidade): a responsabilidade solidária, pelo dano causado à Fazenda Pública, do fornecedor ou prestador de serviços e do agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis. Para o agente público, há ainda a responsabilidade administrativa; e, para ambos, agente público e contratado, a responsabilidade criminal prevista em lei, especialmente a norma do artigo 90 da Lei nº 8.666/93, que define como crime o ato de “dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”, incidindo na mesma pena (detenção de 3 a 5 anos, e multa) “aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público” (parágrafo único do art. 89); cabe ainda responsabilidade por ato de improbidade, com base na Lei nº 8.429, de 2-6-92;
2. o artigo 26, com a redação alterada pela Lei nº 11.107, de 6-4-05 (Lei de Consórcios Públicos), exige, como condição de eficácia, para as dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do artigo 17 e no inciso III e seguintes do artigo 24, para as situações de inexigibilidade previstas no artigo 25, necessariamente justificadas, e para o retardamento previsto no artigo 8º, parágrafo único, comunicação à autoridade superior dentro de três dias para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de 5 dias. Para fins de **instrução** do processo de dispensa e inexigibilidade, o parágrafo único do artigo 26 exige ainda, no que couber: caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso (artigo 24, inciso IV); razão da escolha do fornecedor ou executante; justificativa do preço; e documento de aprovação de projetos de pesquisa aos quais os bens são alocados.

## 9.6 MODALIDADES

A Lei nº 8.666/93 prevê cinco modalidades de licitação, no artigo 22: *concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão*; nos cinco primeiros parágrafos

contidos no dispositivo, define cada uma dessas modalidades; no § 8º, veda a criação de outras modalidades de licitação ou a combinação das referidas neste artigo. No entanto, pela Medida Provisória nº 2.026, de 4-5-00, foi criado o **pregão** como nova modalidade de licitação, a ser utilizada exclusivamente pela União. A Lei nº 10.520, de 17-7-02, em que se converteu aquela medida provisória, não repete a restrição que impedia a utilização do pregão por Estados, Distrito Federal e Municípios, razão pela qual todos os entes federativos podem utilizá-lo. Essa modalidade de licitação está disciplinada pela própria Lei nº 10.520, porém, conforme o disposto em seu artigo 9º, aplicam-se subsidiariamente as normas da Lei nº 8.666.

A Lei nº 12.462, de 4-8-11, instituiu o *Regime Diferenciado de Contratações Públicas* (RDC),<sup>22</sup> aplicável apenas às licitações e contratos necessários à realização: I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); II – da Copa das Confederações da Fifa 2013 e Copa do Mundo 2014; e III – para as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II. Em virtude de alterações posteriores, o mesmo Regime é aplicável também nas seguintes hipóteses:

- a) ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (conforme Lei nº 12.688, de 18-7-12);
- b) obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas de ensino público (nos termos da Lei nº 12.722, de 20-10-12);
- c) obras e serviços de engenharia celebrados no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS (conforme Lei nº 12.745, de 19-12-12, conversão da Medida Provisória nº 580, de 14-9-12);
- d) ações da Conab relacionadas a reforma, modernização, ampliação ou construção de unidades armazenadoras próprias destinadas à conservação de produtos agropecuários em ambiente natural (conforme Lei nº 12.873, de 24-10-13).
- e) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (conforme Lei nº 12.980, de 28-5-14).

Ainda é prevista a aplicação subsidiária da lei do RDC nas licitações destinadas à concessão de porto organizado e ao arrendamento de instalação portuária (art. 66 da Lei de Portos, de nº 12.815, de 5-6-13).

<sup>22</sup> Essa lei foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, uma proposta pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), o Democratas (DEM) e o Partido Popular Socialista (PPS), e, a outra, pelo Procurador-Geral da República.

No artigo 23 da Lei nº 8.666/93, são indicados os critérios de aplicação de uma ou outra dentre as três modalidades (concorrência, tomada de preços e convite). Da interpretação conjunta do artigo 22 e seus parágrafos e do artigo 23 da Lei nº 8.666/93, bem como das Leis nºs 8.987/95 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), 10.520/02 (sobre pregão), 11.079/04 (Lei de Parcerias Público-privadas) e Lei nº 12.462/11 (Lei do RDC), deduzem-se as seguintes regras:

1. A **concorrência** é obrigatória para:

- a) obras e serviços de engenharia de valor superior a um milhão e quinhentos mil reais (atualizado na forma do art. 120, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98);
- b) compras e serviços que não sejam de engenharia, de valor superior a seiscentos e cinquenta mil reais (também atualizado);
- c) compra e alienação de bens imóveis, qualquer que seja o seu valor, ressalvado o disposto no artigo 19, que admite concorrência ou leilão para alienação de bens adquiridos em procedimentos judiciais ou mediante dação em pagamento (§ 3º do artigo 23, alterado pela Lei nº 8.883/94);
- d) concessões de direito real de uso (§ 3º do art. 23);
- e) licitações internacionais, com a ressalva para a tomada de preços e para o convite, na hipótese do § 3º do artigo 23;
- f) alienação de bens móveis de valor superior ao previsto no art. 23, II, *b* (art. 17, § 6º);
- g) registro de preços (art. 15, § 3º, I), ressalvada a possibilidade de utilização do pregão, conforme artigos 11 e 12 da Lei nº 10.520/02.
- h) concessão de serviço público (art. 2º, II, da Lei nº 8.987, de 13-2-95);
- i) parcerias público-privadas, nas duas modalidades, de concessão patrocinada e concessão administrativa (art. 10 da Lei nº 11.079, de 30-12-04).

A Lei nº 11.107, de 6-4-05, que estabelece normas sobre consórcios públicos, veio introduzir o § 8º ao artigo 23, para determinar que “no caso de consórcios públicos, aplicar-se-á o dobro dos valores mencionados no *caput* deste artigo quando formado por até 3 (três) entes da Federação, e o triplo, quando formado por maior número”.

2. A **tomada de preços** e o **convite** são escolhidos em função dos **valores** estabelecidos no artigo 23, incisos I e II, com a ressalva contida no § 4º: nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência. Há, ainda, a possibilidade, prevista no § 3º, de ser adotada tomada de preços, nas licitações internacionais, desde que o órgão ou entidade disponha de cadastro internacional de fornecedores e sejam observados os limites do artigo 23, estabelecidos para essa modalidade de licitação; ou o convite, quando não houver fornecedor de bem ou serviço no país.

Com a preocupação de evitar fraude na escolha da modalidade de procedimento, o § 5º do artigo 23, alterado pela Lei nº 8.883/94, proíbe a utilização de convite ou tomada de preços, conforme o caso, para parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras ou serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizados conjunta e concomitantemente, sempre que o somatório de seus valores caracterizar o caso de tomada de preços ou concorrência, respectivamente, exceto para as parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço.

Esse parágrafo tem que ser combinado com o § 2º do mesmo dispositivo, que admite a execução parcelada de obras, serviços e compras, mas a cada etapa ou conjunto de etapas deverá ser realizada licitação distinta, preservada a modalidade pertinente para a execução do objeto em licitação.

Nessa parte, a Lei nº 8.883/94 trouxe alteração na Lei nº 8.666/93, porque, para fins de dispensa de licitação e de escolha da modalidade de licitação, substituiu a ideia de licitações **simultâneas** ou sucessivas (conceituadas, **de forma objetiva**, no artigo 39, parágrafo único), pelo conceito mais vago e impreciso de realização "**conjunta e concomitante**". Mas a norma do § 5º do artigo 23 permite a conclusão de que, em se tratando de **obras e serviços** da mesma natureza, a Administração é obrigada a somar os valores para escolher a modalidade de licitação; o que é decisivo para escolha pelo somatório dos valores é a **possibilidade** das obras ou serviços da mesma natureza serem realizados no mesmo local, **em conjunto** (ou seja, todas formando parte de um todo) e **concomitantemente** (ou seja, ao mesmo tempo). A única exceção é para a hipótese de se tratar de parcelas de natureza específica que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa daquela do executor da obra ou serviço. Nesse caso, essas parcelas não se somam ao resto da obra ou do serviço, para fins de escolha da modalidade de licitação.

3. O **leilão** (além de outras hipóteses previstas em leis esparsas) é utilizado, conforme previsto na Lei nº 8.666/93, para a venda de **bens móveis inservíveis** para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no artigo 19, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação. Pelo artigo 17, § 6º, o leilão é cabível desde que o valor dos bens não supere o limite estabelecido no artigo 23, II, b.

**Bens móveis inservíveis** não são, necessariamente, bens deteriorados, mas sim bens que não têm utilidade para a Administração. Com relação aos bens penhorados, houve manifesta impropriedade do legislador, já que a penhora ocorre no curso de processo judicial e está regulada pelas leis processuais, inclusive no que diz respeito ao leilão. Ou o legislador quis referir-se aos bens objeto de penhor (direito real de garantia disciplinado pelos artigos 1.431 e seguintes do Código Civil) ou quis referir-se aos bens que entram para o patrimônio público em decorrência de execução fiscal; quando inservíveis para a Administração, devem ser alienados por meio de leilão.

4. O **concurso** é cabível apenas para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico (art. 22, § 4º), devendo ser a modalidade escolhida **preferencialmente**

para os contratos de prestação de serviços técnicos profissionais especializados, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração (art. 13, § 1º).

5. O pregão é cabível para **aquisição de bens e serviços comuns**, assim considerados, pelo artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 10.520, de 17-7-02, e pelo artigo 3º, § 2º, do Decreto nº 3.555, de 8-8-00, “*aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado*”. Está disciplinado pela referida Lei, regulamentada pelo Decreto nº 3.555, de 8-8-00, alterado pelos Decretos nºs 3.693, de 20-12-00, e 7.174, de 12-5-10. Sujeita-se às alterações introduzidas na Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 12.349/10. Também é possível o pregão quando as compras e serviços comuns forem efetuados pelo sistema de registro de preços (art. 11 da Lei nº 10.520/02). Ainda conforme artigo 12, foi inserido um artigo, 2º-A, na Lei nº 10.191, de 14-2-01, para disciplinar o registro de preços mediante pregão, na área da saúde. O pregão eletrônico está regulamentado pelo Decreto nº 5.450, de 31-5-05.<sup>23</sup>

6. O regime diferenciado de contratação é cabível apenas para as licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, para a Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Amador – Fifa 2013, para a Copa do Mundo Fifa 2014 e para as obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos mundiais, além de outras indicadas no item 9.6.

### 9.6.1 CONCORRÊNCIA

Concorrência é a modalidade de licitação que se realiza com ampla publicidade para assegurar a participação de quaisquer interessados que preencham os requisitos previstos no edital (art. 22, § 1º).

Do conceito decorrem suas características básicas, que são a **ampla publicidade** e a **universalidade**.

A **publicidade**, nos termos do artigo 21, é assegurada pela publicação do aviso do edital, no mínimo uma vez, com indicação do local em que os interessados poderão ler e obter o texto integral e todas as informações sobre a licitação; a publicação deve ser feita no *Diário Oficial da União*, quando se tratar de licitação feita por órgão ou entidade da Administração Pública federal e, ainda, quando se tratar de obras financiadas parcial ou totalmente com recursos federais ou garantidos por insti-

<sup>23</sup> O Tribunal de Contas da União tem admitido a utilização da modalidade *pregão* para a contratação de obras e serviços de engenharia, mesmo diante da vedação expressa imposta pelos decretos que regulamentam a Lei nº 10.520/02 (art. 5º do Decreto nº 3.555/00 e art. 6º do Decreto nº 5.450/05). Nesse sentido, editou a Súmula nº 257/10: “O uso do pregão nas contratações de serviços comuns de engenharia encontra amparo na Lei nº 10.520/2010.”

tuições federais; no *Diário Oficial do Estado* ou do *Distrito Federal*, quando se tratar respectivamente de licitação de órgãos da Administração Estadual ou Municipal ou do Distrito Federal; e em jornal diário de grande circulação no Estado e também, se houver, em jornal de circulação na região ou no Município onde será realizada a obra, prestado o serviço, fornecido, alienado ou alugado o bem, podendo ainda a Administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição.

A publicação, no caso da concorrência, deve ser feita com no mínimo 30 dias de antecedência, salvo quando se tratar de licitação do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”, ou quando o contrato a ser celebrado contemplar a modalidade de empreitada integral, em que o prazo passa a ser de 45 dias (art. 21, § 2º, I, b). Esse prazo será contado a partir da última publicação do edital resumido ou da expedição do convite, ou ainda da efetiva disponibilidade do edital ou do convite e respectivos anexos, prevalecendo a data que ocorrer mais tarde (art. 21, § 3º).

**Universalidade** significa a possibilidade de participação de quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto (art. 22, § 1º).

## 9.6.2 TOMADA DE PREÇOS

Tomada de preços é a modalidade de licitação realizada entre interessados devidamente cadastrados ou que preenchem os requisitos para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação (art. 22, § 2º). A “qualificação”, aí referida, é a de que trata o artigo 36.

A Lei nº 8.666/93 mudou o conceito de tomada de preços, uma vez que, pela legislação anterior, ela se limitava aos licitantes **previamente** cadastrados; estava ausente a universalidade, já que a licitação era aberta apenas àqueles inscritos no registro cadastral; a lei atual, de certa forma, desnaturou o instituto ao permitir a participação de interessados que apresentem a documentação exigida para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas. O objetivo evidente foi o de abrir as portas para maior número de licitantes, o que pode convir aos interesses da Administração; mas não há dúvida de que o procedimento da tomada de preços veio tornar-se praticamente mais complexo, já que a comissão de licitação tem que examinar a documentação dos licitantes que participarem dessa forma. A grande vantagem da tomada de preços estava na fase de habilitação, em que a comissão se limitava a examinar os certificados de registro cadastral; pela nova lei, essa fase praticamente se iguala à da concorrência, quando houver licitantes utilizando-se dessa nova forma de participação.

Há quem entenda que a faculdade de se inscreverem licitantes não cadastrados deve ser exercida mediante apresentação dos documentos à Comissão encarregada do cadastramento, de modo que esse procedimento correria paralelamente ao da tomada de preços. Esse entendimento não parece aceitável, primeiro porque nem todos os

órgãos públicos possuem registro cadastral e, nesse caso, teriam que ficar dependendo do procedimento de cadastramento realizado em outro órgão ou entidade, segundo porque a realização de procedimento paralelo poderia contribuir para retardar inutilmente o procedimento da licitação. Por isso, a melhor solução consiste em exigir que os documentos sejam apresentados perante a própria Comissão encarregada da tomada de preços, principalmente nos órgãos que não possuam registro cadastral próprio.

No entanto, Toshio Mukai (1994:40) apresenta sugestão interessante e aceitável, ao afirmar que “qualquer empresa não cadastrada poderá participar de tomada de preços, desde que apresente junto à Comissão de Cadastro toda a documentação necessária para cadastramento até o 3º (terceiro) dia anterior à data designada para recebimento das propostas”. E acrescenta que “se no curso do procedimento licitatório a Comissão de Cadastro vier a indeferir o cadastramento a empresa deverá ser desqualificada por fato superveniente”; essa inabilitação por fato superveniente encontra fundamento no artigo 43, § 5º, da lei de licitações. Esse é o procedimento que vem sendo adotado na prática administrativa, de modo que, para permitir a participação de licitante não cadastrado na tomada de preços, as Comissões de Licitação exigem apenas o protocolo de entrega da documentação para fins de registro cadastral; se o registro cadastral não estiver efetuado até a data da habilitação, esta será feita condicionalmente e perderá o efeito se o registro não puder se completar por irregularidade na documentação.

A publicidade deve ser observada na tomada de preços, com obediência às mesmas normas já referidas para a concorrência, porém com a diferença de que o artigo 21, § 2º, II, *b*, exige que a publicação se faça com 30 dias de antecedência quando a licitação for do tipo “melhor técnica” ou “técnica e preço”; e o inciso III prevê que, nas demais hipóteses, o prazo seja de 15 dias. A contagem do prazo observa a norma do § 3º do mesmo dispositivo.

O **registro cadastral** deve ser mantido pelos órgãos e entidades que realizem frequentes licitações, devendo ser atualizados anualmente (art. 34); é facultada, contudo, a utilização de registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública (art. 34, § 2º), o que abrange a Administração Direta e Indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas (art. 6º, XI).

A pessoa cadastrada recebe um “certificado de registro cadastral”, com validade de um ano, no máximo, e do qual consta a categoria em que se inclui, tendo em vista sua especialização, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação relacionada nos artigos 30 (qualificação técnica) e 31 (qualificação econômico-financeira). Para os participantes que apresentem esse certificado na tomada de preços, a habilitação é prévia, porque feita no momento da inscrição no registro cadastral, perante **comissão** permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração

responsáveis pela licitação (art. 51), com mandato de um ano, vedada a recondução (art. 51, § 4º); no caso de obras, serviços ou aquisição de equipamentos, a comissão para julgamento dos pedidos de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, será integrada por profissionais legalmente habilitados (art. 51, § 2º).

O artigo 34 da Lei nº 8.666 foi regulamentado pelo Decreto nº 3.722, de 9-1-01 (alterado pelo Decreto nº 4.485, de 25-11-02). Nos termos do artigo 1º desse decreto, o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf) constitui o registro cadastral do Poder Executivo. Para participar da licitação, os licitantes podem comprovar a regularidade fiscal, a qualificação econômico-financeira e a habilitação jurídica por meio de cadastramento no Sicaf.

### 9.6.3 CONVITE

Convite é a modalidade de licitação entre, no mínimo, três interessados do ramo pertinente a seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados pela unidade administrativa, e da qual podem participar também aqueles que, não sendo convidados, estiverem cadastrados na correspondente especialidade e manifestarem seu interesse com antecedência de 24 horas da apresentação das propostas (art. 22, § 3º).

É a única modalidade de licitação em que a lei não exige publicação de edital, já que a convocação se faz por escrito, com antecedência de 5 dias úteis (art. 21, § 2º, IV), por meio da chamada **carta-convite**. No entanto, a Lei nº 8.666/93 inovou ao permitir que participem da licitação outros interessados, desde que cadastrados e manifestem seu interesse com a antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas. A medida contribui para aumentar o rol de licitantes, mas torna mais complexo um procedimento que se caracteriza e se justifica exatamente por sua maior simplicidade, decorrente do fato de que essa modalidade de licitação é cabível para os contratos de pequeno valor. Para permitir essa participação, o artigo 22, § 3º, exige que a unidade administrativa afixe, em lugar apropriado, cópia do instrumento convocatório.

A habilitação dos licitantes, nessa hipótese, só é obrigatória para aqueles que se apresentarem sem terem sido convidados pela Administração, porque têm que estar cadastrados; para os demais, é facultativa (art. 32, § 1º). A diversidade de tratamento fere o princípio da isonomia. A exigência de certificado para os não convidados somente se justificaria nos casos em que a Administração exige habilitação dos licitantes convidados. Do modo como está na lei, a norma levará ao absurdo de permitir a inabilitação de um licitante que não tenha o certificado de registro cadastral em ordem, quando, para os convidados, nenhuma documentação foi exigida.

Com o objetivo de evitar que o convite seja dirigido sempre aos mesmos licitantes, com possibilidade de ocasionar burla aos princípios da licitação, em especial da isonomia, o § 6º do artigo 22, alterado pela Lei nº 8.883/94, exige que, existindo na praça mais do que três possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico ou assemelhado, seja a carta-convite dirigida a pelo menos mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

Quanto à possibilidade de continuar a licitação no caso de aparecerem menos de que três convidados, o Tribunal de Contas da União, alterando seu entendimento após a entrada em vigor da Lei nº 8.666/93, decidiu que “para a regularidade da licitação na modalidade **convite** é imprescindível que se apresentem, no mínimo, 3 (três) licitantes devidamente qualificados. Não se obtendo esse número legal de propostas aptas à seleção, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, de modo a se garantir, nesse aspecto, a legitimidade do certame” (DOU de 11-8-93, p. 11.635).

Essa orientação há de ser entendida em termos que a tornem compatível com o artigo 22, § 7º, da Lei nº 8.666/93, segundo o qual “quando, por limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, for impossível a obtenção de número mínimo de licitantes exigidos no § 3º deste artigo, essas circunstâncias deverão ser devidamente justificadas no processo, sob pena de repetição do convite”.<sup>24</sup>

Quer dizer que o simples fato de se apresentarem menos do que três interessados não é suficiente, por si só, para determinar a repetição do convite. Pelo contrário, será possível prosseguir-se na licitação se ficar demonstrado o manifesto desinteresse dos licitantes convidados (o que não é passível de justificação, porque decorre de própria omissão dos licitantes) ou as “limitações do mercado”. Nesse caso, a limitação pode decorrer, por exemplo, da inexistência de outros possíveis interessados ou de empresas que, por alguma razão, não atendam às exigências da Administração. Se houver outros possíveis interessados em condição de atender ao convite, este deve ser repetido, agora com observância do § 6º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 8.883/94.

#### 9.6.4 CONCURSO

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmio ou remuneração aos vencedores (art. 22, § 4º).

A publicidade é assegurada por meio de publicação do edital, consoante estabelece o mesmo artigo 22, § 4º, com, pelo menos, 45 dias de antecedência; esse prazo é previsto também no artigo 21, § 2º, inciso, I, *a*.

De acordo com o artigo 52, § 2º, em se tratando de projeto, o vencedor deverá autorizar a Administração a executá-lo quando julgar conveniente, devendo ser observada também a norma do artigo 111 (v. item 8.8.2).

<sup>24</sup> Nesse sentido, Acórdão do TCU nº 1.620/10 – Plenário, e Súmula nº 248, do mesmo Tribunal: “Não obtendo o número legal mínimo de três propostas aptas à seleção, na licitação sob a modalidade convite, impõe-se a repetição do ato, com a convocação de outros possíveis interessados, ressalvadas as hipóteses previstas no § 7º do artigo 22 da Lei nº 8.666/93.”

### 9.6.5 LEILÃO

Leilão é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens **móveis** inservíveis para a Administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis prevista no art. 19, a quem possa oferecer o maior lance, igual ou superior ao da avaliação (art. 22, § 5º).

Outras leis existem prevendo o leilão, como é o caso do artigo 4º, § 3º, da Lei nº 9.491, de 9-9-97 (que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização); do artigo 29 da Lei nº 9.074, de 7-7-95 (que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos); do artigo 10 da Lei nº 11.481, de 31-5-07 (que altera a legislação sobre bens imóveis da União, prevendo leilão para a alienação de bens imóveis do Fundo do Regime Geral da Previdência Social).

Quando se tratar de **bens imóveis**, a modalidade de licitação obrigatória é a concorrência (art. 17, I, e art. 23, § 3º), com ressalva para as hipóteses do artigo 19, além de outras previstas em leis esparsas, como as já referidas. Nada diz a lei sobre bens **semoventes**; no Decreto-lei nº 2.300/86 era possível inferir, com maior tranquilidade, que a modalidade cabível era o leilão, porque o dispositivo a ele referente não fazia menção à modalidade de bem, se móvel ou imóvel, e havia exigência expressa de concorrência apenas para a alienação de imóveis. Na Lei nº 8.666/93 nada se diz quanto a esse tipo de bem, podendo, no entanto, ser-lhe aplicada a mesma regra que se refere aos bens móveis, já que os semoventes são, em regra, considerados uma espécie de bem móvel dotado de movimento próprio (como os animais), ao lado de outra modalidade que não tem essa característica.

### 9.6.6 PREGÃO

Pregão é a modalidade de licitação para aquisição de bens e serviços comuns, qualquer que seja o valor estimado da contratação, em que a disputa pelo fornecimento é feita por meio de propostas e lances em sessão pública. O § 1º do artigo 2º da Lei nº 10.520/02 permite que o pregão seja realizado por meio da utilização de recursos de tecnologia de informação, nos termos de regulamentação específica. Essa regulamentação consta do Decreto nº 5.450, de 31-5-05.<sup>25</sup>

A Medida Provisória nº 2.182/01 havia instituído o pregão apenas para a União. Essa restrição estava sendo considerada inconstitucional pela quase totalidade da

<sup>25</sup> O pregão também pode ser utilizado para a aquisição de bens e serviços de informática e automação, considerados como bens e serviços comuns nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 10.520/02 (e observadas as condições previstas no artigo 3º, § 3º, da Lei nº 8.248, de 23-10-91, que dispõe sobre a capacitação e competitividade do setor de informática e automação).

doutrina que tratou do assunto tendo em vista que, em se tratando de norma geral, tinha que ter aplicação para todos os entes federativos.

A questão ficou superada quando a medida provisória converteu-se na Lei nº 10.520/02, que não mais restringiu à União o âmbito da nova modalidade de licitação.

Conforme artigo 1º, parágrafo único, do Decreto nº 3.555/00, o pregão aplica-se aos órgãos da administração direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

### 9.6.7 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

Regime Diferenciado de Contratação (RDC) é modalidade de licitação instituída pela Lei nº 12.462, de 4-8-11, resultante da Medida Provisória nº 527, de 2011,<sup>26</sup> exclusivamente para as licitações e contratos necessários à realização:

- I – dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO);
- II – da Copa das Confederações da Federação Internacional de Futebol Associação – FIFA 2013 e da Copa do Mundo Fifa 2014, definidos pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA 2014, restringindo-se, no caso de obras públicas, às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios;
- III – de obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II.

Trata-se, portanto, de procedimento previsto para ser aplicado a situações específicas e ter duração limitada à conclusão dos eventos referidos no artigo 1º. Embora a lei tivesse, originariamente, aplicação restrita aos contratos referidos em

<sup>26</sup> Originariamente, a Medida Provisória nº 527/11 foi editada para alterar a Lei nº 10.683, de 28-5-02, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, bem como adaptar a legislação que disciplina a ANAC e a INFRAERO às novas normas. Na Câmara dos Deputados é que foram acrescentados à medida provisória os dispositivos que criam e disciplinam o RDC. Essa foi uma das razões invocadas nas aludidas ADIns para pedir a declaração de sua inconstitucionalidade, já que teriam sido descumpridos o processo legislativo (arts. 59 e 62 da Constituição) e o princípio da separação de poderes.

seu artigo 1º, o RDC vem sendo estendido a outros contratos. O artigo 1º, *caput*, da Lei nº 12.462/11 foi alterado pelas Leis 12.688, de 18-7-12, 12.722, de 20-10-12, 12.745, de 19-12-12, 12.980, de 28-5-14, 13.190, de 19-11-15, e 13.243, de 11-1-16, para prever a aplicação do regime às ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC (inciso IV), para a realização de obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas do Sistema Único de Saúde – SUS (inciso V), para as obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo (inciso VI), para as ações no âmbito da segurança pública (inciso VII), para as obras e serviços de engenharia, relacionadas a melhorias na mobilidade urbana ou ampliação de infraestrutura logística (inciso VIII) e para os contratos a que se refere o artigo 47-A (inciso IX, pertinente aos contratos de locação de bens móveis e imóveis, nos quais o locador realiza prévia aquisição, construção ou reforma substancial, com ou sem aparelhamento de bens, por si mesmo ou por terceiros, do bem especificado pela administração), e para as ações em órgãos e entidades dedicados à ciência, à tecnologia e à inovação (inciso X). Por sua vez, o § 3º do artigo 1º, com a redação dada pela Lei nº 13.190/15, previu a utilização do RDC para as obras e serviços de engenharia no âmbito dos sistemas públicos de ensino e de pesquisa, ciência e tecnologia. Além disso, a Lei nº 12.815, de 5-6-13 (Lei de Portos), no artigo 66, prevê a aplicação subsidiária da Lei do RDC às licitações de concessão de porto organizado e de arrendamento de instalação portuária. A Lei nº 12.873, de 24/10/13, autorizou a Companhia Nacional de Abastecimento (Conab) a utilizar o RDC nos contratos que especifica.

A Lei nº 12.462/11 está regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11-10-11, alterado pelo Decreto nº 8.080, de 20-8-13 e pelo Decreto nº 8.251, de 23-5-14.<sup>27</sup>

## 9.7 PROCEDIMENTO

Fala-se em procedimento, no Direito Administrativo, para designar uma série de atos preparatórios de ato final objetivado pela Administração. A licitação é um procedimento que exige uma sucessão de atos e fatos da Administração e atos e fatos do licitante.

O procedimento é mais complexo na concorrência, tendo em vista o maior vulto dos contratos a serem celebrados; é um pouco menos complexo na tomada de preços, em que o valor dos contratos é médio; e simplifica-se ainda mais no convite, dado o pequeno valor dos contratos.

O procedimento da licitação fica a cargo de uma Comissão, permanente ou especial, composta de, pelo menos, três membros (art. 51), sendo pelo menos dois deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração

<sup>27</sup> Sobre o RDC, v. item 9.10.

responsáveis pela licitação; apenas no caso de convite, a comissão poderá ser substituída por servidor formalmente designado pela autoridade competente, desde que se trate de pequena unidade administrativa em que a exiguidade de pessoal disponível justifique a medida (§ 1º); e, no caso de pregão, a licitação é realizada por um pregoeiro, que é um servidor do órgão promotor do procedimento, escolhido e designado pela autoridade competente, ficando a seu cargo a análise da aceitabilidade das propostas e lances, a classificação, a habilitação e a adjudicação do objeto do certame ao licitante vencedor (art. 3º, IV, da Lei nº 10.520/02). Conforme artigo 7º, parágrafo único, do Decreto nº 3.555, de 8-8-00, que regulamenta o pregão, somente poderá atuar como pregoeiro o servidor que tenha realizado capacitação específica para exercer a atribuição. No caso de pregão eletrônico, as designações do pregoeiro e da equipe de apoio devem recair nos servidores do órgão ou entidade promotora da licitação, ou de órgão ou entidade integrante do SISG – Sistema de Serviços Gerais (art. 10 do Decreto nº 5.450, de 31-5-05).

O mandato da Comissão é de até um ano, vedada a recondução da totalidade de seus membros para a mesma comissão no período subsequente (§ 4º). O legislador quer evitar que a manutenção da mesma comissão por períodos subsequentes acabe facilitando e perpetuando as fraudes comuns nesse tipo de procedimento administrativo. O ideal é que se mude sempre parcialmente a comissão, porque o procedimento é complexo e exige certo preparo por parte de seus membros.

A Lei nº 8.666/93 veio inovar ao estabelecer a responsabilidade solidária dos membros da comissão por todos os atos por ela praticados, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão (§ 3º). O dispositivo insere-se nos objetivos do legislador de controlar com maior rigor a licitude e a probidade no procedimento da licitação.

No caso de **concurso**, o julgamento deve ser feito por comissão especial integrada por pessoas de reputação ilibada e reconhecido conhecimento da matéria, não havendo necessidade de serem servidores públicos (art. 51, § 5º); justifica-se a exigência pelo fato de o concurso ser a modalidade de licitação cabível para a contratação de serviços técnicos, artísticos ou científicos, que exigem conhecimento especializado por parte da comissão.

Atente-se, ainda, para o fato de que a comissão de licitação também tem competência para proceder à inscrição no registro cadastral, sua alteração ou cancelamento, exigindo-se profissionais legalmente habilitados quando se tratar de obras, serviços ou aquisição de equipamentos.

Pelo artigo 38 da Lei nº 8.666/93, **o procedimento da licitação será iniciado com a abertura do processo administrativo**, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente todos os atos da administração e dos licitantes, como edital, propostas, atas, pareceres, recursos etc.

O dispositivo repete a mesma impropriedade que constava do Decreto-lei nº 2.300/86, ao falar em **procedimento da licitação**, quando, pelos termos em que

está redigido, faz referência, na realidade, ao **processo**, considerado em seu sentido **material**, ou seja, como conjunto de documentos autuados, protocolados e numerados, formando uma pasta na qual se arquiva tudo o que se refere ao procedimento.

Além disso, a autorização, a indicação do objeto e dos recursos próprios para a despesa são atos prévios, **internos**, preparatórios do procedimento da licitação, que, tecnicamente falando, somente se inicia pela convocação dos interessados por meio do instrumento adequado.

## 9.7.1 PROCEDIMENTO DA CONCORRÊNCIA

O procedimento da concorrência compreende as seguintes fases: edital, habilitação, classificação, homologação e adjudicação.<sup>28</sup>

### 9.7.1.1 EDITAL

O edital é o ato pelo qual a Administração divulga a abertura da concorrência, fixa os requisitos para participação, define o objeto e as condições básicas do contrato e convida a todos os interessados para que apresentem suas propostas. Em síntese, o edital é o ato pelo qual a Administração faz uma oferta de contrato a todos os interessados que atendam às exigências nele estabelecidas.

Costuma-se dizer que o edital é a **lei da licitação**; é preferível dizer que é a **lei da licitação e do contrato**, pois o que nele se contiver deve ser rigorosamente cumprido, sob pena de nulidade; trata-se de aplicação do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no artigo 3º da Lei nº 8.666/93 (v. item 9.3.6).

O artigo 40 estabelece os requisitos que deve observar o edital, alguns deles concernindo ao próprio **procedimento da licitação** (objeto, condições para participação, forma de apresentação das propostas, critérios para julgamento)<sup>29</sup> e outros

---

<sup>28</sup> Para algumas modalidades de contratos está sendo prevista a possibilidade de inversão das fases de habilitação e julgamento; é o que ocorre com relação às parcerias público-privadas (art. 13 da Lei nº 11.079/03), às concessões de serviços públicos (art. 18-A, acrescentado à Lei nº 8.987/95 pela Lei nº 11.196/05); aos contratos de serviços de publicidade (art. 6º, I, da Lei nº 12.232/10).

<sup>29</sup> Um dos requisitos que deve constar do Edital é o que diz respeito ao “critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, [...]”. O Decreto nº 7.983, de 8-4-13, veio estabelecer regras e critérios para elaboração do orçamento de referência de obras e serviços de engenharia, contratados e executados com recursos dos orçamentos da União. O objetivo é o de padronizar a metodologia para elaboração do orçamento de referência e estabelecer parâmetros para o controle da aplicação dos recursos da União. O artigo 11 do Decreto exige que os critérios de aceitabilidade de preços constem do edital de licitação para contratação de obras e serviços de engenharia. As normas desse Decreto são aplicáveis, em regra, à União. Mas serão obrigatórias para Estados, Distrito Federal e Municípios, quando realizarem licitação para a contratação de obras ou serviços de engenharia com recursos transferidos pela União, por meio de convênios, contratos de repasse, termos de compromisso ou instrumentos congêneres.

referentes ao **contrato** (prazo e condições para assinatura do contrato, para execução e para entrega do objeto da licitação, condições de pagamento e, quando for o caso, de reajuste de preços, condições de recebimento do objeto da licitação). Na redação do termo do contrato ou instrumento equivalente, nada pode ser inserido em discordância com o que determina o edital (art. 41).

Publicado o edital, com observância das normas de publicidade já referidas (art. 21), o interessado que tenha alguma objeção deve argui-la até o momento da abertura dos envelopes de habilitação, pois o artigo 41, § 2º, estabelece que “decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder a abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, a abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização do leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso”. A norma tem o evidente intuito de evitar que os licitantes deixem transcorrer o procedimento da licitação sem levantar objeções ao edital, somente as arguindo, posteriormente, quando as decisões da Comissão lhes sejam desfavoráveis. De acordo com o § 3º do mesmo dispositivo, “a impugnação feita tempestivamente pelo licitante não o impedirá de participar do processo licitatório até o trânsito em julgado da decisão a ela pertinente”. Embora a lei fale em trânsito em julgado, parece, na realidade, referir-se à decisão final da própria Administração e não do Poder Judiciário; a terminologia é, evidentemente, inadequada.

Também ao cidadão é dado o direito de impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação da lei, devendo protocolar o pedido até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, cabendo à Administração julgar e responder à impugnação em até três dias úteis (art. 41, § 1º).

Tanto o § 1º como o § 2º têm caráter ordinatório da própria atividade administrativa; mas, como todo prazo estabelecido em benefício da Administração e não do servidor ou do administrado, o previsto nos referidos parágrafos também pode e deve ser relevado quando as impugnações, mesmo sendo feitas fora de prazo, sejam procedentes; razões de economia processual aconselham essa medida, pois evitará que a ilegalidade venha a ser apontada depois pelos próprios órgãos administrativos de controle ou mesmo pelos órgãos de controle externo (Tribunal de Contas e Poder Judiciário). Também a vinculação ao princípio da legalidade obriga a Administração a rever seus próprios atos quando irregularidades sejam descobertas por ela mesma ou por terceiros.

Acresce que o cidadão, além de ter o direito de petição já assegurado pelo artigo 5º, XXXIV, da Constituição Federal, ainda pode, sem prejuízo da impugnação referida no § 1º do artigo 41, representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação da lei (art. 113, § 1º); e ainda pode provocar a iniciativa do Ministério Público para os fins previstos no artigo 101.

Quando se tratar de concorrência de âmbito internacional, o artigo 42 manda que o edital se ajuste às diretrizes de política monetária e do comércio exterior e atenda às exigências dos órgãos competentes (v. item 9.3).

### 9.7.1.2 HABILITAÇÃO

A segunda fase do procedimento da licitação é a da **habilitação**, em que há a abertura dos envelopes “documentação” e sua apreciação, conforme previsto no artigo 43, I.

Em ato público, a Administração recebe os envelopes contendo a **documentação** referente à habilitação dos licitantes e a **proposta** (art. 43, § 1º).

Nessa fase são abertos os envelopes contendo os documentos exigidos no edital, que devem ser assinados pelos licitantes presentes e pela Comissão (art. 43, § 2º). Essa exigência atende aos interesses dos próprios licitantes, pois impede qualquer substituição posterior, em benefício ou em prejuízo de um ou outro.

Os documentos exigíveis para a habilitação estão indicados no artigo 27 da Lei nº 8.666/93 e somente podem referir-se à **habilitação jurídica, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira, regularidade fiscal e trabalhista e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal**. Esta última exigência foi inserida pela Lei nº 9.854, de 27-10-99, e visa impedir que participem de licitações empresas que descumpram a “proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo sob a condição de aprendiz, a partir dos quatorze anos”.

Pelo artigo 37, XXI, da Constituição, somente poderão ser exigidos documentos referentes à “qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”. Revendo posicionamento adotado em edições anteriores, passamos a entender que o sentido do dispositivo constitucional não é o de somente permitir as exigências de qualificação técnica e econômica, mas de, em relação a esses dois itens, somente permitir as exigências que sejam indispensáveis ao cumprimento das obrigações. A norma constitui aplicação do princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade entre meios e fins.

Qualquer outra documentação, além das pertinentes aos itens referidos no artigo 27 da Lei nº 8.666/93, é inexigível no **edital**. Não tem fundamento, por isso, o artigo 117, parágrafo único, da Constituição do Estado de São Paulo, que exige, implicitamente, prova de atendimento a normas relativas à saúde e à segurança no trabalho.<sup>30</sup>

Essa e outras exigências, que não são indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações, contribuem para tornar o procedimento da licitação ainda mais formalista e burocrático, desvirtuando os objetivos da licitação e infringindo o inciso XXI do artigo 37 da Constituição.

---

<sup>30</sup> Nesse sentido, acórdão do STF, onde se afirma que “não tem pertinência com a garantia do cumprimento do contrato objeto da licitação no âmbito estadual a exigência de declaração expedida por repartição federal relativa à segurança e à saúde do trabalhador. A exigência assim feita viola o art. 37, XXI, da Constituição Federal. 2. Recurso extraordinário desprovido” (RE 210721/SP, Rel. Min. Menezes Direito, j. 20-5-08, primeira turma).

Ainda quanto à regularidade fiscal, a Lei Complementar nº 123, de 14-12-06, alterada pela Lei Complementar nº 147, de 7-8-14, veio estabelecer que a sua comprovação pelas microempresas e empresas de pequeno porte somente será exigida para efeito de assinatura do contrato (art. 42); em caso de alguma restrição, “será assegurado o prazo de cinco dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogável por igual período, a critério da administração pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa” (§ 1º do art. 43); a não regularização no prazo previsto implicará decadência do direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no artigo 81 da Lei nº 8.666/93, sendo facultado à Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para a assinatura do contrato, ou revogar a licitação (§ 3º do art. 43). O mesmo benefício é outorgado às cooperativas (conforme art. 34 da Lei nº 11.488, de 15-6-07).

Quanto à regularidade trabalhista (incluída no inciso IV do artigo 27 da Lei nº 8.666/93 pela Lei nº 12.440, de 7-7-11), o inciso V do artigo 29 da Lei nº 8.666 passa a exigir prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa (CNDT), nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, conforme alteração introduzida pela Lei nº 12.440/11.

Os documentos podem ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração, ou publicação em órgão de imprensa oficial (art. 32).

De acordo com o § 1º do artigo 32, a documentação pode ser dispensada, no todo ou em parte, nos casos de convite, concurso, fornecimento de bens para pronta-entrega e leilão.

Em qualquer modalidade de licitação, o certificado de registro cadastral previsto no artigo 36, § 1º, substitui os documentos necessários à habilitação, quanto às informações disponibilizadas 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 (art. 32, § 2º, com a redação da Lei nº 9.648/98).

Essa parte final do dispositivo justifica-se tendo em vista que, se a Administração dispuser de informações necessárias à habilitação, poderá exigir a complementação.

O § 3º do artigo 32 estabelece que “a documentação referida neste artigo poderá ser substituída por registro cadastral emitido por órgão ou entidade pública, desde que previsto no edital e o registro tenha sido feito em obediência ao disposto nesta lei”.

Aparentemente, há sobreposição entre as normas dos §§ 2º e 3º, mas essa sobreposição (e até mesmo contradição) é apenas aparente; o § 2º diz as condições em que o certificado de registro cadastral substitui a documentação; e o § 3º permite que a Comissão aceite certificados emitidos por outros órgãos ou entidades públicas (o que não dispensa o atendimento do § 2º), desde que essa possibilidade tenha sido prevista no edital e o certificado tenha obedecido às normas da Lei nº 8.666/93.

As empresas estrangeiras que não funcionem no país atenderão, nas licitações internacionais, às exigências pertinentes aos documentos, devendo estes ser autenticados pelos respectivos consulados e traduzidos por tradutor juramentado; além disso, tais empresas devem ter representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa ou judicialmente (§ 4º do art. 32). Essas exigências não se aplicam nas hipóteses previstas no § 6º do mesmo dispositivo.

A Lei nº 13.243, de 11-1-16, que dispõe sobre estímulos ao desenvolvimento científico, à pesquisa, à capacitação científica e tecnológica e à inovação, introduziu um § 7º no artigo 32 da Lei nº 8.666/93, para permitir que a documentação prevista nos artigos 28 a 31 seja dispensada, “nos termos de regulamento, no todo ou em parte, para a contratação de produto para pesquisa e desenvolvimento, desde que para pronta-entrega ou até o valor previsto na alínea “a” do inciso II do caput do artigo 23”. Não é obrigatória a dispensa, que ficará dependendo da decisão discricionária da Administração Pública, a ser tomada com base em regulamento ainda não expedido. E está sujeita às limitações inseridas na parte final do dispositivo: a) a dispensa só é possível nos contratos que tenham por objeto a aquisição de produto destinado à pesquisa e desenvolvimento; b) deve tratar-se de hipótese de pronta-entrega; c) só é possível nos contratos que não ultrapassem o valor previsto no artigo 23, II, “a”.

O artigo 33 contém norma sobre participação de **empresas em consórcio** no procedimento da licitação. Segundo ensina Rubens Requião (1977:243), “o consórcio constitui uma modalidade técnica de concentração de empresas. Através dele podem diversas empresas, associando-se mutuamente, assumir atividades e encargos que isoladamente não teriam força econômica e financeira, nem capacidade técnica para executar”. De acordo com o artigo 278, § 1º, da Lei das S.A., “o consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”.

Para participar da licitação devem observar as seguintes normas:

- I – comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelos consorciados;
- II – indicação da empresa responsável pelo consórcio que deverá atender às condições de liderança, obrigatoriamente fixadas no edital;
- III – apresentação dos documentos exigidos nos artigos 28 a 31 para cada consorciado, admitindo-se, para efeito de qualificação técnica, o somatório dos quantitativos de cada consorciado, e, para efeito de qualificação econômico-financeira, o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, podendo a Administração estabelecer, para o consórcio, um acréscimo de até 30% dos valores exigidos para licitante individual, inexigível este

- acréscimo para os consórcios compostos, em sua totalidade, por micro e pequenas empresas assim definidas em lei;
- IV – impedimento de participação de empresa consorciada, na mesma licitação, através de mais de um consórcio ou isoladamente;
- V – responsabilidade solidária dos integrantes pelos atos praticados em consórcio, tanto na fase de licitação quanto na de execução do contrato.

A parte do inciso III que possibilita à Administração exigir do consórcio um acréscimo de até 30% dos valores exigidos para licitante individual é de constitucionalidade bastante duvidosa, por conflitar com a regra da isonomia, que exige igualdade de tratamento a todos os licitantes.

Nos termos do § 1º do artigo 33, em se tratando de consórcio de empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira.

O § 2º do artigo 33 exige ainda que o licitante vencedor promova, antes da celebração do contrato, a constituição e o registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I do mesmo dispositivo. Justifica-se a norma porque o artigo 33 está cogitando de hipótese em que as empresas formam o consórcio com o objetivo específico de participar da licitação; e, para essa participação, o inciso I exige apenas o “compromisso público ou particular” de constituição do consórcio. Se ganhar a licitação, o consórcio deverá, antes de firmar o contrato, promover sua constituição, pelo registro.

Na fase de habilitação, a Administração Pública abre, em ato público, os envelopes contendo a documentação, que deve ser rubricada pelos licitantes presentes e pela Comissão (§§ 1º e 2º do art. 43). Examinados os documentos, serão considerados habilitados os licitantes que tiverem atendido às exigências do edital, não sendo permitido, após o ato público de abertura dos envelopes, a apresentação ou substituição de documentos. Os licitantes que não estiverem com a documentação em ordem são considerados inabilitados para participar da licitação e recebem de volta, **fechado**, o envelope contendo sua proposta, “desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação” (art. 43, inciso II). Quando todos forem inabilitados, a Administração poderá dar aos licitantes o prazo de oito dias (ou três, no caso de convite), para que apresentem nova documentação (art. 48, § 3º, com a redação dada pela Lei nº 9.648/98).

De acordo com o § 5º do artigo 43, ultrapassada a fase de habilitação e abertas as propostas, não cabe desclassificar o concorrente por motivo relacionado com a habilitação, salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento.

O § 3º do mesmo dispositivo permite à Comissão ou autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, vedada a inclusão posterior de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta. O dispositivo deixa claro (o que não ocorria no art. 35, § 3º, do Decreto-lei nº 2.300/86) que as diligên-

cias referidas no dispositivo não podem ter por objetivo alterar ou complementar a documentação apresentada; o que se pretende é permitir a adoção de medidas para esclarecimento da própria Comissão ou autoridade superior, como vistorias, laudos, pareceres técnicos ou jurídicos.

Se nenhum dos licitantes estiver com a documentação em ordem, encerra-se o procedimento. Basta a habilitação de um licitante para que se dê prosseguimento, passando-se à fase seguinte, de classificação das propostas, desde que não haja recurso. Se este foi interposto, terá que ser aguardada sua decisão, já que ele tem efeito suspensivo (art. 109, I, *a*, e § 2º).

O artigo 114 da Lei nº 8.666/93 prevê uma hipótese de concorrência em que a habilitação pode ser prévia; o dispositivo fala em **pré-qualificação**, que pode ocorrer nas concorrências em que o objeto da licitação recomenda análise mais detida da qualificação técnica dos interessados. A pré-qualificação deve observar as normas da Lei nº 8.666/93 pertinentes à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação.

### 9.7.1.3 CLASSIFICAÇÃO

Na terceira fase do procedimento, a Administração faz o julgamento das propostas, classificando-as pela ordem de preferência, segundo critérios objetivos constantes do edital.

Essa fase pode ser subdividida em duas:

1. na primeira, há a abertura dos envelopes “proposta” dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos (art. 43, III); os envelopes são abertos em ato público previamente designado, do qual deverá ser lavrada ata circunstanciada, assinada pelos licitantes presentes e pela Comissão; abertos os envelopes, todas as propostas serão rubricadas também pelos licitantes presentes e pela Comissão (§§ 1º e 2º do art. 43);
2. na segunda, há o julgamento das propostas, que deve ser **objetivo** e realizado de acordo com os **tipos de licitação**, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos (art. 45).

Os **tipos de licitação**, para essa finalidade, estão previstos no § 1º do artigo 45 e compreendem quatro categorias:

- I – a de menor preço – quando o critério de seleção da proposta mais vantajosa para a Administração determinar que será vencedor o licitante

que apresentar a proposta de acordo com as especificações do edital ou convite e ofertar o menor preço;

- II – a de melhor técnica;
- III – a de técnica e preço;
- IV – a de maior lance ou oferta – nos casos de alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Para esse fim, o edital mencionará qual o tipo de licitação que será adotado para critério de julgamento.

Além disso, o edital deverá mencionar os fatores que serão levados em consideração, de maneira a possibilitar sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle; podem ser indicados critérios relativos a **prazo, qualidade, rendimento, tipo de material** e outros expressamente previstos, vedado levar em consideração qualquer elemento, critério ou fator sigiloso, secreto, subjetivo ou reservado que possa ainda que indiretamente elidir o princípio da igualdade entre os licitantes (art. 44, § 1º); também não poderá ser considerada qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes (§ 2º).

A Lei nº 8.666/93 deu preferência à licitação de menor preço, que é a que permite escolha mais objetiva e dificulta a apreciação discricionária por parte da Comissão. Ficou limitada a utilização da “melhor técnica” ou “técnica e preço” à hipótese de contratos que tenham por objeto **serviços de natureza predominantemente intelectual**, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos (art. 46). Excepcionalmente, essa modalidade pode ser utilizada também, “por autorização expressa e mediante justificativa circunstanciada da maior autoridade da Administração promotora constante do ato convocatório, para **fornecimento de bens e execução de obras ou prestação de serviços** de grande vulto majoritariamente dependentes de tecnologia nitidamente sofisticada e de domínio restrito, atestado por autoridades técnicas de reconhecida qualificação, nos casos em que o objeto pretendido admitir soluções alternativas e variações de execução, com repercussões significativas sobre sua qualidade, produtividade, rendimento e durabilidade concretamente mensuráveis, e estas puderem ser adotadas à livre escolha dos licitantes na conformidade dos critérios objetivamente fixados no ato convocatório” (art. 46, § 3º).

Tantos são os requisitos exigidos por esse § 3º que dificilmente ele será aplicado.

Deve ser utilizada a licitação de técnica e preço, conforme artigo 45, § 4º, para a contratação de bens e serviços de informática, hipótese em que será observado o artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23-10-91, com alterações posteriores. No caso de contratação de serviços de publicidade, os critérios de julgamento a serem adota-

dos obrigatoriamente serão o de melhor técnica ou técnica e preço (art. 5º da Lei nº 12.232/10).

A preferência do legislador pelo critério do preço e as restrições ao critério da técnica podem trazer dificuldades à Administração nas licitações para determinados contratos em que, mesmo sem estarem presentes os requisitos previstos no § 3º do artigo 46, seria aconselhável levar em consideração a técnica utilizada. Isto ocorre em especial nos contratos de obras e serviços técnicos especializados, em que a seleção pelo critério exclusivo do preço pode levar a Administração a ter que aceitar proposta que, sob o ponto de vista da técnica, não é a melhor; isto, evidentemente, contraria o interesse público.

Para obviar os efeitos negativos da lei, deve o edital ser exigente no que diz respeito à qualificação técnica (art. 30, II) e no que se refere aos requisitos mínimos a serem observados para classificação das propostas, de modo a poder excluir as que, sob o ponto de vista técnico, não sejam as mais adequadas para a Administração, conforme o permite o artigo 48, I.

A preferência do legislador pelo critério do preço foi a tal ponto que, mesmo na licitação de “melhor técnica”, é o critério do preço que acabará prevalecendo sobre o da técnica. Isto é o que decorre do procedimento estabelecido pelo artigo 46, § 1º: abertos os **envelopes contendo as propostas técnicas** e feita sua classificação pela ordem de preferência, serão abertos os **envelopes contendo as propostas de preço** dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no ato convocatório (devendo os demais ser desclassificados com base no art. 48, I, e receber, de volta, fechados, os envelopes com o preço). Se a melhor técnica coincidir com o menor preço, a seleção está decidida; se, porém, a melhor proposta técnica não for a de menor preço, a Comissão deverá abrir uma negociação com o proponente mais bem classificado tecnicamente para tentar fazê-lo reduzir os preços, tendo como limite a proposta de menor preço apresentada entre os licitantes classificados. Não conseguindo essa redução, será feita negociação com o segundo colocado e com os demais proponentes, pela ordem de classificação, até a consecução de acordo para a contratação.

O legislador está admitindo que a melhor técnica seja desprezada em benefício do menor preço. Por isso, repita-se, a Comissão deve ser rigorosa ao estabelecer os requisitos de qualificação técnica (art. 30, II), de modo a poder considerar inabilitados os licitantes que não comprovem ter experiência, instalações, recursos humanos e materiais indispensáveis para a execução do objeto pretendido; e deve ser rigorosa ao estabelecer os requisitos da proposta, no que diz respeito às especificações da obra ou serviço a ser realizado, de modo a ter elementos para desclassificar as propostas que não sejam tecnicamente adequadas. Por outras palavras, o ato convocatório deve ser feito de tal forma que permita classificar apenas as propostas que apresentem critérios de excelência na realização da obra ou serviço; é o único modo possível para tentar reduzir os males a que a preferência do legislador pode conduzir.

Na licitação de “técnica e preço”, observar-se-ão, para classificação das propostas técnicas, os mesmos critérios estabelecidos para licitação de “melhor técnica”, ou seja,

serão classificadas as propostas técnicas de acordo com os critérios estabelecidos no ato convocatório; a seguir, será feita a classificação das propostas de preços; finalmente, a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a “média ponderada” das valorações atribuídas às propostas, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório (art. 46, § 2º).

Em qualquer modalidade (preço, técnica ou técnica e preço), no caso de haver empate entre as propostas, aplicar-se-á o artigo 3º, § 2º, que, com a redação dada pela Lei nº 12.349/10, determina seja dada preferência, como critério de desempate, aos bens e serviços: I – produzidos no país; II – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; III produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no país. Persistindo o empate, será feito o sorteio (art. 45, § 2º).

A Lei nº 10.176, de 11-1-01, ao dispor sobre a capacitação e a competitividade do setor de tecnologia de informação, alterou a redação do artigo 3º da Lei nº 8.248, suprimindo a referência a empresas de capital nacional; o dispositivo, com a nova redação, determina que “os órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta ou indireta, as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público e as demais organizações sob o controle direto ou indireto da União darão preferência, nas aquisições de bens e serviços de informática e automação, observada a seguinte ordem: 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”.<sup>31</sup>

Também em qualquer das modalidades referidas, a Comissão de licitação ou autoridade responsável pelo convite deve **desclassificar** as propostas que não atendam às exigências do ato convocatório, mesmo em se tratando de exigências apenas formais; bem como as propostas com valor global superior ao limite estabelecido ou com preços manifestamente inexequíveis, assim considerados aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação (art. 48).

Se todas as propostas forem desclassificadas, a Administração poderá fixar aos licitantes o prazo de 8 dias úteis para a apresentação de outras, escoimadas das causas que deram margem à desclassificação, facultada, no caso do convite, a redução desse prazo para três dias (art. 48, § 3º).

Do julgamento das propostas cabe recurso com efeito suspensivo (art. 109, I, b, e § 2º).

<sup>31</sup> V. Decreto nº 7.174, de 12-5-10, que regulamenta a contratação de bens e serviços de informática e automação pela administração pública federal, direta ou indireta, pelas fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público e pelas demais organizações sob o controle direto ou indireto da União.

#### 9.7.1.4 HOMOLOGAÇÃO

O artigo 43, inciso VI, da Lei nº 8.666/93 prevê, como ato final do procedimento, a “deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”.

Houve, aqui, uma inversão nos atos finais do procedimento. Anteriormente a essa lei, a adjudicação era o ato final praticado pela própria Comissão de licitação, após o que vinha a homologação pela autoridade competente.

Agora, os dois atos ficam fora da atuação da Comissão e passam a ser de competência da autoridade superior.

A homologação equivale à aprovação do procedimento; ela é precedida do exame dos atos que o integraram pela autoridade competente (indicada nas leis de cada unidade da federação), a qual, se verificar algum vício de ilegalidade, anulará o procedimento ou determinará seu saneamento, se cabível. Se o procedimento estiver em ordem, ela o homologará. A mesma autoridade pode, por razões de interesse público devidamente demonstradas, revogar a licitação (v. item 9.8).

#### 9.7.1.5 ADJUDICAÇÃO

A adjudicação é o ato pelo qual a Administração, pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação.

É o ato final do procedimento.

Trata-se de ato declaratório que não se confunde com a celebração do contrato, pois, por meio dele, a Administração proclama que o objeto da licitação é entregue ao vencedor. Depois de praticado esse ato é que a Administração vai convocá-lo para assinar o contrato.

Trata-se de ato vinculado, já que as únicas hipóteses em que a Administração pode deixar de efetuar a adjudicação são as de anulação ou revogação do procedimento, conforme previsto no art. 49 da Lei nº 8.666/93. A anulação ocorrerá em caso de ilegalidade, e a revogação, em caso de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado.

Embora a adjudicação seja ato meramente declaratório, ela já produz alguns efeitos, assim referidos por Hely Lopes Meirelles (1990:153): “a) a aquisição do direito de contratar com a Administração nos termos em que o adjudicatário venceu a licitação; b) a vinculação do adjudicatário a todos os encargos estabelecidos no edital e aos prometidos na sua proposta; c) a sujeição do adjudicatário às penalidades previstas no edital e a perda de eventuais garantias oferecidas, se não assinar o contrato no prazo e condições estabelecidas; d) o impedimento de a Administração contratar o objeto licitado com qualquer outro que não seja o adjudicatário; e) a liberação dos licitantes vencidos dos encargos da licitação”.

Feita a adjudicação, a Administração convocará o adjudicatário para assinar o contrato, devendo fazê-lo no prazo de 60 dias da data da entrega das propostas;

ultrapassado esse prazo, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos (art. 64, § 3º).

Se o interessado não atender à convocação no prazo estabelecido pela Administração, perderá o direito à contratação e ficará sujeito às penalidades previstas no artigo 87; o prazo de convocação pode ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado durante seu transcurso pela parte e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração (art. 64, § 1º).

Caso o interessado não atenda à convocação, a Administração poderá convocar os licitantes remanescentes, pela ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado, **inclusive quanto aos preços** atualizados de conformidade com o ato convocatório; ou pode revogar a licitação, sem prejuízo da cominação prevista no artigo 81 (art. 64, § 2º).

Os licitantes remanescentes, porém, não são obrigados a aceitar o contrato, já que, se o fizerem, terão que sujeitar-se às condições propostas pelo vencedor; assim, não ficam sujeitos às penalidades administrativas, conforme determina o artigo 81, parágrafo único.

## 9.7.2 PROCEDIMENTO DA TOMADA DE PREÇOS

Não há muita diferença entre o procedimento da concorrência e o da tomada de preços. A diferença básica está no prazo de antecedência na publicação do edital, que é de 15 dias (art. 21, § 2º, III) e na fase de habilitação. Ela é feita antes do procedimento da licitação, para os inscritos no registro cadastral; e é feita durante o procedimento para os que apresentarem a documentação necessária ao cadastramento “até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação” (art. 22, § 2º). A qualificação aí referida é a de que trata o artigo 27.

Assim, no curso do procedimento, se somente se inscreverem licitantes cadastrados, a Comissão encarregada da licitação limitar-se-á a examinar o certificado de registro cadastral, para verificar sua validade, quer no que se refere ao prazo, quer no que se refere à categoria do licitante em relação às exigências da licitação.

Se outros se apresentarem sem o certificado, mas com a documentação exigida para esse fim até o terceiro dia útil anterior ao recebimento das propostas, a Comissão, na fase de habilitação, deverá examinar essa documentação (v. item 9.7.1.2).

Quanto ao mais, as fases são as mesmas da concorrência.

## 9.7.3 PROCEDIMENTO DO CONVITE

No convite, o procedimento é simplificado: a convocação dos licitantes é feita por escrito, com cinco dias úteis de antecedência, mediante carta-convite dirigida

a pelo menos três interessados, escolhidos pela unidade administrativa, e mediante afixação, em local apropriado, da cópia do instrumento convocatório, sendo facultada, ainda, a publicação no *Diário Oficial* (v. item 9.6.3).

Recebidos os envelopes com as propostas, seguem-se a classificação, adjudicação e homologação.

O procedimento pode ser realizado por servidor designado pela autoridade competente, não sendo obrigatória a **comissão** de licitação (art. 51, § 1º).

#### 9.7.4 PROCEDIMENTO DO CONCURSO

A Lei nº 8.666/93 não estabelece o procedimento a ser adotado no concurso, remetendo sua disciplina a regulamento próprio, específico para cada concurso.

Apenas consta da lei que o edital deve ser publicado com 45 dias de antecedência (art. 21, § 2º, I, a) e que o regulamento deverá indicar: 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 a serem concedidos (art. 52, § 1º). No concurso não são utilizados os critérios de julgamento previstos no artigo 45, § 1º, conforme está expresso nesse dispositivo e decorre do próprio conceito contido no artigo 22, § 4º, pelo qual se verifica que a escolha não leva em conta o preço, já que o vencedor (aquele que apresentar o melhor trabalho técnico, científico ou artístico) receberá remuneração ou prêmio estipulados no edital. No concurso, não existe qualquer equivalência entre a qualidade do trabalho e o valor com que o mesmo será remunerado ou premiado.

#### 9.7.5 PROCEDIMENTO DO LEILÃO

Também com relação ao leilão, a Lei nº 8.666/93 não estabelece o procedimento específico, remetendo a matéria à “legislação pertinente” (art. 53).

Sendo modalidade de licitação utilizada para a alienação de bens móveis, deve observar as normas do artigo 17, que exige demonstração do interesse público e avaliação; esta última exigência é repetida no artigo 53, § 1º, sendo o valor da avaliação o preço mínimo de arrematação.

O leilão pode ser feito por leiloeiro oficial ou servidor designado pela Administração (art. 53); os bens serão pagos à vista ou no percentual estabelecido no edital, não inferior a 5%; após a assinatura da ata lavrada no local do leilão, os bens serão entregues ao arrematante, o qual se obrigará ao pagamento do restante no prazo previsto no edital, sob pena de perder em favor da Administração o valor já recolhido (art. 53, § 2º).

Conforme § 4º do artigo 53, o edital do leilão deve ser amplamente divulgado, principalmente no município em que se vai realizar.

### 9.7.6 PROCEDIMENTO DO PREGÃO

Como todas as modalidades de licitação, o pregão é um procedimento que se desenvolve por meio de vários atos da Administração e dos licitantes, todos eles constando do processo respectivo; compreende uma **fase interna** (chamada de **fase preparatória** pelo artigo 3º da Lei nº 10.520), que precede a abertura do procedimento ao público, e uma **fase externa**, que se inicia com a publicação do aviso do edital de convocação.

As normas sobre a fase interna constam do artigo 3º da Lei nº 10.520 e exigem basicamente: justificativa da necessidade de contratação, definição do objeto do certame, exigências de habilitação, critérios de aceitação das propostas, sanções por inadimplemento e cláusulas do contrato, inclusive com fixação dos prazos para fornecimento (inciso I).

Quanto à fase externa, está disciplinada no artigo 4º, em 23 incisos, que descrevem os vários atos do procedimento, que compreende basicamente as seguintes fases: edital, julgamento e classificação, habilitação do licitante vencedor, adjudicação e homologação. Ainda nessa fase, será designado o pregoeiro e respectiva equipe de apoio, cuja atribuição consiste em receber as propostas e lances, analisar sua aceitabilidade e sua classificação, fazer a habilitação e a adjudicação do objeto da licitação ao vencedor (art. 3º, inciso IV).

Como se verifica, são as mesmas fases da concorrência, com a peculiaridade de que o pregão contém uma inversão nas fases de classificação e habilitação.

A primeira fase é a de **publicação do aviso do edital** no *Diário Oficial da União* e em jornal de grande circulação, com antecedência mínima de oito dias úteis da entrega das propostas; é possível também a divulgação por meios eletrônicos (art. 4º, inciso I), pela forma a ser objeto de regulamento; o edital é publicado resumidamente, sob forma de aviso, devendo uma cópia ficar à disposição de qualquer interessado para fins de consulta; o artigo 5º, incisos I a III, veda a exigência de garantia de proposta e de aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame, bem como a exigência de pagamento de taxas e emolumentos, salvo os referentes a fornecimento do edital, que não serão superiores ao custo de sua reprodução gráfica, e aos custos de utilização de recursos de tecnologia da informação, quando for o caso.

A segunda fase é a de **julgamento e classificação das propostas**; desenrola-se em sessão pública, na qual são entregues os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se a sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos constantes do instrumento convocatório.

O **julgamento e a classificação** das propostas se fazem pelo critério do menor preço, o que não impede sejam analisados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital (art. 4º, X). A redação do dispositivo é confusa e parece estar querendo dizer que o critério é exclusivamente o do menor preço, mas que podem ser feitas

exigências específicas quanto aos outros aspectos mencionados no dispositivo, constituindo-se os mesmos em condições para aceitabilidade ou não da proposta; o não atendimento das exigências levará à desclassificação da proposta.

Essa fase apresenta alguma peculiaridade em relação às demais modalidades de licitação, porque combina proposta escrita com lances verbais; os envelopes contendo as propostas são entregues e abertos na sessão pública referida; haverá um exame prévio da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no edital. Embora a lei não o diga, se não forem atendidos os requisitos do edital pertinentes à proposta, a consequência inevitável é a desclassificação das que não estejam de acordo com as exigências, conforme artigo 48 da Lei nº 8.666/93, de aplicação subsidiária. O autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor (inciso VIII); embora a lei não o diga expressamente, é evidente que os demais ficam fora do certame. No entanto, se não houver pelo menos três ofertas nas condições definidas no inciso VIII, os autores das três melhores propostas poderão oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos (inciso IX).

Escolhido o vencedor, só então o pregoeiro examinará a aceitabilidade da proposta em função das exigências do edital. Se a oferta for aceita, o licitante será declarado vencedor. Caso contrário, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido o melhor preço (art. 4º, XVII). Não havendo concordância, serão chamados os licitantes subsequentes, pela ordem de classificação, até a apuração de um que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor (inciso XVI).

A terceira fase é a referente à **habilitação do vencedor**, que ocorrerá após a classificação das propostas. Ela processa-se mediante a abertura do envelope contendo apenas a documentação do licitante vencedor. Essa documentação compreenderá o que for exigido no edital, o qual incluirá necessariamente certidões de regularidade perante a Fazenda Nacional, quando for o caso, a Seguridade Social e o FGTS, as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o caso, bem como a comprovação de que atende às exigências do edital quanto à habilitação jurídica e qualificação técnica e econômico-financeira (inciso XIII); os demais documentos não são mencionados na Lei, razão pela qual deve se entender que, pela aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93, a documentação que pode ser exigida é a concernente aos itens indicados em seu artigo 27 e especificados nos dispositivos subsequentes, ressalva feita quanto à exigência de *garantia de proposta*, expressamente vedada pelo artigo 5º, I, da Lei nº 10.520. O licitante pode deixar de apresentar a documentação que já conste do Sistema de Cadastro Unificado de Fornecedores (Sicaf) e sistemas semelhantes mantidos por Estados, Distrito Federal ou Municípios, assegurado aos demais licitantes o direito de acesso aos dados nele constantes.

Apenas se o primeiro colocado for inabilitado é que o pregoeiro examinará a documentação do segundo e assim sucessivamente até que um licitante atenda às condições fixadas no instrumento convocatório.

Declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar, imediata e motivadamente, a intenção de recorrer, sob pena de preclusão desse direito; as razões de recurso devem ser apresentadas no prazo de três dias, findos os quais os demais licitantes terão igual prazo para apresentar contra razões (art. 4º, XVIII).

A quarta fase é a de **adjudicação** ao vencedor, que é feita imediatamente após a decisão dos recursos.

Finalmente, a quinta e última fase é a homologação do procedimento pela autoridade competente.

Findo o procedimento, com a homologação, o vencedor será convocado para assinar o contrato no prazo fixado no edital, não se aplicando, portanto, o prazo previsto no artigo 64, § 3º, da Lei nº 8.666/93. No entanto, as consequências da recusa em assinar o contrato são as estabelecidas no *caput* desse mesmo dispositivo. Nesse caso, serão chamados os demais licitantes, pela ordem de classificação (art. 4º, XVI).

No caso do **pregão eletrônico**, regulamentado pelo Decreto nº 5.450, de 31-5-05, as fases do procedimento são as mesmas. Porém, há algumas exigências a mais, que podem ser assim resumidas:

- a) o sistema eletrônico será dotado de recursos de criptografia e de autenticação que garantam condições de segurança em todas as etapas do certame (art. 2º, § 3º);
- b) o procedimento é conduzido pelo órgão ou entidade promotora da licitação, com o apoio técnico e operacional da Secretaria de Logística de Tecnologia de Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, que atuará como provedor do sistema eletrônico para os órgãos integrantes do Sistema de Serviços Gerais – SISG (§ 4º do art. 2º); esse sistema eletrônico pode ser cedido aos demais entes da federação mediante termo de adesão (§ 5º do art. 2º);
- c) tem que haver o prévio credenciamento, perante o provedor, da autoridade competente do órgão promotor da licitação, do pregoeiro, dos membros da equipe de apoio técnico e dos licitantes (art. 3º); o credenciamento se dá pela atribuição de chave de identificação e de senha, pessoal e intransferível, para acesso ao sistema eletrônico (art. 3º, § 1º); a participação no procedimento dependerá da utilização da chave de identificação e da senha;
- d) no caso de pregão promovido por órgão integrante do SISG, o licitante dependerá de registro atualizado no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores – SICAF (art. 3º, § 2º);
- e) a divulgação do pregão tem que ser feita não só pela publicação do aviso pela imprensa, como também por meio eletrônico, na Internet, no Portal de Compras do Governo Federal – COMPRASNET, no sítio <www.comprasnet.gov.br> (art. 17, *caput* e § 1º);

- f) as propostas são apresentadas pelo sistema eletrônico (art. 21), podendo ser substituídas ou retiradas até a abertura da sessão (art. 21, § 4º);
- g) na sessão pública, que os licitantes podem acompanhar pela Internet, será feita a desclassificação dos que não atenderem às exigências do edital; o próprio sistema ordenará, automaticamente, as propostas classificadas, sendo que só estas participarão da fase de lances (art. 23);
- h) os lances são feitos pela Internet, podendo ser apresentados sucessivamente pelo mesmo licitante, desde que para reduzir o valor; durante essa fase, os licitantes são informados do valor do menor lance registrado, sem identificação de quem o apresentou (art. 24);
- i) após o encerramento da etapa de lances (que será comunicado aos licitantes até 30 minutos antes, a critério da autoridade), o pregoeiro poderá apresentar contraproposta ao licitante que tenha apresentado lance mais vantajoso, não se admitindo negociar condições diferentes daquelas previstas no edital (art. 24, § 8º);
- j) a habilitação, que se faz após a fase de julgamento, baseia-se nos dados constantes do SICAF ou, quando houver necessidade, em outros documentos apresentados por fax, a serem encaminhados posteriormente no original ou cópia autenticada, no prazo previsto no edital (art. 25, §§ 2º e 3º);
- k) em caso de pretender recorrer da decisão que proclamar o vencedor, o licitante deverá manifestar a sua intenção durante a sessão pública, de forma imediata e motivada, em campo próprio do sistema, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentar as razões do recurso, sob pena de caducidade (art. 26);
- l) é admissível, tanto na habilitação quanto no julgamento, o saneamento de falhas que não alterem a substância das propostas, dos documentos e sua validade jurídica (art. 26, § 3º);
- m) após os recursos e constatada a regularidade dos atos praticados, a autoridade competente adjudicará o objeto e homologará o procedimento licitatório (art. 27);
- n) quando convocado a assinar o contrato é que o licitante vencedor deverá comprovar as condições de habilitação consignadas no edital (art. 27, § 2º).

Pelo exposto, verifica-se que o procedimento do pregão eletrônico segue as mesmas fases do pregão comum: convocação dos licitantes; julgamento e classificação das propostas; habilitação do vencedor, adjudicação e homologação. Inclusive, muitas das normas do Decreto nº 5.450/05 são repetição de normas que já constam do Decreto nº 3.555/00, que regulamenta o pregão comum.

### 9.7.7 PROCEDIMENTO PARA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE PUBLICIDADE

A licitação para fins de contratação de serviços de publicidade será processada por uma das modalidades previstas no artigo 22 da Lei nº 8.666/93, porém com algumas normas específicas estabelecidas na Lei nº 12.232, de 29-4-10 (art. 5º). Nos termos do artigo 1º, § 1º, aplicam-se aos procedimentos licitatórios e aos contratos de publicidade, de forma complementar, as Leis nºs 4.680, de 18-6-65 (que dispõe sobre o exercício da profissão de Publicitário e de Agenciador de Propaganda), e 8.666, de 21-6-93. Vale dizer que, com relação ao procedimento, são aplicáveis todas as modalidades previstas no artigo 22 da Lei nº 8.666, com as alterações previstas na Lei nº 12.232/10; por outras palavras, naquilo que esta silencia aquela é que terá aplicação.

Uma primeira diferença diz respeito ao órgão competente para a realização do procedimento: o processamento e julgamento será feito por comissão técnica ou especial, com exceção da análise de julgamento das propostas técnicas, que caberá a subcomissão técnica constituída por, pelo menos, três membros formados em comunicação, publicidade ou marketing ou que atuem em uma dessas áreas, sendo que pelo menos um terço deles não poderão manter nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou a entidade responsável pela licitação; os membros da subcomissão técnica serão escolhidos por sorteio, em sessão pública, entre os nomes de uma relação que terá, no mínimo, o triplo do número de integrantes da subcomissão, previamente cadastrados, e será composta por, pelo menos, um terço de profissionais que não mantenham nenhum vínculo funcional ou contratual, direto ou indireto, com o órgão ou entidade responsável pela licitação (art. 10, §§ 1º e 2º); a relação dos nomes da relação terá que ser publicada em prazo não inferior a dez dias da data em que será realizada a sessão pública marcada para o sorteio, podendo qualquer interessado impugnar pessoa integrante da relação, até 48 horas antes da sessão pública destinada ao sorteio. O impugnado poderá abster-se de atuar na subcomissão técnica, declarando-se impedido ou suspeito, antes da decisão competente sobre a impugnação.

No caso de convite, a subcomissão técnica poderá, excepcionalmente, nas pequenas unidades administrativas e sempre que for comprovadamente impossível a sua constituição nos termos previstos na lei, ser substituída pela comissão permanente de licitação ou, inexistindo, por servidor formalmente designado pela autoridade competente, que deverá possuir conhecimentos na área de comunicação, publicidade ou marketing (art. 10, § 10).<sup>32</sup>

<sup>32</sup> Na realidade, a constituição de subcomissão técnica, nos termos exigidos pela Lei nº 12.232, pode ser difícil, mesmo em relação a outras modalidades de licitação que não o convite, em municípios que não tenham pessoal habilitado para esse fim; poderão ficar dependendo de participantes de outras localidades, com acréscimo de custo para a contratação.

Com relação às fases do procedimento da licitação, as alterações maiores dizem respeito ao julgamento. À semelhança do que vem ocorrendo em relação a outras leis, é prevista a inversão das fases de habilitação e julgamento (art. 6º, I, e 11, XI).

Quanto ao **instrumento convocatório**, o artigo 6º da lei manda obedecer às exigências do artigo 40 da Lei nº 8.666/93, com exceção das previstas nos incisos I e II do seu § 2º, o que significa não ser necessária a apresentação do projeto básico e/ou executivo nem o orçamento estimado em planilhas de quantitativos e preços unitários. Como nada se diz sobre a forma e os prazos de convocação, aplicam-se as mesmas normas da Lei nº 8.666, para as várias modalidades de licitação (arts. 20 e 21).

O **julgamento** é feito apenas pelo critério da melhor técnica ou técnica e preço (art. 5º), com a observância das seguintes exigências:

- a) a proposta técnica deve ser composta de um plano de comunicação publicitária, pertinente às informações expressas em um *briefing* (onde se contenham as informações suficientes para que os interessados elaborem suas propostas), e de um conjunto de informações referentes ao proponente (arts. 6º, II, III, e 7º);
- b) é previsto o anonimato do plano de comunicação, que é entregue em duas vias, uma sem a identificação de sua autoria e outra com identificação (art. 6º, IV), sendo vedada a aposição, em qualquer parte da via não identificada, de marca, sinal ou palavra que possibilite a identificação do seu proponente antes da abertura do invólucro que contém a via identificada (art. 6º, XII); a mesma vedação é feita com relação ao invólucro que contém as informações referentes ao proponente, integrantes da proposta técnica; o descumprimento dessa vedação constitui causa para desclassificação do licitante;
- c) as propostas de preços devem ser entregues em um invólucro e as propostas técnicas em três invólucros distintos, destinados um para a via não identificada do plano de comunicação publicitária, um para a via identificada do plano de comunicação publicitária e outro para as demais informações integrantes da proposta técnica (art. 9º);
- d) na data prevista no instrumento convocatório, a comissão permanente ou especial receberá os invólucros com as propostas técnicas e de preços, sem a presença dos integrantes da subcomissão técnica, não podendo receber os invólucros com as vias não identificadas do plano de comunicação que estejam de alguma forma identificados por marca, sinal, etiqueta ou qualquer outro meio;
- e) a partir daí, o procedimento para julgamento, resumidamente, é o seguinte, conforme previsto no artigo 11, § 4º:
  - abertura dos envelopes com a via não identificada em sessão pública, pela comissão permanente ou especial;

- encaminhamento das propostas técnicas à subcomissão técnica para análise e julgamento;
- desdobramento do julgamento em duas subfases: primeiro, análise e julgamento dos planos de comunicação publicitária, com desclassificação dos que desatenderem às exigências do instrumento convocatório e apresentação da ata de julgamento devidamente justificada e encaminhada à comissão de licitação; em um segundo momento, análise e julgamento das informações sobre os licitantes, também com desclassificação dos que desatenderem às exigências do instrumento convocatório e apresentação da ata de julgamento fundamentada e encaminhada à comissão permanente ou especial;
- a seguir, sessão pública para apuração do resultado geral das propostas técnicas, com o seguinte procedimento: abertura dos invólucros não identificados contendo os planos de comunicação publicitária; cotejo com as vias identificadas, para identificação de sua autoria; elaboração de planilha geral com as pontuações atribuídas a cada um dos quesitos de cada proposta técnica; proclamação do resultado do julgamento geral da proposta técnica, com registro em ata das propostas desclassificadas e a ordem de classificação;
- publicação do resultado, com abertura de prazo para recursos, na forma do artigo 109, I, b, da Lei nº 8.666/93;
- abertura dos invólucros com as propostas de preços, em sessão pública, com observância das normas do artigo 46, § 5º, II, III e IV, da Lei nº 8.666, quando se tratar de licitação do tipo melhor técnica, e do artigo 46, § 2º, quando se tratar de licitação do tipo técnica e preço;
- publicação do resultado do julgamento final das propostas, com prazo para interposição de recurso, conforme artigo 109, I, b, da Lei nº 8.666/93.

Para a fase de **habilitação**, nada diz a Lei nº 12.232/10 quanto aos documentos exigíveis dos licitantes, apenas faz referência “a sua conformidade com as condições estabelecidas na legislação em vigor e no instrumento convocatório” (art. 11, XII); isto permite a conclusão de que se aplicam as normas da Lei nº 8.666/93. Há apenas a exigência de que a qualificação técnica da agência de publicidade seja obtida junto ao Conselho Executivo das Normas-Padrão – CENP (art. 4º). Nessa fase, os invólucros com a documentação são abertos em sessão pública, ficando a decisão sujeita à interposição de recursos, nos termos do artigo 109, I, a, da Lei nº 8.666/93.

Após a habilitação, é feita a **homologação** do procedimento e a **adjudicação** (art. 11, XIV). Quanto a esta última o artigo 2º, § 3º, da lei permite que a adjudicação do objeto da licitação seja feita a mais de uma agência de propaganda, sem a segregação em itens ou contas publicitárias, mediante justificativa no processo de

licitação; nesse caso, o § 4º do mesmo dispositivo prevê que o órgão ou a entidade contratante deverá, obrigatoriamente, instituir procedimento de seleção interna entre as contratadas, cuja metodologia será aprovada pela administração e publicada na imprensa oficial.

## 9.8 SISTEMA DE REGISTRO DE PREÇOS

O **registro de preços** foi previsto no artigo 15, II, da Lei nº 8.666/93, como procedimento a ser utilizado preferencialmente para as **compras** efetuadas pela Administração Pública. Seu regulamento é o que consta do Decreto nº 7.892, de 23-1-13, alterado pelo Decreto nº 8.250, de 23-5-14.<sup>33</sup> Nele, foi prevista a utilização do sistema de registro de preços também para as contratações de **serviços**, ultrapassando os termos do disposto em lei; houve afronta, portanto, ao princípio da legalidade, ainda que tal norma venha sendo aceita e aplicada, sem impugnação, pelos órgãos de controle, talvez pelo fato de que o sistema de registro de preços é organizado mediante procedimento licitatório.

Pelos termos do artigo 1º do Regulamento, suas normas somente são aplicáveis na esfera federal, abrangendo a Administração Direta, autárquica e fundacional, fundos especiais, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas, direta ou indiretamente pela União. Cada ente federativo deverá ter seu próprio regulamento, sendo possível que, por meio de decreto, optem por adotar as normas do mesmo regulamento federal.

O objetivo do registro de preços é facilitar as contratações futuras, evitando que, a cada vez, seja realizado novo procedimento de licitação. O fato de existir o registro de preços não obriga a Administração Pública a utilizá-lo em todas as contratações; se preferir, poderá utilizar outros meios previstos na Lei de Licitações, hipótese em que será assegurado ao beneficiário do registro preferência em igualdade de condições com outros possíveis interessados (art. 15, § 4º, da Lei nº 8.666).

O Regulamento baixado pelo Decreto nº 7.892/13, alterado pelo Decreto nº 8.250/14 veio substituir o anterior Regulamento, aprovado pelo Decreto nº 3.931, de 19-9-01. E disciplina a matéria com poucas diferenças em relação à que consta do Decreto nº 7.581, de 11-10-11, que regulamenta o Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, de que trata a Lei nº 12.462, de 5-8-11 (conforme item 9.11.8 deste livro).

Nos termos do artigo 2º, I, do Regulamento, Sistema de Registro de Preços – SRP é o “conjunto de procedimentos para o registro formal de preços relativos à prestação de serviços e aquisição de bens, para contratações futuras”.

---

<sup>33</sup> No Regime do RDC, o Registro de Preços está previsto entre os procedimentos auxiliares da licitação, no artigo 32 da Lei nº 12.462, de 4-8-11, conforme tratado no item 9.11.8 desta obra.

De acordo com os parágrafos do artigo 15 da Lei, o registro de preços deverá observar as seguintes condições:

- a) efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado (§ 1º);
- b) publicação trimestral dos preços registrados para orientação da Administração, na imprensa oficial (§ 2º);
- c) regulamentação por decreto, com observância das peculiaridades regionais, observadas as seguintes condições: I – seleção feita mediante concorrência; II – estipulação prévia do sistema de controle e atualização dos preços registrados; III – validade do registro não superior a um ano (§ 3º);
- d) informatização, quando possível, do sistema de controle originado no quadro geral de preços.

Embora o artigo 3º, inciso I, exija que a seleção dos preços seja feita mediante **concorrência**, a Lei do Pregão (Lei nº 10.520, de 17-7-02) permite que, quando as compras sejam efetuadas pelo sistema de registro de preços previsto no artigo 15 da Lei nº 8.666, seja adotada a modalidade de **pregão**. Também a Lei nº 10.191, de 14-2-01, que dispõe sobre aquisição de produtos para a implementação de ações de saúde no âmbito do Ministério da Saúde, permite a utilização de pregão, inclusive por meio eletrônico, nas licitações de registro de preços destinadas à aquisição de bens e serviços comuns da área da saúde (art. 2º-A, acrescentado pelo art. 12 da Lei do Pregão).

Segundo o artigo 3º do Regulamento, o SRP poderá ser adotado nas seguintes hipóteses: I – quando, pelas características do bem ou serviço, houver necessidade de contratações futuras; II – quando for conveniente a aquisição de bens com previsão de entregas parceladas ou contratação de serviços remunerados por unidade de medida ou em regime de tarefa; III – quando for conveniente a aquisição de bens ou a contratação de serviços para atendimento a mais de um órgão ou entidade, ou a programas de governo; ou IV – quando, pela natureza do objeto, não for possível definir previamente o quantitativo a ser demandado pela Administração.

Os atos de controle e administração do SRP cabem ao chamado “**órgão gerenciador**”, cujas atribuições estão definidas no artigo 5º do Regulamento. O órgão ou entidade da Administração Pública que participa dos procedimentos iniciais do SRP e integra a ata de registro de preços é chamado de “**órgão participante**” (art. 2º, IV). Na redação original, o dispositivo falava em órgão ou entidade da administração pública *federal*; pela alteração introduzida pelo Decreto nº 8.250/14, foi excluída a expressão *federal*, permitindo, em consequência, que se incluam entre os órgãos participantes os órgãos e entidades de todos os níveis de governo. O órgão ou entidade que, não tendo participado dos procedimentos iniciais da licitação, adere à ata de registro de preços é chamado de “**órgão não participante**” (art. 2º, V); este

último corresponde à figura que, na prática e na doutrina, é conhecida como “**carona**”. Vale dizer que o Regulamento permite que, mesmo não tendo participado da licitação para organização do SRP, o órgão ou entidade da Administração Pública que preencha os requisitos legais faça sua adesão à ata de registro de preços.

A figura do “carona” tem sido objeto de críticas por parte da doutrina, tendo em vista que permite aos órgãos ou entidades da Administração Pública a contratação de bens ou serviços sem que tenham participado do procedimento da licitação, inclusive no que diz respeito aos requisitos de habilitação. Seria uma hipótese de contratação direta, admitida apenas pelo Regulamento, mas sem fundamento na Lei nº 8.666. Assiste razão a Marçal Justen Filho<sup>34</sup> quando, comentando o antigo Regulamento do Registro de Preços (Decreto nº 3.931/01), manifesta a sua opinião quanto à ilegalidade da utilização do registro por outros órgãos, não participantes da licitação. Isso porque essa possibilidade fere o princípio da legalidade, o da vinculação ao edital (na medida em que fornecedores poderão ser contratados por órgãos não participantes da licitação); além disso, deixa de observar as normas pertinentes à habilitação (uma vez que os fornecedores poderão ser contratados sem terem demonstrado idoneidade para a contratação com órgãos não participantes da licitação; o volume de contratação pode ser de tal ordem que o fornecedor não tenha idoneidade para a contratação, quando somada à efetuada pelos órgãos participantes da licitação). Seria uma hipótese de contratação direta, sem licitação, sem fundamento em lei.

No entanto, o Tribunal de Contas da União tem admitido a figura do “carona”.

Na Lei do RDC foi expressamente admitida essa possibilidade (art. 32, § 1º), que equivale a uma hipótese de contratação direta, sem licitação; só que, nesse caso, com fundamento legal. Nas contratações efetuadas com fundamento na lei do RDC, deixaram de ser pertinentes quaisquer alegações quanto à possibilidade de terceiros, não participantes da licitação, aderirem à ata de registro de preços.

Pelas normas regulamentares, podem-se identificar as seguintes providências que integram o procedimento de organização do SRP:

- a) o órgão gerenciador deve proceder ao registro de sua intenção para registro de preços no Portal do Governo Federal; para esse fim, o artigo 4º do Regulamento instituiu o procedimento de **Intenção de Registro de Preços – IRP**; pelo § 1º do dispositivo, introduzido pelo Decreto nº 8.250/14, “a divulgação da intenção de registro de preços poderá ser dispensada, de forma justificada, pelo órgão gerenciador”;
- b) os órgãos participantes deverão manifestar interesse em participar do registro de preços, encaminhando ao órgão gerenciador a sua estimativa

---

<sup>34</sup> *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 206 e seguintes.

- de consumo, local de entrega e, quando couber, cronograma de contratação e respectivas especificações ou termo de referência ou projeto básico (art. 6º do Regulamento);
- c) essas informações devem ser consolidadas pelo órgão gerenciador, para fins de adequação dos respectivos termos de referência ou projetos básicos para atender aos requisitos de padronização e racionalização (art. 5º, II);
  - d) o órgão gerenciador deve realizar ampla pesquisa de mercado para identificar o valor estimado da licitação e consolidar os dados das pesquisas de mercado realizadas pelos órgãos e entidades participantes; e deve confirmar junto aos órgãos participantes a sua concordância com o objeto a ser licitado, inclusive quanto aos quantitativos e termo de referência ou projeto básico (art. 5º, IV e V);
  - e) o órgão gerenciador pode dividir a quantidade total do item licitado em lotes, quando técnica e economicamente viável, para possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação de serviços (art. 8º); no caso de serviços, a divisão se dará em função da unidade de medida adotada para aferição dos produtos e resultados esperados, e será observada a demanda específica de cada órgão ou entidade participante do certame (art. 8º, § 1º);
  - f) a seguir, é realizado o procedimento licitatório, conforme previsto no artigo 7º do Regulamento, nas modalidades concorrência ou pregão, devendo o edital observar o disposto nas Leis nºs 8.666 e 10.520, conforme o caso (art. 9º);
  - g) o critério de julgamento é o de menor preço, mas poderá excepcionalmente ser adotado o julgamento por técnica e preço, na modalidade concorrência, a critério do órgão gerenciador e mediante despacho fundamentado da autoridade máxima do órgão ou entidade (art. 7º, § 1º); e também pode ser adotado o critério do menor preço aferido pela oferta de desconto sobre tabela de preços praticados no mercado, desde que tecnicamente justificado (art. 9º, § 1º);
  - h) é possível, após o encerramento da fase competitiva, que os licitantes reduzam seus preços ao valor da proposta do licitante mais bem classificado (art. 10); nesse caso, a apresentação de novas propostas não prejudicará o resultado do certame em relação ao licitante mais bem classificado (art. 10, parágrafo único);
  - i) após a homologação do procedimento, será elaborada a ata de registro de preços, pelo órgão gerenciador, devendo o registro de preços observar as seguintes condições: I – será incluído, na respectiva ata, o registro dos preços e quantitativos do licitante mais bem classificado durante a fase competitiva; II – será incluído, na respectiva ata, o registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais aos do licitante

vencedor na sequência da classificação do certame, excluído o percentual referente à margem de preferência, quando o objeto não atender aos requisitos previstos no artigo 3º; III – o preço registrado com indicação dos fornecedores será divulgado no Portal de Compras do Governo Federal e ficará disponibilizado durante a vigência da ata de registro de preços; e IV – a ordem de classificação dos licitantes registrados na ata deverá ser respeitada nas contratações (art. 11);

- j) na sequência, o fornecedor mais bem classificado será convocado para assinar a ata de registro de preços, no prazo e nas condições estabelecidos no instrumento convocatório, podendo o prazo ser prorrogado uma vez, por igual período, quando solicitado pelo fornecedor e desde que ocorra motivo justificado aceito pela administração (art. 13); não assinada a ata no prazo, a Administração pode convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado (art. 13, *caput* e parágrafo único); com a assinatura da ata, fica o fornecedor obrigado a efetuar o fornecimento nas condições estabelecidas, sob pena de sujeitar-se às penalidades previstas em lei; assinada a ata, a contratação é formalizada por meio de um dos instrumentos previstos no artigo 62 da Lei nº 8.666 (emissão de nota de empenho de despesa, autorização de compra ou outro instrumento hábil).

Resumidamente, pode-se dizer que no SRP o procedimento é o seguinte: o órgão gerenciador divulga sua intenção de efetuar o registro de preços; os órgãos participantes manifestam sua concordância, indicando sua estimativa de demanda e cronograma de contratações; o órgão gerenciador consolida tais informações; o mesmo órgão gerenciador faz pesquisa de mercado para verificação do valor estimado da licitação; a seguir, realiza o procedimento licitatório, na modalidade de concorrência ou pregão; terminada a licitação, o órgão gerenciador elabora a ata de registro de preços e convoca os fornecedores classificados para assiná-la, ficando os mesmos obrigados a firmar o instrumento de contratação.

Os contratos decorrentes do SRP não poderão sofrer acréscimo nos quantitativos previstos na ata de registro de preços, podendo ser alterados conforme as normas do artigo 65 da Lei nº 8.666, de 1993, ressalvado o disposto no § 1º. Por outras palavras, os contratos podem ser alterados nas hipóteses previstas no artigo 65 da Lei nº 8.666, salvo quanto às alterações nas quantidades contratadas (art. 12, §§ 1º e 3º, do Regulamento).

A ata é válida por um ano (art. 15, § 3º, III, da Lei nº 8.666 e art. 12 do Regulamento). Nela ficam registrados: os preços e quantitativos do licitante mais bem classificado durante a etapa competitiva; e os preços e quantitativos dos licitantes que tiverem aceitado cotar seus bens ou serviços em valor igual ao do licitante mais bem classificado.

Para os órgãos ou entidades públicas que não participaram do procedimento existe a possibilidade de aderirem à ata de registro de preços para execução de obras ou serviços, mediante anuência do órgão gerenciador, conforme normas constantes do artigo 22 do Regulamento; nesse caso, que equivale à figura do “carona”, as aquisições ou contratações não poderão ultrapassar a cem por cento dos quantitativos dos itens do instrumento convocatório e registrados na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes; além disso, o instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços não poderá exceder, na totalidade, ao quántuplo de cada item registrado na ata de registro de preços para o órgão gerenciador e órgãos participantes, independentemente do número de órgãos não participantes que aderirem. O cumprimento da ata de registro de preços em relação ao órgão gerenciador e aos participantes não pode ser prejudicado pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços a órgãos aderentes. O fornecedor beneficiário da ata não é obrigado a aceitar o fornecimento decorrente de adesão.

O artigo 22, § 8º, do Regulamento proíbe que órgãos e entidades da Administração Pública federal façam adesão à ata de registro de preços gerenciada por órgão ou entidade municipal, distrital ou estadual. Mas, no § 9º, permite que órgãos ou entidades municipais, distritais ou estaduais façam adesão à ata de registro de preços da Administração Pública federal.

A ata é documento vinculativo, porque obriga os licitantes ao fornecimento de bens ou à prestação de serviço, conforme o caso, observados os preços, quantidades e demais condições previstas no instrumento convocatório; em caso de descumprimento do pactuado na ata de registro de preços ou do descumprimento das obrigações contratuais pelo fornecedor, cabe ao próprio órgão participante, em relação a suas contratações, aplicar as penalidades cabíveis, observando o direito de defesa e o contraditório (art. 6º, § 1º, do Regulamento); a mesma competência para aplicação de penalidade é atribuída aos órgãos não participantes que aderiram à ata de registro de preços, em caso de descumprimento das obrigações contratuais, pelos fornecedores por eles contratados (art. 22, § 7º). Apenas não há obrigatoriedade, para os fornecedores registrados, de contratarem com os órgãos aderentes; em caso de recusa, não ficam sujeitos a qualquer penalidade.

Cabe ao órgão gerenciador avaliar a compatibilidade entre o preço registrado e o valor de mercado; se verificar que o preço registrado tornou-se superior ao valor de mercado, **por motivo superveniente**, deve convocar os fornecedores para negociação da redução dos preços aos valores praticados pelo mercado; os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade e sem prejuízo da classificação dos fornecedores que aceitarem reduzir seus preços aos valores de mercado (art. 18 do Regulamento).

No caso de não haver êxito nas negociações para redução dos preços registrados, em função dos valores de mercado, o órgão gerenciador deverá **revogar** a ata de registro de preços, adotando as medidas cabíveis para obtenção da contratação mais vantajosa (art. 19, parágrafo único, do Regulamento); a medida cabível, no

caso, seria a realização de licitação ou contratação direta, se esta tiver fundamento em uma das hipóteses previstas na Lei 8.666.

Nos termos do artigo 20 do Regulamento, o registro de preços do fornecedor será **cancelado**, quando: I – descumprir as condições da ata de registro de preços; II – não retirar a respectiva nota de empenho ou instrumento equivalente, no prazo estabelecido pela Administração Pública, sem justificativa aceitável; III – não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese de este se tornar superior àqueles praticados no mercado; e IV – sofrer as sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos, bem como declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública) e no artigo 7º da Lei nº 10.520/02 (impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, com descredenciamento no Sicaf ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores dos Estados, Distrito Federal e Municípios, pelo prazo de cinco anos). Nas hipóteses dos incisos I, II e IV, serão assegurados o contraditório e o direito à ampla defesa.

Além das hipóteses de cancelamento previstas no artigo 20, ainda o cancelamento pode ocorrer por iniciativa da Administração Pública (por motivo de conveniência e oportunidade), ou a pedido do fornecedor, com base em fato superveniente devidamente comprovado que justifique a impossibilidade de cumprimento da proposta (art. 21).

## 9.9 ANULAÇÃO E REVOGAÇÃO

O artigo 49 da Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de **revogação** da licitação por interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, bem como a obrigatoriedade de sua **anulação** por ilegalidade, neste último caso podendo agir de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

Nos termos do § 1º, a anulação do procedimento não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do artigo 59, ou seja, ressalvada a hipótese da ilegalidade ser imputável à própria Administração; nesse caso, deverá ela promover a responsabilidade de quem lhe deu causa.

O § 2º do artigo 49 acrescenta que a nulidade do procedimento induz a do contrato, ficando a Administração obrigada a “indenizar” o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável (art. 49, § 2º, combinado com art. 59, parágrafo único).

Os dispositivos são inúteis porque, ainda que não estivessem presentes, as normas neles constantes seriam aplicáveis, pelo reconhecimento da autotutela administrativa como princípio inerente à função administrativa do Estado; aceito pela doutrina, foi consagrado pelo Poder Judiciário, por meio da Súmula nº 473

do STF, que reconhece à Administração o poder de anular os atos ilegais e revogar os inoportunos ou inconvenientes, desde que respeitados os direitos adquiridos.

A observação cabível é quanto à necessidade de ocorrência de **fato superveniente** e de **motivação** para que o procedimento da licitação possa ser revogado por motivo de interesse público. Em caso de prejuízo para o licitante, deve o mesmo ser indenizado, desde que devidamente comprovado.

A anulação pode ser parcial, atingindo determinado ato, como a habilitação ou classificação. Como desses atos cabe recurso, se a Comissão der provimento, reconhecendo a ilegalidade, ela deverá invalidar o ato e repeti-lo, agora escoimado de vícios; isto se a invalidação não for verificada posteriormente, quando já se estiver na fase subsequente; neste caso, deverá ser anulado todo o procedimento.

O § 3º do artigo 49 estabelece que, no caso de desfazimento do processo licitatório, fica assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Essa norma se completa com a do artigo 109, I, c, que prevê recurso do ato de anulação ou revogação, no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata. A esse recurso a autoridade competente pode atribuir efeito suspensivo, com base no § 2º do mesmo dispositivo.

O artigo 49 da Lei nº 8.666/93 aplica-se às licitações e contratos celebrados no âmbito do Regime Diferenciado de Contratação, conforme artigo 44 da Lei nº 12.462/11.

## 9.10 RECURSOS ADMINISTRATIVOS

*Recurso administrativo*, em sentido amplo, é expressão que designa todos os meios postos à disposição dos administrados para provocar o reexame dos atos da Administração.

O artigo 109 da Lei nº 8.666/93 prevê os recursos administrativos cabíveis dos atos decorrentes da licitação e do contrato: recurso, representação e pedido de reconsideração.

O recurso (em sentido estrito) deve ser interposto no prazo de 5 dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

1. habilitação ou inabilitação;
2. julgamento das propostas;
3. anulação ou revogação da licitação;
4. indeferimento do pedido de inscrição em registro-cadastral, sua alteração ou cancelamento;
5. rescisão do contrato, a que se refere o inciso I do artigo 79;
6. aplicação das penas de advertência, suspensão temporária ou de multa.

O recurso contra a habilitação tem necessariamente efeito suspensivo; aos demais recursos a autoridade competente pode, motivadamente e presentes razões de interesse público, atribuir eficácia suspensiva (art. 109, § 2º).

O processamento obedece às normas dos §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo: deve ser dado o prazo de cinco dias úteis aos demais licitantes para impugnar o recurso; este deve ser dirigido à autoridade superior, por intermédio da mesma autoridade que praticou o ato impugnado, a qual poderá, também no prazo de cinco dias úteis, reconsiderar a sua decisão ou fazê-lo subir, devidamente informado, à autoridade superior, que terá o prazo de cinco dias úteis, a contar do recebimento, para proferir a sua decisão, sob pena de responsabilidade. No caso de convite, os prazos para recorrer se reduzem a dois dias úteis (§ 6º).

Nos casos em que não cabe recurso, o interessado poderá interpor **representação** no prazo de cinco dias úteis a contar da intimação do ato.

O **pedido de reconsideração** é cabível com relação a ato de Ministro de Estado ou Secretário estadual ou municipal, no caso de aplicação da pena de declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração; o prazo para pedir reconsideração é de 10 dias úteis da intimação do ato, também reduzido a dois dias úteis no caso de convite (§ 6º).

Note-se que o artigo 113, § 1º, da Lei nº 8.666/93 permite que qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica represente ao Tribunal de Contas contra irregularidade na aplicação de suas normas. O preceito amolda-se ao artigo 74, § 2º, da Constituição de 1988, segundo o qual “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas da União”.<sup>35</sup>

No caso do pregão, o artigo 4º, XVIII, da Lei nº 10.520/02, estabelece que, “declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de três dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contra razões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos”. O inciso XIX estabelece que o acolhimento do recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento.

Pelo inciso XX do mesmo dispositivo, se o licitante não declarar a intenção de recorrer ou não o fizer motivadamente, ocorrerá a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor.

No regime diferenciado de contratação (RDC), o artigo 12 da Lei nº 12.462/11 inclui como sexta fase do procedimento licitatório a *recursal*, que se seguirá à habi-

---

<sup>35</sup> O STF já decidiu ser inadmissível a exigência, por ato normativo de Tribunal de Contas estadual, da remessa prévia automática de todos os editais de licitação, por envolver matéria de competência legislativa da União, já exercida pela Lei nº 8.666/93 (RE 547063/RJ, Rel. Min. Menezes Direito, j. 7-10-08, primeira turma).

licitação do vencedor. Nela são analisados os recursos referentes ao julgamento das propostas ou lances e à habilitação do vencedor. Essa fase recursal não existirá se houver inversão de fases, conforme permitido no artigo 12, parágrafo único. Havendo inversão de fases, os licitantes poderão apresentar recursos após a fase de habilitação e após a fase de julgamento das propostas (art. 58 do Decreto nº 7.581/11).

O artigo 45 da Lei nº 12.462/11 prevê os seguintes recursos:

- I – pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório no prazo mínimo de: (a) até dois dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens; ou (b) até cinco dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços;
- II – recursos, no prazo de cinco dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, em face: (a) do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados; (b) do ato de habilitação ou inabilitação de licitante; (c) do julgamento das propostas; (d) da anulação ou revogação da licitação; (e) do indeferimento do pedido de inscrição em registro cadastral, sua alteração ou cancelamento; da rescisão do contrato, nas hipóteses previstas no inciso I do artigo 79 da Lei nº 8.666/93; (f) da aplicação das penas de advertência, multa, declaração de inidoneidade, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a administração pública;
- III – representações, no prazo de cinco dias úteis contados a partir da data da intimação, relativamente a atos de que não caiba recurso hierárquico.

No caso de recursos contra deferimento ou indeferimento de pré-qualificação, de decisão de habilitação ou inabilitação ou de julgamento das propostas, os licitantes devem manifestar essa intenção imediatamente, sob pena de preclusão (art. 45, § 1º). Nos termos do artigo 53 do Decreto nº 7.581/11, nos casos de recurso contra os atos de julgamento ou da habilitação, a intenção deve manifestar-se imediatamente após o término de cada sessão, sob pena de preclusão.

Encerrada a fase recursal, começa a correr o prazo para apresentação de contrarrazões, que é o mesmo prazo previsto para o recurso (art. 45, § 2º).

Nos termos do § 6º do artigo 45, o recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, cabendo a esta reconsiderar sua decisão no prazo de cinco dias úteis ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão do recurso ser proferida dentro do prazo de cinco dias úteis, contados do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade. Repete-se a mesma norma do artigo 109, § 4º, da Lei nº 8.666/93.

O artigo 46 da Lei nº 12.462/11 manda aplicar ao RDC a norma do artigo 113 da Lei nº 8.666/93, sobre controle pelo Tribunal de Contas.

## 9.11 LICITAÇÃO NO REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÃO (RDC)

### 9.11.1 DIREITO POSITIVO

O Regime Diferenciado de Contratação (RDC) foi instituído pela Lei nº 12.462, de 4-8-11, com alterações posteriores, já mencionadas no item 9.6.7. Foi regulamentada pelo Decreto nº 7.581, de 11-10-11, alterado pelo Decreto nº 8.080, de 20-8-13, e pelo Decreto nº 8.251, de 23-5-14.

Esse regime havia sido previsto originariamente nas Medidas Provisórias nºs 488 e 489, publicadas no *Diário Oficial da União* de 13-5-10. No entanto, elas não foram apreciadas no prazo previsto no artigo 62 da Constituição Federal, razão pela qual não se converteram em lei.

A Medida Provisória nº 527/11 foi baixada para alterar a Lei nº 10.683, de 28-5-03, que dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e alterar a legislação que disciplina a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac) (Lei nº 11.182, de 27-9-05) e a Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero) (Lei nº 5.862, de 12-12-72). Nada dispunha sobre o RDC.

Durante a tramitação da Medida Provisória na Câmara dos Deputados, o relator, deputado José Guimarães, apresentou projeto de conversão acrescentando as normas que regulam o RDC. Aprovado o projeto pela Câmara dos Deputados e pelo Senado, a Presidente da República o sancionou, daí resultando a promulgação da Lei nº 12.462, de 4-8-11.<sup>36</sup>

Embora não haja norma expressa, a Lei nº 12.462/11 destina-se a ter vigência temporária, já que estabelece regime de contratação somente aplicável para as licitações e contratos necessários à realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, da Copa das Confederações da Fifa 2013, da Copa do Mundo Fifa 2014 e das obras de infraestrutura e de contratação de serviços para os aeroportos das capitais dos Estados da Federação distantes até 350 km das cidades sedes dos referidos campeonatos mundiais.<sup>37</sup> No entanto, o alcance da lei já vem sofrendo ampliações, conforme exposto no item 9.6.7.

---

<sup>36</sup> Duas ações de inconstitucionalidade foram propostas contra a lei: a primeira, pelo Partido Social Democracia Brasileira (PSDB), pelo Democrata (DEM) e pelo Partido Popular Socialista (PPS), e, a segunda, pelo Procurador-Geral da República.

<sup>37</sup> O TCU vem entendendo que a utilização do RDC em obras com término posterior à Copa do Mundo de 2014 ou às Olimpíadas de 2016 só é legítima nas situações em que ao menos fração do empreendimento tenha efetivo proveito para a realização desses megaeventos esportivos, cumulativamente com a necessidade de se demonstrar a inviolabilidade técnica e econômica do parcelamento das frações da empreitada a serem concluídas *a posteriori*, em atendimento ao disposto nos artigos 1º, incisos de I a III, 39 e 42 da Lei nº 12.462/11, c/c o artigo 23, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (Acórdãos nºs 1.324, de 30-5-12, e 1.538, de 20-6-12, ambos do Plenário, Rel. Min. Valmir Campelo).

A adoção do RDC não é obrigatória para a construção dos estádios, aeroportos e obras de infraestrutura. Fica a critério da Administração Pública optar pelo regime de contratação que lhe parecer mais conveniente, dentre os da Lei nº 8.666/93 (empregada), da Lei nº 8.987/95 (concessão e permissão de serviço público) ou da Lei nº 11.079/04 (parcerias público-privadas).

A Lei do RDC, no artigo 1º, prevê que a definição das contratações a serem feitas pelo regime do RDC fique a cargo da chamada Autoridade Pública Olímpica (APO), com relação aos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos de 2016, e pelo Grupo Executivo – Gecopa 2014 do Comitê Gestor instituído para definir, aprovar e supervisionar as ações previstas no Plano Estratégico das Ações do Governo Brasileiro para a realização da Copa do Mundo Fifa 2014 – CGCOPA. Com relação a esta última hipótese, as obras públicas restringir-se-ão às constantes da matriz de responsabilidades celebrada entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A Autoridade Pública Olímpica (APO) foi constituída mediante consórcio público firmado entre a União, o Estado do Rio de Janeiro e o Município do Rio de Janeiro, nos termos da Lei nº 12.396, de 21-3-11.

Naquilo que não contrariar as normas da Lei nº 12.462/11, a Lei nº 8.666/93 aplica-se aos contratos celebrados no RDC. É o que estabelece o artigo 39 da Lei nº 12.462/11.

Inclusive as normas sobre dispensa e inexigibilidade de licitação estabelecidas nos artigos 24 e 25 da Lei nº 8.666/93 aplicam-se, no que couber, às contratações realizadas com base no RDC, devendo ser observado o processo de contratação por dispensa ou inexigibilidade de licitação previsto no artigo 26 da Lei nº 8.666/93 (art. 35 da Lei nº 12.462/11).

### 9.11.2 PRINCIPAIS INOVAÇÕES

Algumas inovações relevantes são introduzidas no regime diferenciado de contratação, seja quanto à licitação, seja quanto ao contrato:

- a) ampliação dos objetivos da licitação (art. 1º, § 1º);
- b) inclusão do princípio da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável (art. 3º);
- c) restrições à publicidade do orçamento estimado (art. 6º);
- d) inversão nas fases de habilitação e julgamento (art. 12);
- e) novos critérios de julgamento (art. 18);
- f) previsão de procedimentos auxiliares das licitações (art. 29);
- g) previsão da possibilidade de exigência de amostra para a pré-qualificação e para o julgamento (art. 7º, II);

- h) possibilidade de remuneração variável vinculada ao desempenho da contratada (art. 10);
- i) previsão da contratação simultânea ou possibilidade de contratação de mais de uma empresa para realizar o mesmo serviço (art. 11);
- j) previsão da contratação integrada entre os regimes de execução do contrato (art. 8º).

### 9.11.3 OBJETIVOS DA LICITAÇÃO

São ampliados, no artigo 1º, os objetivos da licitação quando comparados com os previstos no artigo 3º da Lei nº 8.666/93: I – ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; II – promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; III – incentivar a inovação tecnológica; e IV – assegurar o tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração Pública.

Não há dúvida de que, com a proximidade dos aludidos campeonatos mundiais, já com datas definidas, há necessidade de acelerar os procedimentos licitatórios, sob pena de ficarem inconclusas as obras necessárias a esse fim. Esse é o grande objetivo do RDC, resumido no inciso I do artigo 3º, com a ideia de ampliar a eficiência.

### 9.11.4 PRINCÍPIOS DA LICITAÇÃO

O artigo 3º da Lei nº 12.462/11 dá o rol dos princípios da licitação, repetindo a referência a todos os já mencionados no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, porém incluindo o da *economicidade* e o do *desenvolvimento nacional sustentável* (que aparece nesse dispositivo entre os objetivos da licitação, acrescentado pela Lei nº 12.349, de 15-12-10).

O princípio da economicidade constitui aplicação da relação custo-benefício e já está inserido entre os aspectos submetidos à fiscalização contábil, financeira e orçamentária pelo Congresso Nacional, conforme artigo 70 da Constituição.

O princípio do desenvolvimento nacional sustentável (que também tem fundamento constitucional no artigo 170, VI, da Constituição, alterado pela Emenda Constitucional nº 42, de 2003) é mais bem especificado no artigo 4º, § 1º, segundo o qual as contratações realizadas com base no RDC devem respeitar, especialmente, as normas relativas à: I – disposição final ambientalmente adequada dos resíduos sólidos gerados pelas obras contratadas; II – mitigação por condicionantes e compensação ambiental, que serão definidas no procedimento de licenciamento ambiental; III – utilização de produtos, equipamentos e serviços que, comprovadamente, reduzam o consumo de energia e recursos naturais; IV – avaliação de impactos de vizinhança,

na forma da legislação urbanística; V – proteção do patrimônio cultural, histórico, arqueológico e imaterial, inclusive por meio da avaliação do impacto direto ou indireto causado pelas obras contratadas; e VI – acessibilidade para o uso por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida.

### 9.11.5 RESTRIÇÕES À PUBLICIDADE DO ORÇAMENTO ESTIMADO

O artigo 6º da lei prevê que a publicidade do *orçamento estimado* para a contratação se dará apenas após o encerramento da licitação, sem prejuízo da divulgação do detalhamento dos quantitativos e das demais informações necessárias para a elaboração das propostas. As informações quanto ao orçamento estimado permanecem sigilosas e serão disponibilizadas estrita e permanentemente aos órgãos de controle externo e interno (art. 6º, § 3º); na hipótese de julgamento pelo critério por maior desconto, a informação quanto ao orçamento estimado constará do instrumento convocatório (art. 6º, § 1º).

Tem-se que entender que o sigilo referido no § 3º somente perdura durante o procedimento da licitação, devendo posteriormente tornar-se acessível aos interessados, sob pena de infringência ao princípio da publicidade previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição. Isto porque os elementos contidos no orçamento servem de baliza ao julgamento das propostas, sendo importantes para motivação feita pela Comissão de Licitação. Não há como negar o conhecimento de seus dados aos licitantes.

A medida – não divulgação do orçamento estimado antes do encerramento do procedimento de licitação – parece útil, sendo conveniente que se estenda a todas as modalidades de licitação, porque a sua divulgação influencia os licitantes na apresentação de suas propostas, podendo resultar em resultados danosos para a escolha da melhor proposta.<sup>38</sup> No Decreto-lei nº 2.300/86, não havia a norma que hoje consta do artigo 40, § 2º, da Lei nº 8.666/93. Também na Lei nº 10.520/02, não existe a previsão de que o orçamento estimado conste do instrumento convocatório, mas tão somente a de que o orçamento deve constar dos autos do procedimento (art. 3º, III).

### 9.11.6 COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Da mesma forma que na Lei nº 8.666/93, o procedimento licitatório fica a cargo de uma comissão de licitação, que pode ser permanente ou especial, composta

<sup>38</sup> Daniel Ferreira e José Anacleto Abduch Santos entendem que o sigilo previsto na Lei do RDC é inconstitucional, por contrariar o princípio da publicidade, previsto nos artigos 5º, XXXIII, e 37, *caput*, da Constituição (2011:52-53). Não vejo essa inconstitucionalidade, uma vez que o sigilo é preservado apenas na medida necessária para preservar o interesse público, deixando de existir após o término do procedimento da licitação, oportunidade em que os interessados poderão ter acesso ao orçamento estimado, inclusive com possibilidade de oferecer impugnação. Além disso, o artigo 5º, LX, da Constituição permite seja restringida a publicidade em benefício do interesse social.

majoritariamente por servidores ou empregados públicos pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos ou entidades da Administração Pública responsáveis pela licitação (art. 34). O § 2º do mesmo dispositivo repete a regra que já consta do artigo 51, § 3º, da Lei nº 8.666, quanto à responsabilidade solidária dos membros da comissão, salvo se posição individual divergente estiver registrada na ata da reunião em que houver sido adotada a respectiva decisão.

O Regulamento (Decreto nº 7.581/11) estabelece normas sobre a comissão de licitação nos artigos 6º e 7º, exigindo no mínimo três membros tecnicamente qualificados, sendo a maioria deles servidores ou empregados públicos. No artigo 7º define as competências da comissão de licitação, que vão desde a elaboração das minutas dos editais e dos contratos, abrangendo as várias fases da licitação, inclusive o recebimento dos recursos e decisão sobre a admissibilidade. São excluídas de sua competência a decisão dos recursos, a adjudicação, a homologação, a convocação do vencedor para assinatura do contrato, a revogação ou anulação da licitação e a aplicação de sanções; com relação a tais atos, a comissão limita-se a encaminhar os autos à autoridade competente e a propor as medidas que, a seu ver, são cabíveis.

O § 1º do artigo 7º faculta à comissão de licitação, em qualquer fase da licitação, promover as diligências que entenda serem necessárias; e, no § 2º, faculta à comissão, em qualquer fase da licitação, desde que não seja alterada a substância da proposta, a adoção de medidas de saneamento destinadas a esclarecer informações, corrigir impropriedades na documentação de habilitação ou complementar a instrução do processo.

Quando se tratar de julgamento pelo critério do melhor conteúdo artístico, a comissão de licitação será auxiliada por comissão especial integrada por, no mínimo, três pessoas de reputação ilibada e notório conhecimento da matéria em exame, que podem ser servidores públicos (art. 32 do Regulamento). Os membros da comissão especial respondem pelos atos praticados, salvo se posição individual divergente estiver registrada na ata da reunião em que adotada a decisão (parágrafo único do mesmo dispositivo).

### 9.11.7 PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

Pelo artigo 12 da Lei, o procedimento de licitação observará as seguintes fases, nesta ordem: I – preparatória; II – publicação do instrumento convocatório; III – apresentação de propostas ou lances; IV – julgamento; V – habilitação; VI – recursal; e VII – encerramento. No parágrafo único, está prevista a possibilidade de, mediante ato motivado, a habilitação anteceder a apresentação de propostas ou lances e o julgamento.

O procedimento, quando comparado com o da Lei nº 8.666/93, não distingue, de forma expressa, a fase interna da fase externa; inverte as fases de habilitação e julgamento, mas o parágrafo único do artigo 12 permite que a fase de habilitação,

mediante ato motivado, anteceda a apresentação de propostas ou lances e o julgamento; inclui as fases de recurso e de encerramento do procedimento.

O artigo 13 determina que “as licitações deverão ser realizadas preferencialmente sob a forma eletrônica, admitida a presencial”. Se for eletrônica, a Administração Pública poderá determinar, como condição de validade e eficácia, que os licitantes pratiquem seus atos em formato eletrônico (parágrafo único do art. 13).

A **primeira fase** é chamada de **preparatória**. Corresponde à chamada **fase interna** da licitação, embora o artigo 12 a inclua no procedimento da licitação. A lei nada estabelece sobre essa fase. Contudo, ela está disciplinada pelo Regulamento, nos artigos 4º e 5º. É uma fase que precede a abertura da licitação por meio do instrumento convocatório. Não difere muito essa fase interna daquela que se realiza em qualquer procedimento de licitação. Nela deve ser definido o objeto, com a justificativa para contratação e para a adoção do RDC; o orçamento e preço de referência, remuneração ou prêmio, conforme critério de julgamento adotado; requisitos para apresentação das propostas e para a habilitação; as cláusulas contratuais; o procedimento da licitação; justificativa para: inversão de fases, fixação dos fatores de ponderação na avaliação das propostas técnicas e de preço, indicação de marca ou modelo, exigência de amostra, exigência de certificação de qualidade do produto ou do processo de fabricação, exigência de carta de solidariedade emitida pelo fabricante. Nessa fase deve ainda haver indicação dos recursos orçamentários; declaração de compatibilidade com o plano plurianual, quando o investimento ultrapasse um exercício financeiro; termo de referência que contenha conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar os serviços a serem contratados ou os bens a serem fornecidos, podendo esse termo de referência prever requisitos de sustentabilidade ambiental (art. 5º do Regulamento); projeto básico ou executivo para a contratação de obras e serviços de engenharia, com possibilidade de previsão dos requisitos de sustentabilidade ambiental (art. 5º do Regulamento); parcelamento do objeto da licitação, preparo do instrumento convocatório e da minuta de contrato, designação da comissão de licitação.

A **segunda fase** é a da **publicação do instrumento convocatório**. Nesse instrumento, deverá ser definido de forma clara e precisa o objeto da licitação, vedadas especificações excessivas, irrelevantes ou desnecessárias (art. 5º da Lei nº 12.462/11).

Nos termos do artigo 15 da lei, será dada ampla publicidade aos procedimentos licitatórios e de pré-qualificação,<sup>39</sup> ressalvadas as hipóteses de informações cujo sigilo

<sup>39</sup> O legislador quis reforçar a exigência de publicidade, por meio da Lei nº 13.173, de 21-10-15, que, entre outras medidas, introduziu o inciso VII no artigo 4º da Lei nº 12.462/11, para incluir, entre as diretrizes a serem observadas nas licitações e contratos, no regime do RDC, “ampla publicidade, em sítio eletrônico, de todas as fases e procedimentos do processo da licitação, assim como dos contratos, respeitado o art. 6º desta Lei”. O artigo 6º é o que trata da publicidade restrita do orçamento estimado.

seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado,<sup>40</sup> devendo ser adotados os seguintes prazos mínimos para apresentação de propostas, contados a partir da data de publicação do instrumento convocatório:

- I – para aquisição de bens: (a) cinco dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e (b) dez dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;
- II – para a contratação de serviços e obras: (a) quinze dias úteis, quando adotados os critérios de julgamento pelo menor preço ou pelo maior desconto; e (b) trinta dias úteis, nas hipóteses não abrangidas pela alínea *a* deste inciso;
- III – para licitações em que se adote o critério de julgamento pela maior oferta: dez dias úteis;
- IV – para licitações em que se adote o critério de julgamento pela melhor combinação de técnica e preço, pela melhor técnica ou em razão do conteúdo artístico: trinta dias úteis.

A publicidade, nos termos do artigo 15, deve ser feita mediante publicação do extrato do instrumento convocatório no *Diário Oficial da União*, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso ou, no caso de consórcio público, do ente de maior nível entre eles, sem prejuízo da possibilidade de publicação em jornal diário de grande circulação (com ressalva para as hipóteses em que o valor do contrato dispensa a licitação, conforme o § 2º do art. 15); e também mediante divulgação do instrumento convocatório em sítio eletrônico oficial.

Com relação especificamente ao instrumento convocatório, merecem especial referência as seguintes medidas, nem todas muito inovadoras:

1. restrições à publicidade do orçamento, já tratadas no item 10.2.3 (art. 6º);
2. no caso de aquisição de bens, a possibilidade de ser indicada no instrumento convocatório a marca ou modelo, desde que formalmente justificado na fase preparatória, nas seguintes hipóteses: (a) em decorrência da necessidade de padronização do objeto; (b) quando determinada marca ou modelo comercializado por mais de um fornecedor for a única capaz de atender às necessidades da entidade contratante; ou (c) quando a descrição do objeto a ser licitado puder ser melhor compreendida pela identificação de determinada marca ou modelo aptos a servir como re-

<sup>40</sup> Essa ressalva quanto ao sigilo não precisaria constar da lei, porque já está expressa no artigo 5º, XXXIII, da Constituição.

ferência, situação em que será obrigatório o acréscimo da expressão “ou similar ou de melhor qualidade” (art. 7º, inciso I).

Na Lei nº 8.666/93, já é prevista a possibilidade de padronização (art. 15, I), bem como a indicação da marca ou modelo, quando “tecnicamente justificável” (artigo 7º, § 5º); a lei do RDC apenas especificou, de forma mais detalhada, as hipóteses de indicação de marca ou modelo;

3. possibilidade de exigência de amostra nas fases de pré-qualificação, de julgamento das propostas ou de lances, desde que justificada a necessidade da sua apresentação (art. 7º, II).

A possibilidade de exigência de amostra já era aceita pela doutrina na fase de julgamento;

4. exigência de certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada (art. 7º, III).

Essa previsão põe fim à dúvida que existe em relação à Lei nº 8.666/93, quanto à possibilidade de ser feita essa exigência;<sup>41</sup>

5. solicitação, motivadamente, de carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor (art. 7º, IV); trata-se de “documento no qual fornecedor e fabricante assumem solidariamente a responsabilidade sobre o bem fornecido” (Jacoby; Reolon, 2011:25, NR nº 9).

O Regulamento do RDC, no artigo 8º, § 1º, exige que integrem o instrumento convocatório, como anexos: I – o termo de referência mencionado no inciso VII do *caput* do artigo 4º, o projeto básico ou executivo, conforme o caso; II – a minuta do contrato, quando houver; III – o acordo de nível de serviço, quando for o caso; e IV – as especificações complementares e as normas de execução. No caso de obras ou serviços de engenharia, o § 2º do mesmo dispositivo (alterado pelo Decreto nº 8.080/13) exige ainda que acompanhem o instrumento convocatório: I – o cronograma de execução, com as etapas necessárias à medição, ao monitoramento e ao controle das obras; II – a exigência de que os licitantes apresentem, em suas propostas, a composição analítica do percentual dos Benefícios e Despesas Indiretas – BDI e dos Encargos Sociais – ES, discriminando todas as parcelas que o compõem, exceto no caso da contratação integrada prevista no artigo 9º da Lei nº 12.462, de 2011; e III – a exigência de que o contratado conceda livre acesso aos seus documentos e

<sup>41</sup> Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Jaques Fernando Reolon apontam a existência de várias unidades que já possuem institutos de pesquisa com capacidade de certificação de qualidade. Exemplo desse tipo de entidade seria o Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (in *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte: Fórum, ano 10, n. 117, set. 2011, p. 25).

registros contábeis, referentes ao objeto da licitação, para os servidores ou empregados do órgão ou entidade contratante e dos órgãos de controle interno e externo.

O Regulamento, no artigo 10, exige que a possibilidade de subcontratação de parte da obra ou dos serviços de engenharia esteja prevista no instrumento convocatório. Pelo § 1º, a subcontratação não exclui a responsabilidade do contratado perante a Administração Pública quanto à qualidade técnica da obra ou do serviço prestado; e, pelo § 2º, quando permitida a subcontratação, o contratado deverá apresentar documentação do subcontratado que comprove sua habilitação jurídica, regularidade fiscal e a qualificação técnica necessária à execução da parcela da obra ou do serviço subcontratado.

Pelo artigo 45, I, da Lei nº 12.462/11, cabem pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório no prazo mínimo de: (a) até dois dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens; ou (b) até cinco dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços.

A **terceira fase** do procedimento é a de **apresentação de propostas ou lances**. Para essa fase, importa distinguir os modos de disputa aberto e fechado, com possibilidade de serem combinados, conforme previsto no artigo 16 da Lei. O artigo 17 remete a disciplina da matéria ao Regulamento.

Pela leitura conjugada do artigo 17 da Lei e dos artigos 15 a 24 do Regulamento, extraem-se as características dos três modos de disputa. Embora se trate da fase de apresentação de propostas, o artigo 16 do Regulamento exige que os licitantes apresentem, na abertura da sessão pública, declaração de que atendem aos requisitos de habilitação; a mesma exigência é feita para as microempresas e empresas de pequeno porte. Além disso, antes mesmo do início da disputa, a comissão de licitação verificará a conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório, quanto ao objeto e ao preço, desclassificando, motivadamente, os licitantes cujas propostas não estejam em conformidade com os requisitos (art. 17 do Regulamento).

No **modo de disputa aberto**, os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado. O instrumento convocatório poderá estabelecer intervalo mínimo de diferença de valores entre os lances, que incidirá tanto em relação aos lances intermediários quanto em relação à proposta que cobrir a melhor oferta (art. 18, parágrafo único, do Regulamento, com redação dada pelo Decreto nº 8.080/13).

Se a licitação for realizada sob a forma presencial, serão adotados ainda os seguintes procedimentos, conforme previsto no artigo 19 do Regulamento, com a redação dada pelo Decreto nº 8.080/13: I – as propostas iniciais serão classificadas de acordo com a ordem de vantagem; II – a comissão de licitação convidará individual e sucessivamente os licitantes, de forma sequencial, a apresentar lances verbais, a partir do autor da proposta menos vantajosa, seguido dos demais; e III – a desistência do licitante em apresentar lance verbal, quando convocado, implicará

sua exclusão da etapa de lances verbais e a manutenção do último preço por ele apresentado, para efeito de ordenação das propostas, exceto no caso de ser o detentor da melhor proposta, hipótese em que poderá apresentar novos lances sempre que esta for coberta, observado o disposto no parágrafo único do artigo 18.

Pelo artigo 20 do Regulamento (que tem fundamento no art. 16, § 1º, da Lei), o instrumento convocatório poderá estabelecer a possibilidade de apresentação de lances intermediários pelos licitantes durante a disputa aberta, sendo considerados intermediários os lances: I – iguais ou inferiores ao maior já ofertado, mas superiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotado o julgamento pelo critério da maior oferta de preço; ou II – iguais ou superiores ao menor já ofertado, mas inferiores ao último lance dado pelo próprio licitante, quando adotados os demais critérios de julgamento.

Após a definição da melhor proposta, se a diferença em relação à proposta classificada em segundo lugar for de pelo menos 10%, a comissão de licitação poderá admitir o reinício da disputa aberta, nos termos estabelecidos no instrumento convocatório, para a definição das demais colocações (art. 21 do Regulamento). Após o reinício, os licitantes serão convocados a apresentar lances (§ 1º), podendo inclusive ser apresentados lances intermediários. Pelo § 3º, os lances iguais serão classificados conforme a ordem de apresentação.

No **modo de disputa fechado**, as propostas serão sigilosas até a data e hora designadas para que sejam divulgadas, sendo semelhante, portanto, ao sistema da Lei nº 8.666/93. Se a licitação for presencial, as propostas deverão ser apresentadas em envelopes lacrados, abertos em sessão pública e ordenadas conforme critério de vantajosidade (art. 22 do Regulamento).

No caso de **combinação dos modos de disputa aberto e fechado**, o instrumento convocatório deverá prever que a disputa seja realizada em duas etapas, sendo a primeira eliminatória (art. 23 do Regulamento). Nesse caso, a combinação dos modos de disputa poderá ocorrer por uma das seguintes formas: I – caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa fechado, serão classificados para a etapa subsequente os licitantes que apresentarem as três melhores propostas, iniciando-se então a disputa aberta com a apresentação de lances sucessivos, nos termos dos artigos 18 e 19 (que tratam do modo de disputa aberto); II – caso o procedimento se inicie pelo modo de disputa aberto, os licitantes que apresentarem as três melhores propostas oferecerão propostas finais, fechadas.

A **quarta fase** do procedimento é a de **julgamento**. Embora a lei não diga expressamente, deduz-se de suas normas que essa fase se desdobrará em várias subfases:

- a) classificação inicial das propostas;
- b) desclassificação das propostas nas hipóteses previstas na lei;
- c) desempate; e
- d) negociação.

Para fins de classificação das propostas, poderão ser utilizados os seguintes critérios: I – menor preço ou maior desconto; II – técnica e preço; III – melhor técnica ou conteúdo artístico; IV – maior oferta de preço; ou V – maior retorno econômico (art. 18 da Lei).

O critério de julgamento deve ser definido no instrumento convocatório, mediante a definição de parâmetros objetivos, não podendo ser consideradas vantagens não previstas, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido. Pelo artigo 25, § 2º, do Regulamento, o julgamento das propostas deverá observar a margem de preferência prevista no artigo 3º da Lei nº 8.666/93, observado o disposto no Decreto nº 7.546, de 2-8-11 (que regulamenta o disposto nos §§ 5º a 12 do art. 3º da Lei nº 8.666/93 e estabelece margem de preferência para produtos manufaturados e serviços nacionais e de medidas de compensação comercial, industrial, tecnológica ou de acesso a condições vantajosas de financiamento).

O critério de **julgamento pelo menor preço ou maior desconto** considerará o menor dispêndio para a Administração Pública, atendidos os parâmetros mínimos de qualidade definidos no instrumento convocatório (art. 19 da Lei e art. 26 do Regulamento). Pelo § 1º do artigo 19, os custos indiretos, relacionados com as despesas de manutenção, utilização, reposição, depreciação e impacto ambiental, entre outros fatores, poderão ser considerados para a definição do menor dispêndio, sempre que objetivamente mensuráveis, conforme dispuser o regulamento. Note-se que a parte final do dispositivo remete ao regulamento e este, no artigo 26, § 1º, repete a mesma norma e, na parte final, remete a definição ao instrumento convocatório. O § 2º do artigo 26 do Regulamento permite que parâmetros adicionais de mensuração de custos indiretos sejam estabelecidos em ato do Secretário de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão.

No caso do critério de maior desconto, será adotado como referência o preço global fixado no instrumento convocatório, sendo o desconto estendido aos eventuais termos aditivos. No caso de obras ou serviços de engenharia, o percentual de desconto apresentado pelos licitantes deverá incidir linearmente sobre os preços de todos os itens do orçamento estimado constante do instrumento convocatório (art. 19, § 2º, da Lei).

No critério de **técnica e preço**, como decorre do artigo 20 da lei, o instrumento convocatório define os parâmetros objetivos a serem observados nas propostas técnicas e de preço, bem como os fatores de ponderação a serem avaliados pela comissão de licitação. O instrumento convocatório estabelecerá pontuação mínima para as propostas técnicas, cujo não atingimento implicará desclassificação (art. 29, § 3º, do Regulamento).

Nos termos do § 2º do artigo 20 da lei, é permitida a atribuição de fatores de ponderação distintos para valorar as propostas técnicas e de preço, sendo o percentual de ponderação mais relevante limitado a 70%. O artigo 29, § 2º, do Regulamento prevê também a possibilidade de serem utilizados parâmetros de sustentabilidade ambiental para a pontuação das propostas técnicas.

Esse critério de julgamento não pode ser utilizado em qualquer hipótese, a critério da Administração. Ele pode ser utilizado quando a avaliação e a ponderação da qualidade técnica das propostas que superarem os requisitos mínimos estabelecidos no instrumento convocatório forem relevantes aos fins pretendidos pela Administração Pública (§ 1º do art. 20). É evidente que essa relevância deverá ser devidamente motivada na fase interna da licitação. Além disso, tal critério destina-se exclusivamente a objetos: I – de natureza predominantemente intelectual e de inovação tecnológica ou técnica; ou II – que possam ser executados com diferentes metodologias ou tecnologias de domínio restrito no mercado, pontuando-se as vantagens e qualidades que eventualmente forem oferecidas para cada produto ou solução.

O critério da **melhor técnica ou conteúdo artístico** poderá ser utilizado para a contratação de projetos e trabalhos de natureza técnica, científica ou artística, incluídos os projetos arquitetônicos e excluídos os projetos de engenharia (art. 21, parágrafo único, da Lei). Pela própria redação do dispositivo, verifica-se que a escolha desse critério constitui decisão discricionária do Poder Público.

De certa forma, ele equivale ao concurso previsto na lei de licitação, pois, nessa modalidade de julgamento, o instrumento convocatório define o prêmio ou a remuneração que será atribuída ao vencedor, bem como os parâmetros objetivos a serem avaliados na fase de julgamento. Nessa modalidade, o Regulamento também possibilita a previsão de parâmetros de sustentabilidade ambiental para a pontuação das propostas, porém apenas nas licitações para contratação de projetos (art. 31, § 2º) e a previsão de pontuação mínima para as propostas, cujo não atingimento implicará desclassificação (art. 31, § 3º).

No caso de julgamento pelo melhor conteúdo artístico, a comissão de licitação será auxiliada por comissão especial integrada por, no mínimo, três pessoas de reputação ilibada e notório conhecimento da matéria em exame, que podem ser servidores públicos (art. 32 do Regulamento). Seus membros respondem por todos os atos praticados, salvo se posição individual divergente estiver registrada na ata da reunião em que adotada a decisão.

O critério da **maior oferta de preço**, muito mal explicado na Lei, é previsto, no artigo 22, para os contratos que resultem em receita para a Administração Pública. Presume-se que se trate de contratos que têm por objeto a alienação de bens públicos ou a cessão de direitos, como, por exemplo, o de utilização de bens públicos, por meio de concessão, permissão ou autorização de uso. Isto porque o Regulamento faz referência aos mesmos no artigo 34, segundo o qual os bens e direitos arrematados serão pagos a vista, em até um dia útil contado da data da assinatura da ata lavrada no local do julgamento ou da data da notificação. Além disso, o artigo 33, § 1º (repetindo norma já contida no artigo 22, § 1º, da Lei), permite seja dispensado o cumprimento dos requisitos de qualificação técnica e econômico-financeira, o que não se justificaria em contratos que tenham por objeto a execução de obras e serviços pelo particular. Poderia simplesmente o legislador ter repetido o critério do maior

lance ou oferta, já previsto no artigo 45, § 1º, inciso IV, da Lei nº 8.666/93, para a alienação de bens ou concessão de direito real de uso.

Quando for esse o critério, poderá ser exigida a comprovação do recolhimento de quantia a título de garantia, como requisito de habilitação, limitada a 5% do valor ofertado (art. 22, § 2º, da Lei). Nesse caso, o licitante vencedor perderá o valor da entrada em favor da Administração Pública caso não efetive o pagamento devido no prazo estipulado (art. 22, § 3º).

O julgamento pelo **maior retorno econômico** é utilizado exclusivamente para a celebração de contratos de eficiência, hipótese em que as propostas serão consideradas de forma a selecionar a que proporcione maior economia para a Administração Pública decorrente da execução do contrato (art. 23 da Lei). O retorno econômico é definido pelo artigo 36, § 4º, do Regulamento como “o resultado da economia que se estima gerar com a execução da proposta de trabalho, deduzida a proposta de preço”.

Nos termos do § 1º do mesmo dispositivo, o contrato de eficiência terá por objeto a prestação de serviços, que pode incluir a realização de obras e o fornecimento de bens, com o objetivo de proporcionar economia ao contratante, na forma de redução de despesas correntes, sendo o contratado remunerado com base em percentual da economia gerada.

Não é muito fácil entender como se concretizará a apresentação das propostas para esse tipo de julgamento. Tanto a elaboração do instrumento convocatório como a apresentação das propostas e seu julgamento exigirão conhecimentos técnicos altamente especializados. Isto porque o Regulamento exige que o instrumento preveja parâmetros objetivos de mensuração da economia gerada com a execução do contrato, que servirá de base de cálculo da remuneração devida ao contratado (art. 36, § 3º). No artigo 37 exige que os licitantes apresentem: I – proposta de trabalho, que deverá contemplar: (a) as obras, serviços ou bens, com respectivos prazos de realização ou fornecimento; e (b) a economia que se estima gerar, expressa em unidade de medida associada à obra, bem ou serviço e expressa em unidade monetária; e II – proposta de preço, que corresponderá a um percentual sobre a economia que se estima gerar durante determinado período, expressa em unidade monetária.

Feita uma classificação inicial das propostas pelo critério previsto no instrumento convocatório, será feita a desclassificação das propostas que: I – contenham vícios insanáveis; II – não obedeçam às especificações técnicas pormenorizadas no instrumento convocatório; III – apresentem preços manifestamente inexequíveis ou permaneçam acima do orçamento estimado para a contratação; IV – não tenham sua exequibilidade demonstrada, quando exigida pela Administração Pública; V – apresentem desconformidade com quaisquer outras exigências do instrumento convocatório, desde que insanáveis.

Embora a Lei não diga que a desclassificação é feita posteriormente a essa primeira classificação, é isto que se deduz do artigo 24, § 1º, segundo o qual “a verificação da conformidade das propostas poderá ser feita exclusivamente em relação

à proposta mais bem classificada”. Por outras palavras, não há como fazer o exame da conformidade das propostas sem previamente saber qual é a proposta mais bem classificada, o que não significa que o resultado final do julgamento seja igual à classificação inicial, já que a esta ainda se seguirão a desclassificação, o desempate (quando necessário), a negociação, os recursos.

O Regulamento estabelece normas sobre a verificação da conformidade da proposta, como: possibilidade de a comissão de licitação realizar diligências para aferir a exequibilidade ou exigir do licitante que ela seja demonstrada (art. 40, § 1º); exigência, salvo na hipótese da contratação integrada prevista no artigo 9º da lei, de que, nas obras ou serviços de engenharia, o licitante da melhor proposta reelabore, por meio eletrônico, planilha com os valores adequados ao lance vencedor, em que deverão constar: (a) indicação dos quantitativos e dos custos unitários, vedada a utilização de unidades genéricas ou indicadas como verba; (b) composição dos custos unitários quando diferirem daqueles constantes dos sistemas de referências adotados nas licitações; e (c) detalhamento das Bonificações e Despesas Indiretas (BDI) e dos Encargos Sociais (ES) (art. 40, § 2º, alterado pelo Decreto nº 8.080/13);<sup>42</sup> ainda com relação aos contratos de obras e serviços de engenharia, definição de critério para apreciação da inexequibilidade, com previsão de oportunidade ao licitante para demonstrar a exequibilidade da proposta (art. 41), bem como previsão de critério para avaliação da economicidade da proposta, a ser aferida com base nos custos globais e unitários (art. 42).

Em caso de empate entre duas ou mais propostas, o artigo 25 da Lei estabelece três critérios de desempate, na seguinte ordem:

- I – disputa final, em que os licitantes empatados poderão apresentar nova proposta fechada em ato contínuo à classificação;
- II – a avaliação do desempenho contratual prévio dos licitantes, desde que exista sistema objetivo de avaliação instituído;
- III – os critérios estabelecidos no artigo 3º da Lei nº 8.248, de 23-10-91<sup>43</sup> e no § 2º do artigo 3º da Lei nº 8.666, de 21-6-93;<sup>44</sup>
- IV – sorteio.

<sup>42</sup> O dispositivo repete exigência contida no art. 17, III, da Lei do RDC.

<sup>43</sup> O dispositivo trata da aquisição de bens e serviços de informática e automação, para dar preferência aos produzidos por empresa de capital nacional, observada a seguinte ordem: I – bens e serviços com tecnologia desenvolvida no país; II – bens e serviços produzidos de acordo com o processo produtivo básico, na forma a ser definida pelo Poder Executivo. Esse processo produtivo básico foi definido pelo Decreto nº 5.906, de 26-9-06.

<sup>44</sup> O dispositivo prevê, como critério de desempate, preferência, sucessivamente, aos bens e serviços: I – produzidos no País; II – produzidos ou prestados por empresas brasileiras; III – produzidos ou prestados por empresas que invistam em pesquisa e no desenvolvimento de tecnologia no País.

Tais critérios somente serão aplicados depois de garantida a preferência das microempresas e empresas de pequeno porte, na forma do artigo 44 da Lei Complementar nº 123, de 14-12-06. É o que decorre do artigo 25, parágrafo único, da Lei do RDC, regulamentado pelos artigos 38 e 39 do respectivo Regulamento.

Feito o desempate e concluído o julgamento, a Administração ainda poderá negociar condições mais vantajosas com o primeiro colocado. Se a proposta deste permanecer acima do orçamento estimado, a negociação poderá ser feita com os demais licitantes, segundo a ordem de classificação inicialmente estabelecida (art. 26 da Lei).

Concluído o julgamento, será disponibilizada a respectiva ata, com a ordem de classificação das propostas (art. 44 do Regulamento).

Contra o julgamento das propostas, cabe recurso, no prazo de cinco dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata (art. 45, II, c, da Lei).

A **quinta fase** do procedimento é a **habilitação**. Se previsto no instrumento convocatório, essa fase poderá anteceder as fases de apresentação de propostas ou lances e a de julgamento (art. 12, parágrafo único). Se não houver previsão expressa nesse sentido, ela será realizada após o julgamento.

Pela norma do artigo 14 da Lei, na habilitação será aplicado, no que couber, o disposto nos artigos 27 a 33 da Lei nº 8.666/93, com a observância ainda das seguintes normas:

- I – poderá ser exigida dos licitantes a declaração de que atendem aos requisitos de habilitação; essa possibilidade justifica-se quando a habilitação é feita posteriormente ao julgamento, hipótese em que o licitante, antes mesmo do julgamento, deve fazer a declaração de que preenche os requisitos de habilitação;
- II – será exigida a apresentação dos documentos de habilitação do licitante vencedor, exceto no caso em que haja inversão de fases, ou seja, em que a habilitação seja feita antes da apresentação das propostas e do julgamento;
- III – na hipótese de inversão de fases, só serão recebidas as propostas dos licitantes previamente habilitados;
- IV – em qualquer caso, os documentos relativos à regularidade fiscal poderão ser exigidos em momento posterior ao julgamento das propostas, apenas em relação ao licitante mais bem classificado.

O artigo 14, no parágrafo único, ainda permite a participação de licitantes sob a forma de consórcio, conforme estabelecido em regulamento; e possibilita sejam exigidos requisitos de sustentabilidade ambiental, na forma da legislação aplicável.

O Regulamento ainda acrescenta as seguintes normas: possibilidade de haver substituição parcial ou total dos documentos por certificado de registro cadastral e

certificado de pré-qualificação, nos termos do instrumento convocatório (art. 46, § 1º); se houver inversão de fases: I – os licitantes apresentarão simultaneamente os documentos de habilitação e as propostas; II – serão verificados os documentos de habilitação de todos os licitantes; e III – serão julgadas apenas as propostas dos licitantes habilitados (art. 50).

Quanto à participação de consórcios, o artigo 51 do Regulamento estabelece normas em tudo semelhantes às contidas no artigo 33 da Lei nº 8.666/93, exigindo, a mais, que a substituição de consorciado seja expressamente autorizada pelo órgão ou entidade contratante (§ 4º) e possibilitando que o instrumento convocatório fixe a quantidade máxima de pessoas jurídicas organizadas por consórcio (§ 5º); além disso veda o acréscimo de até 30% dos valores exigidos para licitante individual quando o consórcio for composto, em sua totalidade, por microempresas e empresas de pequeno porte.

A **sexta fase** do procedimento é a **recursal**, não cabível quando haja inversão de fases (com a habilitação antes da apresentação das propostas e do julgamento) (art. 27 da Lei). Ocorrendo essa inversão, os recursos serão cabíveis após a fase de habilitação e após a fase de julgamento das propostas (art. 58 do Regulamento).

Não havendo inversão de fases, os recursos são apresentados após o término da fase de habilitação. No entanto, o artigo 53 do Regulamento estabelece que os licitantes que desejarem recorrer dos atos do julgamento ou da habilitação deverão manifestar imediatamente após o término de cada sessão a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão (art. 53 do Regulamento).

As razões dos recursos deverão ser apresentadas no prazo de cinco dias úteis contados a partir da data da intimação ou da lavratura da ata, conforme o caso (art. 54 do Regulamento), devendo as contrarrazões ser apresentadas no prazo de cinco dias úteis a contar do encerramento do prazo para apresentação das razões dos recursos (§ 1º do art. 54). O § 2º garante o direito de vista dos elementos dos autos indispensáveis à defesa dos interesses dos licitantes.

Da mesma forma que no artigo 109, § 4º, da Lei nº 8.666/93, o artigo 45, § 6º, da Lei do RDC e o artigo 56 do seu Regulamento determinam que o recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, que apreciará sua admissibilidade, cabendo a esta reconsiderar sua decisão no prazo de cinco dias úteis ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devidamente informado, devendo, neste caso, a decisão do recurso ser proferida dentro do prazo de cinco dias úteis, contado do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade.

O acolhimento de recurso implicará invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento (art. 57).

A **sétima e última fase** do procedimento é chamada de **encerramento** pelo artigo 12, VII, da Lei. Para essa fase, o Regulamento prevê a possibilidade de nova negociação (art. 59). Embora não prevista na Lei, não há ilegalidade nessa nova tentativa de negociação, tendo em vista que, estando decidido o resultado do procedimento, não haverá qualquer prejuízo para os demais licitantes.

Nessa fase, a comissão de licitação encerra o procedimento e o encaminha à autoridade superior, que poderá:

- I – determinar o retorno dos autos para saneamento de irregularidades que forem supríveis;
- II – anular o procedimento, no todo ou em parte, por vício insanável;
- III – revogar o procedimento por motivo de conveniência ou oportunidade; ou
- IV – adjudicar o objeto e homologar a licitação.

O Regulamento, no artigo 60, § 1º, prevê a aplicação, quanto à anulação e revogação, das normas previstas no artigo 49 da Lei nº 8.666/93, já analisadas no item 9.8. De tais atos, cabe recurso no prazo de cinco dias úteis (art. 45, II, *d*, da Lei, e art. 60, § 2º, do Regulamento).

### 9.11.8 PROCEDIMENTOS AUXILIARES DAS LICITAÇÕES

O artigo 29 da Lei prevê quatro procedimentos auxiliares das licitações, remetendo para o regulamento a definição dos critérios claros e objetivos a serem observados: pré-qualificação permanente; cadastramento; sistema de registro de preços e catálogo eletrônico de padronização. Os três primeiros são previstos na Lei nº 8.666/93, porém com características um pouco diversas.

A **pré-qualificação permanente** constitui procedimento realizado antes da abertura da licitação, destinado a identificar: I – fornecedores que reúnam condições de habilitação exigidas para o fornecimento de bem ou a execução de serviço ou obra nos prazos, locais e condições previamente estabelecidos; e II – bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração Pública.

Trata-se de procedimento com objetivo um pouco mais amplo do que o previsto no artigo 114 da Lei nº 8.666/93. As principais diferenças dizem respeito aos seguintes aspectos:

- a) na Lei nº 8.666/93, a pré-qualificação é realizada com vistas ao exame apenas da qualificação técnica, enquanto no RDC pode ser feita com vistas à habilitação em geral, já que o artigo 30, I, fala apenas em “fornecedores que reúnam condições de habilitação”, sem especificar o item a que ela se refere dentre os do artigo da Lei nº 8.666; além disso, consta expressamente que a pré-qualificação pode ser total ou parcial, “contendo alguns ou todos os requisitos de habilitação ou técnicos necessários à contratação” (art. 30, § 4º); o Regulamento reduz a utilidade e o alcance da pré-qualificação prevista na Lei, porque faz referência apenas à qualificação técnica (art. 83); isto, contudo, não pode impedir a habilitação

- mais completa, como prevista na lei, sob pena de ilegalidade do referido dispositivo do Regulamento;
- b) na Lei nº 8.666, a pré-qualificação é realizada com vistas a uma licitação específica, cujo objeto recomende a análise mais detida da qualificação técnica dos interessados; no RDC, a pré-qualificação é permanente, porque identifica fornecedores e bens com qualidade previamente aprovada para futuras licitações; por isso, embora a pré-qualificação tenha validade de um ano (para cada fornecedor ou para cada bem), admitindo a atualização a qualquer tempo, o procedimento permanece aberto para a inscrição dos eventuais interessados (§§ 1º e 5º); pelo artigo 83, parágrafo único, do Regulamento, a validade da pré-qualificação de fornecedores não será superior ao prazo de validade dos documentos apresentados pelos interessados; isto significa que, ultrapassado o prazo de validade, poderá o interessado atualizar a pré-qualificação; nos termos do artigo 86, § 1º, do Regulamento, deduz-se que a Administração deverá organizar um registro cadastral dos pré-qualificados, permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo anualmente, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados;
- c) na Lei nº 8.666, a pré-qualificação destina-se apenas à seleção de possíveis licitantes, enquanto no RDC abrange tanto a identificação de licitantes habilitados, como de bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração Pública; para fins de verificação da qualidade do bem, podem ser exigidos: amostra; certificação da qualidade do produto ou do processo de fabricação, inclusive sob o aspecto ambiental, por qualquer instituição oficial competente ou por entidade credenciada; e carta de solidariedade emitida pelo fabricante, que assegure a execução do contrato, no caso de licitante revendedor ou distribuidor (art. 7º, II, III e IV, da Lei do RDC);
- d) na Lei nº 8.666 (art. 114), o procedimento para pré-qualificação deverá observar as exigências relativas à concorrência, à convocação dos interessados, ao procedimento e à análise da documentação; no RDC, o procedimento abrangerá a convocação e a habilitação, com exame dos documentos exigidos e dos bens, com outorga de certificado aos pré-qualificados, renovável sempre que o registro for atualizado (art. 83, §§ 1º e 2º, e art. 84); além disso, cabe recurso, no prazo de cinco dias úteis, contado da data da intimação ou da lavratura da ata do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação (art. 85), observado o procedimento dos recursos estabelecido nos artigos 53 a 57 do Regulamento; a convocação dos interessados será feita mediante: I – publicação de extrato do instrumento convocatório no *Diário Oficial da União*, do Estado, do Distrito Federal ou do Município, conforme o caso, sem prejuízo da possi-

bilidade de publicação de extrato em jornal diário de grande circulação; e II – divulgação em sítio eletrônico oficial centralizado de publicidade de licitações ou sítio mantido pelo órgão ou entidade (art. 83, § 1º, do Regulamento); a publicação deverá observar os prazos mínimos referidos no artigo 15 da Lei. O artigo 83, no *caput* e no § 2º fala em exigências de *qualificação técnica*, mas, em consonância com o artigo 30, I, e § 4º da Lei, a pré-qualificação pode abranger todos os itens previstos no artigo 27 da Lei nº 8.666.<sup>45</sup>

A grande utilidade da pré-qualificação, tal como disciplinada na Lei do RDC é a de facilitar o procedimento da licitação, que se pretende seja mais ágil do que o da Lei nº 8.666/93. Por isso, não se justifica a norma do Regulamento que só permite a qualificação técnica e de bens. Como no RDC os objetos possíveis de contratação (pelo menos originariamente) eram apenas os referidos no artigo 1º da Lei e os mesmos devem ser executados em prazo delimitado pelos próprios objetivos do regime instituído, justifica-se a possibilidade, instituída pela Lei, de facilitar o procedimento da licitação, seja porque a pré-qualificação já pode abranger todos os itens do artigo 27 da Lei nº 8.666/93, seja porque pode valer para várias licitações que tenham objetos semelhantes. A restrição prevista no artigo 83 do Regulamento é ilegal e não impede a aplicação do artigo 30 da Lei em todos os seus termos. Uma vez havendo pré-qualificados em relação a todos os itens previstos no artigo 27 da Lei nº 8.666/93, o procedimento da licitação ficará simplificado, porque nele não haverá a fase de habilitação (a não ser para conferir a vigência dos certificados de pré-qualificação).

Feita a pré-qualificação, a Administração Pública pode realizar licitação restrita aos pré-qualificados, nas condições estabelecidas em regulamento (art. 30, § 2º, da Lei). O artigo 86 do Regulamento veio estabelecer os requisitos para que essa possibilidade seja posta em prática pela Administração: I – que a convocação para a pré-qualificação discrimine que as futuras licitações serão restritas aos pré-qualificados; II – na convocação a que se refere o inciso I do *caput* conste estimativa de quantitativos mínimos que a Administração Pública pretende adquirir ou contratar nos próximos 12 meses e de prazos para publicação do edital; e III – a pré-qualificação seja total, contendo os requisitos de habilitação técnica necessários à contratação. Se a pré-qualificação abranger todos os itens do artigo 27 da Lei nº 8.666, tem-se que entender que todos os respectivos requisitos, previstos nos artigos 28 a 33, devem constar da convocação.

Pelo § 2º do artigo 86, só poderão participar da licitação restrita aos pré-qualificados os licitantes que, na data da publicação do respectivo instrumento convocatório: I – já tenham apresentado a documentação exigida para a pré-qualificação, ainda que o pedido de pré-qualificação seja deferido posteriormente; e II – estejam

---

<sup>45</sup> Esse é o entendimento também adotado por Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e Jaques Fernando Reolon (2011:36).

regularmente cadastrados. Quando realizada a licitação restrita, a administração enviará convite por meio eletrônico a todos os pré-qualificados no respectivo segmento, porém não ficará isenta da obrigação de observar os requisitos de publicidade do instrumento convocatório (§§ 3º e 4º do art. 86).

Outro procedimento auxiliar das licitações no âmbito do RDC é o **cadastramento**, que é feito pelo sistema de registro cadastral já previsto na Lei nº 8.666/93. De acordo com o artigo 31 da Lei do RDC, os registros cadastrais poderão ser mantidos para efeito de habilitação dos inscritos em procedimentos licitatórios e serão válidos por um ano, no máximo, podendo ser atualizados a qualquer tempo. Os registros cadastrais serão amplamente divulgados e ficarão permanentemente abertos para a inscrição de interessados (§ 1º). Os inscritos serão admitidos segundo requisitos previstos em regulamento (§ 2º). A atuação do licitante no cumprimento de obrigações assumidas será anotada no respectivo registro cadastral (§ 3º). A qualquer tempo poderá ser alterado, suspenso ou cancelado o registro do inscrito que deixar de satisfazer as exigências de habilitação ou as estabelecidas para admissão cadastral (§ 4º).

Pelo artigo 78 do Regulamento, os registros cadastrais serão feitos por meio do Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (SICAF), conforme disposto no Decreto nº 3.722, de 9-1-01. O Regulamento não cumpriu a exigência de regulamentação contida no artigo 31, § 2º, da Lei do RDC, pois determinou a aplicação do Decreto nº 3.722/01, que só é aplicável à União. Estados e Municípios poderão valer-se da norma do artigo 34, § 2º, da Lei nº 8.666/93, que autoriza às unidades administrativas a utilizarem registros cadastrais de outros órgãos ou entidades da Administração Pública, ou terem o seu próprio regulamento.

Nos termos em que foi disciplinada a pré-qualificação, ela pode aproximar-se do cadastramento. Pelo Decreto-lei nº 2.300, de 21-11-86, o cadastramento tinha um papel fundamental, porque a tomada de preços era feita apenas entre os interessados previamente cadastrados (art. 20, § 2º). Talvez fosse o modelo mais próximo da pré-qualificação prevista para o RDC, nos casos em que a mesma abrange todos os itens referentes à habilitação. Com a Lei nº 8.666/93, desapareceu a possibilidade de licitação restrita aos interessados previamente cadastrados. De modo que o cadastramento no registro cadastral pode facilitar a habilitação dos licitantes previamente cadastrados, mas não autoriza que a licitação, mesmo na modalidade de tomada de preços, seja feita apenas entre os mesmos.

Nos casos em que a pré-qualificação não abranja todos os itens da habilitação, previstos no artigo 27 da Lei nº 8.666/93, a diferença entre a pré-qualificação e o cadastramento, no que diz respeito à identificação dos licitantes que preenchem os requisitos previstos no instrumento convocatório diz respeito aos itens da habilitação: a pré-qualificação refere-se à qualificação técnica e o cadastramento diz respeito à habilitação jurídica, idoneidade financeira e regularidade fiscal. Outra diferença existirá em qualquer hipótese: na pré-qualificação pode haver a identificação dos bens que atendam às exigências técnicas e de qualidade da Administração Pública, o que não ocorre no cadastramento.

O **registro de preços** foi previsto no artigo 32 da Lei do RDC com características um pouco diversas do regime instituído pelo artigo 15 da Lei nº 8.666/93 e regulamentado pelo Decreto nº 7.892, de 23-1-13. Em primeiro lugar, o Sistema de Registro de Preços de que trata o artigo 32 destina-se especificamente às licitações feitas no âmbito do RDC; a ele pode aderir qualquer órgão ou entidade responsável pela execução das atividades de que trata a lei (§ 1º). Abrange os preços relativos à prestação de serviços, inclusive de engenharia, e aquisição de bens para contratações futuras.

Em consonância com o § 2º do mesmo dispositivo, o registro de preços deverá observar as seguintes condições:

- I – efetivação prévia de ampla pesquisa de mercado;
- II – seleção de acordo com os procedimentos previstos em regulamento; de acordo com o artigo 90 do Regulamento do RDC, a licitação para o registro de preços: poderá ser realizada por qualquer dos modos de disputa previstos (aberto ou fechado, combinados ou não); ocorrerá utilizando-se critério de julgamento pelo menor preço ou maior desconto; e será precedida de ampla pesquisa de mercado; o procedimento está definido nos artigos 90 a 99 do Regulamento do RDC (alterado pelo Decreto nº 8.251/14);
- III – desenvolvimento obrigatório de rotina de controle e atualização periódica dos preços registrados;
- IV – definição da validade do registro; e
- V – inclusão, na respectiva ata, do registro dos licitantes que aceitarem cotar os bens ou serviços com preços iguais ao do licitante vencedor na sequência da classificação do certame, assim como dos licitantes que mantiverem suas propostas originais.

O Sistema de Registro de Preços (SRP/RDC) foi definido pelo Regulamento do RDC como “o conjunto de procedimentos para registro formal de preços relativos à prestação de serviços, inclusive de engenharia, e aquisição de bens, para contratações futuras, relativos à prestação de serviços, inclusive de engenharia, de aquisição de bens e de execução de obras com características padronizadas” (art. 88, I, com a redação dada pelo Decreto nº 8.080/13). A sua organização fica a cargo do órgão gerenciador, definido no artigo 88, II, como “órgão ou entidade pública responsável pela condução do conjunto de procedimentos do certame para registro de preços e gerenciamento da ata de registro de preços dele decorrente”.

O Regulamento estabelece as normas a serem observadas na organização do SRP. Embora não estabeleça, de forma sistemática, o procedimento a ser adotado, deduz-se que podem ser identificadas pelo menos as seguintes fases:

- a) divulgação da intenção de organizar registro de preços com a finalidade de permitir a participação de outros órgãos ou entidades públicas (art. 92);

- b) manifestação de concordância, no prazo fixado pelo órgão gerenciador, dos órgãos ou entidades públicas interessados em participar do registro de preços, com indicação da sua estimativa de demanda e cronograma de contratações (art. 92, § 1º); tais órgãos ou entidades são chamados de órgãos participantes pelo artigo 88, IV;
- c) consolidação das informações relativas às estimativas individuais de demanda, para fins de adequação de termos de referência ou projetos básicos encaminhados para atender aos requisitos de padronização e racionalização (art. 92, § 2º, I e II);
- d) realização de ampla pesquisa de mercado para definição dos preços estimados (art. 92, § 2º, III);
- e) apresentação das especificações, termos de referência, projetos básicos, quantitativos e preços estimados aos órgãos ou entidades públicas interessados, para confirmação da intenção de participar do registro de preço (art. 92, § 2º, IV);
- f) estabelecimento, quando for o caso, do número máximo de participantes, em conformidade com sua capacidade de gerenciamento (art. 92, § 2º, V);
- g) aceitação ou recusa justificada dos quantitativos considerados ínfimos ou a inclusão de novos itens (art. 92, § 2º, VI);
- h) deliberação quanto à inclusão posterior de participantes que não manifestaram interesse durante o período de divulgação da intenção de registro de preços (art. 92, § 2º, VII);
- i) subdivisão, a critério do órgão gerenciador, da quantidade total de cada item em lotes, sempre que comprovada a viabilidade técnica e econômica, de forma a possibilitar maior competitividade, observada a quantidade mínima, o prazo e o local de entrega ou de prestação dos serviços (art. 93); no caso de serviços, a subdivisão se dará em função da unidade de medida adotada para aferição dos produtos e resultados esperados, e será observada a demanda específica de cada órgão ou entidade participante (art. 93, § 1º);
- j) instrumento convocatório, com observância dos requisitos previstos nos artigos 8º e 94;
- k) apresentação das propostas pelos modos de disputa aberto ou fechado, combinados ou não, segundo os critérios do menor preço ou maior desconto (art. 90, I e II);
- l) possibilidade, após o encerramento da fase competitiva, de os licitantes reduzirem seus preços ao valor igual ao da proposta do licitante mais bem classificado; nesse caso, havendo apresentação de novas propostas, o órgão gerenciador estabelecerá nova ordem de classificação, não ficando prejudicado o resultado do certame em relação ao licitante mais bem classificado (art. 97);

- m) elaboração da ata de registro de preços, na qual serão registrados, nesta ordem: I – os preços e quantitativos do licitante mais bem classificado durante a etapa competitiva; II – os preços e quantitativos dos licitantes que houverem aceitado cotar seus bens ou serviços em valor igual ao do licitante mais bem classificado; havendo mais de um licitante nessa situação, serão classificados segundo a ordem da última proposta apresentada durante a fase competitiva; e III – os preços e quantitativos dos demais licitantes classificados, conforme a ordem de classificação; essa ordem de classificação deve ser observada quando o órgão gerenciador indicar fornecedores aos órgãos participantes (art. 103, § 1º);
- n) assinatura da ata de registro de preços por todos os participantes.

Para os órgãos ou entidades públicas que não participaram do procedimento existe a possibilidade de aderirem à ata de registro de preços para execução de obras ou serviços a serem executados no RDC (art. 102 do Regulamento); nesse caso, que equivale à figura do “carona”, não poderão contratar quantidade superior à soma das estimativas de demanda do órgão gerenciador e dos participantes (§ 2º) nem contratar bens ou serviços em quantidade superior a cinco vezes a quantidade prevista para cada item e três vezes, no caso de obras (§ 3º, alterado pelo Decreto nº 8.080/13). O cumprimento da ata de registro de preços em relação ao órgão gerenciador e aos participantes não pode ser prejudicado pelo fornecimento de bens ou prestação de serviços a órgãos aderentes (§ 4º).

Pelo artigo 106 do Regulamento, os órgãos ou entidades da Administração Pública federal não poderão participar ou aderir à ata de registro de preços cujo órgão gerenciador integre a Administração Pública de Estado, do Distrito Federal ou de Município, ressalvada a faculdade de a APO (Autoridade Pública Olímpica) aderir às atas gerenciadas pelos respectivos consorciados. O parágrafo único do mesmo dispositivo estabelece que os órgãos ou entidades públicas estaduais, municipais ou do Distrito Federal poderão participar ou aderir à ata de registro de preços gerenciada pela Administração Pública federal.

A ata de registro de preços tem o prazo de vigência definido no instrumento convocatório, não podendo ser inferior a três meses nem superior a doze meses (art. 99, parágrafo único, do Regulamento).

A ata é documento vinculativo, porque obriga os licitantes ao fornecimento de bens ou à prestação de serviço, conforme o caso, observados os preços, quantidades e demais condições previstas no instrumento convocatório (arts. 87, II, e 99 do Regulamento). Apenas não há obrigatoriedade, para os fornecedores registrados, de contratarem com os órgãos aderentes (art. 102, § 4º).

Cabe ao órgão gerenciador avaliar trimestralmente a compatibilidade entre o preço registrado e o valor de mercado; se verificar que o preço registrado é superior ao valor de mercado, ficarão vedadas novas contratações até que sejam convocados os fornecedores para negociação da redução dos preços aos valores praticados pelo

mercado; os fornecedores que não aceitarem reduzir seus preços serão liberados do compromisso assumido, sem aplicação de penalidade (arts. 104 e 105 do Regulamento); nesse caso, será revogado o registro de preços do fornecedor (art. 107, III), sem prejuízo para o registro de preços em relação aos demais licitantes (art. 107, § 3º).

Os contratos decorrentes do SRP/RDC não poderão sofrer acréscimo de quantitativos (art. 100, § 1º), podendo ser alterados conforme as normas da Lei nº 8.666, de 1993, ressalvado o disposto no § 1º. Por outras palavras, os contratos só podem ser alterados nas hipóteses previstas no artigo 65, I e II, da Lei nº 8.666, salvo quanto às alterações nas quantidades contratadas.

O fato de existir SRP não obriga a Administração Pública a firmar contratos dele decorrentes (art. 101). Porém, será facultada a realização de licitação específica para contratação de objetos cujos preços contam do sistema, desde que assegurada aos fornecedores registrados a preferência em igualdade de condições.

O registro de preços do fornecedor pode ser revogado, sem afetar o registro dos demais, nas hipóteses previstas no artigo 107, ou seja, quando o fornecedor: I – descumprir as condições da ata de registro de preços; II – não retirar a respectiva nota de empenho ou instrumento equivalente, no prazo estabelecido pela administração pública, sem justificativa aceitável; III – não aceitar reduzir o seu preço registrado, na hipótese de este se tornar superior àqueles praticados no mercado; e IV – sofrer as sanções previstas nos incisos III e IV do *caput* do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 (suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a dois anos, bem como declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública) e no artigo 7º da Lei nº 10.520/02 (impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, com descredenciamento no Sicaf ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores dos Estados, Distrito Federal e Municípios, pelo prazo de cinco anos). Nas hipóteses dos incisos I, II e IV, serão assegurados o contraditório e o direito à ampla defesa.

Além das hipóteses de revogação previstas no artigo 107, ainda a revogação pode ocorrer por iniciativa da Administração Pública, por motivo de conveniência e oportunidade, ou a pedido do fornecedor, com base em fato superveniente devidamente comprovado que justifique a impossibilidade de cumprimento da proposta (§ 1º do mesmo dispositivo).

Outro procedimento auxiliar nas licitações realizadas no âmbito do RDC é o **catálogo eletrônico** de padronização de compras, serviços e obras, que “consiste em sistema informatizado, de gerenciamento centralizado, destinado a permitir a padronização dos itens a serem adquiridos pela Administração Pública que estarão disponíveis para a realização de licitação” (art. 33 da Lei do RDC). Pelo parágrafo único, o catálogo eletrônico poderá ser utilizado em licitações cujo critério de julgamento seja a oferta de menor preço ou de maior desconto e conterà toda a documentação e procedimentos da fase interna da licitação, assim como as especificações dos respectivos objetos, conforme disposto em regulamento.

O Regulamento define a competência da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão para gerenciar, de forma centralizada, o Catálogo Eletrônico de Padronização. No artigo 110, estabelece os elementos que deve conter o cadastro: I – a especificação de bens, serviços ou obras; II – descrição de requisitos de habilitação de licitantes, conforme o objeto da licitação; e III – modelos de: (a) instrumentos convocatórios; (b) minutas de contratos; (c) termos de referência e projetos referência; e (d) outros documentos necessários ao procedimento de licitação que possam ser padronizados.

Pelo § 2º do artigo 110, o projeto básico da licitação será obtido a partir da adaptação do “projeto de referência” às peculiaridades do local onde a obra será realizada, considerando aspectos relativos ao solo e à topografia do terreno, bem como aos preços dos insumos da região em que será implantado o empreendimento.

### 9.11.9 PEDIDOS DE ESCLARECIMENTO, IMPUGNAÇÕES E RECURSOS

A Lei do RDC, no artigo 45, repete, em grande parte, as disposições sobre recursos administrativos contidas no artigo 109 da Lei nº 8.666/93. No entanto, prevê também o cabimento de pedidos de esclarecimento e impugnações ao instrumento convocatório no prazo mínimo de: (a) até dois dias úteis antes da data da abertura das propostas, no caso de licitação para aquisição ou alienação de bens; ou (b) até cinco dias úteis antes da data de abertura das propostas, no caso de licitação para contratação de obras ou serviços (inciso I).

Com relação ao recurso contra aplicação de sanções, o inciso II, g, ao prever o prazo de cinco dias úteis da aplicação das penas, acrescenta a referência à declaração de inidoneidade, que, na Lei nº 8.666/93, é impugnável por meio de pedido de reconsideração, conforme artigo 109, III. Vale dizer que a impugnação de todas as penalidades se faz mediante recurso no prazo de cinco dias úteis, sem previsão do pedido de reconsideração contra a declaração de inidoneidade.

Além disso, a Lei inova ao exigir que os licitantes manifestem imediatamente a sua intenção de recorrer, sob pena de preclusão, quando desejarem recorrer do ato que defira ou indefira pedido de pré-qualificação de interessados, do ato de habilitação ou inabilitação de licitante e do julgamento das propostas. Também garante expressamente o direito de apresentação de contrarrazões, no mesmo prazo de interposição do recurso, começando a correr imediatamente após o encerramento do prazo recursal. Na realidade, o prazo para contrarrazões deveria começar a correr a partir de quando os licitantes são intimados da interposição do recurso, pois não há como recorrer sem conhecer previamente as razões do recurso.

O § 6º do artigo 45 repete norma que já consta do § 4º do artigo 109 da Lei nº 8.666, ao estabelecer que o recurso será dirigido à autoridade superior, por intermédio da autoridade que praticou o ato recorrido, cabendo a esta reconsiderar sua decisão no prazo de cinco dias úteis ou, nesse mesmo prazo, fazê-lo subir, devi-

damente informado, devendo, neste caso, a decisão do recurso ser proferida dentro do prazo de cinco dias úteis, contados do seu recebimento, sob pena de apuração de responsabilidade.

O artigo 46 manda aplicar ao RDC o disposto no artigo 113 da Lei nº 8.666/93, que trata do controle pelo Tribunal de Contas, com a responsabilidade dos órgãos interessados de demonstrarem a legalidade e regularidade da despesa e execução, sendo também prevista a possibilidade de qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica representar àquele Tribunal ou a órgãos de controle interno contra irregularidades na aplicação da lei.

### 9.11.10 SANÇÕES

O artigo 47, § 2º, da Lei do RDC determina que as sanções administrativas, criminais e demais regras previstas no Capítulo IV da Lei nº 8.666/93 aplicam-se às licitações e aos contratos regidos por esta Lei.

A inovação da lei diz respeito apenas à previsão da pena de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, pelo prazo de cinco anos, sem prejuízo das multas previstas no instrumento convocatório e no contrato, bem como das demais cominações legais. Essa penalidade é prevista no artigo 87, III, da Lei nº 8.666, juntamente com a pena de suspensão temporária de participação em licitação, não podendo durar por prazo superior a dois anos. Na Lei do RDC, houve uma alteração apenas quanto à pena de impedimento de licitar e contratar, com o prazo esticado para cinco anos e deixando claro que a proibição atinge as licitações e contratos com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios. As hipóteses de aplicação dessa sanção foram especificadas de forma taxativa, abrangendo aquelas em que o licitante: I – convocado dentro do prazo de validade da sua proposta não celebrar o contrato, inclusive nas hipóteses previstas no parágrafo único do artigo 40 e no artigo 41 da Lei, que tratam da contratação de remanescentes, pela ordem de classificação; II – deixar de entregar 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 manter a proposta, salvo se em decorrência de 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; ou VII – der causa à inexecução total ou parcial do contrato.

Outra inovação está contida no § 1º do artigo 47, quando estabelece que a aplicação da sanção de impedimento de licitar e contratar implicará ainda o descredenciamento do licitante, pelo prazo de cinco anos, dos sistemas de cadastramento dos entes federativos que compõem a Autoridade Pública Olímpica.

O Regulamento do RDC determina, no artigo 11, § 2º, que as penalidades serão obrigatoriamente registradas no Sicaf.