

...mazza, como é char
...FG, sempre teve i
...atos para enfrenta
...ministrativo de que
...blico do Brasil. Para
...stou os estudantes
...inovador de ensinç

...s cursos presenci
...rca são as aulas
...mundo virtual, os
...s para reforçar a aç
...segundo caso, sã
...Twitter (@profes
...professormazza),
...charges, as músi
...www.alexandremazz
...nda, uma conta no
...evisões) e outra no l

...erdade seja dita:
...esso de vendas, c
...opinião geral era
...mercado concursei
...ara" do Professor
...mples e focada n
...conversasse" con
...le fato fosse relev



Alexandre Mazza

Doutor e Mestre em Direito Administrativo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Professor de Direito Administrativo e Direito Tributário da Rede LFG. Advogado. Autor das obras *Manual de Direito Tributário*, *Administrativo #na prática* e *Tributário #na prática*, todas pela Editora Saraiva.

Manual de DIREITO ADMINISTRATIVO

Edição Saraiva 4a Bito
OAB/SP. 248.848

7ª edição

2017

saraiva **jur.**

7

LICITAÇÃO

7.1 INTRODUÇÃO

A licitação é um procedimento obrigatório que antecede a celebração de contratos pela Administração Pública. A razão de existir dessa exigência reside no fato de que o Poder Público não pode escolher livremente um fornecedor qualquer, como fazem as empresas privadas. Os imperativos da **isonomia**, **impressoalidade**, **moralidade** e **indisponibilidade do interesse público**, que informam a atuação da Administração, obrigam à realização de um processo público para seleção imparcial da melhor **proposta**, garantindo iguais condições a todos que queiram concorrer para a celebração do contrato.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: "É da essência do instituto da licitação obter vantagem para a Administração sem descurar da isonomia".

7.2 FINALIDADES DA LICITAÇÃO

A realização do procedimento licitatório, nos termos do que dispõe a redação original da Lei n. 8.666/93 (art. 3º), sempre serviu a duas finalidades fundamentais: 1) **buscar a melhor proposta**, estimulando a **competitividade** entre os potenciais contratados, a fim de atingir o negócio mais vantajoso para a Administração; 2) **oferecer iguais condições** a todos que queiram contratar com a Administração, promovendo, em nome da **isonomia**, a possibilidade de participação no **certame licitatório** de quaisquer interessados que preencham as condições previamente fixadas no instrumento convocatório.

Recentemente, foi promulgada a **Lei n. 12.349**, de 15 de dezembro de 2010, que inseriu no art. 3º da Lei n. 8.666/93 um **terceiro objetivo** do procedimento licitatório: **a promoção do desenvolvimento nacional sustentável**.

Assim, o art. 3º da Lei Geral de Licitações passou a ter a seguinte redação: "A licitação destina-se a **garantir a observância do princípio constitucional da isonomia**, a **seleção da proposta mais vantajosa** para a administração e a **promoção do desenvolvimento nacional sustentável** e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade,

da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos”.

7.3 CONCEITOS DOUTRINÁRIOS

Os diversos conceitos apresentados pela doutrina permitem identificar as características fundamentais da licitação.

Celso Antônio **Bandeira de Mello**: “Licitação é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem **disputa entre os interessados** em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, **para escolher a proposta mais vantajosa** às conveniências públicas”¹.

Hely Lopes Meirelles: “É o **procedimento administrativo** mediante o qual a administração pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse”².

José dos Santos **Carvalho Filho**: “É o procedimento administrativo vinculado por meio do qual os entes da Administração Pública e aqueles por ela controlados selecionam a melhor proposta entre as oferecidas pelos vários interessados, com **dois objetivos** – a **celebração de contrato**, ou a **obtenção do melhor trabalho técnico, artístico ou científico**”³.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “... o procedimento administrativo pelo qual um **ente público, no exercício da função administrativa**, abre a todos os interessados, que se sujeitem às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração de contrato”⁴.

Marçal Justen Filho: “É um procedimento administrativo **disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio**, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do **princípio da isonomia**, conduzido por um órgão dotado de competência específica”⁵.

7.4 NOSSO CONCEITO

Reunindo os elementos fundamentais dos conceitos acima apresentados, é possível definir licitação como “o **procedimento administrativo** pelo qual **entidades governamentais** convocam interessados em fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos, **estabelecendo uma competição** a fim de celebrar contrato com quem oferecer a **melhor proposta**”.

¹ Curso de direito administrativo, p. 517.

² Direito administrativo brasileiro, p. 260.

³ Manual de direito administrativo, p. 225.

⁴ Direito administrativo, p. 350.

⁵ Curso de direito administrativo, p. 309.

7.4.1 Análise dos elementos conceituais

Para a adequada compreensão do conceito acima formulado, é conveniente analisar os diversos elementos que o compõem:

a) **procedimento**: a natureza jurídica da licitação é a de uma sequência **ordenada** de atos administrativos. Desse modo, é incorreto tratar da licitação como ato administrativo isolado. Também não se trata de processo administrativo, este um termo técnico utilizado no sentido de relação jurídica;

A prova do Ministério Público/RO considerou INCORRETA a assertiva: “Não se pode considerar licitação como procedimento administrativo”.

b) **administrativo**: sob a vigência de constituições anteriores, houve quem sustentasse ser a licitação um tema afeto ao Direito Financeiro, e não ao Direito Administrativo. Essa diferença no enquadramento do instituto implicava a alteração dos princípios aplicáveis e a mudança da competência para editar leis sobre a matéria. Atualmente, a unanimidade da doutrina reconhece a licitação como instituto pertencente ao Direito Administrativo e, por isso, sujeito à incidência dos princípios e normas desse ramo jurídico;

c) **obrigatório para entidades governamentais**: a realização de licitação é um dever do Estado, não extensivo às empresas e pessoas privadas. Toda entidade governamental, de qualquer Poder, assim como instituições privadas mantidas com auxílio de verbas públicas, deve licitar. Trata-se de exigência ligada aos princípios da impessoalidade, isonomia, moralidade e indisponibilidade do interesse público;

d) **mediante convocação de interessados**: a licitação é aberta a todos aqueles que queiram concorrer à celebração de um contrato com o Estado, desde que preencham as condições de participação definidas no instrumento convocatório. A participação no procedimento licitatório é sempre facultativa para o particular;

e) **promovendo uma competição**: com a isonomia, a competitividade, visando obter proposta vantajosa, é princípio básico da licitação. Por tal razão, só pode ser exigido dos licitantes o preenchimento de condições estritamente vinculadas ao objeto a ser contratado, sob pena de reduzir a quantidade de participantes. Em última análise, **a licitação é uma disputa** entre os interessados em contratar com o Estado. A finalidade da competição é promover uma disputa justa entre os interessados para celebrar **contrato econômico, satisfatório e seguro para a Administração**;

f) **fornecer bens ou serviços, assim como locar ou adquirir bens públicos**: a realização de prévio procedimento licitatório é obrigatória para celebração de contratos re-

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: “De acordo com a Constituição Federal, a Administração está obrigada a praticar licitação para a realização de obras, serviços e alienações, bem assim para concessão e permissão de serviços públicos”.

ferentes a diversos objetos. **Objeto da licitação** é aquilo que a Administração pretende contratar, podendo ser o fornecimento de bens, a prestação de serviços, a locação de móveis ou imóveis privados, a locação ou venda de imóveis públicos, a premiação de trabalho artístico ou a alienação de determinado bem;

g) **visando celebrar contrato administrativo**: o objetivo final do procedimento licitatório é a celebração de um contrato administrativo entre o vencedor do certame e a Administração Pública. Na verdade, o ato que aperfeiçoa o contrato (assinatura) não pertence ao procedimento licitatório propriamente dito, à medida que ocorre após a adjudicação (fase final da licitação). Mesmo após a realização da licitação, “a Administração Pública não é obrigada a celebrar o contrato”, de

A prova de Analista da CGU elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: “A licitação, regulada pela Lei n. 8.666/93, destina-se a garantir a observância dos princípios constitucionais da isonomia e a selecionar propostas de preços mais baratos, para a Administração contratar compras, obras e serviços, devendo ser processada e julgada com observância da impessoalidade, igualdade e publicidade”.

modo que o vencedor do procedimento licitatório possui somente **expectativa de direito** à celebração do contrato, e não direito adquirido;

h) **com quem oferecer a melhor proposta**: nem sempre o **preço mais baixo** é determinante para a decretação do vencedor no certame licitatório. Cabe ao instrumento convocatório da licitação preestabelecer o critério para definição da melhor proposta, denominado **tipo de licitação**, podendo ser **menor preço, melhor técnica, técnica e preço, maior lance** ou **menor oferta**.

7.5 NATUREZA JURÍDICA

Identificar a natureza jurídica consiste na operação técnica de enquadrar determinado instituto em uma das grandes categorias do Direito – ato, fato, processo etc. –, a fim de **definir o regime jurídico aplicável**. A natureza jurídica da licitação, conforme indicado anteriormente, é de **procedimento administrativo**.

7.6 COMPETÊNCIA PARA LEGISLAR

Bastante controversa é a discussão sobre a natureza da competência para criar leis sobre licitação.

O art. 22, XXVII, da **Constituição Federal** prescreve que “**compete privativamente à União** legislar sobre: normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios”.

A **doutrina** observa, entretanto, que o Texto Constitucional estabeleceu curiosa situação ao atribuir à União a competência privativa para editar normas gerais sobre o tema. Nos demais incisos do mesmo art. 22, o constituinte definiu como federal a competência para legislar integralmente sobre diversos assuntos, sem reduzir a atribuição à expedição de normas gerais. Ora, se a União cria somente as normas gerais é porque as regras específicas competem às demais entidades fede-

A prova de Defensor Público/BA considerou INCORRETA a assertiva: “A competência para legislar sobre procedimento licitatório é privativa da União”.

rativas. Assim, impõe-se a conclusão de que todas as entidades federativas legislam sobre licitação. Trata-se, então, de **competência concorrente**, razão pela qual o **inciso XXVII**

foi equivocadamente incluído no art. 22 da Constituição Federal de 1988 entre as **competências privativas da União**, pois deveria ter sido alocado no rol das **competências legislativas concorrentes** (art. 24).

É fundamental, portanto, atentar para essa peculiar questão nos concursos públicos: segundo a Constituição Federal de 1988, a competência para legislar sobre licitações é privativa da União, mas a doutrina considera que a competência é **concorrente**.

A prova da OAB/MG considerou CORRETA a assertiva: “Os Estados e os Municípios podem legislar sobre licitações e contratos administrativos, o que significa que eles podem ter leis próprias sobre a matéria”.

O certo é que atualmente as normas gerais sobre licitações e contratos administrativos estão na Lei federal n. 8.666/93 – Lei Geral de Licitações.

7.7 NORMATIZAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Além da Constituição Federal, diversos diplomas normativos disciplinam no âmbito federal **aspectos gerais** do procedimento licitatório. Entre eles, merecem destaque:

1) **Lei n. 8.666, de 21-6-1993**: estabeleceu as normas gerais 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.

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: “A contratação de empresa de publicidade pode ser feita sem licitação, diante da natureza singular do serviço”.

2) **Lei n. 8.883, de 8-6-1994**: alterou diversos dispositivos da Lei n. 8.666/93.

3) **Medida Provisória n. 2.026-3, de 28-7-2000**: criou, somente para o âmbito federal, a modalidade licitatória denominada **pregão**.

4) **Decreto n. 3.555, de 8-8-2000**: regulamentou o procedimento do **pregão** federal.

5) **Lei n. 10.520, de 17-7-2002**: estendeu a todas as esferas federativas a modalidade licitatória denominada **pregão**, utilizada para contratação de bens e serviços comuns.

6) **Decreto n. 5.450, de 31-5-2005**: definiu o procedimento a ser adotado para o **pregão eletrônico**.

Outras leis estabeleceram **regras específicas** sobre exigibilidade da licitação e determinados aspectos procedimentais. Pela importância peculiar em concursos públicos, as inovações mais significativas são:

1) **Lei n. 9.472, de 16-7-1997**: estabeleceu duas novas modalidades licitatórias exclusivas para o âmbito da Agência Nacional das Telecomunicações – Anatel: o **pregão** e a **consulta** (arts. 54 a 57 da referida lei).

2) **Lei n. 9.648, de 27-5-1998**: definiu como dispensável a licitação para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais,

qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão.

3) **Lei n. 11.107, de 6-4-2005**: dobrou o limite de valor para contratação direta por dispensa de licitação nas compras, obras e serviços contratados por consórcios públicos.

4) **Lei Complementar n. 123, de 14-12-2006**: definiu como critério de desempate nas licitações a preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte. Nos termos do art. 44, § 1º, da referida lei, entendem-se por empate aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada. Já no caso da modalidade pregão, o intervalo percentual é de até 5%. Ocorrendo o 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. 44, I).

Importante salientar que, nos termos da Orientação Normativa n. 7 da AGU: “O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar n. 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia”.

5) **Lei n. 12.349, de 15-12-2010**: acrescentou a promoção do desenvolvimento sustentável como um dos objetivos do procedimento licitatório (art. 3º da Lei n. 8.666/93) e criou a **possibilidade de ser estabelecida margem de preferência para produtos manufaturados e para serviços nacionais que atendam a normas técnicas brasileiras**.

6) **Lei n. 12.462, de 5-8-2011**: estabeleceu o Regime Diferenciado de Contratação (RDC) para obras de infraestrutura vinculadas à Copa do Mundo de 2014 e aos Jogos Olímpicos de 2016.

7.8 NATUREZA JURÍDICA DA LEI N. 8.666/93

A doutrina de Direito Tributário trouxe para o Brasil a distinção, comum no direito estrangeiro, entre lei federal e lei nacional.

Lei federal é aquela que vale apenas para o âmbito da União, não se aplicando às demais esferas federativas. É o caso, por exemplo, da Lei n. 8.112/90 – Estatuto do Servidor Público Civil da União.

Ao contrário, a **lei nacional** é obrigatória para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, alcançando simultaneamente **todas as esferas federativas**. Exemplo: o Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172/66).

A Lei n. 8.666 tem, indiscutivelmente, **natureza jurídica de lei nacional**, estabelecendo normas gerais obrigatórias para todas as entidades federativas. É o que se depreende do disposto no seu art. 1º: “Esta Lei estabelece normas gerais 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**”.

▶ **OBSERVAÇÃO**: Segundo a doutrina, a Lei n. 8.666/93 não contém somente normas gerais, na medida em que o legislador federal terminou tratando de muitos assuntos específicos, ultrapassando a competência que possui para criar apenas normas gerais. Assim, deve-se entender que os dispositivos da Lei n. 8.666/93 veiculadores de regras excessivamente específicas, como as que definem determinados prazos, não se aplicam fora do âmbito federal.

7.9 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DEVER DE LICITAR

O dever de realizar licitações está constitucionalmente disciplinado no art. 37, XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

O dispositivo transcrito merece, por sua importância, ser analisado por partes:

a) **“ressalvados os casos especificados na legislação”**: o próprio Texto Constitucional atribui competência ao legislador para definir as hipóteses em que poderá ocorrer contratação direta sem licitação. Na Lei n. 8.666/93, esses casos excepcionais estão previstos nos arts. 24 e 25,

constituindo as hipóteses de inexigibilidade, dispensa, licitação dispensada e **vedação**;

b) **“obras, serviços, compras e alienações”**: a Constituição faz referência exemplificativa a alguns bens cuja contratação exige prévia licitação. É uma descrição panorâmica do objeto da licitação;

c) **“igualdade de condições a todos os concorrentes”**: seleção da proposta mais vantajosa para a Administração (só a competitividade garante o direito de escolha, entre várias, da proposta mais vantajosa) e atendimento ao princípio da isonomia (todos que preenchem os requisitos do instrumento convocatório têm direito de participar do certame licitatório) são as duas finalidades da licitação;

d) **“mantidas as condições efetivas da proposta”**: a Constituição Federal obriga a Administração a garantir a manutenção das condições efetivas da proposta vencedora. Desse modo, mesmo que ocorram circunstâncias excepcionais que tornem mais onerosa a execução contratual, a Administração deve, atendidos os requisitos legais, aumentar a remuneração do contratado para **preservar sua margem de lucro**. A preservação do lucro contratual é denominada equilíbrio econômico-financeiro. Portanto, a **manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é uma garantia constitucional** estabelecida em benefício do contratado;

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: “Serão necessariamente precedidos de licitação, quando contratados com terceiros, as obras, serviços, compras e alienações, no âmbito da Administração Pública, salvo as hipóteses de dispensabilidade, de inexigibilidade e de vedação”.

e) “as exigências de qualificação técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantir o cumprimento das obrigações”: essa parte final do dispositivo assegura a **competitividade** no certame licitatório. Assim, se o instrumento convocatório exigir condições desproporcionais para participação no certame, tais exigências desmedidas devem ser consideradas nulas, podendo ser objeto de impugnação por qualquer cidadão (art. 41, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

7.10 PRESSUPOSTOS DA LICITAÇÃO

Ressalvadas as hipóteses de contratação direta definidas na legislação, a celebração de contratos administrativos exige a prévia realização de procedimento licitatório. Sendo uma disputa que visa a obtenção da melhor proposta à luz do interesse público, a licitação somente pode ser instaurada mediante a presença de **três pressupostos** fundamentais:

a) **pressuposto lógico**: consistente na pluralidade de objetos e ofertantes, sem o que se torna inviável a competitividade inerente ao procedimento licitatório. Ausente o pressuposto lógico, deve haver contratação direta por **inexigibilidade de licitação**. Exemplo: aquisição de materiais, equipamentos ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor exclusivo (art. 25, I, da Lei n. 8.666/93);

b) **pressuposto jurídico**: caracteriza-se pela conveniência e oportunidade na realização do procedimento licitatório. Há casos em que a instauração da licitação não atende ao interesse público, facultando à Administração promover a contratação direta. A falta do pressuposto jurídico pode caracterizar hipótese de **inexigibilidade ou de dispensa de licitação**. Exemplo: aquisição de bens de valor inferior a R\$ 8.000,00 (oito mil reais) (art. 24, I, da Lei n. 8.666/93);

c) **pressuposto fático**: é a exigência de comparecimento de interessados em participar da licitação. A ausência do pressuposto fático implica a autorização para contratação direta por **dispensa de licitação** embasada na denominada **licitação deserta**. A previsão dessa hipótese de dispensa de licitação consta do art. 24, V, da Lei n. 8.666/93: “É dispensável a licitação 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”.

7.11 EXTENSÃO MATERIAL DO DEVER DE LICITAR: OBJETO DA LICITAÇÃO

A doutrina diferencia objeto imediato de objeto mediato da licitação.

O **objeto imediato** da licitação é a **busca da melhor proposta**, ao passo que o **objeto mediato** é aquilo que a Administração pretende contratar.

O art. 37, XXI, da Constituição Federal afirma que **as obras, os serviços, as compras e as alienações** serão contratados mediante processo de licitação pública.

Mais minucioso, o art. 2º da Lei n. 8.666/93 exige prévia licitação para contratações da Administração com terceiros relativas a obras, serviços, **inclusive de publicidade**, compras, alienações, **concessões, permissões e locações**.

É, portanto, possível concluir pela obrigatoriedade de licitação para:

- a) compra de bens móveis ou imóveis;
- b) contratação de serviços, inclusive de seguro e publicidade;
- c) realização de obras;
- d) alienação de bens públicos e daqueles adquiridos judicialmente ou mediante dação em pagamento, doação, permuta e investidura (art. 17 da Lei n. 8.666/93);
- e) outorga de concessão de serviço público;
- f) expedição de permissão de serviço público.

▶ **ATENÇÃO:** Nos termos da Orientação Normativa n. 8 da AGU, o fornecimento de passagens aéreas e terrestres enquadra-se no conceito de serviço previsto no art. 6º, II, da Lei n. 8.666/93, devendo sua contratação ser precedida de licitação.

7.12 EXTENSÃO PESSOAL DO DEVER DE LICITAR

O dever de realizar licitação incumbe a **todas as entidades e órgãos públicos** pertencentes aos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É o que se depreende da leitura do art. 37, *caput* e inciso XXI, da Constituição Federal.

O teor desse imperativo constitucional foi desdobrado pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, segundo o qual estão subordinados ao dever de licitar: **órgãos da administração direta, fundos especiais, autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelas entidades federativas.**

Atualizando o conteúdo dos referidos dispositivos com as novas figuras da Administração indireta, conclui-se que **estão sujeitos ao dever de licitar**:

- a) **Poder Legislativo**: incluindo órgãos e entidades ligadas às casas legislativas, como a Caixa de Assistência Parlamentar (CAP), antiga autarquia federal vinculada ao Congresso Nacional;
- b) **Poder Judiciário**;
- c) **Ministério Público**;
- d) **Tribunais de Contas**;
- e) **órgãos da Administração Pública direta**;
- f) **autarquias e fundações públicas**;
- g) **agências reguladoras e agências executivas**;
- h) **associações públicas**;
- i) **consórcios públicos**;
- j) **fundações governamentais**;
- k) **empresas públicas**;
- l) **sociedades de economia mista**;
- m) **fundos especiais**: são dotações orçamentárias de valores ou acervos de bens

A prova da Magistratura/PA considerou CORRETA a assertiva: “O princípio da obrigatoriedade da licitação deve ser observado pela Administração Pública direta e indireta, incluindo as fundações públicas e as sociedades de economia mista, de todos os entes federativos”.

A prova de Analista Judiciário do TRE/PE considerou CORRETA a afirmação: “A Lei n. 8.666/93, que dispõe sobre Licitações e Contratos da Administração Pública, estabelece que ficam subordinados a seu regime, entre outros, os fundos especiais e demais entidades controladas direta ou indiretamente pelo Distrito Federal”.

destituídos de personalidade jurídica autônoma. Exemplo: Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);

- n) **fundações de apoio;**
- o) **serviços sociais do sistema "S";**
- p) **conselhos de classe.**

Convém analisar agora a situação de algumas entidades especiais cuja submissão ao dever de licitar desperta controvérsia.

7.12.1 Organizações sociais

O art. 24, XXIV, da Lei n. 8.666/93 dispensa a realização de procedimento licitatório para a celebração, pela Administração Pública, de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais.

A autorização de dispensa é concedida à Administração Pública, e não às organizações sociais, que, via de regra, não estão obrigadas a licitar. Quando a organização social for contratante, não existe previsão genérica no ordenamento jurídico de realização de procedimento licitatório.

Em princípio, portanto, organizações sociais **não se sujeitam ao dever de licitar.**

O art. 1º do Decreto n. 5.504/2005 considera, entretanto, obrigatória a realização de licitação para obras, compras, serviços e alienações contratados por entidades com os **recursos ou bens repassados voluntariamente pela União.**

A citada ressalva objetiva evitar que as entidades do terceiro setor sejam maliciosamente utilizadas como intermediárias em contratações da União, burlando o dever de licitação.

7.12.2 Organizações da sociedade civil de interesse público

Quanto à obrigatoriedade de contratação mediante prévia licitação, a condição das Oscips é similar à das organizações sociais, à medida que, como regra, **não precisam licitar.**

Assim como ocorre com as organizações sociais, **as obras, as compras, os serviços e as alienações a serem realizadas pelas Oscips, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, serão, porém, contratados mediante processo de licitação pública** (art. 1º do Decreto n. 5.504/2005). Sendo **bens e serviços comuns**, torna-se obrigatória a utilização do **pregão**, preferencialmente na **modalidade eletrônica.**

7.12.3 Entidades paraestatais

Os denominados **serviços sociais**, instituições privadas sem fins lucrativos ligadas ao sistema sindical, como o Sesc, o Sesi e o Senai, são designados pela doutrina como entidades paraestatais, compondo o chamado **sistema "S".**

A doutrina entende que as entidades paraestatais **estão sujeitas ao dever de realizar licitação**, especialmente porque são mantidas com recursos provenientes

de contribuições de natureza tributária, arrecadadas pelas instituições sindicais junto aos seus filiados.

A 1ª Câmara do **Tribunal de Contas da União**, na Decisão n. 47/2005, entendeu, entretanto, que o **procedimento licitatório** a ser observado pelas paraestatais pode ser **definido nos regimentos internos** de cada entidade, não havendo obrigatoriedade de cumprimento dos preceitos definidos na Lei n. 8.666/93.

7.12.4 Conselhos de classe

Os conselhos de classe, como o Conselho Regional de Medicina (CRM) e o Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (Crea), são tradicionalmente tratados pela doutrina como espécies de **autarquias profissionais.** Assim, pertencem à Administração Pública indireta e, por isso, **sujeitam-se ao dever de realizar licitação.**

Assim como ocorre com as entidades paraestatais, o procedimento licitatório não é, porém, o definido na Lei n. 8.666/93. Ao contrário, cabe ao regimento interno de cada entidade estabelecer o detalhamento do rito a ser observado, atendendo às peculiaridades e à natureza do respectivo conselho.

7.12.5 Ordem dos Advogados do Brasil

Entre os conselhos de classe, bastante peculiar é a situação da Ordem dos Advogados do Brasil. Isso porque, no julgamento da ADIn 3.026/2006, o **Supremo Tribunal Federal rejeitou natureza autárquica** à OAB, entendendo que a entidade não tem nenhuma ligação com o Estado e **não se sujeita aos ditames impostos à Administração Pública direta e indireta.**

Imperioso concluir, na esteira do referido entendimento do Supremo Tribunal Federal, que a OAB **não está obrigada a realizar licitação.**

7.12.6 Empresas estatais exploradoras de atividade econômica

Empresas públicas e sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado pertencentes à Administração Pública indireta e, nessa condição, encontram-se submetidas ao dever de licitar.

O § 1º do art. 173 da Constituição Federal, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 19/98, afirma, entretanto, que **"a lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: I – sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; II – a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto**

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Nos termos da Constituição Federal, as empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), quando prestadoras de serviço público, podem elaborar ato normativo sobre licitação, observados os princípios da Administração Pública".

aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; **III – licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública**; IV – a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários; V – os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores”.

A especial preocupação da Emenda Constitucional n. 19/98 em criar um estatuto licitatório específico para as empresas estatais exploradoras de atividade econômica reside no fato de que o modelo tradicional de licitação dificulta a competitividade no mercado.

Ocorre que, até o presente momento, ainda não foi promulgada a referida lei, mantendo-se integralmente aplicáveis os dispositivos da Lei n. 8.666/93 às empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Importante destacar, entretanto, que Celso Antônio **Bandeira de Mello** entende que empresas públicas e sociedades de economia mista **exploradoras de atividade econômica não precisam licitar** para contratação de objetos relacionados às suas atividades-fim, pois isso significaria uma desvantagem competitiva em relação aos demais concorrentes daquele setor específico de atuação.

Assim, por exemplo, supondo uma empresa pública municipal criada para comercializar refeições populares, a compra de gêneros alimentícios pode ser feita sem licitação. Mas, como tal exceção somente se aplica a objetos relacionados à atividade finalística, a aquisição de uma viatura para a diretoria da referida empresa pública deve ser realizada com observância da prévia licitação.

Portanto, as contratações feitas por empresas públicas e sociedades de economia mista, em regra, exigem licitação. Quanto às prestadoras de serviço público, não há exceção a essa regra. Já no caso das exploradoras de atividade econômica, o procedimento licitatório é dispensado para contratação de objetos vinculados à sua atividade-fim; em relação aos demais objetos, a licitação é obrigatória.

7.12.7 Entidades que não se sujeitam ao dever de licitar

De tudo quanto foi dito nos itens anteriores, é possível concluir que **não precisam licitar**:

- empresas privadas;
- concessionários de serviço público;
- permissionários de serviço público;
- organizações sociais, exceto para contratações com utilização direta de verbas provenientes de repasses voluntários da União;
- Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (Oscips), exceto para contratações com utilização direta de verbas provenientes de repasses voluntários da União;
- Ordem dos Advogados do Brasil.

7.13 PRINCÍPIOS ESPECÍFICOS DA LICITAÇÃO

Ao ordenar à Administração Pública que seus contratos sejam precedidos de processo de licitação, a Constituição Federal enfatiza que seja assegurada **igualdade de condições** a todos os concorrentes (art. 37, XXI).

O legislador infraconstitucional foi mais detalhista. Para ele, o procedimento licitatório foi concebido para atender aos princípios da **isonomia** e da **competitividade**. A declaração está expressa no art. 3º da Lei n. 8.666/93. Diz: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a **Administração**”.

Constituem **princípios específicos** aplicáveis ao procedimento licitatório⁶:

a) princípio da isonomia: defende a igualdade entre todos que se encontram na mesma situação. O princípio da isonomia impõe que a comissão de licitação dispense **tratamento igualitário** a todos os concorrentes. Em decorrência do princípio da isonomia, o art. 3º, § 1º, da Lei n. 8.666/93 proíbe preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou do domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato. Além disso, é vedado também estabelecer tratamento diferenciado de natureza comercial, legal, trabalhista, previdenciária ou qualquer outra, entre empresas brasileiras e estrangeiras, inclusive no que se refere a moeda, modalidade e local de pagamentos, mesmo quando envolvidos financiamentos de agências internacionais;

b) princípio da competitividade: a busca pela melhor proposta é uma das finalidades da licitação. Por isso, não podem ser adotadas medidas que comprometam decisivamente o caráter competitivo do certame. Assim, **as exigências de qualificação técnica e econômica devem se restringir ao estritamente indispensável para garantia do cumprimento das obrigações** (art. 37, XXI, da CF);

c) princípio da vinculação ao instrumento convocatório: a Administração Pública e os **participantes** do certame, além de cumprirem as regras legais, não podem desatender às normas e condições presentes no instrumento convocatório (art. 41 da Lei n. 8.666/93). Daí falar que **o edital é a lei da licitação**;

d) princípio do julgamento objetivo: o edital deve apontar claramente o critério de julgamento a ser adotado para determinar o licitante vencedor. Assim, a análise de documentos e a avaliação das propostas devem se pautar por **critérios**

A prova de Gestor Governamental do Ministério do Planejamento/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: “A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração Pública”.

A prova de Analista Administrativo elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: “O princípio da vinculação ao instrumento convocatório é dirigido tanto à Administração Pública como aos licitantes”.

⁶ Os princípios específicos mencionados nesse tópico seguem a enumeração proposta por José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, p. 236 e s.

objetivos predefinidos no instrumento convocatório, e não com base em elementos **subjetivos**. Segundo a doutrina, entretanto, a **objetividade não é absoluta**, na medida em que especialmente a verificação da qualificação técnica sempre envolve certo juízo subjetivo;

e) princípio da indistinção: são vedadas preferências quanto à naturalidade, à sede e ao domicílio dos licitantes (art. 3º, § 1º, I, da Lei n. 8.666/93);

f) princípio da inalterabilidade do edital: em regra, o edital não pode ser modificado após sua publicação. Porém, havendo necessidade de alteração de algum dispositivo, tornam-se obrigatórias a garantia de **ampla publicidade** e a **devolução dos prazos** para não prejudicar os potenciais licitantes que eventualmente tenham deixado de participar do certame em razão da cláusula objeto da modificação;

g) princípio do sigilo das propostas: nos termos do art. 43, § 1º, da Lei n. 8.666/93, os envelopes contendo as propostas dos licitantes não podem ser abertos e seus conteúdos divulgados antes do momento processual adequado, que é a sessão pública instaurada com essa finalidade;

h) princípio da vedação à oferta de vantagens: baseado na regra do art. 44, § 2º, da Lei n. 8.666/93, tal princípio proíbe a elaboração de propostas vinculadas às ofertas de outros licitantes;

i) princípio da obrigatoriedade: trata a realização de licitação como um dever do Estado (art. 37, XXI, da CF);

j) princípio do formalismo procedimental: as regras aplicáveis ao procedimento licitatório são definidas diretamente pelo legislador, não podendo o administrador público descumpri-las ou alterá-las livremente. Importante enfatizar, no entanto, que o descumprimento de uma formalidade só causará nulidade se houver comprovação de prejuízo. Desse modo, segundo a jurisprudência, o postulado **pas de nullité sans grief** (não há nulidade sem prejuízo) é aplicável ao procedimento licitatório;

k) princípio da adjudicação compulsória: obriga a Administração a atribuir o objeto da licitação ao vencedor do certame.

A prova de Analista Administrativo elaborada pela FCC considerou INCORRETA a afirmação: "O princípio da ampla defesa não é cabível no procedimento licitatório em razão do relevante interesse público sobre o particular".

A prova do Ministério Público/MS considerou CORRETA a afirmação: "A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração, sendo processada e julgada em estrita observância com os princípios básicos da legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que são correlatos".

7.14 INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS GERAIS

Por ter natureza de procedimento administrativo, a licitação está submetida, além dos mencionados no item anterior, à incidência de todos os princípios gerais do **Direito Administrativo**, merecendo destaque:

a) legalidade: os participantes da licitação têm **direito público subjetivo** à fiel observância do procedimento estabelecido em lei, podendo qualquer cidadão acompanhar o seu desenvolvimento. Assim, a licitação é um **procedimento plenamente formal e vinculado** (art. 4º da Lei n. 8.666/93);

b) impessoalidade: obriga a Administração licitante a conduzir com objetividade e imparcialidade o procedimento, a partir das normas editalícias, **impedindo privilégios e desfavorecimentos indevidos** em relação aos licitantes;

c) moralidade: impõe à comissão de licitação e aos licitantes a obrigação de obedecer aos padrões éticos, de probidade, lealdade, decoro e boa-fé;

d) publicidade: todos os atos que compõem o procedimento licitatório devem ser públicos; e as sessões, realizadas de portas abertas. O princípio da publicidade se desdobra, ainda, na obrigatoriedade de **realização de audiência pública**, ante-

cedendo licitações e envolvendo objetos de grande valor (art. 39 da Lei n. 8.666/93), e no dever de publicação do resumo do **instrumento convocatório** na imprensa (art. 40 da Lei n. 8.666/93). A ampla divulgação dos atos da licitação encontra importante **exceção** no dever de manutenção do **sigilo das propostas**. É o que estabelece o art. 3º, § 3º, da Lei n. 8.666/93: "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".

A prova de Analista Judiciário/AM elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "A desclassificação do licitante, motivada pelo não atendimento às exigências constantes no instrumento convocatório do certame, está diretamente relacionada com o princípio da vinculação ao edital".

A prova da Magistratura/PR considerou INCORRETA a assertiva: "A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada, exceto em relação às exigências não previstas em lei, que poderão ser dispensadas após a abertura dos envelopes de habilitação, a fim de conferir maior competitividade ao certame".

7.15 TIPOS DE LICITAÇÃO

Dá-se o nome tipos de licitação para os **diferentes critérios para julgamento das propostas**.

O art. 45 da Lei n. 8.666/93 prevê a existência de quatro tipos de licitação:

a) 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;

b) melhor técnica: tipo de licitação utilizado exclusivamente para serviços de **natureza predominantemente intelectual**. Os procedimentos adotados para determinação da melhor proposta são os seguintes (art. 46, § 1º, da Lei n. 8.666/93):
1) serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feitas, então, a avaliação e a classificação dessas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado;
2) uma vez classificadas as propostas técnicas, passa-se à abertura das propostas de preço dos licitantes que tenham atingido a valorização mínima estabelecida no instrumento convocatório, iniciando a negociação, com a proponente melhor classificada, das condições estabelecidas, tendo como referência o limite representado pela proposta de menor preço entre os licitantes que obtiveram a valorização mínima;

c) técnica e preço: utilizado exclusivamente para serviços de **natureza predominantemente intelectual**. O procedimento desse tipo de licitação está definido

no art. 46, § 2º, da Lei n. 8.666/93: 1) serão abertos os envelopes contendo as propostas técnicas exclusivamente dos licitantes previamente qualificados e feitas, então, a avaliação e a classificação dessas propostas de acordo com os critérios pertinentes e adequados ao objeto licitado; 2) serão feitas a avaliação e a valorização das propostas de preços; 3) a classificação dos proponentes far-se-á de acordo com a média ponderada das valorizações das propostas técnicas e de preço, de acordo com os pesos preestabelecidos no instrumento convocatório;

A prova de Analista da CGU elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: "O tipo de licitação de maior lance ou oferta, previsto na Lei n. 8.666/93, ocorre na aquisição de bens e serviços de informática".

d) maior lance ou oferta: critério utilizado exclusivamente para a modalidade **leilão**. Para contratação de **bens e serviços de informática**, a Lei n. 8.666/93 determina a utilização obrigatória do tipo de licitação **técnica e preço**, permitindo o emprego de outro tipo de licitação nos casos indicados em decreto do Poder Executivo (art. 45, § 4º).

Na modalidade licitatória denominada **concurso**, o critério para julgamento das propostas é o **melhor trabalho** técnico, científico ou artístico (art. 22, § 4º, da Lei n. 8.666/93). Quanto ao pregão, a definição da proposta vencedora é baseada no critério do **menor lance ou oferta** (art. 4º, X, da Lei n. 10.520/2002).

Por fim, a Lei n. 8.666/93 proíbe a utilização de qualquer outro critério para julgamento das propostas (art. 45, § 5º).

7.16 MODALIDADES LICITATÓRIAS

Modalidades licitatórias são os **diferentes ritos** previstos na legislação para o processamento da licitação.

O art. 22 da Lei n. 8.666/93 menciona cinco modalidades: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A Lei n. 9.472/97 prevê a utilização da consulta exclusivamente para o âmbito da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel (art. 55). E a Lei n. 10.520/2002 disciplina outra modalidade licitatória existente no direito positivo brasileiro: o pregão.

Atualmente, portanto, são **sete as modalidades** licitatórias:

- a) **concorrência** (Lei n. 8.666/93);
- b) **tomada de preços** (Lei n. 8.666/93);
- c) **convite** (Lei n. 8.666/93);
- d) **concurso** (Lei n. 8.666/93);
- e) **leilão** (Lei n. 8.666/93);
- f) **consulta** (Lei n. 9.472/97);
- g) **pregão** (Lei n. 10.520/2002).

A prova de Auditor do INSS elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Concorrência, tomada de preços, convite, hasta pública e concurso são modalidades de licitação".

O art. 22, § 8º, da Lei n. 8.666/93 proíbe a criação de outras modalidades de licitação

ou a **combinação** das existentes. A vedação é dirigida à Administração **Pública**, mas não impede que o legislador crie novas **modalidades**.

As três primeiras modalidades mencionadas – concorrência, tomada de preços e convite – diferenciam-se basicamente em função do **valor do objeto**.

Assim, para **obras e serviços de engenharia**, as faixas de preço são as seguintes: a) convite: até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais); b) tomada de preços: até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais); c) concorrência: acima de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Para contratação dos **demais objetos**, são utilizadas as seguintes faixas: a) convite: até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais); b) tomada de preços: até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais); c) concorrência: acima de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais).

Em relação aos valores de contratação, algumas considerações são importantes:

1) se houver **fracionamento do objeto**, cada parte deverá ser licitada utilizando a modalidade cabível para o valor integral (art. 23, § 2º, da Lei n. 8.666/93). Essa regra impede que a divisão do objeto funcione como mecanismo de fuga da modalidade correta;

2) é sempre possível **utilizar modalidade mais rigorosa** do que a prevista na legislação diante do valor do objeto. Assim, por exemplo, se o serviço de engenharia tiver o valor integral de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), caindo na faixa da tomada de preços, é possível substituir esta modalidade pela concorrência, mas não pelo convite. Esse é o sentido do art. 23, § 4º, da Lei n. 8.666/93: "**Nos casos em que couber convite, a Administração poderá utilizar a tomada de preços e, em qualquer caso, a concorrência**";

3) admite-se que o legislador estadual ou municipal, no exercício de sua competência para criar normas específicas sobre o tema, determine a adoção da concorrência como única modalidade licitatória permitida na respectiva esfera federativa;

4) para contratação de objetos com valor de até 10% da faixa máxima do convite, a realização da licitação não é obrigatória. Assim, para obras e serviços de engenharia de até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e, nos demais casos, para objetos de até R\$ 8.000,00 (oito mil reais), a contratação pode ser direta por **dispensa de licitação** (art. 24, I, da Lei n. 8.666/93).

▶ **ATENÇÃO:** Recente alteração na Lei n. 8.666/93 acrescentou o § 8º ao art. 23, determinando que, no caso de **consórcios públicos** formados por até três entes da Federação, aplica-se o **dobro dos valores** utilizados para definir as faixas de preço das modalidades licitatórias, e o **triplo**, quando formados por maior número.

A prova do Ministério Público do TCU elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "Em um mesmo processo licitatório, a Administração Pública pode combinar as várias modalidades de licitação para o fim de atender melhor ao interesse público".

A 83ª prova do MP/SP considerou INCORRETA a assertiva: "Nos casos em que a modalidade de licitação cabível seja convite, é vedado à Administração utilizar a tomada de preços".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/Campinas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "Concorrência é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto".

7.16.1 Concorrência

Concorrência é a modalidade de licitação entre **quaisquer interessados** que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto, bem como garantia de **ampla publicidade** (art. 22, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

É utilizada para objetos de **grande vulto econômico**, sendo obrigatória, no caso de obras e serviços de engenharia, com valor **acima de R\$ 1.500.000,00** (um milhão e quinhentos mil reais). Em relação aos demais objetos, o uso da concorrência é obrigatório para contratações de valor superior a R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais). A circunstância de envolver valores elevados explica o fato de a concorrência ser a **modalidade formalmente mais rigorosa**.

Na concorrência, o **intervalo mínimo** entre a publicação do edital e a entrega de envelopes é de **quarenta e cinco dias corridos**, para os tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço, **ou trinta dias corridos**, para o tipo menor preço.

Independentemente do valor da contratação, a **concorrência é obrigatória** nos seguintes casos:

A 177ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: "A modalidade de licitação necessária para a alienação de bens imóveis é a concorrência pública".

- 1) compras e **alienações de imóveis**;
- 2) concessões de **direito real de uso**;
- 3) licitações **internacionais**;
- 4) contratos de empreitada integral;

- 5) concessões de serviço público;
- 6) registro de preços.

7.16.2 Tomada de preços

A prova de Fiscal do INSS elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "A tomada de preços é modalidade de licitação em que somente poderão participar oferecendo propostas as pessoas cadastradas no órgão ou entidade licitante antes da publicação do edital".

É a modalidade entre **interessados devidamente cadastrados** ou que atendam às condições do edital até três dias antes da data do recebimento das **propostas**, observada a necessária **qualificação** (art. 22, § 2º, da Lei n. 8.666/93). Se o pedido de cadastramento for

indeferido, cabe recurso no prazo de cinco dias.

A tomada de preços é empregada para contratação de **objetos de vulto intermediário**: até R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), para obras e serviços de engenharia, e de até R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), para os demais objetos.

O **intervalo mínimo** entre o edital e a entrega de envelopes é de **trinta dias corridos** (melhor técnica ou técnica e preço) e **quinze dias corridos** (menor preço).

7.16.3 Convite

É a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e **convidados em número mínimo de três** pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos **demais cadastrados** na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até vinte e quatro horas da apresentação das propostas (art. 22, § 3º, da Lei n. 8.666/93).

O convite é utilizado para **objetos de pequeno vulto econômico**: até R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), para obras e serviços de **engenharia**, e até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para os demais objetos.

No convite, **não existe edital**. O instrumento convocatório dessa modalidade de licitação é denominado **carta-convite**.

O **intervalo mínimo** entre a expedição da carta-convite e a entrega de envelopes é de **cinco dias úteis**.

7.16.4 Concurso

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para **escolha de trabalho técnico, científico ou artístico**, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de **edital** (art. 22, § 4º, da Lei n. 8.666/93). Exemplos: concurso de projetos arquitetônicos de revitalização do centro da cidade; concurso de redações entre alunos da rede pública de ensino sobre os 500 anos do descobrimento do Brasil.

É fundamental **não confundir** essa modalidade de licitação **com o concurso para provimento de cargo**, que também é um procedimento administrativo seletivo, mas sem natureza licitatória.

Outra característica diferencial do concurso é que constitui a única modalidade de licitação em que a **comissão especial não precisa ser composta por agentes**

Baseada no art. 22, § 7º, da Lei n. 8.666/93, a prova da Magistratura/PR considerou CORRETA a assertiva: "O comparecimento de apenas um licitante à licitação realizada na modalidade convite, relativa a objeto em que há limitações do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, devidamente justificados no processo, não constitui causa para a invalidação do procedimento licitatório".

A prova de Fiscal do INSS elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Ainda que não tenha sido convidada, a empresa previamente cadastrada poderá apresentar proposta na licitação, na modalidade convite".

A prova de Auditor do TC/PI 2005 considerou CORRETA a afirmação: "Suponha que uma obra a ser contratada por um Município seja avaliada, em sua parte principal, em R\$ 110.000,00. Suponha ainda que, a essa parte principal, devam se somar mais duas parcelas de natureza específica, que possam ser executadas por pessoas ou empresas de especialidade diversa, respectivamente no valor de R\$ 20.000,00 e R\$ 35.000,00. Nessa hipótese, considerando-se a necessidade de maior agilidade para a contratação, sem abrir-se mão da legalidade, devem ser feitas, respectivamente, licitações nas modalidades: convite, convite e convite".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/Campinas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias".

A 38ª Prova para Titular de Cartório/RJ considerou INCORRETA a assertiva: "Concurso é a modalidade de licitação entre pessoas com qualidade específica comprovada para ingresso em cargos da Administração".

públicos, admitida a participação de técnicos e especialistas habilitados a julgar os concorrentes, ainda que não pertencentes aos quadros da Administração Pública. É o que prescreve o art. 51, § 5º, da Lei n. 8.666/93: "No caso de concurso, o julgamento será feito por uma comissão especial integrada por **pessoas de reputação ilibada** e reconhecido **conhecimento da matéria** em exame, servidores públicos ou não".

No concurso, o **intervalo mínimo** entre a publicação do instrumento convocatório e a entrega dos envelopes é de **quarenta e cinco dias corridos**.

O prêmio pode ser em dinheiro ou alguma outra espécie, como uma viagem, por exemplo.

7.16.5 Leilão

Nos termos do art. 22, § 5º, da Lei n. 8.666/93, leilão é a modalidade de licitação **entre quaisquer interessados para a venda de bens** móveis inservíveis para a administração

A prova de Técnico Judiciário do TRT/Campinas elaborada pela FCC considerou CORRETA a assertiva: "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 oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação".

ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis oriundos de procedimentos judiciais ou dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao **valor da avaliação**.

Em síntese, o leilão é utilizado para **venda de bens**:

- 1) **móveis inservíveis**;
- 2) **móveis de valor módico**;
- 3) **imóveis oriundos de procedimentos judiciais ou dação**, caso em que a Administração pode optar entre leilão e concorrência.

O **intervalo mínimo** entre o instrumento convocatório e a entrega dos envelopes é de **quinze dias corridos**.

O critério para julgamento da melhor proposta é o do **maior lance ou oferta**.

7.16.6 Consulta

A prova de Analista do Ministério Público Federal elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A legislação das agências reguladoras estabeleceu a possibilidade de se utilizar, para aquisição de bens e contratação de serviços por essas entidades, uma modalidade especial de licitação, prevista tão somente para essa categoria organizacional, denominada consulta".

Consulta surgiu como modalidade de licitação **exclusiva da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel**.

Importante registrar, entretanto, que o art. 37 da Lei n. 9.986/2000 **estendeu a modalidade consulta para aquisição de bens e serviços por todas as agências reguladoras**.

Segundo o disposto no art. 55 da Lei n. 9.472/97, a consulta será realizada mediante procedimentos próprios determinados por atos normativos expedidos pela agência, **vedada sua utilização** para contratação de **obras e serviços de engenharia**.

7.16.7 Pregão

Criado pela Lei n. 10.520/2002, resultante da conversão em lei da MP n. 2.182-18/2001, o pregão é a modalidade de licitação válida para **todas as esferas federativas** e utilizada para contratação de **bens e serviços comuns**.

Nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 10.520/2002, consideram-se bens e serviços comuns, independentemente de valor, **aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado**.

Como a utilização da concorrência leva em consideração basicamente o valor do objeto e, no pregão, importa sobretudo a natureza daquilo que será contratado, é comum comparar as duas modalidades afirmando: na **concorrência**, interessa a **quantidade do objeto, independentemente da qualidade**; enquanto, no **pregão**, importa a **qualidade, independentemente da quantidade**.

Em princípio, o **uso do pregão é opcional**, podendo sempre a Administração optar pelo emprego de outra modalidade licitatória apropriada em função do valor do objeto. Entretanto, o art. 4º do Decreto n. 5.450/2005 tornou **obrigatório** o uso do pregão **para o âmbito federal**, devendo ser adotada **preferencialmente a modalidade eletrônica**. Assim, o uso do pregão presencial na esfera federal somente será permitido mediante justificativa expressa da autoridade competente.

No pregão, o **intervalo mínimo** entre a publicação do instrumento convocatório e o envio de propostas é de **oito dias úteis**.

A **característica fundamental** do procedimento do pregão é a **inversão nas fases naturais** da licitação. Isso porque, como visto nas regras acima transcritas, o **julgamento das propostas antecede a habilitação dos licitantes**.

Essa inversão relaciona-se com o objetivo essencial do pregão: propiciar economia de tempo e de dinheiro para o Poder Público. Assim, após a fase dos **lances verbais decrescentes**, analisa-se a documentação somente de quem ofertou o **menor lance**, devolvendo-se, fechados, os envelopes com documentos de habilitação dos demais licitantes.

A prova de Procurador do Estado/MA 2003 considerou CORRETA a afirmação: "Suponha que determinada lei estadual venha estabelecer regra pela qual o Estado pode adotar a modalidade de pregão, conforme regulamento específico, para compras de bens comuns, quando efetuadas pelo sistema de registro de preços. Tal regra é compatível com as normas gerais de licitação editadas pela União".

A prova de Gestor Governamental do Ministério do Planejamento 2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Pregão é a modalidade de licitação utilizada para aquisição de bens e serviços cujos padrões de desempenho possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio das especificações usuais no mercado".

A prova de Gestor Governamental do Ministério do Planejamento 2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Entre as modalidades de licitação para compra de bens e serviços, destacam-se: concorrência, tomada de preços, pregão e convite".

A prova de Auditor do TC/PI considerou CORRETA a afirmação: "A experiência das Administrações, em processos de licitação, tem demonstrado que o uso da modalidade pregão gera significativa economia para os cofres públicos. É elemento que concorre para explicar esse fato a possibilidade de os licitantes, ou parte deles, alterarem o valor de suas propostas após a abertura dos respectivos envelopes".

Importante frisar que a referida inversão de fases agora também é permitida nas concorrências que antecedem a concessão de serviços públicos e nas que precedem parcerias público-privadas.

Além disso, ao contrário do que ocorre com as demais modalidades, no pregão a **homologação é realizada após a adjudicação**.

Portanto, as etapas do pregão são: a) instrumento convocatório; b) julgamento (classificação); c) habilitação; d) adjudicação; e) homologação.

7.16.7.1 Bens e objetos comuns

O Decreto n. 3.555/2000, com redação dada pelo Decreto n. 3.784/2001, estabeleceu para o âmbito da União um **rol taxativo** dos bens e serviços que podem ser contratados mediante pregão:

“BENS COMUNS

1. Bens de Consumo

- 1.1. Água mineral
- 1.2. Combustível e lubrificante
- 1.3. Gás
- 1.4. Gênero alimentício
- 1.5. Material de expediente
- 1.6. Material hospitalar, médico e de laboratório
- 1.7. Medicamentos, drogas e insumos farmacêuticos
- 1.8. Material de limpeza e conservação
- 1.9. Oxigênio
- 1.10. Uniforme

2. Bens Permanentes

- 2.1. Mobiliário
- 2.2. Equipamentos em geral, exceto bens de informática
- 2.3. Utensílios de uso geral, exceto bens de informática
- 2.4. Veículos automotivos em geral
- 2.5. Microcomputador de mesa ou portátil (*notebook*), monitor de vídeo e impressora

SERVIÇOS COMUNS

1. Serviços de Apoio Administrativo
2. Serviços de Apoio à Atividade de Informática
 - 2.1. Digitação
 - 2.2. Manutenção
3. Serviços de Assinaturas
 - 3.1. Jornal
 - 3.2. Periódico

- 3.3. Revista
- 3.4. Televisão via satélite
- 3.5. Televisão a cabo
4. Serviços de Assistência
 - 4.1. Hospitalar
 - 4.2. Médica
 - 4.3. Odontológica
5. Serviços de Atividades Auxiliares
 - 5.1. Ascensorista
 - 5.2. Auxiliar de escritório
 - 5.3. Copeiro
 - 5.4. Garçom
 - 5.5. Jardineiro
 - 5.6. Mensageiro
 - 5.7. Motorista
 - 5.8. Secretária
 - 5.9. Telefonista
6. Serviços de Confecção de Uniformes
7. Serviços de Copeiragem
8. Serviços de Eventos
9. Serviços de Filmagem
10. Serviços de Fotografia
11. Serviços de Gás Natural
12. Serviços de Gás Liquefeito de Petróleo
13. Serviços Gráficos
14. Serviços de Hotelaria
15. Serviços de Jardinagem
16. Serviços de Lavanderia
17. Serviços de Limpeza e Conservação
18. Serviços de Locação de Bens Móveis
19. Serviços de Manutenção de Bens Imóveis
20. Serviços de Manutenção de Bens Móveis
21. Serviços de Remoção de Bens Móveis
22. Serviços de Microfilmagem
23. Serviços de Reprografia
24. Serviços de Seguro-Saúde
25. Serviços de Degração
26. Serviços de Tradução
27. Serviços de Telecomunicações de Dados
28. Serviços de Telecomunicações de Imagem

29. Serviços de Telecomunicações de Voz
30. Serviços de Telefonia Fixa
31. Serviços de Telefonia Móvel
32. Serviços de Transporte
33. Serviços de Vale-Refeição
34. Serviços de Vigilância e Segurança Ostensiva
35. Serviços de Fornecimento de Energia Elétrica
36. Serviços de Apoio Marítimo
37. Serviço de Aperfeiçoamento, Capacitação e Treinamento
38. Serviços topográficos”.

▶ **ATENÇÃO:** Após sucessivas alterações, o Decreto n. 3.555/2000 foi mais uma vez modificado pelo **Decreto n. 7.174**, de 12 de maio de 2010, que **revogou a lista de bens e serviços comuns** para fins de utilização do pregão no âmbito federal. Assim, a situação atual é que a Administração Pública federal tem discricionariedade para decidir, diante do caso concreto, o que pode ser considerado objeto comum e licitado via pregão. O Decreto n. 7.174/2010 disciplina também as contratações de bens e serviços de informática e automação pelos órgãos e entidades da Administração federal, **eliminando a antiga proibição de uso do pregão para licitar bens e serviços de informática e automação.**

7.16.7.2 Hipóteses de vedação

Sendo taxativo o rol estabelecido pelo Decreto n. 3.555/2000, entende-se vedado, no âmbito federal, o uso do pregão para contratação de bens e serviços não indicados na referida lista.

Interpretando sistematicamente o conjunto de leis sobre licitação, conclui-se ser **proibido o uso do pregão, para todas as esferas federativas**, quando se tratar de:

- a) contratação de **obras e serviços de engenharia;**
- b) **locações imobiliárias;**
- c) **alienações em geral.**

7.16.7.3 Modalidades

O art. 2º da Lei n. 10.520/2002 prevê duas modalidades de pregão: o convencional (presencial) e o eletrônico.

O **pregão eletrônico** é aquele realizado **com apoio da internet**, estando regulamentado pelo Decreto n. 5.450/2005. De acordo com o art. 4º do decreto, deve-se observar o **uso preferencial do pregão eletrônico**. A autoridade deverá justificar a opção pelo pregão presencial se o eletrônico for inviável.

7.16.7.4 Procedimento do pregão

Os arts. 3º e 4º da Lei n. 10.520/2002 dividem o procedimento do pregão em **fase preparatória e fase externa**.

A **fase preparatória** observará as seguintes regras (art. 3º):

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

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

III – dos autos do procedimento constarão a justificativa das definições referidas no inciso I deste artigo e os indispensáveis elementos técnicos sobre os quais estiverem apoiados, bem como o orçamento, elaborado pelo órgão ou entidade promotora da licitação, dos bens ou serviços a serem licitados; e

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

Pelo disposto no § 1º do art. 3º, a **equipe de apoio** deverá ser integrada em sua **maioria por servidores ocupantes de cargo efetivo ou emprego da administração**, preferencialmente pertencentes ao quadro permanente do órgão ou entidade promotora do evento.

Já a **fase externa** do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras (art. 4º):

I – a convocação dos interessados será efetuada por meio de publicação de aviso em diário oficial do respectivo ente federado ou, não existindo, em jornal de circulação local, e facultativamente, por meios eletrônicos e conforme o vulto da licitação, em jornal de grande circulação, nos termos do regulamento;

II – do aviso constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a **íntegra do edital;**

III – do edital constarão o objeto do certame, as exigências de habilitação, os critérios de aceitação da proposta, as sanções, as cláusulas dos contratos, as normas que disciplinarem o procedimento e a minuta do contrato, quando for o caso;

IV – cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e **divulgadas;**

V – o prazo fixado para a apresentação das propostas, contado a partir da publicação do aviso, não será inferior a 8 (oito) dias úteis;

VI – no dia, hora e local designados, será realizada sessão pública para recebimento das

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP 2008 considerou CORRETA a afirmação: “Do aviso para convocação dos interessados constarão a definição do objeto da licitação, a indicação do local, dias e horários em que poderá ser lida ou obtida a íntegra do edital”.

A prova de Analista Judiciário do TRT/MA 2009 considerou CORRETA a afirmação: “Na esfera federal, a fase externa do pregão presencial será iniciada com a convocação dos interessados e observará, dentre outras, a seguinte regra: cópias do edital e do respectivo aviso serão colocadas à disposição de qualquer pessoa para consulta e divulgadas na internet na homepage do Tribunal de Contas da União”.

propostas, devendo o interessado, ou seu representante, identificar-se e, se for o caso, comprovar a existência dos necessários poderes para formulação de propostas e para a prática de todos os demais atos inerentes ao certame;

VII – aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos,

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP 2008 considerou CORRETA a afirmação: "Aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos".

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP 2008 considerou CORRETA a afirmação: "No curso da sessão, 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".

A prova de Analista Judiciário do TRT/GO 2008 considerou CORRETA a afirmação: "Na sessão pública para recebimento das propostas do pregão eletrônico, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a proclamação do vencedor. Não havendo pelo menos três ofertas nestas condições, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de três, oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os preços oferecidos".

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP 2008 considerou CORRETA a afirmação: "Examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua aceitabilidade".

procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento **convocatório**;

VIII – no curso da sessão, o autor da oferta de valor mais baixo e os das ofertas com preços até 10% (dez por cento) superiores àquela poderão fazer novos lances verbais e sucessivos, até a **proclamação do vencedor**;

IX – não havendo pelo menos 3 (três) ofertas nas condições definidas no inciso anterior, poderão os autores das melhores propostas, até o máximo de 3 (três), oferecer novos lances verbais e sucessivos, quaisquer que sejam os **preços oferecidos**;

X – para julgamento e classificação das propostas, será adotado o critério de menor preço, observados os prazos máximos para fornecimento, as especificações técnicas e parâmetros mínimos de desempenho e qualidade definidos no edital;

XI – examinada a proposta classificada em primeiro lugar, quanto ao objeto e valor, caberá ao pregoeiro decidir motivadamente a respeito da sua **aceitabilidade**;

XII – encerrada a etapa competitiva e ordenadas as ofertas, o pregoeiro procederá à abertura do invólucro contendo os documen-

tos de habilitação do licitante que apresentou a melhor proposta, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital;

XIII – a habilitação far-se-á com a verificação de que o licitante está em situação regular perante a Fazenda Nacional, a Seguridade Social e o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, e as Fazendas Estaduais e Municipais, quando for o

caso, com a comprovação de que atende às exigências do **edital** quanto à habilitação jurídica e qualificações técnica e econômico-financeira;

XIV – os licitantes poderão deixar de apresentar os documentos de habilitação que já constem do Sistema de Cadastramento 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;

XV – verificado o atendimento das exigências fixadas no edital, o licitante será declarado vencedor;

XVI – se a oferta não for aceitável ou se o licitante desatender às exigências habilitatórias, o pregoeiro examinará as ofertas subsequentes e a qualificação dos licitantes, na ordem de classificação, e assim sucessivamente, até a apuração de uma que atenda ao edital, sendo o respectivo licitante declarado vencedor;

XVII – nas situações previstas nos itens XI e XVI, o pregoeiro poderá negociar diretamente com o proponente para que seja obtido preço melhor;

XVIII – declarado o vencedor, qualquer licitante poderá manifestar imediata e motivadamente a intenção de recorrer, quando lhe será concedido o prazo de 3 (três) dias para apresentação das razões do recurso, ficando os demais licitantes desde logo intimados para apresentar contrarrazões em igual número de dias, que começarão a correr do término do prazo do recorrente, sendo-lhes assegurada vista imediata dos autos;

XIX – o acolhimento de recurso importará a invalidação apenas dos atos insuscetíveis de aproveitamento;

XX – a falta de manifestação imediata e motivada do licitante importará a decadência do direito de recurso e a adjudicação do objeto da licitação pelo pregoeiro ao vencedor;

XXI – decididos os recursos, a autoridade competente fará a adjudicação do objeto da licitação ao licitante vencedor;

XXII – homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e

XXIII – se o licitante vencedor, convocado dentro do **prazo de validade** da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no item XVI".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/Campinas 2009 considerou CORRETA a afirmação: "O prazo de validade das propostas no pregão presencial, se outro não for fixado no edital, é de sessenta dias".

7.16.8 Comparativo entre as modalidades

É conveniente realizar a comparação entre as sete modalidades licitatórias atualmente existentes no **direito brasileiro**.

A prova de Titular de Cartório/ES considerou CORRETA a afirmação: "São modalidades de licitação concorrência, tomada de preços, convite, concurso, leilão e pregão".

A prova de Analista Judiciário do TRT/SP 2008 considerou CORRETA a afirmação: "De conformidade com a Lei do Pregão é vedada a exigência de aquisição do edital pelos licitantes, como condição para participação no certame".

Quadro comparativo entre as diferentes modalidades licitatórias

	Concorrência	Tomada de preços	Convite	Concurso	Leilão	Consulta	Pregão
Cabimento	modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto e garantia de ampla publicidade. Obrigatória para objetos de grande vulto econômico (acima de R\$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia; e acima de R\$ 650.000,00, para demais objetos)	modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atendem às condições do edital até 3 dias antes da data do recebimento das propostas, observada a necessidade de qualificação. Utilizada para objetos de vulto intermediário (até R\$ 1.500.000,00, para obras e serviços de engenharia; e até R\$ 650.000,00, para demais objetos)	modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 horas da apresentação das propostas. Utilizada para objetos de pequeno vulto econômico (até R\$ 150.000,00, para obras e serviços de engenharia; e até R\$ 80.000,00, para demais objetos)	modalidade de licitação entre quaisquer interessados para escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital	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 oriundos de procedimentos judiciais ou dação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação	modalidade de licitação exclusiva das agências reguladoras	modalidade de licitação válida para todas as esferas federativas e utilizada para contratação de bens e serviços comuns

Continua

Continuação

Quadro comparativo entre as diferentes modalidades licitatórias

	Concorrência	Tomada de preços	Convite	Concurso	Leilão	Consulta	Pregão
Base legal	Lei n. 8.666/93	Lei n. 8.666/93	Lei n. 8.666/93	Lei n. 8.666/93	Lei n. 8.666/93	Lei n. 9.472/97	Lei n. 10.520/2002
Aberta	a quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital	entre interessados devidamente cadastrados ou que atendem às condições do edital até 3 dias antes da data do recebimento das propostas	entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de três	a quaisquer interessados	a quaisquer interessados	a quaisquer interessados	a quaisquer interessados
Intervalo mínimo entre instrumento convocatório e entrega de envelopes	45 dias corridos (nos tipos de licitação melhor técnica ou técnica e preço) ou 30 dias corridos (menor preço)	30 dias corridos (melhor técnica ou técnica e preço) e 15 dias corridos (menor preço)	5 dias úteis	45 dias corridos	15 dias corridos	sem previsão	8 dias úteis

7.16.9 Licitação de serviços de publicidade prestados por intermédio de agências de propaganda (Lei n. 12.232/2010)

A novíssima Lei n. 12.232, publicada em 29 de abril de 2010, estabelece **normas gerais sobre licitações** e contratações pela Administração Pública de **serviços de publicidade prestados necessariamente por intermédio de agências de propaganda**, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (art. 1º).

O art. 2º conceitua serviços de publicidade como “o conjunto de atividades realizadas integradamente que tenham por objetivo o estudo, o planejamento, a conceituação, a concepção, a criação, a execução interna, a intermediação e a supervisão da execução externa e a distribuição de publicidade aos veículos e demais meios de divulgação, com o objetivo de promover a venda de bens ou serviços de qualquer natureza, difundir ideias ou informar o público em geral”.

Fica **vedada a inclusão**, no conceito de contrato de publicidade, das atividades de **assessoria de imprensa, comunicação e relações públicas** ou as que tenham por finalidade a realização de **eventos festivos** de qualquer natureza, as quais serão contratadas por meio de procedimentos licitatórios próprios (art. 2º, § 2º).

Estranhamente, a Lei n. 12.232/2010 faculta que a Administração, mediante justificativa no processo de licitação, realize a **adjudicação do objeto a mais de uma agência de propaganda**. Essa “multiadjudicação” é promovida para, em seguida, permitir que o órgão ou entidade contratante institua procedimento de seleção interna entre as contratadas (art. 2º, § 4º). Trata-se de uma **licitação dentro da licitação**, procedimento visivelmente inconstitucional por violação do princípio da isonomia e do próprio dever de licitar (arts. 5º e 37, XXI, da CF).

O rito licitatório especial definido pela Lei n. 12.232/2010 deve obrigatoriamente observar os critérios de **“melhor técnica”** ou **“técnica e preço”**.

Assim como ocorre com o procedimento do pregão, a licitação para contratação

A prova de Analista Judiciário do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: “O pregão é modalidade de licitação em que a habitação do vencedor ocorre após a classificação das propostas”.

dos serviços de publicidade também utiliza a **inversão das fases naturais do certame**, à medida que o **julgamento das propostas** antecede a fase de habilitação (art. 11, X e XI, da Lei n. 12.232/2010).

7.17 REGISTRO DE PREÇOS

Previsto no art. 15 da Lei n. 8.666/93, regulamentada pelo Decreto n. 7.892/2013, o registro de preços é um sistema utilizado para **compras, obras ou serviços rotineiros** no qual, ao invés de fazer várias licitações, o Poder Público realiza uma **concorrência** e a **proposta vencedora fica registrada**, estando disponível quando houver necessidade de contratação pela Administração.

A proposta vencedora fica à disposição da Administração para, quando desejar contratar, utilizar o cadastro quantas vezes forem necessárias.

Mesmo após a efetivação do registro de preços, o Poder Público não é obrigado a contratar com o ofertante registrado, mas ele terá preferência na contratação em igualdade de condições (art. 15, § 4º). Da leitura da ressalva constante na parte final do dispositivo transcrito, depreende-se ser obrigatória prévia pesquisa de preços de mercado, sempre que um órgão público pretenda contratar o objeto do registro de preços.

A Lei n. 8.666/93 estabelece algumas **condições** para a manutenção do sistema de registro de preços:

- utilização de **concorrência pública**, exceto quando couber o pregão;
- deve haver **sistema de controle e atualização dos preços**;
- a validade do registro **não pode superar um ano**;
- os registros **devem ser publicados trimestralmente** na imprensa oficial.

A prova de Assessor Jurídico do TCE/PI considerou CORRETA a afirmação: “Determinado órgão da Administração Pública federal, para aplicar o sistema de registro de preços, realiza seleção mediante tomada de preços, comunicando aos interessados a especificação completa dos bens a serem adquiridos, inclusive preferência por fabricante e marca, e informando que o registro terá validade de dois anos. Nessa situação, o órgão público desrespeitou a Lei n. 8.666/93 apenas no tocante à modalidade de licitação empregada”.

7.17.1 Carona em registro de preços

Denomina-se “carona” a utilização, por uma pessoa jurídica ou órgão público, do registro de preço realizado por outra entidade estatal. A vantagem é que o caroneiro poderá celebrar o contrato de imediato sem necessidade de refazer a licitação.

A prática da carona é **expressamente autorizada**, em âmbito federal, pelo art. 22 do Decreto n. 7.892/2013: “Desde que devidamente justificada a vantagem, a ata de registro de preços, durante sua vigência, poderá ser utilizada por qualquer órgão ou entidade da administração pública federal que não tenha participado do certame licitatório, mediante anuência do órgão gerenciador”. Entretanto, o § 3º do art. 22 estabelece um importante **limite quantitativo** ao procedimento: “As aquisições ou contratações adicionais a que se refere este artigo não poderão exceder, por órgão ou entidade, 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”.

O instrumento convocatório deverá prever que o quantitativo decorrente das adesões à ata de registro de preços **não poderá exceder, na totalidade, ao quádruplo do quantitativo 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 (art. 22, § 4º, do Decreto n. 7.892/2013).

Os Tribunais de Contas Estaduais também admitem o uso da carona, desde que haja uma restrição quantitativa.

Já o TCU considera que a **carona é uma fraude ao dever de licitar** na medida em que multiplica posteriormente a dimensão do objeto, prejudicando direitos dos potenciais licitantes.

A Orientação Normativa n. 21 da AGU sobre Licitações e Contratos determina: “É vedada aos órgãos públicos federais a adesão à ata de registro de preços quando

a licitação tiver sido realizada pela Administração Pública estadual, municipal ou do Distrito Federal, bem como por entidades paraestatais”.

7.18 REGISTROS CADASTRAIS

O sistema de registro de preços não se confunde com os registros cadastrais. Estes são **bancos de dados** que **documentam a situação jurídica, técnica, financeira e fiscal** das empresas que participam usualmente de licitações.

A prova de Procurador do TCE/SE considerou CORRETA a afirmação: “Nos termos da Lei n. 8.666/93, a pré-qualificação dos licitantes é compatível com a modalidade concorrência”.

A prova de Procurador do TCE/SE considerou CORRETA a afirmação: “Um órgão da Administração Pública, ao elaborar seu registro cadastral, estabelece que sua validade é de dois anos, devendo ser atualizado no mínimo anualmente por meio de chamamento público; prevê ainda a possibilidade de utilização de registros cadastrais de outros órgãos da Administração Pública. Nesse caso, há irregularidade no prazo de validade”.

Feito o registro cadastral, a empresa é considerada **previamente habilitada** para futuros certames.

O registro cadastral deverá ser **amplamente divulgado** e estar permanentemente aberto aos interessados, obrigando-se a unidade por ele responsável a proceder, no mínimo **anualmente**, por meio da imprensa oficial e de jornal diário, a chamamento público para a atualização dos registros existentes e para o ingresso de novos interessados (art. 34, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

Ao requerer inscrição ou atualização no cadastro, o interessado fornecerá documenta-

ção necessária à satisfação das exigências de habilitação estabelecidas na lei. Os inscritos serão classificados por categorias, tendo em vista sua especialização, subdivididas em grupos, segundo a qualificação técnica e econômica avaliada pelos elementos constantes da documentação.

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 classificação cadastral (art. 37 da Lei n. 8.666/93).

7.19 COMISSÃO DE LICITAÇÃO

A comissão de licitação, em regra, é composta por **três membros**, sendo **dois deles dos quadros permanentes do órgão licitante**, nomeados pela autoridade superior dentro da própria entidade (art. 51 da Lei n. 8.666/93).

Existem **dois tipos** de comissão: **especial**, constituída para um certame específico, e **permanente**, que realiza todas as licitações no período de investidura.

Os membros da comissão **respondem solidariamente** por todos os atos a ela imputados, salvo se a posição individual divergente for manifestada em ata (art. 51, § 3º, da Lei n. 8.666/93).

7.20 FASES DA CONCORRÊNCIA

Cada modalidade licitatória possui um procedimento próprio. No entanto, a sequência de fases observa sempre o padrão empregado no procedimento da concorrência.

Assim, o estudo das fases da concorrência permite compreender as linhas gerais de todos os procedimentos licitatórios.

A concorrência é dividida em duas grandes etapas: **fase interna** e **fase externa**.

A **fase interna** compreende todos os atos anteriores à publicação do edital, envolvendo: a) elaboração de projeto básico para obras e serviços de engenharia; b) orçamento detalhado; c) previsão de recursos orçamentários e compatibilidade com o Plano Plurianual (PPA); d) abertura de processo administrativo para verificação da necessidade da contratação e designação de comissão.

- ▶ **ATENÇÃO:** Se o objeto contratado tiver valor superior a cem vezes o limite mínimo da concorrência, isto é, **acima de R\$ 150.000.000,00** (cento e cinquenta milhões de reais) para obras e serviços de engenharia, é necessária a realização de **audiência pública** (art. 39, *caput*, da Lei n. 8.666/93). Exige audiência pública também no caso de **LICITAÇÕES SIMULTÂNEAS**, entendidas como aquelas com objetos similares e com realização prevista para **intervalos não superiores a 30 dias** e de **LICITAÇÕES SUCESSIVAS**, também com objetos similares, em que o edital subsequente tenha uma **data anterior a 120 dias** após o término do contrato resultante da licitação antecedente (art. 39, § único, da Lei n. 8.666/93).

A elaboração do instrumento convocatório encerra a fase interna.

A **fase externa** inicia-se com a publicação do edital e inclui basicamente cinco etapas: a) instrumento convocatório; b) habilitação; c) classificação; d) homologação; e) adjudicação.

7.20.1 Instrumento convocatório

A publicação do edital é o primeiro evento da fase externa da licitação. No edital, estão fixadas todas as regras do procedimento e os requisitos exigidos para participação no certame. A sua natureza vinculante e obrigatória faz do **edital a lei da licitação**.

O **preâmbulo** do edital conterá o **número de ordem** em série anual, o **nome da repartição** interessada, a **modalidade**, o **regime de execução** e o **tipo da licitação**, a menção de que será regido pela Lei n. 8.666/93, o **local**, o **dia** e a **hora para recebimento da documentação e da proposta**, bem como para **início da abertura dos envelopes**.

Além desses elementos indispensáveis no preâmbulo, o art. 40 da Lei n. 8.666/93 exige que o edital contenha também:

- I – objeto da licitação, em descrição sucinta e clara;
- II – prazo e condições para assinatura do contrato ou retirada dos instrumentos para execução do contrato e para entrega do objeto da licitação;
- III – sanções para o caso de inadimplemento;
- IV – local onde poderá ser examinado e adquirido o projeto básico;
- V – se há projeto executivo disponível na data da publicação do edital de licitação e o local onde possa ser examinado e adquirido;
- VI – condições para participação na licitação e forma de apresentação das propostas;

VII – critério para julgamento, com disposições claras e parâmetros objetivos;
 VIII – 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;

IX – condições equivalentes de pagamento entre empresas brasileiras e estrangeiras, no caso de licitações internacionais;

X – o critério de aceitabilidade dos preços unitário e global, conforme o caso, permitida a fixação de preços máximos e vedados a fixação de preços mínimos, critérios estatísticos ou faixas de variação em relação a preços de referência;

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

XII – (*vetado*);

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

XIV – condições de pagamento, prevendo:

a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;

b) cronograma de desembolso máximo por período, em conformidade com a disponibilidade de recursos financeiros;

c) critério de atualização financeira dos valores a serem pagos, desde a data final do período de adimplemento de cada parcela até a data do efetivo pagamento;

d) compensações financeiras e penalizações, por eventuais atrasos, e descontos, por eventuais antecipações de pagamentos;

e) exigência de seguros, quando for o caso;

XV – instruções e normas para os recursos previstos nesta Lei;

XVI – condições de recebimento do objeto da licitação;

XVII – outras indicações específicas ou peculiares da licitação”.

O aviso de edital será publicado na imprensa oficial ou em jornal de grande circulação, indicando o local onde a íntegra do instrumento convocatório poderá ser adquirida. O Poder Público não pode condicionar a participação no certame à compra do edital. A Administração pode cobrar o custo das cópias reprográficas para fornecimento do edital, vedada a obtenção de lucro com essa venda.

Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar o edital em razão de ilegalidade, devendo protocolar o pedido até cinco dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até três dias úteis.

Se a impugnação for rejeitada pela Comissão, o proponente dispõe de três caminhos a seguir:

- a) representar ao Tribunal de Contas;
- b) representar ao Ministério Público;
- c) propor ação popular ou ação civil pública.

Em regra, o edital não pode ser alterado. Mas, se for preciso realizar **alguma modificação**, deverá ser observado o **mesmo meio de divulgação** do texto original, **reabrindo o prazo** para recebimento das propostas e apresentação de documentos, exceto se a alteração não prejudicar a elaboração das **propostas**.

Decairá do direito de impugnação administrativa do edital 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 de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso (art. 41, § 2º, da Lei n. 8.666/93).

Segundo a Orientação Normativa n. 5 da AGU sobre Licitações e Contratos: “Na contratação de obra ou serviço de engenharia, o instrumento convocatório deve estabelecer critérios de aceitabilidade dos preços unitários e global”.

A prova de Agente Fiscal da CGU/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: “Em uma licitação na modalidade pregão, na forma eletrônica, o pregoeiro, um dia antes da abertura, constatou um vício no edital. A alteração necessária implicou alteração na formulação das propostas. Diante das circunstâncias, a autoridade superior recomendou-lhe que republicasse o edital da mesma forma que a publicação original. A recomendação da autoridade superior se deu para que houvesse a observância do princípio da vinculação ao instrumento convocatório”.

7.20.2 Habilitação

É a fase licitatória de **recebimento e abertura dos envelopes** contendo a documentação exigida para participar do certame.

Para preservar a mais ampla competitividade possível, as exigências de qualificação técnica e econômica devem ser compatíveis e proporcionais ao objeto licitado, restringindo-se ao estritamente indispensável para garantir o cumprimento adequado do futuro contrato.

O art. 27 da Lei n. 8.666/93 menciona **quatro tipos de documentos** exigidos na licitação:

a) documentos relativos à habilitação jurídica (art. 28): 1) cédula de identidade; 2) registro comercial, no caso de empresa individual; 3) ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores; 4) inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício; 5) decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir;

b) documentos relativos à regularidade fiscal (art. 29): 1) prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC); 2) prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual; 3) prova de regularidade com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei; 4) prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei;

A prova de Analista Judiciário do TRT/MT elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Considerando o que dispõe a Lei n. 8.666/93, especialmente quanto à fase de habilitação, o registro ou inscrição do engenheiro no Conselho Regional de Engenharia diz respeito à sua qualificação técnica".

aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos; 3) comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação; 4) prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso;

d) documentos relativos à qualificação econômico-financeira (art. 31): 1) balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já

A prova de Procurador do Estado do Espírito Santo/2008 elaborada pelo Cespe considerou INCORRETA a afirmação: "É abusivo exigir, em edital de licitação, que, na fase de habilitação, as empresas participantes comprovem capital mínimo circulante ou patrimônio líquido de 10% do valor da contratação".

exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a **boa situação** financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de três meses da data de apresentação da proposta; 2) certidão negativa de falência ou concordata expedida pelo distribuidor da

sede da pessoa jurídica, ou de execução patrimonial, expedida no domicílio da pessoa física; 3) garantia, limitada a 1% do valor estimado do objeto da contratação.

O licitante que não atender às exigências de habilitação será excluído da competição. A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subsequentes (art. 41, § 4º, da Lei n. 8.666/93).

A comissão só pode exigir a apresentação de certidões tributárias relativas a tributos vinculados ao objeto do certame. Isso porque a licitação não pode ser usada como meio indireto para obter regularidade fiscal da empresa. Nesse sentido, o art. 193 do Código Tributário Nacional: "Salvo quando expressamente autorizado por lei, nenhum departamento da administração pública da União, dos Estados, do

c) documentos relativos à qualificação técnica (art. 30): 1) registro ou inscrição na **entidade profissional competente**; 2) comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do

Distrito Federal, ou dos Municípios, ou sua autarquia, celebrará contrato ou aceitará proposta em concorrência pública sem que o contratante ou proponente faça prova da quitação de todos os tributos devidos à Fazenda Pública interessada, relativos à atividade em cujo exercício contrata ou concorre".

Com o encerramento da fase de habilitação, a comissão fica impossibilitada (preclusão) de utilizar elementos da qualificação dos licitantes para realizar o julgamento das propostas. É o que afirma o art. 43, § 5º, da Lei n. 8.666/93: "Ultrapassada a fase de habilitação dos concorrentes e abertas as propostas, não cabe desclassificá-los por motivo relacionado com a habilitação, **salvo em razão de fatos supervenientes ou só conhecidos após o julgamento**".

Após a fase de habilitação, **o licitante não pode mais desistir da proposta** formulada, exceto por justo motivo decorrente de fato superveniente e aceito pela comissão.

Contra a decisão que inabilita participante, cabe recurso com **efeito suspensivo** no prazo de cinco dias úteis contados da intimação na sessão ou da publicação da decisão no *Diário Oficial*.

Se o recurso for rejeitado pela comissão, o licitante inconformado pode impetrar mandado de segurança que, na maioria das vezes, tem pedido de suspensão da licitação deferido até o julgamento do mérito do *writ*. Há casos em que a concorrência fica paralisada por mais de um ano aguardando decisão judicial sobre a habilitação do impetrante.

Se nenhum licitante for habilitado, deve ser aberto **prazo de oito dias** para complementação de documentos.

O envelope com a proposta de preços deve ser devolvido lacrado ao licitante inabilitado.

7.20.3 Classificação

Classificação é a fase de **análise e julgamento das propostas** formuladas pelos concorrentes habilitados.

Nessa etapa procedimental, os envelopes são abertos e a comissão promove a verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e com os preços correntes no mercado, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

A comissão pode **desclassificar três tipos de propostas**:

- inexequível:** quando o valor estiver muito abaixo do praticado no mercado;
- contrária à cláusula do edital;**
- indireta ou condicionada:** aquela que não apresenta um valor exato, mas vincula a oferta a determinada condição ou a proposta de outro concorrente. Deve

A prova da CGU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Dos atos da Administração Pública decorrentes de aplicação da Lei n. 8.666/93, em questões relativas a procedimentos licitatórios e contratos administrativos é cabível recurso com efeito suspensivo, no caso de inabilitação de licitante".

A prova de Analista Judiciário do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "No transcorrer do procedimento licitatório, todos os concorrentes foram declarados inabilitados. Diante desta situação, o órgão responsável pelo certame poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para a apresentação de nova documentação escoimada das causas que deram margem à inabilitação".

ser desclassificada, por exemplo, a proposta que diga “meu preço é 95% da proposta mais baixa apurada”.

A prova de Assessor Jurídico do TCE/PI considerou CORRETA a afirmação: “Em determinado processo de licitação, do tipo menor preço, sem fixação de preço máximo, para a contratação de serviços de engenharia, o valor orçado pela Administração foi de R\$ 109.000,00. Nesse processo, compareceram apenas as empresas ‘A’, ‘B’ e ‘C’, que foram habilitadas e ofereceram propostas, respectivamente, no valor de R\$ 110.000,00, R\$ 90.000,00 e R\$ 50.000,00. Considerando os preços oferecidos e considerando que nenhuma das empresas licitantes possui situação que justifique composição de custos diversa da do mercado, a empresa que deve ser considerada vencedora é a ‘A’, sendo as empresas ‘B’ e ‘C’ desclassificadas”.

instalações de propriedade do próprio licitante, para os quais ele renuncie à parcela ou à totalidade da remuneração”.

A prova da CGU elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: “Dos atos da Administração Pública decorrentes de aplicação da Lei n. 8.666/93, em questões relativas a procedimentos licitatórios e contratos administrativos, no caso de julgamento das propostas, cabe recurso administrativo, no prazo de cinco dias úteis, com efeito suspensivo”.

Nesse diapasão, prescreve o art. 44, § 2º, da Lei n. 8.666/93: “Não se considerará qualquer oferta de vantagem não prevista no edital ou no convite, inclusive financiamentos subsidiados ou a fundo perdido, **nem preço ou vantagem baseada nas ofertas dos demais licitantes**”. E, no mesmo sentido, também o § 3º: “**Não se admitirá proposta que apresente preços global ou unitários simbólicos, irrisórios ou de valor zero**, incompatíveis com os preços dos insumos e salários de **mercado**, acrescidos dos respectivos encargos, ainda que o ato convocatório da licitação não tenha estabelecido limites mínimos, exceto quando se referirem a materiais e

As propostas remanescentes são colocadas em **ordem classificatória** de acordo com o critério objetivo de julgamento, conforme o tipo de licitação.

Após a divulgação do resultado, abre-se prazo de cinco dias úteis para interposição de recursos com **efeito suspensivo**.

Havendo **igualdade de condições**, como critério de desempate, será assegurada 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 (art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.666/93).

Convém lembrar que a Lei Complementar n. 123/2006 criou uma **vantagem competitiva** para microempresas e empresas de pequeno porte (EPPs), o chamado **empate ficto** nas licitações de que participem tais empresas.

Considera-se microempresa a que aufera em cada ano-calendário receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) (art. 3º, I).

As empresas de pequeno porte são as que auferem em cada ano-calendário receita bruta entre R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais) (art. 3º, II).

Nos termos do art. 44, § 1º, da referida lei, entende-se por empate ficto aquelas situações em que as propostas apresentadas pelas microempresas e empresas de

pequeno porte sejam iguais ou até 10% superiores à proposta mais bem classificada. Já no caso da modalidade pregão, o intervalo percentual é de até 5%. Ocorrendo o 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. 44, I).

De acordo com a Orientação Normativa n. 7 da AGU: “O tratamento favorecido de que tratam os arts. 43 a 45 da Lei Complementar n. 123, de 2006, deverá ser concedido às microempresas e empresas de pequeno porte independentemente de previsão editalícia”.

7.20.4 Homologação. Anulação e revogação. Responsabilidade pré-negocial

Após a definição da ordem classificatória, os autos sobem para a autoridade superior, que procederá à **avaliação de todo o procedimento** em busca de eventuais irregularidades. Se houver algum vício, a autoridade superior pode anular o certame ou, preferencialmente, somente os atos prejudicados pelo defeito, preservando os demais.

É possível ainda revogar a licitação na hipótese da ocorrência de causa superveniente que torne a licitação contrária ao interesse público.

Sobre a revogação e anulação da licitação, prescreve o art. 49 da Lei n. 8.666/93 que “a autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por **razões de interesse público decorrentes de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta**, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado” (original sem grifos).

Inexistindo qualquer irregularidade ou acontecimento ensejador de revogação, a licitação será aprovada (homologada).

Contra decisões relativas à homologação cabe recurso no prazo de cinco dias úteis, sem efeito suspensivo.

▶ **IMPORTANTE:** A anulação da licitação não produz direito a indenização; na revogação, a indenização é devida. Se já houver vencedor, somente ele será indenizado.

▶ **ATENÇÃO:** Para alguns autores (corrente minoritária), a fase de adjudicação antecede a fase de homologação.

Fala-se hoje em **responsabilidade pré-negocial** do Estado para fazer referência à discussão acerca do dever de indenizar os licitantes nas hipóteses de revogação ou anulação do certame. Em princípio, predomina o entendimento de que a mera participação na licitação gera simples expectativa de direito à futura contratação, razão pela qual a revogação ou anulação do procedimento não ensejaria dever de indenizar.

Sobre o tema, prescreve o art. 49 da Lei n. 8.666/93: “A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de

interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado. § 1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei”.

Diferente é a situação do vencedor do certame. Estabelece o art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93: “A nulidade (da licitação) não exonera a Administração do dever de 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, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa”.

Porém, se houver **revogação ilícita** da licitação, isto é, decretada sem a ocorrência do fato superveniente pertinente e suficiente para justificar a conduta, os **licitantes devem ser indenizados desde que comprovados os prejuízos** (art. 37, § 6º, da CF).

7.20.5 Adjudicação

A última fase do procedimento da concorrência é a adjudicação, que consiste

A 178ª prova da Magistratura/SP considerou CORRETA a assertiva: “O último ato do processo licitatório, atribuindo ao vencedor o objeto da licitação, denomina-se adjudicação”.

no ato administrativo **declaratório e vinculado de atribuição jurídica do objeto** da licitação ao **vencedor do certame**.

Trata-se de ato administrativo declaratório porque reconhece a condição do adjudicatário, de vencedor da competição. Além disso, a adjudicação é ato vinculado à medida que a comissão é obrigada, após a homologação, a encerrar o procedimento com a prática desse ato que declara como adjudicatário o vencedor do certame.

A adjudicação produz **dois efeitos** principais:

- atribui o direito ao vencedor de **não ser preterido** na celebração do contrato;
- provoca a **liberação dos licitantes** vencidos.

Importante destacar que o adjudicatário não tem direito adquirido à celebração

A prova de Procurador do Estado do Ceará/2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: “Havendo interesse público superveniente, a Administração poderá deixar de firmar o contrato, ainda que o resultado da licitação já tenha sido homologado”.

do contrato, mas mera expectativa de direito. Isso porque, mesmo após a adjudicação, a **Administração não é obrigada a celebrar o contrato**, cabendo-lhe avaliar a conveniência e oportunidade da contratação.

Se, entretanto, houver celebração do contrato com preterição da ordem classificatória, é nula a contratação (art. 50 da Lei n. 8.666/93), passando o adjudicatário a ter direito adquirido de figurar no contrato.

A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair do direito à contratação, admitida uma prorrogação,

por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela **Administração**.

A Lei n. 8.666/93 faculta à Administração, quando o convocado não assinar o termo de contrato ou não aceitar ou retirar o instrumento equivalente no prazo e condições estabelecidos, a convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro **classificado**, inclusive quanto aos preços atualizados de conformidade com o ato convocatório, ou **revogar a licitação**.

Ultrapassados sessenta **dias** da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos.

Os atos, sempre vinculados, praticados na concorrência, e também sua ordem sequencial, são basicamente os mesmos que comandam a tomada de preços. O convite, a partir da classificação das propostas, segue igualmente o mesmo procedimento.

7.21 CONTRATAÇÃO DIRETA

A regra, no direito brasileiro, é a obrigatoriedade de prévia licitação para celebração de contratos administrativos. Entretanto, a própria Constituição Federal atribui ao legislador a competência para definir casos excepcionais em que a licitação não é realizada: **“ressalvados os casos especificados na legislação**, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública...” (art. 37, XXI).

Assim, excepcionalmente, a legislação autoriza a realização de **contratação direta sem licitação**.

O direito brasileiro prevê inúmeros casos em que a licitação não deve ser feita, ocorrendo contratação direta.

A prova de Analista do INSS/2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: “O adjudicatário que se recusar, injustificadamente, a assinar contrato administrativo está sujeito às penalidades pelo descumprimento total da obrigação assumida”.

A prova da OAB/SP elaborada pela Vunesp considerou CORRETA a afirmação: “Convocado o primeiro classificado de uma licitação, para assinar o respectivo termo de contrato no prazo regularmente estabelecido, este não comparece, nem se manifesta. Encerrado o prazo, nos termos da Lei n. 8.666/93, terá decaído o direito de contratar do primeiro classificado, podendo a Administração convocar os licitantes remanescentes, na ordem de classificação, para fazê-lo em igual prazo e nas mesmas condições propostas pelo primeiro classificado”.

A prova do Ministério Público/PE 2002 considerou CORRETA a afirmação: “Em matéria de licitações públicas, é certo que na licitação dispensável ou na inexigível, dentro das hipóteses cabíveis, a exclusão da obrigação de licitar exige um prévio ato da Administração Pública”.

▶ PERGUNTA: O que é credenciamento?

RESPOSTA: A par das hipóteses em que a legislação afasta o dever de realizar licitação, há casos de contratos administrativos que, pela sua natureza, são **celebrados** sem necessidade de licitação. É a situação, por exemplo, do contrato de credenciamento, com o qual o **Poder Público habilita qualquer interessado** em realizar determinada atividade, não havendo necessidade de estabelecer competição. Exemplo: credenciamento de hospitais para o SUS.

O estudo das hipóteses de contratação direta na Lei n. 8.666/93 revela a existência de **quatro institutos** diferentes: a) **dispensa**; b) **inexigibilidade**; c) **vedação**; d) **licitação dispensada**.

7.21.1 Dispensa de licitação

A prova da Magistratura/PA considerou CORRETA a assertiva: "Há dispensa do procedimento licitatório quando, apesar da possibilidade de sua realização, for inconveniente para a Administração Pública realizá-lo. Há inexigibilidade de licitação quando houver inviabilidade de competição".

decisão discricionária da Administração Pública. Exemplo: contratação de objetos de pequeno valor.

São hipóteses de dispensa de licitação (art. 24):

A prova do Ministério Público/RO considerou INCORRETA a assertiva: "É inexigível a licitação para obras e serviços de engenharia de até 10% do limite de R\$ 150.000,00, desde que não se refiram às parcelas de uma mesma obra ou serviço, ou ainda para obras da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e concomitantemente".

I – para obras e serviços de engenharia de valor até R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), desde que não se refiram a parcelas de uma mesma obra ou serviço ou ainda para obras e serviços da mesma natureza e no mesmo local que possam ser realizadas conjunta e **concomitantemente**;

II – para outros serviços e compras de valor até R\$ 8.000,00 (oito mil reais), nos casos previstos nesta Lei, desde que não se refiram a parcelas de um mesmo serviço, compra ou alienação de maior vulto que possa ser realizada de uma só vez;

▶ **ATENÇÃO:** Segundo a Orientação Normativa n. 10 da AGU: "A definição do valor da contratação levará em conta o período de vigência do contrato e as possíveis prorrogações para: a) a realização de licitação exclusiva (microempresa, empresa de pequeno porte e sociedade cooperativa); b) a escolha de uma das modalidades convencionais (concorrência, tomada de preços e convite); e c) o enquadramento das contratações previstas no art. 24, inc. I e II, da Lei n. 8.666, de 1993".

A prova de Gestor Governamental do Ministério do Planejamento 2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A lei prevê que nos casos de emergência ou calamidade pública a licitação é dispensável".

A prova de Auditor do TCE/SE considerou CORRETA a afirmação: "A situação de emergência ou de calamidade pública pode ensejar a dispensabilidade de licitação".

Previstos taxativamente no art. 24 da Lei n. 8.666/93, os casos de dispensa envolvem situações em que a **competição é possível**, mas sua realização **pode não ser** para a Administração **conveniente e oportuna**, à luz do interesse público. Assim, nos casos de dispensa, a efetivação da contratação direta é uma

concomitantemente;

III – nos casos de guerra ou **grave perturbação da ordem**;

IV – nos 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

e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos **contratos**;

A prova de Analista Judiciário do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Para a aquisição de bens necessários ao atendimento de determinada situação emergencial, o Poder Público poderá dispensar o procedimento licitatório".

V – 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;

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

VII – 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 art. 48 da Lei n. 8.666/93 e, persistindo a situação, será admitida a adjudicação direta dos bens ou serviços, por valor não superior ao constante do registro de preços, ou dos serviços;

VIII – para a aquisição, por pessoa jurídica de direito público interno, de bens produzidos ou serviços prestados por órgão ou entidade 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;

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

X – para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia;

XI – 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**;

XII – 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;

A prova de Assessor Jurídico do TCE/PI considerou CORRETA a afirmação: "Configura hipótese de dispensa de licitação, nos termos da Lei n. 8.666/93, a contratação de remanescente de obra, em consequência de rescisão contratual, atendida a ordem de classificação da licitação anterior e respeitada a oferta então realizada pela empresa a ser contratada".

XIII – 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 e não tenha fins lucrativos;

A prova de Analista do MPU elaborada pela Esaf considerou INCORRETA a afirmação: "Inclui-se no rol legal de hipóteses de dispensa de licitação a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Poder Executivo, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público".

XIV – 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;

XV – 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;

XVI – para a impressão dos diários oficiais, de formulários padronizados de uso da administração, e de edições técnicas oficiais, bem como para 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;

XVII – para a 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;

XVIII – nas compras ou contratações de serviços para o abastecimento de 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 e desde que seu valor não exceda ao limite previsto na alínea *a* do inciso II do art. 23 da Lei n. 8.666/93;

XIX – para as compras de material 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;

XX – 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;

XXI – para a aquisição de bens destinados exclusivamente a pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras

instituições de fomento a pesquisa credenciadas pelo CNPq para esse fim **específico**;

XXII – na contratação de fornecimento ou suprimento de energia elétrica e gás natural com concessionário, permissionário ou autorizado, segundo as normas da legislação específica;

XXIII – 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;

XXIV – para a celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no **contrato de gestão**;

XXV – na contratação realizada por Instituição Científica e Tecnológica – ICT ou por agência de fomento para a transferência de tecnologia e para o licenciamento de direito de uso ou de exploração de criação protegida;

XXVI – na **celebração de contrato de programa** com ente da Federação ou com entidade de sua administração indireta, para a prestação de serviços públicos de forma associada nos termos do autorizado em contrato de consórcio público ou em convênio de cooperação;

XXVII – 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;

XXVIII – para o fornecimento de bens e serviços, produzidos ou prestados no País, que envolvam, cumulativamente, alta complexidade tecnológica e defesa nacional, mediante parecer de comissão especialmente designada pela autoridade máxima do órgão;

XXIX – na aquisição de bens e contratação de serviços para atender aos contingentes militares das Forças Singulares brasileiras empregadas em operações de

A prova de Auditor do TC/PI considerou CORRETA a afirmação: "Configura hipótese de dispensa de licitação, nos termos da Lei n. 8.666/93, contratação para a aquisição de bens destinados exclusivamente à pesquisa científica e tecnológica com recursos concedidos pela CAPES, FINEP, CNPq ou outras instituições de fomento a pesquisa credenciadas no CNPq para esse fim específico".

A prova de Analista Judiciário do TRT/MS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "A União pode contratar, com dispensa de licitação, a prestação de serviços de organização social para atividades contempladas no contrato de gestão".

A prova da OAB Nacional elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "É dispensável a licitação na hipótese de celebração de contrato de programa entre entes da Federação ou com entidades da 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".

paz no exterior, necessariamente justificadas quanto ao preço e à escolha do fornecedor ou executante e ratificadas pelo Comandante da Força;

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

XXXI – nas contratações visando ao cumprimento do disposto nos arts. 3º, 4º, 5º e 20 da Lei n. 10.973, de 2 de dezembro de 2004, observados os princípios gerais de contratação dela constantes.

XXXII – na contratação em que houver transferência de tecnologia de produtos estratégicos para o Sistema Único de Saúde – SUS, no âmbito da Lei n. 8.080, de 19 de setembro de 1990, conforme elencados em ato da direção nacional do SUS, inclusive por ocasião da aquisição destes produtos durante as etapas de absorção tecnológica

XXXIII – na contratação de entidades privadas sem fins lucrativos, para a implementação de cisternas ou outras tecnologias sociais de acesso à água para consumo humano e produção de alimentos, para beneficiar as famílias rurais de baixa renda atingidas pela seca ou falta regular de água. (Incluído pela Lei n. 12.873/2013)”.

A respeito do tema dispensa de licitação, são relevantes os seguintes entendimentos normativos da AGU:

a) **Orientação Normativa n. 11 da AGU:** “A contratação direta com fundamento no inc. IV do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993, exige que, concomitantemente, seja apurado se a situação emergencial foi gerada por falta de planejamento, desídia ou má gestão, hipótese que, quem lhe deu causa será responsabilizado na forma da lei”.

b) **Orientação Normativa n. 12 da AGU:** “Não se dispensa licitação, com fundamento nos incs. V e VII do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993, caso a licitação fracassada ou deserta tenha sido realizada na modalidade convite”.

c) **Orientação Normativa n. 13 da AGU:** “Empresa pública ou sociedade de economia mista que exerça atividade econômica não se enquadra como órgão ou entidade que integra a Administração Pública, para os fins de dispensa de licitação com fundamento no inc. VIII do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993”.

d) **Orientação Normativa n. 14 da AGU:** “Os contratos firmados com as fundações de apoio com base na dispensa de licitação prevista no inc. XIII do art. 24 da Lei n. 8.666, de 1993, devem estar diretamente vinculados a projetos com definição clara do objeto e com prazo determinado, sendo vedadas a subcontratação; a contratação de serviços contínuos ou de manutenção; e a contratação de serviços destinados a atender às necessidades permanentes da instituição”.

7.21.1.1 Licitação fracassada e licitação deserta

Convém esclarecer que **licitação fracassada** é aquela em que comparecem interessados, mas nenhum atende às necessidades da Administração, caso em que deve ser **reaberto um prazo de oito dias úteis** para apresentação de nova documentação ou melhoria das propostas (art. 48, § 3º, da Lei n. 8.666/93).

Já na **licitação deserta**, publica-se o edital mas não acode nenhum interessado, sendo autorizada contratação direta por dispensa de licitação, justificadamente, se não puder ser repetido o certame sem prejuízo para a Administração, mantidas, nesse caso, todas as condições preestabelecidas (art. 24, V, da Lei n. 8.666/93).

7.21.2 Inexigibilidade

As hipóteses de inexigibilidade estão previstas **exemplificativamente no art. 25 da Lei n. 8.666/93**. São casos em que a realização do **procedimento licitatório é logicamente impossível por inviabilidade de competição**, seja porque o fornecedor é exclusivo, seja porque o objeto é singular.

Nos casos de inexigibilidade, a **decisão de não realizar o certame é vinculada**, à medida que, configurada alguma das hipóteses legais, à Administração não resta alternativa além da contratação direta.

De acordo com o art. 25 da Lei n. 8.666/93, é inexigível a licitação quando houver inviabilidade de **competição**, em especial:

“I – para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, 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;

▶ **ATENÇÃO:** De acordo com a **Orientação Normativa n. 16 da AGU:** “Compete à Administração averiguar a veracidade do atestado de exclusividade apresentado nos termos do art. 25, inc. I, da Lei n. 8.666, de 1993”. Relevante também o teor da **Orientação Normativa n. 17** sobre o mesmo dispositivo: “A razoabilidade do valor das contratações decorrentes de inexigibilidade de licitação poderá ser aferida por meio

A prova de Defensor Público/BA considerou INCORRETA a assertiva: “O rol de hipóteses de inexigibilidade previsto no art. 25 da Lei federal n. 8.666/93 é taxativo”.

A prova da OAB/RJ considerou CORRETA a assertiva: “A inexigibilidade de licitação decorre da inviabilidade de competição verificada no caso concreto”.

A prova de Procurador do Estado/RN considerou INCORRETA a afirmação: “Na inexigibilidade de licitação a competição é perfeitamente possível, sendo opção discricionária do administrador a não realização do certame licitatório. Nas hipóteses de dispensa de licitação é impossível realizar-se o procedimento licitatório”.

A prova de Procurador do Estado/RN considerou CORRETA a afirmação: “Na dispensa de licitação existe possibilidade de competição. A licitação deixa de ocorrer por opção discricionária do administrador. Na inexigibilidade a competição é inviável, porque apenas uma pessoa ou um único objeto satisfazem as necessidades da Administração”.

da comparação da proposta apresentada com os preços praticados pela futura contratada junto a outros entes públicos e/ou privados, ou outros meios igualmente idôneos". Quanto à contratação de conferencistas por notória especialização, enuncia a **Orientação Normativa n. 18**: "Contrata-se por inexigibilidade de licitação com fundamento no art. 25, inc. II, da Lei n. 8.666, de 1993, conferencistas para ministrar cursos para treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, ou a inscrição em cursos abertos, desde que caracterizada a singularidade do objeto e verificado tratar-se de notório especialista".

A prova de Procurador do Estado da Paraíba/2008 elaborada pelo Cespe considerou CORRETA a afirmação: "Um prefeito, tendo realizado contratação direta de um publicitário para a realização dos serviços de publicidade institucional da Prefeitura, justificou o seu ato sob o argumento de que, por se tratar de serviço técnico de notória especialização, não seria exigível a licitação. Na situação apresentada, a atitude do prefeito, à luz da Lei de Licitações, deve ser considerada errada, pois serviços de publicidade não podem ser classificados como de notória especialização, sendo necessário o procedimento de licitação para a contratação desse tipo de serviço".

II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 da Lei n. 8.666/93, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de **publicidade** e divulgação;

A contratação direta de **escritório de advocacia para o patrocínio de causas de massa**, como contencioso trabalhista ou cível, **não pode ser enquadrada como serviço técnico de natureza singular**⁷. Para contratar a realização de atividade, imprescindível realizar prévia licitação;

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

Considera-se de **notória especialização** 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** (art. 25, § 1º, da Lei n. 8.666/93).

7.21.3 Licitação vedada ou proibida

São situações excepcionais, identificadas pela doutrina e sem previsão expressa na lei, em que a **realização do certame licitatório violaria o interesse público** em razão da **extrema urgência** em obter certos bens ou serviços. São casos, portanto, nos quais a Administração Pública é obrigada a adotar a **decisão vinculada** de realizar a contratação direta pelo fato de a proteção do interesse público ser incompatível com o período de tempo necessário para concluir o procedimento licitatório. Exemplo: compra de vacinas durante epidemia.

⁷ Fundação Getúlio Vargas. Padrão de Respostas. Prova Discursiva. Direito Administrativo. Exame de Ordem 2010.3.

7.21.4 Licitação dispensada

Recentemente identificados pela doutrina, os casos de **licitação dispensada** não envolvem a possibilidade discricionária, como nas hipóteses convencionais de dispensa, de a Administração escolher entre promover a licitação ou realizar a contratação direta. Trata-se, portanto, de situações em que a contratação direta é uma **decisão vinculada**.

A própria Lei n. 8.666/93 distingue casos de licitação "dispensável" (art. 24, *caput*) e de licitação "dispensada" (art. 17). Naqueles, a Administração decide discricionariamente se a melhor solução é licitar ou contratar diretamente; nestes, a realização da licitação está de antemão excluída, dispensada.

As hipóteses de licitação dispensada estão **descritas taxativamente no art. 17** da Lei n. 8.666/93:

1) **alienação de bens imóveis** provenientes de:

- a) dação em pagamento;
- b) doação, permitida exclusivamente para outro órgão ou entidade da administração pública, de qualquer esfera de governo;
- c) permuta, por outro imóvel que atenda aos requisitos constantes do inciso X do art. 24 da Lei n. 8.666/93;
- 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, mediante iniciativa e deliberação dos órgãos da Administração Pública em cuja competência legal inclua-se tal atribuição;
- 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 m² e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da Administração Pública;

Confundindo licitação dispensável com licitação dispensada, a prova de Analista do Ministério Público da União elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "A alienação aos proprietários de imóveis lindeiros, de área remanescente ou resultante de obra pública, a qual se torne inapropriável, isoladamente, que a Lei n. 8.666/93 considera dispensável a licitação, para esse fim, é conceituada nesse diploma legal como sendo investidura".

A prova de Agente Fiscal da CGU/2008 elaborada pela Esaf considerou CORRETA a afirmação: "Pode ser dispensada a concorrência na alienação de bens imóveis da Administração Pública nas hipóteses de dação em pagamento, investidura, venda a outro órgão da Administração Pública e alienação gratuita ou onerosa em programas habitacionais".

A prova de Técnico Judiciário do TRT/RS elaborada pela FCC considerou CORRETA a afirmação: "Para a escolha de trabalho científico, técnico ou artístico, e nas concessões de direito real de uso, a Administração Pública deverá observar, respectivamente, as modalidades de licitação denominadas concurso e concorrência".

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 quinze módulos fiscais ou 1.500 ha, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

2) **alienação de bens móveis** provenientes de:

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;

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.

7.21.5 Responsabilidade por superfaturamento

De acordo com a art. 25, § 2º, da Lei n. 8.666/93, nas hipóteses de contratação direta por dispensa ou inexigibilidade, se **comprovado superfaturamento**, haverá **responsabilidade solidária**, pelo dano causado, do **fornecedor** ou **prestador de serviços** e do **agente público responsável**, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Trata-se de um **caso raríssimo**, um dos únicos, de responsabilidade solidária no Direito Administrativo brasileiro, pois a regra geral neste ramo é a natureza subsidiária da responsabilidade.

Quadro comparativo entre os diferentes institutos de contratação direta

	Dispensa	Inexigibilidade	Vedação	Licitação dispensada
Base legal	art. 24 da Lei n. 8.666/93	art. 25 da Lei n. 8.666/93	-----	art. 17 da Lei n. 8.666/93
Rol	taxativo	exemplificativo	-----	taxativo
Caracterização	casos em que a licitação é possível, mas pode ser inconveniente ao interesse público	a realização da licitação é logicamente impossível, por inviabilidade de competição	a situação emergencial torna proibida a promoção da licitação	a Lei n. 8.666/93 descreve casos em que a licitação é "dispensada", obrigando a contratação direta

Continua

Continuação

Quadro comparativo entre os diferentes institutos de contratação direta

Natureza da decisão	a decisão pela contratação direta é discricionária	a decisão pela contratação direta é vinculada	a decisão pela contratação direta é vinculada	a decisão pela contratação direta é vinculada
Exemplo importante	compra de objetos de pequeno valor	contratação de artista consagrado para <i>show</i> da Prefeitura	compra de vacinas durante epidemia	alienação de bens imóveis provenientes de doação em pagamento

7.22 CRIMES NA LEI N. 8.666/93

Os arts. 89 a 99 da Lei n. 8.666/93 tipificam alguns **crimes** relacionados com o **procedimento licitatório** e a celebração de **contratos administrativos**.

Podem incorrer nessas condutas tanto **particulares** licitantes quanto **agentes públicos**. Todos os crimes são de **ação penal pública incondicionada**, e seu cometimento não impede a aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa – Lei n. 8.429/92.

As condutas definidas como crime são as seguintes:

1) **dispensar** ou **inexigir** licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à **dispensa** ou à **inexigibilidade** (art. 89);

2) **frustrar** ou **fraudar**, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação (art. 90);

3) **patrocinar**, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo **Poder Judiciário** (art. 91);

4) **admitir**, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade (art. 92);

5) **impedir**, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório (art. 93);

6) **devassar** o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo (art. 94);

7) **afastar** ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo (art. 95);

A prova de Auditor do TCE/SE considerou CORRETA a afirmação: "O patrocínio direto ou indireto de interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário, está sujeito à pena de detenção de seis meses a dois anos, e multa".

8) fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente: a) elevando arbitrariamente os preços; b) vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada; c) entregando uma mercadoria por outra; d) alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida; e) tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato (art. 96);

9) admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo (art. 97);

10) obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito (art. 98).

▶ **ATENÇÃO:** Segundo recente entendimento do Supremo Tribunal de Federal, a realização de consulta formulada a órgão jurídico, sobre a exigibilidade do dever de licitar, afasta o dolo da contratação feita sem licitação (Inquérito 2.482/MG, julgado em 15 de setembro de 2011).

7.23 REGIME DIFERENCIADO DE CONTRATAÇÕES PÚBLICAS (RDC) – LEI N. 12.462, DE 5 DE AGOSTO DE 2011

Aproveitando que o Brasil foi confirmado como país-sede da Copa do Mundo de 2014 e dos Jogos Olímpicos de 2016, o governo federal conseguiu aprovar no Congresso Nacional a Lei n. 12.462/2011, que institui o controvertido RDC, Regime Diferenciado de Contratações Públicas, com o objetivo de viabilizar as obras e contratações necessárias para criar a infraestrutura indispensável para receber os dois eventos.

A utilização do RDC é exclusiva para licitações e contratos vinculados à realização da:

- 1) **Copa das Confederações (2013);**
- 2) **Copa do Mundo (2014);**
- 3) **Jogos Olímpicos e Paralímpicos (2016);**
- 4) 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 eventos acima;
- 5) ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento – **PAC**;
- 6) obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – **SUS**;
- 7) obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de **estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo**.

É o que está previsto logo no art. 1º da Lei do RDC:

“Art. 1º É instituído o Regime Diferenciado de Contratações Públicas (RDC), aplicável exclusivamente às licitações e contratos necessários à realização:

I – dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos de 2016, constantes da Carteira de Projetos Olímpicos a ser definida pela Autoridade Pública Olímpica (APO); e

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 (trezentos e cinquenta quilômetros) das cidades sedes dos mundiais referidos nos incisos I e II;

IV – das ações integrantes do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC);

V – das obras e serviços de engenharia no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS;

VI – das obras e serviços de engenharia para construção, ampliação e reforma de estabelecimentos penais e unidades de atendimento socioeducativo”.

O RDC possui **4 objetivos** (art. 1º, § 1º): a) ampliar a eficiência nas contratações públicas e a competitividade entre os licitantes; b) promover a troca de experiências e tecnologias em busca da melhor relação entre custos e benefícios para o setor público; c) incentivar a inovação tecnológica; d) assegurar tratamento isonômico entre os licitantes e a seleção da proposta mais vantajosa para a administração pública.

Quanto ao **procedimento** do RDC, merecem destaque algumas **características especiais**:

a) a possibilidade de a administração pública contratar mais de uma empresa ou instituição para executar o mesmo serviço (**multiadjudicação**), desde que não implique perda de economia de escala, quando o objeto da contratação puder ser executado de forma concorrente e simultânea por mais de um contratado ou a múltipla execução for conveniente para atender à administração pública (art. 11);

b) **inversão das fases naturais** da licitação, com o julgamento das propostas precedendo a habilitação (art. 12);

c) **uso preferencial do RDC eletrônico** (art. 13);

d) **oferecimento das propostas** poderá ser realizado pelo **sistema de disputa aberto**, no qual os licitantes apresentarão suas ofertas por meio de lances públicos e sucessivos, crescentes ou decrescentes, conforme o critério de julgamento adotado, ou **no modo de disputa fechado**, em que as propostas apresentadas pelos licitantes serão sigilosas até a data e a hora designadas para que sejam divulgadas (art. 17);

e) **sigilo dos orçamentos** até o fim da licitação.

Esta última característica presente no regime do RDC é o aspecto mais polêmico da nova lei. Os críticos desse modelo consideram inconstitucional, por atentatô-

rio ao princípio da publicidade, manter-se em sigilo até o final da licitação o valor que o Poder Público pretende gastar com a contratação. Nas demais licitações, o próprio edital declara qual o valor máximo disponível em caixa para ser gasto com a celebração do contrato, o que garante mais transparência no controle das despesas.

Outro aspecto bastante polêmico da Lei do RDC é o **contrato de eficiência**. Trata-se de um contrato acessório que terá por objeto a prestação de serviços, incluindo 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 **contrato remunerado com base no percentual da economia gerada** (art. 23, § 1º).

Estranha também é a hipótese chamada de **contratação integrada**, na qual obras e serviços são contratados **sem projeto básico aprovado pela autoridade competente** (art. 8º, § 5º), em flagrante violação dos requisitos básicos exigidos para um edital segundo o disposto no art. 40 da Lei n. 8.666/93.