

JULIANO JOSÉ LOPES

Mestrando em Direito Constitucional. Pós-Graduado LL.M. (Legal Law Master) em Business & Law (MBA Direito Corporativo da Estação-Ibmec). Diretor da JML Consultoria & Eventos. Colaborador da obra Repercussões da Lei Complementar 123/06 nas licitações públicas, Curitiba: JML Editora, 2008. Colaborador e integrante da equipe de apoio técnico da Revista JML de Licitações e Contratos..

JULIETA MENDES LOPES VARESCHINI

Advogada e Consultora em Curitiba, Paraná; Diretora e Responsável Técnica da JML Consultoria & Eventos Ltda.; Mestranda em Direito pela UNIBRASIL; Coordenadora e professora do curso de Especialização em Licitações e Contratos da UNIBRASIL; Atuou na Procuradoria Jurídica da Federação das Indústrias do Estado do Paraná, na área de Licitações e Contratos Administrativos; Autora da obra Licitações e Contratos no Sistema S, Editora JML, 2. ed., 2008; Organizadora da obra Repercussões da Lei Complementar 123/06 nas licitações públicas, Editora JML, 2008.

“Não se pode imaginar a licitação como um conjunto de formalidades desvinculadas de seus fins. A licitação não é um jogo, em que se pode naturalmente ganhar ou perder em virtude de milimétrico desvio em relação ao alvo - risco que constitui a própria essência, e graça, dos esportes.”¹

A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO FORMALISMO NAS LICITAÇÕES PÚBLICAS

1. DEVER DE LICITAR

A obrigação de licitar decorre da noção de que o Estado existe para atender aos anseios da coletividade e que, para tanto, manuseia recursos públicos. Ao fazê-lo, deverá demonstrar que está gerindo tais recursos da melhor forma possível. Nessa perspectiva, quando se fizer necessário contratar com terceiros para adquirir os bens e serviços indispensáveis ao atendimento dos interesses da coletividade deve sempre buscar a melhor proposta existente no mercado.

¹ SUNDFELD, Carlos Ari; PORTO NETO, Benedicto Pereira. “Licitação para concessão do serviço móvel celular”. *in* Informativo - licitações e contratos. nº 49 - março/98. Zênite - Informação e Consultoria em Administração Pública. p. 204.

A licitação é, como regra, o meio previsto no ordenamento jurídico pátrio de que se utiliza o Estado para selecionar a melhor proposta apresentada. Além disso, é um importante instrumento para assegurar a igualdade nas oportunidades de contratar, dentre todos os interessados que possuam as condições mínimas para executar satisfatoriamente o objeto. Trata-se de prestígio ao princípio da isonomia.

A Constituição Federal plasmou tal entendimento ao prever expressamente o dever de licitar da Administração Pública, direta e indireta, em seu art. 37, inciso XXI. Dessa feita, além de observar os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, deve a Administração Pública direta e indireta:

“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”. (grifou-se)

Para regulamentar o aludido dispositivo constitucional foi editada a Lei 8.666/93, que impôs, como regra, o dever de licitar, em seu art. 2º, nos seguintes termos:

“Art. 2º - As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei”.

Licitação, portanto, é um procedimento² e tem por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa ao interesse público, mediante as condições previamente fixadas e divulgadas no edital, em face da necessidade da Administração de

² E, sendo um procedimento, é composto de uma série encadeada de atos tendentes à produção de um ato final que é a contratação.

comprar, alienar ou contratar a prestação de um determinado serviço ou obra, dentre outros.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua licitação como:

“(...) o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras e serviços, outorgar concessões, permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ela estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados”.³

O procedimento licitatório destina-se ao alcance de dois objetivos básicos: (a) a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público, em face do dever da Administração de aplicar da melhor maneira possível os recursos que administra e (b) assegurar igualdade de condições a todos os interessados no objeto licitado, uma vez que não possui liberdade de contratação.

Assim, para atender ao interesse público, a regra é licitar, proporcionando igualdade de condições a todos os concorrentes, sendo dispensável ou inexigível a licitação apenas, excepcionalmente, nos casos autorizados em Lei.

Com efeito, é requisito para a instauração da licitação a existência de competitividade. Por evidente, só existe competitividade quando houver mais de uma possibilidade de contratação, tanto no que se refere ao objeto (mais de um), quanto no que concerne ao fornecedor (mais de um).

Portanto, muito embora a licitação seja um dever imposto constitucionalmente, ela deverá ser afastada na hipótese de singularidade de objeto ou de fornecedor. Neste sentido é a previsão do *caput* e incisos do artigo 25 da Lei 8.666/93, que prescrevem:

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 494.

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;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

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”.

Há situações em que, mesmo sendo viável competição, o legislador previu a possibilidade de afastar a licitação, com o intuito de melhor satisfazer o interesse público. São os casos de dispensa de licitação contemplados nos artigos 17 e 24 da Lei 8.666/93.

O artigo 24 prevê as hipóteses em que, muito embora seja possível a instauração do procedimento licitatório, não é, ao menos em tese, conveniente ao interesse público, seja pelo reduzido valor da contratação, pela emergência no atendimento à necessidade pública, pelas características em que se encontra a Administração ou o particular, etc. O art 17, por sua vez, trata da alienação de bens móveis e imóveis, sendo que o dispositivo disciplina alguns casos em que o certame pode ser afastado.

Saliente-se que a Lei prescreve um rol taxativo para a dispensa de licitação, de sorte que somente nestas hipóteses poderá a Administração adotar referido procedimento, enquanto que os casos de inexigibilidade mencionados nos incisos do art. 25 são meramente exemplificativos, existindo, pois, outras situações que podem conduzir a inexigibilidade em face da inviabilidade de competição.

Em suma, pode-se concluir que nos casos de inexigibilidade o procedimento licitatório é materialmente impossível, na medida em que não será eficaz para o atendimento do interesse da coletividade. Na dispensa, por sua vez, há

possibilidade de realizar a licitação, porém, em face das características do caso concreto, mostra-se mais vantajosa e conveniente a contratação direta. Nesse último caso, portanto, cabe “à Administração Pública ajuizar, a cada caso, da conveniência e oportunidade da dispensa”⁴.

2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS

Princípios são normas informativas, os fundamentos que integram um determinado sistema normativo, de forma que as regras editadas devem estar respaldadas nesses princípios, sob pena de afronta ao ordenamento jurídico.

J.J. Gomes Canotilho assinala que “... os princípios são multifuncionais. Podem desempenhar uma função argumentativa, permitindo, por exemplo denotar a *ratio legis* de uma disposição ... ou revelar normas que não são expressas por qualquer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juízes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito”⁵.

Carlos Ari Sundfeld, por seu turno, afirma que “na aplicação do Direito, os princípios cumprem duas funções: determinam a adequada interpretação das regras e permitem a colmatação de suas lacunas”⁶.

Dworkin, por seu turno, confere normatividade aos princípios, distinguindo estes das regras mediante um critério lógico, “de modo que os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, **mas distingue-se quanto à natureza de orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo ou nada.** Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que

⁴ GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 464.

⁵ J.J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. 5. ed., Coimbra, Almedina, 1992, p. 173.

⁶ Carlos Ari Sundfeld conclui que dessa assertiva decorrem as seguintes situações: i) é incorreta a interpretação de uma regra, quando dela deriva contradição com os princípios; ii) quando uma regra comportar mais de uma interpretação, prevalecerá a que melhor se afinar com os princípios; e iii) quando uma regra resultar mais extensa ou mais restritiva que o princípio, aplica-se a interpretação que mais se aproximar da questão principiológica. SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 19.

ela fornece deve ser aceita ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”.⁷

Na hipótese de antinomia de regras aponta o autor a solução do conflito:

“Se **duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida**. A decisão de saber qual delas é válida e qual deve ser abandonada ou reformulada, deve ser tomada recorrendo-se a considerações que estão além das próprias regras. **Um sistema jurídico pode regular esses conflitos através de outras regras** que são precedência à regra promulgada pela autoridade de grau superior, à regra promulgada mais recentemente, à regra mais específica ou outra coisa desse gênero. **Um sistema jurídico também pode preferir a regra que é sustentada pelos princípios jurídicos mais importantes**. (Nosso sistema jurídico {norte-americano} utiliza essas duas técnicas)”.⁸

Os princípios, por seu turno:

“possuem uma dimensão que as regras não têm – **a dimensão de peso e importância**. Quando os princípios se inter cruzam (por exemplo, a política de proteção aos compradores de automóveis se opõe aos princípios de liberdade de contrato), aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um. Esta não pode ser, por certo, uma mensuração exata e o julgamento que determina que um princípio ou uma política particular é mais importante que outra frequentemente será objeto de controvérsia. Não obstante, essa dimensão é uma parte integrante do conceito de um princípio, de modo que faz sentido perguntar que peso que tem ou quão importante ele é.”⁹

Dessa feita, quando dois princípios entrarem em colisão, o intérprete, com fundamento no critério de ponderação, deverá optar por um deles, sendo necessário considerar o peso relativo de cada um dos princípios aplicáveis ao caso. Cumpre destacar que, na visão de Robert Alexy, a ponderação pode ser dividida em três passos: 1) definição do grau da insatisfação ou da afetação de um dos princípios; 2) definição da importância da satisfação do princípio em sentido contrário; 3) verificação se a

⁷ DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 39.

⁸ DWORKIN. Ronald. *Levando...* p. 43.

⁹ DWORKIN. Ronald. *Levando...* p. 42.

importância da satisfação do princípio em sentido contrário respalda a afetação ou não do outro princípio em jogo. Segundo a lição do autor: “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importância de la satisfacción del outro”.¹⁰

No entanto, impende destacar que, diferentemente do que ocorre com as regras, a escolha de um princípio em detrimento do outro em um caso concreto não acarretará a perda de sua eficácia em outras hipóteses.

Sobre o tema sintetiza Flávio Quinaud Pedron:

“Já os princípios jurídicos, diferentemente das regras, não apresentam as conseqüências jurídicas que seguem quando as condições de aplicação são dadas. Eles não pretendem, nem mesmo, estabelecer as condições que tornam sua aplicação necessária. Ao contrário, enunciam uma razão que conduz a um argumento e a uma determinada direção. É por isso que, com relação aos princípios não há exceções, pois elas não são, nem mesmo em teoria, suscetíveis de enumeração.”¹¹

É de importância salutar para a resolução dos conflitos ocorridos na licitação, bem como para a interpretação das normas que incidem nesse procedimento, a compreensão dos princípios aplicáveis.

Com efeito, para a consecução dos objetivos a que se presta o certame licitatório, é imprescindível o respeito aos princípios esculpidos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal e no art. 3º da Lei 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 37 – A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de **legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência** e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação

¹⁰ ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madrid. Fundacion Beneficência et peritia iuris, 2004, p. 48.

¹¹ PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. Revista CEJ, Brasília, n.30, p. 70-80, jul/set, 2005. In: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero30/artigo10.pdf>.

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”.

(...)

“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração 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 lhe são correlatos.**” (grifos nossos)

O princípio da legalidade expressa o dever da Administração de amoldar-se ao ordenamento jurídico vigente, de forma que os atos praticados devem estar em conformidade com as normas a ela aplicáveis. Decorre desse princípio o dever do órgão contratante de só exigir do particular o que estiver previsto em lei, uma vez que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.¹²

Importa destacar que o conceito de legalidade para o direito público é diverso daquele de direito privado. Na esfera privada o princípio da legalidade assegura ao particular o direito de fazer tudo aquilo que a Lei não veda, enquanto que para a Administração o princípio informa ao administrador, mero gestor da coisa pública, que ele só poderá agir nos casos previstos em lei.

Consoante assevera Hely Lopes MEIRELLES, “significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar civil e criminal, conforme o caso”.¹³

Em decorrência da Reforma Administrativa, a concepção inicial do princípio da legalidade passou a ter conotação diversa para a doutrina majoritária.

¹² Artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal.

¹³ MEIRELLES, *Direito...*, p. 82.

Por oportuno, é mister analisar os comentários tecidos por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

Um dos princípios que mais vem sofrendo embates em decorrência da Reforma da Administração Pública é o da legalidade. Os teóricos da Reforma entendem que a legalidade estrita no sentido em que vem sendo entendida – *a Administração só pode fazer o que a lei permite* – impede ou dificulta a introdução do gerenciamento na Administração Pública (...). Os paradigmas em que se baseia o direito administrativo, elaborados no período do liberalismo, teriam se tornado incompatíveis com o Estado Social e Democrático de Direito: especialmente a **estrita legalidade** (...).¹⁴

Assim sendo, atualmente a doutrina majoritária defende que esse princípio deve ser interpretado em um sentido mais amplo, qual seja, de que a conduta da Administração deve amoldar-se ao ordenamento jurídico como um todo e não apenas à lei formal. Há, portanto, a necessidade de adequação da conduta administrativa ao conjunto de normas e princípios que formam o regime jurídico-administrativo.

Essa nova conotação do primado da legalidade vem sendo denominada de princípio da juridicidade. A fim de elucidar a idéia acima esposada, convém transcrever as lições de Carmen Lúcia Antunes ROCHA:

Em sua primeira afirmação de conteúdo, o princípio da legalidade administrativa era entendido como a obrigatoriedade de adequação entre um ato da Administração Pública e uma previsão legal na qual ele tivesse a sua fonte.

Daí por que *Hauriou* baseou-se no princípio “da legalidade” para elaborar a sua teoria sobre o regime administrativo, no qual não era a lei que se submetia à Administração Pública, antes era esta que à lei se sujeitava. A lei passou a ser considerada, então, sede única do comportamento administrativo, sua fonte e seu limite.

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 57-58.

Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como Estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como “princípio da juridicidade”.¹⁵

Infere-se, portanto, que é condição inafastável para que a conduta administrativa goze de juridicidade que ela esteja em perfeita harmonia com o conjunto de regras e princípios que informam o regime jurídico-administrativo, não bastando a simples compatibilidade com a lei formal.

Ligado ao princípio da legalidade, está o da finalidade, haja vista que para o efetivo cumprimento da lei é imprescindível o atendimento da finalidade preestabelecida pela norma. Nesse sentido, só se cumpre a legalidade quando atendida a finalidade da lei.

Consoante asseverou Víctor Nunes LEAL “se a Administração não atende ao fim legal, a que está obrigada, entende-se que abusou de seu poder”.¹⁶

Expressamente alocado no art. 37, *caput*, da CF, o princípio da impessoalidade pode ser interpretado sob duas facetas. Para tal análise, é oportuno trazer a lume os apontamentos de Maria Sylvia Zanella DI PIETRO:

Exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração. No primeiro sentido, o princípio estaria relacionado com a **finalidade pública** que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento.

(...)

No segundo sentido, o princípio significa, segundo José Afonso da Silva (1989:562), baseado em Gordillo que ‘os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao

¹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 79

¹⁶ *Apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 68.

órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal'.¹⁷

A impessoalidade caracteriza-se, portanto, na atuação administrativa pautada em critérios objetivos, isenta de qualquer valoração subjetiva do agente que possa auxiliar ou prejudicar determinada pessoa. Esse primado nada mais é do que o princípio da isonomia (art. 5º, *caput* da Carta Magna vigente) trazido para o âmbito da Administração Pública.

O princípio da moralidade impõe à Administração Pública e aos seus agentes o dever de atuar em conformidade com os princípios éticos, compatíveis com suas finalidades e natureza. A gestão dos interesses coletivos pressupõe ética, probidade e honestidade.

É dever da Administração agir conforme a lei, porém não apenas isso: também deve agir de acordo com a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e equidade, a idéia comum de honestidade¹⁸.

Igualdade significa conferir o mesmo tratamento àqueles que se encontram em uma mesma posição jurídica. Dessa forma, em licitação, não se veda o tratamento diferenciado. O que se proíbe é a diferenciação sem justificativa plausível. Quando se especificam no edital as exigências que o licitante e o produto ofertado devem atender, na verdade, está se fazendo uma discriminação entre aqueles que estão aptos a satisfazer o interesse público e aqueles que não estão.

Isso não é proibido, na medida em que é dever da Administração Pública buscar a melhor proposta para a consecução da finalidade almejada. O que o princípio da igualdade veda é a discriminação imotivada, que não guarde nenhuma pertinência com a necessidade pública. Assim, todos os que atenderem as condições estabelecidas no edital devem ser tratados de maneira isonômica.

Nesse sentido, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz asseveram que “a desigualdade não é repelida, o que se repele é a desigualdade injustificada”¹⁹.

¹⁷ DI PIETRO, *Discricionariedade...*, p. 71.

¹⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito...*, p. 306.

¹⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 24.

O princípio da publicidade consagra o dever de transparência administrativa. Está expressamente previsto no artigo 3º, § 3º, da Lei 8.666/93, nos seguintes termos: “A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo da proposta até a respectiva abertura.”

De acordo com esse artigo, os atos que integram o procedimento licitatório devem ser dados a conhecer a todos os interessados, bem como publicados nas formas previstas na Lei. Extrai-se desse dispositivo, também, o princípio do sigilo das propostas que, além de proibir a abertura antes do prazo fixado no edital, exige dos licitantes a apresentação das ofertas em envelopes lacrados, foscos, sem transparências e a verificação de sua inviolabilidade no momento da abertura. É justamente o sigilo das propostas que possibilita a competitividade do certame e proporciona ao ente público a obtenção da oferta mais vantajosa.

Quanto à probidade, ela “ordena à Administração que o único interesse a prevalecer é o público e que a única vantagem a ser buscada é a da proposta que melhor atenda ao interesse público”²⁰.

No que se refere à vinculação ao instrumento convocatório, deve o órgão licitante, como forma de propiciar segurança aos interessados, atuar em conformidade com o estritamente estipulado no edital ou convite. Nesse sentido, frise-se que o ato convocatório vincula a Administração e os licitantes, sendo imprescindível que o julgamento ocorra em harmonia com os critérios ali especificados. Elaborado o instrumento convocatório, encerra-se a discricionariedade do administrador público.

Na basilar lição de Hely Lopes Meirelles, “o edital é a lei interna da licitação e, como tal, vincula aos seus termos tanto os licitantes como a Administração que o expediu (art. 41)”²¹.

Ainda, continua o autor:

“Assim, estabelecidas as regras do certame, tornam-se inalteráveis para

²⁰ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 36.

²¹ MEIRELLES, *Direito...*, p. 257.

aquela licitação, durante todo o procedimento. Se no decorrer da licitação a Administração verificar sua inviabilidade, deverá invalidá-la e reabri-la em novos moldes, mas, enquanto vigente o edital ou convite, não poderá desviar-se de suas prescrições, quer quanto à tramitação, quer quanto ao julgamento”.²²

Conforme pontuado por Lúcia Valle Figueiredo, ao referir-se ao ato convocatório, “se é lícito à Administração usar de alguma discricionariedade em sua elaboração, uma vez publicado torna-se imutável durante todo o transcurso do procedimento”²³.

Estritamente vinculado a esse princípio está o do julgamento objetivo, ao exigir que o certame seja processado e julgado em vista de critérios precisos e objetivos previstos no ato convocatório, de acordo com o tipo de licitação adotado.

Sendo assim, definidas as condições e publicado o instrumento convocatório, fica a entidade estritamente vinculada aos seus termos, não podendo estabelecer exigências ou condições nele não previstas, nem tampouco praticar atos não amparados pelo edital.

Importa destacar, contudo, que o princípio da vinculação ao edital não é absoluto, devendo este ser interpretado em consonância com os demais princípios, principalmente os da finalidade, razoabilidade e proporcionalidade, tendo-se em mira sempre o objetivo precípuo da licitação: a seleção da proposta mais vantajosa.

Os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, ainda que não previstos de forma expressa na Lei, são aplicáveis porquanto decorrem do próprio ordenamento jurídico. “Não há necessidade de sua consagração explícita. Sua natureza é instrumental, eis que se destina a nortear, orientar e controlar aplicação e interpretação do Direito, assegurando a supremacia dos valores e princípios fundamentais – entre os quais avultam os da dignidade da pessoa humana e da República”²⁴.

O princípio da razoabilidade tem por escopo impedir a prática de atos incoerentes e discrepantes do razoável. Assim, a entidade deverá se pautar em

²² MEIRELLES, *Direito...*, p. 257.

²³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Direito dos licitantes*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 44.

²⁴ JUSTEN FILHO, *Comentários...*, p. 51.

critérios razoáveis do ponto de vista racional quando da interpretação do ato convocatório e do julgamento da licitação, sendo vedada a adoção de conduta que afronte o senso comum de normalidade.

A proporcionalidade, por sua vez, tem o intuito de evitar que a conduta seja excessiva, devendo-se praticar o ato na proporção suficiente à consecução da finalidade preestabelecida na norma, sob pena de invalidação.

Quando da aplicação desses postulados, deve-se compatibilizar os dois objetivos precípuos da licitação, quais sejam: seleção da proposta mais vantajosa e tratamento igualitário entre todos os interessados.

Nessa esteira, foi a decisão do STJ: “as regras do procedimento licitatório deverão ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação do maior número de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa”²⁵.

A competitividade, por seu turno, expressa a existência de disputa entre potenciais interessados no ramo do objeto. Constitui a própria essência da licitação, porquanto sendo inviável a competição, será hipótese de inexigibilidade.

Saliente-se que o primado da eficiência inserido no texto constitucional com o advento da Emenda Constitucional n° 19/98 expressa o dever da entidade de buscar a melhor solução com o menor dispêndio de recursos. “O controle da economicidade significa, portanto, controle da eficiência na gestão financeira e na execução orçamentária, consubstanciada na minimização dos custos e gastos públicos”²⁶.

Nas lições de Hely Lopes Meirelles:

“exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da atuação administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e

²⁵ MS 5.606 – DF, Rel. Min. José Delgado.

²⁶ Dr. Lucas Rocha Furtado, Ministério Público do TCU. D.O.U de 9/12/96, p. 26.242.

satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros²⁷.

Além dos princípios enunciados, deve-se acrescentar o da motivação, indispensável para viabilizar o controle dos atos proferidos em sede de licitações públicas. A motivação consiste, conforme já asseverado, na explicitação das razões de fato e de direito que respaldaram a prática do ato.

Ressalte-se que, ao contrário do que muitos autores defendiam, o princípio da motivação deve estar presente em qualquer tipo de ato administrativo e não somente nos atos ditos discricionários, uma vez que tal formalidade é requisito *sine qua non* para viabilizar o controle de legalidade de todo e qualquer ato exarado no exercício da função administrativa.

Não obstante, tratando-se de ato vinculado, cuja providência já está, portanto, tipificada na lei, o mais importante é a aferição da ocorrência do motivo pelo qual o ato foi emitido, não sendo requisito indispensável à sua validade a motivação em momento anterior. Nesse sentido, se o ato não foi motivado, mas for possível comprovar-se, *de forma inequívoca*, a ocorrência dos motivos *a posteriori*, não há que se cogitar de sua invalidação, considerando-se convalidado o vício em voga.

Sendo, contudo, discricionário, a ausência de motivação torna o ato viciado, devendo este ser invalidado, salvo raríssimas exceções. Isto porque a Administração poderia, posteriormente à produção do ato, inventar um motivo para fundamentar tal prática.

Vislumbra-se, em hipóteses excepcionais, a possibilidade de a Administração motivar *a posteriori* o ato discricionário, desde que reste caracterizado de forma inquestionável que “(a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se estes três fatores concorrerem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior”.²⁸

²⁷ MEIRELLES, *Direito...*, p. 104.

²⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 369.

De qualquer sorte, independentemente da natureza do ato, sempre é recomendável sua motivação, no intuito de viabilizar seu controle e, inclusive, afastar eventuais responsabilizações.

Referido princípio está expressamente previsto no art. 2º da Lei 9.784/99, diploma que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal:

“Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, **motivação**, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”. (grifou-se)

No mesmo sentido é previsão do art. 50 da referida Lei:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito”.

Ainda que não houvesse previsão expressa nesse sentido, restaria o dever da Administração Pública de motivar seus atos, por decorrência lógica da concepção de Estado Democrático de Direito, o qual exige uma atuação pública transparente e em consonância com o ordenamento jurídico, permitindo-se o controle por toda a sociedade dos atos praticados pelo Poder Público, o que só se mostra possível quando presente a motivação nos referidos atos.

Com efeito, o controle do exercício da função administrativa somente é factível por meio da motivação do ato administrativo, ou seja, quando for possível constatar as razões de fato e de direito que levaram a Administração Pública a adotar uma determinada conduta. É a motivação que explicita se o ato foi praticado em consonância com uma finalidade pública, bem como a subsunção do suporte fático ao jurídico, dentre outros elementos imprescindíveis à legalidade do ato administrativo.

Em suma, a motivação é indispensável para viabilizar o controle do ato administrativo, bem como para afastar eventual responsabilização do agente público, na medida em que somente diante da análise das justificativas explicitadas por este é que se poderá aferir se não houve desvio de poder ou ilegalidade.

Conforme asseverado por José Anacleto Abduch SANTOS:

“Ao realizar uma opção administrativa (decisão) o administrador toma em consideração aspectos de ordem fática, jurídica e político-institucional que devem ser dados a conhecer formalmente no processo. Tal imposição, decorrente da aplicação do princípio, além de fornecer instrumental efetivo para a realização de outros princípios, como acima dito, constitui mecanismo de preservação da história (memória) administrativa. Propiciatório, portanto, de referencial teórico para orientar futuras condutas, e de garantia do próprio administrador, que se liberta de ilações destituídas de fundamento acerca dos motivos que levaram à prolação daquela decisão, e não de outra diversa. A motivação pode inclusive conter, além das razões de fato e de direito que levaram à decisão administrativa concreta, considerações sobre as opções técnico-jurídicas que se

apresentaram ao administrador e foram descartadas, demonstrando inclusive que a opção feita, em contraste com as que se puseram à escolha, era a melhor em face do princípio da eficiência administrativa.

A síntese empírica do princípio da motivação pode ser expressada como a manifestação do administrador que se orienta para responder a um “por quê?”. Se a resposta a esta questão – por quê foi proferida esta decisão, e não outra? – contiver substância e conteúdo técnico-jurídico aptos a promover o convencimento de quem esteja a analisar, e mesmo julgar, a decisão administrativa - no sentido de que a opção realizada foi a melhor e mais adequada à luz dos demais princípios administrativo-constitucionais - estará atendido o requisito jurídico da motivação”.²⁹

Esses postulados, então, informam o regime jurídico aplicável à licitação e devem pautar a conduta de todos aqueles envolvidos no processamento e julgamento do certame, impondo-se ao intérprete uma leitura desses princípios em consonância com os objetivos precípuos da licitação.

De fato, analisando-se a evolução legislativa afeta às licitações ao longo dos últimos anos, é possível perceber uma clara mudança no sentido de tornar o certame mais ágil e eficiente e menos formalista. Cabe ao administrador preocupar-se muito mais com a consecução da finalidade para a qual a licitação foi criada – seleção da proposta mais vantajosa, garantindo-se a igualdade de condições entre os interessados – do que com o cumprimento das formas.

Bem demonstra essa tendência o advento da modalidade pregão, assim como o Projeto de Lei 7.709/07 (PLC 32/07) que visa alterar a Lei de Licitações e Contratos.

3. O PROCESSAMENTO DA LICITAÇÃO: A BUSCA PELA CELERIDADE E PELA CONSECUÇÃO DA PROPOSTA MAIS VANTAJOSA

Conforme já destacado, a Lei 8.666/93 instituiu normas gerais para licitações e contratos no âmbito da Administração Pública, prevendo em seu art. 22

²⁹ SANTOS, José Anacleto Abduch. *As decisões administrativas na fase interna do processo licitatório*. Revista JML de Licitações e Contratos n° 06, março de 2008, seção doutrina, p. 30.

cinco modalidades³⁰ para a realização do certame, quais sejam: concorrência; tomada de preços; convite; concurso e leilão. O aludido art. 22 conceitua cada modalidade nos seguintes termos:

“Art. 22. São modalidades de licitação:

I - concorrência;

II - tomada de preços;

III - convite;

IV - concurso;

V - leilão.

§ 1º 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.

§ 2º Tomada de preços é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

§ 3º Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas.

§ 4º 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.

³⁰ Conforme já conceituado por Julieta Vareschini, em sua obra *Licitações e Contratos no Sistema S*: “modalidade é a maneira pela qual a licitação será realizada. É o procedimento a ser adotado, conforme o caso e na forma prevista no Regulamento, para a seleção, em igualdade de condições, da proposta mais vantajosa. Dependendo da modalidade eleita, o procedimento será diverso no tocante à forma e prazo de publicação, às exigências de habilitação, bem como em relação à seqüência dos atos”. VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e contratos no Sistema S*. Curitiba: JML Editora, 2007, p. 46.

§ 5º 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”.

Em regra, o que determina a escolha da modalidade é o valor estimado da contratação, conforme previsão do artigo 23 da Lei 8.666/93³¹. Em alguns casos, porém, não será o valor da contratação que servirá de parâmetro, mas sim as especificações do objeto como, por exemplo, nas modalidades concurso e leilão.

Ademais, há que se considerar a complexidade do objeto, isto porque, ainda que o valor da contratação esteja compreendido no limite estipulado para o convite, por exemplo, não se cogita sua utilização para a seleção de objetos complexos, tendo em vista a simplicidade desse procedimento.

A Lei especificou o procedimento a ser observado pela Comissão para o processamento da licitação em seu art. 43, *in verbis*:

“Art. 43. A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

I - abertura dos envelopes contendo a documentação relativa à habilitação dos concorrentes, e sua apreciação;

II - devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

³¹ “Art. 23. As modalidades de licitação a que se referem os incisos I a III do artigo anterior serão determinadas em função dos seguintes limites, tendo em vista o valor estimado da contratação:

I - para obras e serviços de engenharia:

a) convite - até R\$ 150.000,00 (cento e 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);

II - para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

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)”.

IV - verificação da conformidade de cada proposta com os requisitos do edital e, conforme o caso, com os preços correntes no mercado ou fixados por órgão oficial competente, ou ainda com os constantes do sistema de registro de preços, os quais deverão ser devidamente registrados na ata de julgamento, promovendo-se a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis;

V - julgamento e classificação das propostas de acordo com os critérios de avaliação constantes do edital;

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação”.

Dessa feita, a seqüência da licitação está contemplada no artigo 43 da Lei 8.666/93, sendo necessário que cada etapa seja cumprida para somente após passar-se à seguinte. Não se cogita, portanto, a supressão de qualquer fase, sob pena de ilegalidade.

No dia, horário e local previamente estipulados no instrumento convocatório, a comissão deverá se reunir para recebimento dos envelopes, em sessão pública. Instaurada a sessão, a comissão procederá à abertura, rubrica e análise dos documentos de habilitação, devendo solicitar aos licitantes presentes que também rubriquem a documentação apresentada. Qualquer interessado poderá participar da referida sessão, visando, assim, comprovar a transparência e a lisura do certame.

A habilitação tem por objetivo a verificação das condições pessoais dos interessados em contratar com a entidade, ou seja, visa constatar se os licitantes reúnem as condições jurídicas, técnicas, econômico-financeiras e fiscais necessárias à execução do objeto.

Analisados os documentos, caberá à comissão decidir acerca da habilitação ou inabilitação dos licitantes, de acordo com as exigências disciplinadas no edital, o qual deverá ser elaborado em consonância com o art. 37, XXI, da Constituição Federal e arts. 27 a 31 da Lei 8.666/93.

Os licitantes que descumprirem as condições pertinentes a essa fase deverão ser inabilitados, nos termos do que dispõe o art. 43, II, da Lei 8.666/93. Ademais, relembre-se que o art. 41 do mesmo diploma legal assevera que “a

Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada”, de forma que todos os licitantes que descumprirem as regras esculpidas nesse instrumento deverão ser afastados, sob pena de afronta ao aludido dispositivo que materializa o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Proferido o resultado, abre-se prazo para a interposição de eventuais recursos, conforme preceitua o art. 109, I e § 1º, da Lei 8.666/93³².

Encerrada a etapa de habilitação, passa-se à fase seguinte: julgamento das propostas. Essa fase se constitui na verificação do objeto e do preço ofertados pelos licitantes, em vista das exigências disciplinadas no edital. A exemplo do que ocorre na fase anterior, os envelopes de propostas deverão ser abertos em sessão pública, no dia designado para tanto. Somente poderão ser abertos os envelopes após o encerramento da etapa de habilitação e apenas os dos licitantes habilitados, sendo devolvidos fechados os envelopes de propostas daqueles que forem inabilitados.

O julgamento das propostas é dividido em dois momentos. Primeiramente, verifica-se a compatibilidade das especificações do objeto com as exigências prescritas no edital. Saliente-se, por oportuno, que mesmo nas licitações processadas sob o menor preço, faz-se necessária a análise da compatibilidade do objeto com as condições mínimas de qualidade prescritas do edital. Posteriormente, verifica-se a exeqüibilidade dos preços cotados, em face dos valores praticados no mercado, cabendo a desclassificação daqueles excessivos ou inexeqüíveis, de acordo com os critérios previstos no instrumento convocatório.

Conclui-se, portanto, que restarão classificadas as propostas que, cumulativamente, atenderem aos requisitos do edital e cotarem preços compatíveis com a prática de mercado.

³² Art. 109. Dos atos da Administração decorrentes da aplicação desta Lei cabem:

I - recurso, no prazo de 5 (cinco) dias úteis a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, nos casos de:

a) habilitação ou inabilitação do licitante;

b) julgamento das propostas;

(...)

§ 1º A intimação dos atos referidos no inciso I, alíneas "a", "b", "c" e "e", deste artigo, excluídos os relativos a advertência e multa de mora, e no inciso III, será feita mediante publicação na imprensa oficial, salvo para os casos previstos nas alíneas "a" e "b", se presentes os prepostos dos licitantes no ato em que foi adotada a decisão, quando poderá ser feita por comunicação direta aos interessados e lavrada em ata”.

Também nessa etapa o resultado deve seguir as regras previstas no art. 109, já citado. Posteriormente, o processo deve ser encaminhado à autoridade superior, para a homologação e adjudicação. A homologação tem por escopo aferir a regularidade da licitação, bem como constatar se a contratação ainda se mostra conveniente. A adjudicação, por sua vez, é o ato pelo qual a entidade confere ao primeiro colocado o direito de executar o objeto, caso a contratação realmente se efetive.

Esse é, resumidamente, o processamento da licitação previsto na Lei 8.666/93 que deverá ser rigorosamente respeitado pela Comissão, consoante previsão do art. 4º:

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

Parágrafo único. O **procedimento licitatório previsto nesta lei caracteriza ato administrativo formal**, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública”. (grifos nossos)

Acerca do dever da Administração de respeitar o devido procedimento previsto na Lei, cumpre trazer à colação os argumentos expendidos por Marçal Justen Filho:

“Ao consignar que a observância do pertinente procedimento constitui um ‘direito público subjetivo’, a Lei suprimiu qualquer disponibilidade acerca da matéria. Por se tratar de um ‘direito público subjetivo’, é faculdade que não se insere na órbita da disponibilidade privada. Não é uma faculdade ‘renunciável’. O interesse na observância do procedimento é público, antes de ser privado. O Estado exige subserviência ao devido procedimento licitatório. Quando o interessado exige que se cumpra o ‘pertinente procedimento’, atua na defesa das funções estatais. Assim, são ineficazes e inúteis algumas cláusulas usuais em atos convocatórios de licitação.

(...) O mesmo se diga quanto à pretensa atribuição de faculdades discricionárias à Administração para conduzir a licitação. São casos em que se estabelece uma 'aprovação' antecipada a qualquer decisão que o agente público delibere adotar. Essas cláusulas são de nenhum efeito jurídico, pois o interessado é titular de direito público subjetivo. Nem mesmo espontaneamente poderia abrir mão do direito de exigir o cumprimento da Lei. São ainda de menor validade as renúncias, quando introduzidas unilateral e coativamente no ato convocatório".³³

Verifica-se, dessa forma, que de acordo com a sistemática da Lei 8.666/93, além de a Comissão ter que analisar os documentos de habilitação de todos os concorrentes, o que leva um tempo considerável, dependendo do número de participantes, tem-se que para cada ato decisório proferido em fase específica que integra a licitação é cabível recurso hierárquico, o que faz com que o procedimento licitatório seja reiteradamente suspenso.

Para agilizar o procedimento da licitação é que se criou uma modalidade mais simples e célere, denominada pregão, restrita a bens e serviços comuns, aqueles que sejam facilmente padronizáveis pelo mercado. O pregão consubstancia-se, portanto, em mais uma modalidade de licitação, complementando o elenco previsto na Lei 8.666/93 (art. 22).

Disciplina essa modalidade a Lei 10.520/02 que, em seu art. 1º prescreve:

"Art. 1º. Para aquisição de bens e serviços comuns, poderá ser adotada a licitação na modalidade de pregão, que será regida por esta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se bens e serviços comuns, para os fins e efeitos deste artigo, aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado".

No pregão, há a inversão das fases de habilitação e propostas, ou seja, primeiramente, são abertas e analisadas as propostas de preços de todos os licitantes. Após essa análise, passa-se para a fase de lances, na qual os licitantes

³³ JUSTEN FILHO, *Comentários...*, p. 75-76.

considerados aptos poderão oferecer novas propostas, o que propicia a redução do valor da contratação e acarreta, portanto, economia para o Poder Público.

São considerados aptos para a etapa de lances o licitante detentor da melhor proposta e aqueles cujas propostas sejam até 10% superiores ao menor valor apresentado ou, não havendo no mínimo três propostas nessas condições, as três melhores ofertas.

Após a disputa e encerrada a fase de lances, o pregoeiro analisará a documentação apenas do primeiro colocado e, somente se ela não for aceitável é que ele fará a análise dos documentos do segundo classificado e, assim, por diante.

Dessa forma, no pregão há um ganho considerável de tempo em virtude da inversão das fases, porque o pregoeiro não precisa analisar a documentação de todos os licitantes, mas, em regra, apenas do primeiro colocado.

Basta pensar no seguinte exemplo para comprovar a economia de tempo com a inversão de fases: imagine-se, nas licitações comuns, que tenham comparecido ao certame 20 empresas do ramo do objeto. Supondo-se que cada empresa apresente 90 folhas referentes aos documentos de habilitação, a comissão terá que analisar 1800 laudas de documentos e, ainda, abrir vistas a todos os licitantes, para que cada qual verifique os documentos apresentados pelos demais participantes.

Não raro, em tais casos, os licitantes apresentam impugnações aos documentos dos outros concorrentes, ocasionando, muitas vezes, a suspensão da sessão para viabilizar a análise pela Comissão de Licitação da documentação e das impugnações apresentadas.

Proferido o resultado nos termos do art. 109, para as modalidades comuns deve-se abrir prazo recursal, bem como para apresentação de contra-razões aos recursos. Somente após análise das petições apresentadas é que a comissão poderá dar prosseguimento à licitação.

Tendo em vista tais formalidades, a inversão prevista para o pregão propicia maior celeridade, já que o pregoeiro analisará tão-somente os documentos do primeiro classificado e, apenas na hipótese deste não atender as condições do edital é que se passa a verificar a documentação do segundo classificado e, assim sucessivamente.

Ainda, no pregão há a concentração da fase recursal, ou seja, existe um momento único para que os licitantes interponham recurso, que é após a declaração do licitante vencedor, recurso esse que poderá versar sobre qualquer ato decisório da licitação.

Do exposto, é possível concluir que tal modalidade proporciona ganho de tempo, uma vez que não é necessário interromper diversas vezes o certame; e de dinheiro, pois a fase de lances tem por objetivo a redução dos preços.

Em face dos benefícios auferidos com o pregão é que a nova Lei de Licitações do Estado do Paraná (Lei 15.608/2007) contemplou a inversão das fases da licitação para as demais modalidades e não apenas para o pregão, trazendo, assim, alterações significativas em relação à Lei Federal 8.666/93.

Aliás, no mesmo sentido é o Projeto de Lei 7.709/07 (PLC 32/07, em trâmite no Senado), que visa alterar a Lei 8.666 e, dentre outras modificações, sustenta a possibilidade de inversão de fases para as demais modalidades de licitação.

Além disso, percebe-se, atualmente, uma tendência em tornar a licitação menos formalista, buscando-se mais a consecução da finalidade do certame do que o cumprimento de exigências meramente formais. Essa concepção restou cristalizada no Decreto Federal 5.450/05, que regulamenta a modalidade pregão em sua forma eletrônica na órbita federal, e em seu art. 25, § 4º, dispõe: “para fins de habilitação, a verificação pelo órgão promotor do certame nos sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova”.

Permite tal dispositivo que a entidade contratante proceda ao saneamento de falhas na própria sessão de habilitação, verificando, por exemplo, de ofício na Internet, documentos de habilitação não apresentados no envelope ou apresentados com prazo vencido.

A Lei 8.666/93, em seu art. 43, § 3º, já possibilitava a realização de diligências destinada a esclarecer ou a complementar a instrução do processo, porém com a vedação expressa quanto à inclusão de documento ou informação que deveria constar originariamente da proposta.

A regra esculpida no Decreto Federal acabou por atenuar o rigor do mencionado art. 43, § 3º, conforme ponderado pelo professor Jessé Torres Pereira Junior:

“Auspicioso aperfeiçoamento vem avançando no quadro normativo e na jurisprudência dos tribunais de contas quanto à possibilidade de admitir-se o suprimento de documentos de habilitação não apresentados no envelope ou apresentados com prazo vencido. A índole meramente declaratória das certidões admitiria tal situação, porém, o direito positivo e a jurisprudência das cortes de controle se opunham a tal reconhecimento. Como se dá com todo ato declaratório, da certidão não decorre o direito, que preexiste a ela e dela independe. O documento apenas certifica a existência do dado depositado em registro público. Se o dado lá estiver, a certidão desatualizada não inibe o direito, que decorre do registro, não da certidão. Assim, se venceu o prazo de validade de uma certidão do INSS, inadvertidamente apresentada pelo licitante, mas, ingressando-se no sítio eletrônico do Instituto, se verifica que o licitante encontra-se em dia com suas contribuições, motivo jurídico algum há para considerá-lo em situação irregular perante a seguridade social, à conta de estar vencida a certidão, e inabilitá-lo para o certame com fulcro na certidão vencida. Seria o papel sobrepujando a realidade, o acidental vencendo o essencial. Infelizmente, muito assim já se decidiu em licitações.

O Ac. nº 1.758/03, do Plenário do TCU, *DOU* de 28.11.03, proclamou a licitude de pregoeiro haver autorizado a inclusão, no curso da sessão pública, de documento de habilitação que, nada obstante vencido no envelope, por lapso, foi suprimido por informação do registro cadastral onde se encontrava atualizado. E o Decreto nº 5.450/05, ao cuidar do pregão eletrônico na Administração federal, vem de reconhecer, em seu art. 25, § 4º, que “Para fins de habilitação, a verificação pelo órgão promotor do certame nos sítios oficiais de órgãos e entidades emissores de certidões constitui meio legal de prova”. Atenua-se em termos o aparente rigorismo da parte final do art. 43, § 3º, da Lei nº 8.666/93”.

Entende, ainda, o citado autor que tal solução deve ser estendida às demais modalidades:

A solução deve estender-se a todas as modalidades de licitação porque representará ganho inestimável de segurança jurídica e de razoabilidade no julgamento, reduzindo o teor de gincana com que alguns tratam os procedimentos licitatórios, à procura de falhas formais ou de irrelevâncias que em nada afetam a substância do certame, para dele afastarem concorrentes que poderiam ser portadores de propostas vantajosas para a Administração e, por conseguinte, para os contribuintes”.³⁴

Com efeito, a doutrina e a jurisprudência pátria têm defendido a atenuação dos rigores do art. 43, § 3º, da Lei 8.666/93, cogitando-se o saneamento de meras falhas que não comprometam a habilitação ou a seriedade da proposta, no intuito de evitar o afastamento de licitantes que tenham condições de atender satisfatoriamente o objeto licitado, em privilégio ao princípio da competitividade, o qual é indispensável para assegurar a seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público.

Por fim, cabe registrar que no mesmo sentido da disposição do Decreto do pregão eletrônico, o Projeto de Lei que visa alterar a Lei de Licitações e Contratos regulamenta em seu art. 32 a possibilidade de consultas diretas pela Administração a sítios oficiais, nos seguintes termos:

“Art. 32. Os documentos necessários à habilitação poderão ser apresentados em original, por qualquer processo de cópia autenticada por cartório competente ou por servidor da Administração, credenciado para tal, ou publicação em órgão da imprensa oficial ou impresso de sítios oficiais do órgão emissor.

(...)

§ 7º As consultas a documentos diretamente realizadas pela Administração em sítios oficiais dos órgãos emissores substituirão quaisquer outros meios de prova para fins de procedimento licitatório.

§ 8º A autenticidade e a validade do documento disponibilizado por meio eletrônico deverão ser certificadas por membro da Comissão de Licitação, servidor público ou pregoeiro.”

³⁴ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Sessão Pública*. GASPARINI, Diogenes (coord.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006, p. 113.

4. O FORMALISMO E A INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS

Conforme já destacado, a licitação é um procedimento formal, especificando a Lei a seqüência dos atos que integram o certame. Referido procedimento tem por fim a seleção da proposta mais vantajosa, assegurada a igualdade de condições.

Dentro dessa perspectiva, ainda que a licitação constitua um procedimento formal, não há como se olvidar que ela não caracteriza um fim em si mesmo. Ao contrário, é um instrumento para garantir o alcance de uma finalidade, qual seja, seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público.

Dessa forma, deve-se buscar sempre a finalidade almejada pela norma, com fulcro nos princípios que informam a licitação, deixando-se de lado a interpretação meramente literal da norma.

Bem destaca os contornos do princípio do formalismo Marçal Justen Filho, ao aduzir que:

“Significa que o critério para decisão de cada fase deve ser a vantagem da Administração. Isso acarreta a irrelevância do puro e simples ‘formalismo’ do procedimento. Não se cumpre a lei através do mero ritualismo dos atos. **O formalismo do procedimento licitatório encontra o conteúdo na seleção da proposta mais vantajosa. Assim, a série formal de atos se estrutura e se orienta pelo fim objetivado. Ademais, será nulo o procedimento licitatório quando qualquer fase não for concretamente orientada para seleção da proposta mais vantajosa para a Administração**”.³⁵ (grifos nossos)

Deve a entidade prestigiar os princípios da proporcionalidade e razoabilidade quando da interpretação da norma, no intuito de adotar a providência que mais se amolda ao fim por ela colimado, em detrimento da aplicação pura e simples do princípio do formalismo exacerbado.

³⁵ JUSTEN FILHO, *Comentários...*, p. 58.

Na mesma esteira, é a posição do Tribunal de Contas da União, conforme se infere do seguinte julgado:

“f) o princípio da vinculação ao instrumento convocatório deve ser analisado com cautela, sob pena da perpetuação de ‘excessos’ e de ‘rigorismo formal’; g) cita que, segundo o Prof. Lucas Rocha Furtado, **‘O princípio da vinculação ao instrumento convocatório não significa, no entanto, obrigar o administrador a adotar formalidades excessivas ou desnecessárias’**. E mais, ‘deve o Administrador usar seu poder discricionário - nunca arbitrário - e a sua capacidade de interpretação para buscar melhores soluções para a Administração Pública’; (...) j) como lembra, nesse mesmo diapasão foi o julgamento do Mandado de Segurança nº 5.418/DF, DJU de 01/06/1998, verbis ‘Direito Público. Mandado de Segurança. Procedimento licitatório. Vinculação ao edital. Interpretação das cláusulas do instrumento convocatório pelo judiciário, fixando-se o sentido e o alcance de cada uma delas e escoimando **exigências desnecessárias e de excessivo rigor prejudiciais ao interesse público ... O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes’**; l) a Pregoeira cita, ainda, em favor da adjudicação, o Mandado de Segurança nº 5.606/DF, DJU de 10/08/1998, verbis: ‘As regras do edital de procedimento licitatório devem ser interpretadas de modo que, sem causar qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, possibilitem a participação de maior número possível de concorrentes, a fim de que seja possibilitado se encontrar, entre várias propostas, a mais vantajosa. 2. **Não há de se prestigiar posição decisória assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração da habilitação jurídica, da qualificação técnica, da qualificação econômica-financeira e regularidade fiscal ...** (...) Ademais, vale lembrar os entendimentos apontados pela Sra. Pregoeira, quanto à lição do Prof. Lucas Rocha Furtado e quanto à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (item 3, alíneas ‘g’, ‘j’ e ‘l’ supra), sobre a **necessidade de se buscar a distinção entre vinculação às cláusulas editalícias e exigências desnecessárias**. 9.1 Aliás, a exemplo da Decisão nº 472/95 - Plenário, Ata nº 42/95, citada pela Pregoeira (item 3, alínea ‘i’ supra), **é farta a jurisprudência do TCU no sentido de relevar falhas e impropriedades formais dessa natureza**.”

Tal tem sido o entendimento do Tribunal, em diversas assentadas, no sentido de que 'não se anula o procedimento diante de meras omissões ou irregularidades formais na documentação ou nas propostas desde que, por sua irrelevância, não causem prejuízo à Administração ou aos licitantes' (Decisão nº 178/96 - Plenário, Ata nº 14/96, Decisão nº 367/95 - Plenário - Ata nº 35/95, Decisão nº 681/2000 - Plenário, Ata nº 33/2000 e Decisão nº 17/2001 - Plenário, Ata nº 02/2001).

Voto do Ministro Relator (...) Assim, a interpretação e aplicação das regras nele estabelecidas deve sempre ter por norte o atingimento das finalidades da licitação, evitando-se o apego a formalismos exagerados, irrelevantes ou desarrazoados, que não contribuem para esse desiderato. No presente caso, não se afigura que o ato impugnado tenha configurado tratamento diferenciado entre licitantes, ao menos no grave sentido de ação deliberada destinada a favorecer determinada empresa em detrimento de outras, o que constituiria verdadeira afronta aos princípios da isonomia e da impessoalidade. (...) Não se configura, na espécie, qualquer afronta ao interesse público, à finalidade do procedimento licitatório nem à segurança da contratação, uma vez que venceu o certame empresa que, concorrendo em igualdade de condições, ofereceu proposta mais vantajosa e logrou comprovar, na sessão, a aptidão para ser contratada.”³⁶ (grifos nossos).

O STF também já se pronunciou, em decisão proferida no Mandado de Segurança nº. 5.418/DF, no sentido de que “o formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa desclassificar propostas eivadas de simples omissões ou defeitos irrelevantes”.

Marçal Justen Filho defende o mesmo entendimento, asseverando:

“deve-se aceitar a conduta do sujeito que evidencie o preenchimento das exigências legais, ainda quando não seja adotada a estrita regulação imposta originariamente na lei ou no Edital. Na medida do possível, deve promover, mesmo de ofício, o suprimento dos defeitos de menor monta. Não se deve conceber que toda e qualquer divergência entre o texto da Lei ou do Edital conduz à invalidade, à inabilitação ou à desclassificação.

³⁶ TCU. Acórdão nº 1758-46/03-P. DOU 28.11.2003.

O problema prático reside em estabelecer limites. Todo e qualquer defeito é suprível? A resposta é negativa. Deve-se verificar se a Lei ou Edital estabeleceram determinada exigência, prevendo uma única e inquestionável alternativa para atendimento ao requisito, sem qualquer margem de dúvida. Quando tal se passar, o defeito é impossível de ser sanado. Nem sempre é assim, pois é usual o texto legal ou editalício deixar margem a dúvidas ou admitir diversas interpretações. (...) Havendo vários sentidos possíveis para a regra, deverão prestigiar-se todos aqueles que conduzam à satisfação do interesse coletivo”.³⁷ (grifos nossos)

Na mesma linha Carlos Ari Sundfeld e Benedicto Pereira Porto Neto apontam:

A licitação tem por finalidade selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração (com aferição da capacidade do ofertante para cumpri-la) e garantir igualdade de tratamento aos interessados em disputar os negócios que ela pretenda realizar. As normas do procedimento licitatório, portanto, estão voltadas à satisfação desses propósitos.

O formalismo, é bem verdade, faz parte da licitação, e nela tem seu papel. Mas nem por isso a licitação pode ser transformada em uma cerimônia, na qual o que importa são as fórmulas sagradas, e não a substância da coisa.³⁸ (grifos nossos)

E, ainda, continua Carlos Ari Sundfeld:

“não se pode imaginar a licitação como um conjunto de formalidades desvinculadas de seus fins. **A licitação não é um jogo, em que se pode naturalmente ganhar ou perder em virtude de milimétrico desvio em relação ao alvo** - risco que constitui a própria essência, e graça, dos esportes.”³⁹ (grifos nossos)

³⁷ JUSTEN FILHO, *Comentários...*, p. 60.

³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari; PORTO NETO, Benedicto Pereira. *Licitação para concessão do serviço móvel celular*. Zênite. ILC nº 49 - março/98. p. 204.

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; PORTO NETO, Benedicto Pereira. *Licitação para concessão do serviço móvel celular*. Zênite. ILC nº 49 - março/98. p. 204.

Acerca do tema também já se manifestou Hely Lopes Meirelles: “a orientação correta nas licitações é a dispensa de rigorismos inúteis e de formalidades e documentos desnecessários à qualificação dos interessados. (...) **Procedimento formal, entretanto, não se confunde com ‘formalismo’, que se caracteriza por exigências inúteis e desnecessárias**”.⁴⁰ (grifamos)

Nesse compasso, se o licitante demonstrou o cumprimento de determinada exigência, ainda que de forma diversa da solicitada, deve-se reputar satisfatória a atuação do indivíduo, não se cogitando sua inabilitação ou desclassificação em face de meras irregularidades, que em nada comprometem a segurança e idoneidade da proposta ou dos documentos apresentados.

Portanto, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não pode ser interpretado de modo absoluto, a ponto de tornar a licitação extremamente formalista, impondo-se, ao contrário, que a Comissão faça uma leitura do edital à luz dos primados da razoabilidade, proporcionalidade e, principalmente, finalidade. Cumpre, mais uma vez, colacionar a posição do Supremo Tribunal Federal:

“Todavia, como é de sabença trivial, o princípio da vinculação ao edital não é absoluto, de tal forma que impeça o juiz de penetrar-lhe no sentido e na compreensão, desde que, da convocação podem constar cláusulas desnecessárias ou até mesmo de rigor excessivo, que, além de extrapolar os ditames da lei de regência, venha a se impregnar de expressivo rigor, de tal modo a afastar possíveis proponentes e, em assim sendo, ao invés de se constituir em instrumento na defesa do interesse público, se transmude em conjunto de regras prejudiciais ao que, com ele objetiva a Administração. Consideradas essas circunstâncias, nem o Edital, nem a Lei de Licitação estão isentos de interpretação pelo Judiciário, não só para declarar-se o verdadeiro sentido, como para estabelecer-lhes a importância ou o respectivo grau de relevância para efeito de classificação de um ou de todos os participantes; nem, ainda, submetida qualquer questão ao Judiciário, acerca do procedimento licitatório, estará impedido de examinar se algumas das cláusulas do Edital foram efetivamente cumpridas, ou, se

⁴⁰ MEIRELLES, *Direito...*, p. 274.

atendidas de forma diversa daquela descrita no Edital, ficariam satisfeitas as exigências da Lei.”⁴¹

No que diz respeito ao formalismo no procedimento licitatório, a decisão deixa claro que “(...) O formalismo no procedimento licitatório não significa que se possa inabilitar licitante ou desclassificar propostas diante de simples omissões ou irregularidades irrelevantes. A omissão, no caso, levaria à desclassificação, se impossibilitasse a Comissão de entender qual o valor grafado na proposta”.

⁴¹ MS n° 5.418/DF, Rel. Min. Demócrito Reinaldo.

5. CONCLUSÕES

Em face do exposto, possível concluir que as alterações promovidas na legislação aplicável às licitações têm por escopo proporcionar que o certame seja processado de forma mais célere e eficaz. Exemplo disso é a modalidade pregão, que assegura a seleção da proposta mais vantajosa em curto espaço de tempo e garante um menor dispêndio de recursos pelo Poder Público.

Ademais, verifica-se uma atenuação no formalismo que sempre permeava as contratações públicas, cogitando-se atualmente o saneamento de falhas que não comprometam a seriedade da proposta e dos documentos apresentados, a exemplo da realização de diligências em *sites* oficiais para atestar a regularidade fiscal dos proponentes, no intuito de evitar o afastamento de licitantes que tenham condições de executar satisfatoriamente o objeto em virtude de meras irregularidades formais, o que só acarreta prejuízos ao Erário.

Ainda que a licitação constitua um procedimento formal, não há como se olvidar que ela não caracteriza um fim em si mesmo, mas é um instrumento para garantir o alcance de uma finalidade, qual seja, seleção da proposta mais vantajosa ao interesse público. Sendo assim, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório não pode ser interpretado de modo absoluto, a ponto de tornar a licitação extremamente formalista, impondo-se que a Comissão faça uma leitura do edital à luz dos primados da razoabilidade, da proporcionalidade e, principalmente, da finalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. Madri. Fundacion Beneficência et peritia iuris, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de direito administrativo. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAETANO, Marcello. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CANOTILHO, J.J Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed., Coimbra, Almedina, 1992.

CITADINI, Antônio Roque. *Comentários e jurisprudência sobre a lei de licitações públicas* apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Op. cit.*, p. 328.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Temas polêmicos sobre licitações e contratos. São Paulo: Malheiros, 1994.

DWORKIN. Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle; FERRAZ, Sérgio. *Dispensa e inexigibilidade de licitação*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. *Direito dos licitantes*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 44.

GASPARINI, Diogenes. Direito administrativo. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GUIMARÃES, Edgar. *Controle das licitações públicas*. São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 10. Ed. São Paulo: RT, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MONTEIRO, João Carlos Macêdo. *A responsabilidade do administrador no processo de formação do ato administrativo, quando da existência de parecer de órgão especializado na estrutura interna* Apud MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e nos contratos: doutrina, jurisprudência e legislação*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. *Eficácia nas licitações e nos contratos: doutrina, jurisprudência e legislação*. 10. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PEDRON, Flávio Quinaud. *Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin*. Revista CEJ, Brasília, n.30, p. 70-80, jul/set, 2005. In: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero30/artigo10.pdf>.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública*. 7. ed. Renovar: 2007.

_____. *Sessão Pública*. GASPARINI, Diogenes (coord.). Pregão presencial e eletrônico. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

REVISTA JML. Licitações e contratos. Curitiba: Editora JML, 2006/2007.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. PORTO NETO, Benedicto Pereira. *Licitação para concessão do serviço móvel celular*. Zênite. ILC nº 49 - março/98. p. 204.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. *Licitações e contratos no Sistema S*. Curitiba: JML Editora, 2007.