

LICITAÇÃO PÚBLICA: NOÇÕES GERAIS DO DEVER DE LICITAR

Ramon Caldas Barbosa¹

SUMÁRIO: 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS – 2. O CONCEITO DE LICITAÇÃO - 3. O DEVER DE LICITAR NA CONSTITUIÇÃO – 4. O DEVER DE LICITAR NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL - 5. O PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO - 5.1 Do credenciamento -5.2 Da habilitação - 5.3 Da qualificação técnica - 5.4 Da proposta de preços - 5.5 Dos recursos administrativos. 6. CONCLUSÃO.

RESUMO: o objetivo deste ensaio é analisar, de maneira não exaustiva, o instituto da Licitação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o seu procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: Licitação, procedimento licitatório.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

As pessoas jurídicas de direito privado e as pessoas físicas, de uma forma geral, possuem plena liberdade para promover suas compras e firmar seus contratos. Estão apenas limitadas pelas regras e costumes do mercado e são submetidas ao regime jurídico do direito civil e comercial. Trata-se de uma decorrência lógica do quanto disposto no parágrafo único do art. 170 da constituição federal², que trata da livre iniciativa.

Todavia, não ocorre o mesmo com a Administração Pública. Ela está submetida às condições e restrições estabelecidas pelo legislador no que tange as suas contratações para que não haja a utilização do dinheiro público para satisfação de interesses pessoais em detrimento dos interesses da coletividade. Em outras palavras, é uma limitação que tem como principal objetivo impedir a subjetividade das compras públicas.

A licitação é um dos institutos jurídicos que colabora para a inserção da moralidade nas contratações públicas. Através de um procedimento administrativo próprio ocorre a seleção da proposta mais vantajosa para o Poder Público. Proposta mais

¹ Estudante do Curso de Direito do 5º Ano da Universidade Salvador – UNIFACS (2011).

² É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

vantajosa pode ser entendida como aquela que melhor atenda à Administração e ao interesse da coletividade, observando sempre a supremacia do interesse público.

Cumprido destacar que Marçal Justen Filho rejeita a tese da “supremacia” do interesse público destacando que o único valor supremo é a dignidade humana, que é o núcleo dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal. A expressão “interesse público” não possui conteúdo próprio, específico e determinado. O interesse Público costuma ser invocado para satisfação dos interesses escolhidos pelo próprio governante, o que não encontra respaldo com a ordem jurídico-constitucional em vigor. Em hipótese alguma o “interesse público” autoriza ignorar ou violar direitos fundamentais garantidos pela constituição.³

Com efeito, a supremacia do interesse público jamais poderá violar direitos fundamentais. Este princípio, de fato, é muito importante no trato dos atos administrativos, mas jamais poderá sobrepor-se a dignidade humana.

2. O CONCEITO DE LICITAÇÃO

Para conceituar licitação é necessário levar em consideração a natureza jurídica do instituto. Por estar inserida no campo do direito administrativo, a licitação, obrigatoriamente, está submetida ao Princípio da Legalidade, que impõe à Administração Pública a obrigação de agir conforme preceitua a lei. O Poder Público só pode fazer aquilo que a legislação lhe permitir.

Mister destacar uma decisão no STF onde o conceito de licitação é abordado, bem como suas características:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 16 E 19 DA LEI N. 260, DO ESTADO DE RONDÔNIA. SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO AUTOMÁTICA DE LINHAS MUNICIPAIS DE TRANSPORTE COLETIVO EM PERMISSÃO INTERMUNICIPAL. DISCRIMINAÇÃO ARBITRÁRIA ENTRE LICITANTES. LICITAÇÃO. ISONOMIA, PRINCÍPIO DA IGUALDADE. AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 5º, CAPUT, 175 E 37, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

[...]

3. A licitação é um procedimento que visa à satisfação do *interesse público*, pautando-se pelo princípio da *isonomia*. Está voltada a um duplo objetivo: o

³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 62-63.

de proporcionar à Administração a possibilidade de realizar o negócio mais vantajoso --- o melhor negócio --- e o de assegurar aos administrados a oportunidade de concorrerem, em igualdade de condições, à contratação pretendida pela Administração. Imposição do *interesse público*, seu pressuposto é a *competição*. Procedimento que visa à satisfação do *interesse público*, pautando-se pelo princípio da *isonomia*, a função da licitação é a de viabilizar, através da mais ampla disputa, envolvendo o maior número possível de agentes econômicos capacitados, a satisfação do interesse público. A *competição* visada pela licitação, a instrumentar a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração, impõe-se seja desenrolada de modo que reste assegurada a *igualdade (isonomia)* de todos quantos pretendam acesso às contratações da Administração.

[...]

7. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível. (ADI 2.716, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 29.11.07, DJE de 07.03.08).

Desta forma, temos que a natureza jurídica da licitação é de procedimento administrativo, haja vista a existência de atos previamente estabelecidos pela lei e pelo próprio edital. O objetivo também deve ser levado em consideração na construção do conceito do instituto da licitação, a saber, a obtenção a proposta mais vantajosa para celebração do contrato administrativo.

Vejamos o que diz a doutrina sobre o conceito da licitação.

Edimur Ferreira de Faria compreende que a licitação é o procedimento administrativo formal que a Administração Pública direta e indireta utiliza anteriormente à celebração de contratos de serviços, de obras, de compras, de concessões, de permissões e alienações.⁴

Marçal Justen Filho conceitua o instituto da licitação como um instrumento jurídico voltado para realização de valores fundamentais visando à concretização dos fins impostos à Administração.⁵

Dirley da Cunha Júnior, por sua vez, conceitua a licitação como um procedimento administrativo onde a Administração Pública faz a seleção da proposta mais vantajosa para a celebração do contrato que melhor atender ao interesse público.⁶

⁴ FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 7. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey 2011, p. 305.

⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p.60.

⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009, p. 431

Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo trazem o conceito de licitação como o procedimento administrativo que deve ser obrigatoriamente observado pelas entidades governamentais, onde, garantida a igualdade entre os participantes, deve ser selecionada a melhor proposta dentre as oferecidas pelos interessados em travar determinadas relações de conteúdo patrimonial com o Poder Público, uma vez preenchidos os requisitos mínimos necessários para o bom cumprimento das obrigações que eles se propõem a executar.⁷

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro a licitação pode ser definida como um procedimento administrativo através do qual um ente público, fazendo-se valer do seu exercício da função administrativa, abre a todos os interessados, que se enquadrem nas condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de oferecerem propostas dentre as quais será selecionada e aceita a mais conveniente para a celebração do contrato.⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que licitação é um certame que as entidades governamentais devem realizar e no qual possibilitam a disputa entre os administrados interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para promover a escolha da proposta mais vantajosa às conveniências públicas. O Instituto da licitação finca-se na idéia de competição, a ser travada de forma isonômica entre os que preencham os requisitos necessários ao bom cumprimento das obrigações que se comprometem.⁹

Desta maneira, observa-se que a licitação não é uma atividade discricionária da Administração Pública. Trata-se, antes, de um procedimento administrativo que deve ser plenamente observado em sua essência para que não seja eivado de nulidades.

Destarte, podemos conceituar a licitação como o procedimento administrativo por meio do qual a Administração Pública Direta e Indireta vai obter a proposta mais vantajosa, assegurando igualdade de condições aos que participem do certame, visando à celebração do Contrato Administrativo para promover os interesses da coletividade.

⁷ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 562.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed São Paulo: Atlas, 2011, p. 356.

⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 528.

3. O DEVER DE LICITAR NA CONSTITUIÇÃO

A Licitação no ordenamento jurídico brasileiro, antes de tudo, deve ser entendida como um instituto com fundamento constitucional. Dois comandos constitucionais sobre o tema merecem destaque: o primeiro trata da competência para legislar sobre regras gerais e o segundo aduz sobre o princípio da obrigatoriedade da licitação.

Vejamos.

Quando do trato sobre competência para legislar sobre regras gerais em sede de licitações, o texto constitucional assim está redigido no inciso XXVII do art. 22:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

Compete à União legislar sobre normas gerais quando o assunto for licitação. Mister se faz destacar, entretanto, que os Estados, Municípios e o Distrito Federal podem legislar sobre normas específicas, desde que estas não sejam incompatíveis com as normas gerais sobre o tema. Atualmente a Lei 8.666 de 21 de Junho de 1993 é a responsável por tratar das normas gerais sobre licitação e contratação.

O STF já enfrentou a questão da obrigatoriedade de licitação para a Administração Direta e Indireta:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EDUCAÇÃO. ENTIDADES DE COOPERAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. LEI 11.970/1997 DO ESTADO DO PARANÁ. PARANAEDUCAÇÃO. SERVIÇO SOCIAL AUTÔNOMO. POSSIBILIDADE. RECURSOS PÚBLICOS FINANCEIROS DESTINADOS À EDUCAÇÃO. GESTÃO EXCLUSIVA PELO ESTADO. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

[...]

3. A Constituição federal, no art. 37, XXI, determina a obrigatoriedade de obediência aos procedimentos licitatórios para a Administração Pública Direta e Indireta de qualquer um dos Poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios. A mesma regra não existe para as entidades privadas que atuam em colaboração com a Administração Pública, como é o caso do PARANAEDUCAÇÃO. (ADI 1.864, Rel. p/ o AC. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 08.08.07, DJE de 02.05.08)

Desta feita, a regra geral é da incidência da obrigatoriedade de licitar por força de um comando constitucional. A iniciativa privada, por sua vez firma seus contratos da maneira que melhor lhes aprouver.

O princípio da obrigatoriedade da licitação encontra-se consubstanciado no inciso XXI do artigo 37, que assim está redigido:

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 constituinte estabeleceu como regra geral a licitação como o instrumento adequado para as contratações do Poder Público. Somente em casos excepcionais a Administração Pública está autorizada a firmar contratos administrativos sem a realização de licitação pública. São os casos de dispensa e inexigibilidade. Mesmo nessas hipóteses, deverá o Administrador ser bastante cauteloso em não licitar, não podendo ele eximir-se de apresentar satisfatória fundamentação sobre a não utilização do instituto da licitação. Esse comando é grande importância para evitar contratações superfaturadas e desvio de dinheiro público.

4. O DEVER DE LICITAR NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

As licitações no Brasil são reguladas pela Lei 8.666 de 21 de Junho de 1993. Esse diploma legal contém as regras gerais de todo procedimento licitatório bem como dos contratos administrativos.

A Lei 8.666/93 pode ser analisada como a fonte legislativa primária que disciplina as licitações no território nacional. Nela são encontrados os princípios aplicados nos certames licitatórios, que, obviamente, decorrem da Constituição Federal, sendo com esta compatível.

José dos Santos de Carvalho Filho alerta que na Lei de Licitações foram determinadas algumas vedações aos Estados, Distrito Federal e Municípios em todo o procedimento administrativo, destacando-se entre elas, a que proíbe a ampliação dos casos de dispensa e inexigibilidade e a ampliação dos limites de valor para cada

modalidade de licitação. Também tratou a lei de vedar redução dos prazos de publicidade e dos recursos.¹⁰

Também em sede de legislação infraconstitucional, existe a Lei 10.520, de 17 de Julho de 2002. Trata-se de um diploma que regulamenta a modalidade licitatória de pregão. A Lei geral de licitações se aplica no que for possível no regramento destinado ao pregão presencial.

Ainda sobre o pregão, o Decreto nº 5.450 de 31 de Maio de 2005, que, de maneira geral, trata de regulamentar a forma eletrônica do pregão para aquisição de bens e serviços comuns. As duas maiores plataformas eletrônicas usadas para pregoes eletrônicos no Brasil são o bb-licitações, também conhecido como licitações-e, e o comprasnet federal.

A Lei Complementar nº 123 de 14 de Dezembro de 2006, que Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte, é um importantíssimo diploma legislativo infraconstitucional que atribui, para critérios de desempate das propostas, tratamento de preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte.

5. O PROCEDIMENTO DA LICITAÇÃO

A licitação possui um procedimento próprio para sua realização. Não é, e não pode ser, feita de qualquer maneira, haja vista que o certame deve ser efetivado com o cumprimento das determinações constitucionais e com o que dispõe a Lei 8.666/93.

Partindo de uma análise geral, o certame licitatório está dividido em duas fases: a interna e a externa. É na fase interna que a Administração faz o levantamento e o estudo de tudo que será necessário para a execução dos serviços que ela pretende realizar. É nesta fase que se estipula o valor máximo que será admitido na contratação, por exemplo. É aqui também onde se delimita o objeto e onde é elaborado o termo de referencia.

¹⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 220.

O termo de referência, que normalmente fica inserido no próprio edital, é a orientação que o licitante tem para a elaboração de sua proposta de preços e a proposta técnica, quando é o caso. O termo de referencia, não poucas vezes, é elaborado por um técnico, que geralmente faz parte do quadro funcional do órgão promotor da licitação, ligado à área de conhecimento relacionada com o objeto do edital. Por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório, as propostas deveram se coadunar com o quanto disposto no termo de referencia. Do contrário, a proposta fugirá do alvo que a Administração pretende alcançar e inevitavelmente será desclassificada.

Passada a fase interna, ter-se-á iniciada a fase externa da licitação com a publicação do instrumento convocatório. Quando for a modalidade for o Convite, o instrumento convocatório será a Carta-Convite. Nas demais modalidades o instrumento convocatório é chamado de Edital.

Não se pode olvidar que a disputa no certame começa na publicação do instrumento convocatório. Com o Edital ou a Carta-Convite em mãos, o Administrado faz a primeira análise e verifica se possui os requisitos mínimos para participar da licitação. Quem possui os requisitos básicos elabora sua proposta; quem não tem já desiste neste ponto e nem participa do certame.

Com a popularização da internet ficou muito fácil adquirir informações sobre as licitações em todo território nacional. Na maioria absoluta dos casos, os editais estão disponibilizados gratuitamente nos portais eletrônicos das respectivas instituições que pretendem firmar um contrato administrativo. Sem falar que há publicações em jornais de grande circulação transmitindo informações dos certames. Tudo isso colabora para a efetivação do princípio da publicidade nas licitações. É de substancial importância para um procedimento licitatório ter o máximo de publicidade possível. Isso contribui para um procedimento administrativo sem máculas.

O instrumento convocatório indica a data em que a sessão pública da licitação iniciará. Por força do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, o Presidente da Comissão de Licitações deverá iniciar o certame na hora exata estipulada no Edital ou na Carta-Convite. Isso é fundamental para que não haja o favorecimento de eventual empresa ou pessoa física que porventura chegue atrasada para participar da licitação.

5.1 Do credenciamento

Iniciado o certame, é feito o credenciamento dos licitantes. Esse momento servirá para definir quem terá poder de representação no procedimento. O credenciamento dos sócios é feito através da apresentação do ato constitutivo, estatuto ou contrato social.

O credenciamento de mandatários é feito através de procuração por instrumento público ou particular constando os poderes necessários para participação no certame. A procuração por instrumento particular tem que comprovar a legitimidade de quem outorgou os poderes ao mandatário.

Entretanto, um destaque merece ser feito: nenhum licitante será impedido de participar da licitação se não for credenciado. As propostas deverão ser aceitas normalmente pela comissão de licitações. A desvantagem para o licitante que não credenciar nenhum mandatário é que ele não poderá se manifestar durante a sessão pública da licitação. Isso implica dizer que o não credenciado não poderá, na sessão da licitação, fazer registros para serem constados em ata. Entrementes, isso não impede que, posteriormente, sejam interpostos eventuais Recursos Administrativos ou Ações Judiciais.

5.2 Da habilitação

Passado o credenciamento, é feita a habilitação dos licitantes. Ela começa com a habilitação jurídica, que é feita através da apresentação do registro público, no caso de empresários individuais.

Quando o licitante é uma sociedade empresarial ou sociedade simples a habilitação jurídica é feita mediante apresentação do ato constitutivo, estatuto ou contrato social.

Na hipótese de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no país será necessária a apresentação do Decreto de Autorização e Ato de Registro para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim exigir.

O STJ tem um interessante julgado sobre habilitação jurídica em licitação:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 28, III, E 41 DA LEI 8.666/93. NÃO-OCORRÊNCIA. HABILITAÇÃO JURÍDICA COMPROVADA. ATENDIMENTO DA FINALIDADE LEGAL. DOCTRINA. PRECEDENTES. DESPROVIMENTO.

1. A Lei 8.666/93 exige, para a demonstração da habilitação jurídica de sociedade empresária, a apresentação do ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado (art. 28, III).

2. A recorrida apresentou o contrato social original e certidão simplificada expedida pela Junta Comercial, devidamente autenticada, contendo todos os elementos necessários à análise de sua idoneidade jurídica (nome empresarial, data do arquivamento do ato constitutivo e do início das atividades, objeto social detalhado, capital social integralizado e administradores).

3. Inexiste violação da lei ou do instrumento convocatório, porquanto a recorrida demonstrou sua capacidade jurídica e atendeu, satisfatoriamente, à finalidade da regra positivada no art. 28, III, da Lei 8.666/93.

4. A Administração Pública não pode descumprir as normas legais, tampouco as condições editalícias, tendo em vista o princípio da vinculação ao instrumento convocatório (Lei 8.666/93, art. 41). Contudo, rigorismos formais extremos e exigências inúteis não podem conduzir a interpretação contrária à finalidade da lei, notadamente em se tratando de concorrência pública, do tipo menor preço, na qual a existência de vários interessados é benéfica, na exata medida em que facilita a escolha da proposta efetivamente mais vantajosa (Lei 8.666/93, art. 3º).

5. Recurso especial desprovido.

(STJ – Resp 797170 / MT, RECURSO ESPECIAL 2005/0188019-2, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, Data de Julgamento 17. 10. 2006, Data da Publicação/Fonte, DJ 07.11.2006, p.252).

Desta forma, a comissão de licitação somente deve se ater às exigências da Lei 8.666/93, atentando para o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Sobre a vinculação ao instrumento convocatório o STF já decidiu na seguinte linha:

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. EDITAL. IMPOSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO SENTIDO DE SUAS CLÁUSULAS. ART 37, XXI, CB/88 E ARTS. 3º, 41 e 43, V, DA LEI N. 8.666/93. CERTIDÃO ELEITORAL. PRAZO DE VALIDADE. CLASSIFICAÇÃO DO RECORRENTE E DAS EMPRESAS LITISCONSORTES PASSIVAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO A DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. A Administração, bem como os licitantes, estão vinculados aos termos do edital [art. 37, XXI, da CB/88 e arts. 3º, 41 e 43, V, da Lei n. 8.666/93], sendo-lhes vedado ampliar o sentido de suas cláusulas, de modo a exigir mais do que nelas previsto. 2. As certidões de quitação das obrigações eleitorais, na ausência de cláusula do instrumento convocatório ou de preceito legal que lhes indique prazo, presumem-se válidas até a realização de novo pleito. 3. A habilitação das empresas litisconsortes passivas no certame, com o recorrente, não causa qualquer lesão a direito líquido e certo. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no RMS nº 24.555/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Eros Grau, j. em 21.02.2006, DJ de 31.03.2006)

O agente público não deverá fazer exigências à margem da lei para não eliminar interessados que visam oferecer a melhor proposta para a Administração. Ele não

está autorizado a fazer a ampliação do sentido das cláusulas do edital, uma vez que este é um instrumento normativo que vincula o licitante e a Administração.

A habilitação continua com a verificação da regularidade fiscal do licitante. Essa regularidade é feita através da:

- 1- verificação do Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica – CNPJ;
- 2- da prova de inscrição no cadastro de contribuintes municipal;
- 3- da comprovação da regularidade para com a fazenda estadual e municipal do domicílio ou sede do licitante.
- 4- da comprovação da sua regularidade para com a Fazenda Federal, inclusive com o INSS, comprovando também a sua regularidade relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, mediante a apresentação do certificado de regularidade.

A respeito da regularidade fiscal dos licitantes é importante destacar um julgado do STJ sobre a questão:

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABILITAÇÃO. REGULARIDADE FISCAL. CERTIDÕES. PRAZO DE VALIDADE. NÃO-FORNECIMENTO PELO MUNICÍPIO. ART. 535 DO CPC. EFEITOS INFRINGENTES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO.

[...]

3. A exigência de regularidade fiscal para habilitação nas licitações (arts. 27, IV, e 29, III, da Lei nº 8.666/93) está respaldada pelo art. 195, § 3º, da C.F., todavia não se deve perder de vista o princípio constitucional inserido no art. 37, XXI, da C.F., que veda exigências que sejam dispensáveis, já que o objetivo é a garantia do interesse público. A habilitação é o meio do qual a Administração Pública dispõe para aferir a idoneidade do licitante e sua capacidade de cumprir o objeto da licitação.

4. É legítima a exigência administrativa de que seja apresentada a comprovação de regularidade fiscal por meio de certidões emitidas pelo órgão competente e dentro do prazo de validade. O ato administrativo, subordinado ao princípio da legalidade, só poderá ser expedido nos termos do que é determinado pela lei.

5. Apesar da vinculação ao edital a que se sujeita a Administração Pública (art. 41 da Lei nº 8.666/93), afigura-se ilegítima a exigência da apresentação de certidões comprobatórias de regularidade fiscal quando não são fornecidas, do modo como requerido pelo edital, pelo município de domicílio do licitante.

6. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp 974854 / MA, Rel. Min. Castro Meira, DJ 16.05.2008, p. 1).

Dessa forma, exigências desnecessárias devem ser descartadas na regularidade fiscal dos licitantes por força do Interesse Público. Mister destacar que a Lei Complementar nº 123/06 concede para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte a possibilidade de apresentar sua documentação de regularidade fiscal na

licitação mesmo havendo alguma restrição.¹¹ As pendências não impedirão a habilitação do micro ou pequeno empresário, que terá a oportunidade de saná-las posteriormente, conforme dispõe a lei.

5.3 Da qualificação técnica

No procedimento administrativo o licitante deve comprovar à Comissão de Licitações com a sua qualificação técnica. Geralmente se exige a qualificação técnica nas licitações de obras e serviços, mas nada impede que essa exigência seja estendida às compras.

O requisito da qualificação técnica resta comprovado nos certames através da apresentação de um ou mais atestados emitidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, demonstrando a aptidão do licitante para o desempenho da atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, conforme estabelece o inciso II do artigo 30 da Lei 8.666/93¹².

A questão da qualificação técnica nas licitações já foi objeto de querela no Judiciário. Não poucas vezes, editais mal formulados fazem exigências além do que descreve a lei de licitações. O caput do artigo 30 da Lei 8.666/93, quando trata da documentação sobre qualificação técnica, contempla a expressão “limitar-se-á”. Significa dizer que o legislador estabeleceu um rol taxativo. As exigências relativas á qualificação técnica não podem ultrapassar o quanto estabelecido na lei.

Vejamos como o Superior Tribunal de Justiça enfrentou problemas dessa natureza.

¹¹ Sobre este benefício para as Micro e Pequenas Empresas, assim dispõe a Lei Complementar nº 123/06:

Art. 43. As microempresas e empresas de pequeno porte, por ocasião da participação em certames licitatórios, deverão apresentar toda a documentação exigida para efeito de comprovação de regularidade fiscal, mesmo que esta apresente alguma restrição.

§ 1º Havendo alguma restrição na comprovação da regularidade fiscal, será assegurado o prazo de 2 (dois) dias úteis, cujo termo inicial corresponderá ao momento em que o proponente for declarado o vencedor do certame, prorrogáveis por igual período, a critério da Administração Pública, para a regularização da documentação, pagamento ou parcelamento do débito, e emissão de eventuais certidões negativas ou positivas com efeito de certidão negativa.

¹² Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:

[...]

II - 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 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;

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. AQUISIÇÃO DE PRODUTOS E CONSEQÜENTE MANUTENÇÃO. EDITAL QUE PREVÊ A NECESSIDADE DE APRESENTAÇÃO DE ATESTADOS DE PRÉVIO QUE COMPROVEM QUE AS EMPRESAS LICITANTES JÁ FORNECERAM PELO MENOS CEM PRODUTOS SIMILARES AO LICITADOS EM OUTRAS OPORTUNIDADES (CLÁUSULA DE FORNECIMENTO MÍNIMO). POSSIBILIDADE. CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL. ART. 30, INC. II, DA LEI N. 8.666/93. RAZOABILIDADE.

[...]

...há atração da aplicação do art. 30, inc. II, da Lei n. 8.666/93 que, reportando-se à necessidade de comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em quantidades com o objeto licitado (capacidade técnico-operacional), implícita e logicamente permite que editais de licitação tragam a exigência de fornecimento mínimo de equipamentos similares em outras oportunidades, desde que tal cláusula atenda aos princípios da razoabilidade (como é o caso, pois a licitação tinha como objetivo a aquisição de 200 terminais e exigia-se dois atestados de fornecimento prévio de, no mínimo, 100 terminais). (RMS nº 24.665/RS, 2ª T., Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. em 20.08.2009, Dje de 08.09.2009)

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO. CONCORRÊNCIA PÚBLICA. SERVIÇOS DE CONFECÇÃO, DISTRIBUIÇÃO E CONTROLE DE SELOS DE FISCALIZAÇÃO DE ATOS NOTARIAIS E REGISTRALIS. IMPUGNAÇÃO DE EDITAL. INOCORRÊNCIA DE NULIDADE. PRESERVAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, IGUALDADE E COMPETITIVIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 30, II, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.

2. Não se comete violação ao art. 30, II, da Lei nº 8.666/93, quando, em procedimento licitatório, a Administração Pública edita ato visando a cercar-se de garantias o contrato de prestação de serviços de grande vulto e de extremo interesse para os administrados.

3. Tendo em vista o elevado montante dos valores objeto de futura contratação, é dever do administrador público realizar todas as etapas do processo seletivo do prestador de serviço com grande cautela, pautando-se rigorosamente pelos preceitos legais aplicáveis, especialmente o art. 30, § 1º, da Lei nº 8.666/93, e outros pertinentes. (RMS nº 13.607/RJ, 1ª T., rel. Min. José Delgado, j. em 02.05.2002, DJ de 10.06.2002)

Com base nos trechos transcritos das decisões acima, pode-se observar que as exigências feitas nos atestados de qualificação técnica devem, obrigatoriamente, conter relação direta com a descrição do objeto da licitação. Para tanto, a Administração pode exigir determinados requisitos nos atestados, que deverão estar previamente relatados no edital, tomando o devido cuidado para não cair na tentação de aplicar critérios subjetivos no julgamento da qualificação técnica. Antes, deve a comissão atentar para o Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório, uma vez que o edital é lei entre as partes quando o assunto é licitação.

5.4 Da proposta de preços

A proposta de preços deve ser apresentada num envelope distinto daquele que contém os documentos de habilitação. Se o licitante, por descuido ou por qualquer outro motivo, inserir a proposta de preços no envelope de habilitação será desclassificado da licitação. A eliminação do certame se dará pelo fato da sua proposta se tornar conhecida na fase inadequada.

A proposta será elaborada conforme as determinações do edital, sobretudo observando o termo de referência do instrumento convocatório. Ela não poderá prever vantagens adicionais em relação aos outros licitantes e deverá englobar todas as despesas relativas à execução do objeto, inclusive as de natureza tributária.

Por força do Princípio da Vinculação ao Instrumento Convocatório a proposta de preços deve se coadunar com as determinações prescritas no edital. A inobservância deste preceito restará na desclassificação da proposta. Quando o edital exigir cronogramas, planilhas, formato digital etc. assim deverá proceder o administrado.

O envelope que contém a proposta de preços deve ser apresentado lacrado. Os preços devem estar apresentados em moeda nacional. Importa destacar que a proposta de preços deverá evidenciar a o seu prazo de validade, que não pode ser inferior a 60 (sessenta) dias. Se o licitante omitir essa informação, presumir-se-á a validade de 60 (sessenta) dias.

Ademais, será fundamental que a proposta esteja rubricada em todas as páginas pelo representante legal da empresa ou pelo mandatário.

5.5 Dos recursos administrativos

O licitante que se sentir prejudicado de alguma forma no certame poderá fazer uso do Recurso Administrativo. Trata-se, inclusive, de um preceito constitucional garantindo o direito de petição. A Carta Magna assegura, conforme disposto no inciso LV do artigo 5º, que os litigantes e os acusados em geral, em processos

judiciais ou administrativos, possuem a garantia do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O Recurso Administrativo pode ser interposto em qualquer fase da licitação, seja na Habilitação, na Proposta Técnica ou na Proposta de Preços. Para tanto, deverá o administrado insatisfeito com a decisão administrativa ter legitimidade recursal para se fazer valer deste instrumento. Todavia, não é qualquer administrado que possui essa legitimidade, mas, tão somente o licitante que participou do certame ou do contrato administrativo.

No que tange aos prazos para Recurso Administrativo em sede de licitações a Jurisprudência já se manifestou. Vejamos.

STF

PROCESSO ADMINISTRATIVO. Recurso. Prazo. Dias úteis. Cômputo. Termo inicial. Licitação. Inabilitação. Aviso. Comunicação do dia em que estaria franqueada vista dos autos. Exclusão dessa data. Inclusão do dia de vencimento. Recurso protocolado no último dia. Tempestividade reconhecida. Direito líquido e certo da impetrante. Concessão da segurança. Provimento ao recurso para esse fim. Inteligência dos arts.109 e 110 da Lei nº 8.666/93. Nos procedimentos de licitação, o prazo recursal, que de regra é de 5 (cinco) dias, sempre úteis, se inicia apenas na data em que seja franqueada vista dos autos aos interessados, mas excluindo-se esse dia e incluindo-se o do vencimento. **(RMS nº 23.546/DF, 1ª T.. rel. Min. Cezar Peluso, j. em 20.09.2005, DJ de 07.10.2005)**

STJ

ADMINISTRATIVO - LICITAÇÃO DE OBRA PÚBLICA - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE PASSIVA - PROCESSAMENTO REGULAR DA LICITAÇÃO.

1. É a parte legítima para figurar no polo passivo o Ministro de Estado da Integração, autoridade que homologou o resultado da licitação e depois adjudicou e autorizou a contratação da empresa vencedora.
2. A falta de publicação do julgamento das propostas não prejudica o processo de licitação, porque publicada a adjudicação da obra pela vencedora, com oportunidade de impugnação via recurso administrativo.
3. Segurança denegada. **(MS nº 13.401/DF, 1ª S., rel. Min. Eliana Calmon, j. em 25.06.2008, DJe de 22.09.2008)**

A Lei 8.666/93 estipula um prazo de cinco dias úteis, a contar da intimação do ato ou da lavratura da ata, para interposição do Recurso Administrativo, com exceção das licitações que usam a modalidade Convite, onde o prazo é de dois dias úteis.

Quando o Recurso tiver a finalidade de atacar habilitação ou inabilitação de licitante ou julgamento das propostas, inevitavelmente será atribuído a ele efeito suspensivo. Tal medida serve para evitar a ocorrência de danos ao recorrente e à própria Administração Pública.

A partir da interposição do Recurso Administrativo, os demais licitantes terão o direito de impugnar no prazo de cinco dias úteis em todas as modalidades de licitação, com exceção da modalidade Convite, onde o prazo será de dois dias úteis. Mister destacar que os prazos para o Recurso Administrativo somente poderão se iniciar quando os autos estiverem disponíveis para vista dos interessados. Na hipótese da não disponibilização dos autos, o prazo deve ser devolvido.

O Ato impugnado poderá ser reconsiderado pela própria autoridade que o proferiu. Todavia, se inexistir a reconsideração, o Recurso será encaminhado à autoridade superior, que deverá julgar o caso em até cinco dias úteis contados do recebimento do recurso, sob pena de responsabilidade.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, diante da proposta deste estudo é possível concluir que a licitação é um procedimento administrativo onde a Administração Pública Direta e Indireta obtêm a proposta mais vantajosa, assegurando igualdade de condições aos que participem do certame, visando à celebração do Contrato Administrativo para promover os interesses da coletividade.

A constituição Federal estabeleceu como regra geral a licitação como o instrumento adequado para as contratações do Poder Público e somente em casos excepcionais a Administração Pública está autorizada a firmar contratos administrativos sem licitar.

O procedimento administrativo da licitação deve ser realizado coadunando-se perfeitamente com a legislação infraconstitucional e com o edital para que não haja violação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011,

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

CUNHA JUNIOR, Dirley da. . **Curso de direito administrativo**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2009,

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 24. ed São Paulo: Atlas, 2011

FARIA, Edimur Ferreira de. **Curso de Direito Administrativo Positivo**. 7. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte, MG: Del Rey 2011

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 14. ed. São Paulo: Dialética, 2010

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2011