



DIREITO POR VOCAÇÃO

FACULDADE BAIANA DE DIREITO E GESTÃO

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU*

LICITAÇÕES E CONTRATOS

THIAGO DOS SANTOS SILVA

APORIA DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Salvador-BA
2018

THIAGO DOS SANTOS SILVA

APORIA DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Monografia apresentada ao Faculdade Baiana de
Direito como pré-requisito para a obtenção do grau
de pós-graduado em Licitações e Contratos.

ORIENTADOR:

Salvador-BA
2018

THIAGO DOS SANTOS SILVA

APORIA DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Monografia apresentada a Pós-graduação de Licitações e Contratos da Faculdade Baiana de Direito, como requisito para obtenção do título de pós-graduado em Licitações e Contratos.

Aprovado em ____/____/____

Banca Examinadora

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2018

Ao Deus vivo que sirvo diariamente e do qual nunca mais quero me afastar. Toda honra e toda glória seja dada a Ele.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que me concede vitórias tremendas, que tem me agraciado cada vez mais com seu imenso amor e diariamente tem me provado de sua fidelidade.

Aos meus pais José Raimundo e Mirian Celeste, que amo de forma incondicional e única, pelo apoio e incentivo e por mais uma vez abdicarem dos seus sonhos para que eu pudesse realizar os meus.

Aos meus Filhos pelo sorriso que sempre me encorajou a vencer.

As funcionárias do núcleo de pós-graduação em Licitações e Contratos.

Aos colegas da Primeira Turma pelo convívio, principalmente pela amizade que formamos.

Ao coordenador e professor Ronny Chaves, por ter contribuído com presteza e profissionalismo para consecução dessa pesquisa.

A todos os professores que tive a oportunidade de conhecer no decorrer do curso e que muito colaboraram com as idéias depreendidas neste trabalho.

Enfim, a todos que torceram por mim e ficaram felizes com mais uma conquista em minha vida.

Os que confiam no Senhor são como os montes de Sião, que não se abalam, mas permanecem para sempre.

RESUMO

A pesquisa busca esclarecer as aporias encontradas pela Comissão de Licitação no conduzir dos procedimentos licitatórios, empenha-se em tornar compreensível as dúvidas ou dificuldades teóricas das Comissões de Licitação. Em virtude dessas considerações revela a evolução histórica das comissões de licitação ao longo dos anos, e surgimento de vários diplomas que tratam sobre licitação. Desta forma, será demonstrado o alcance normativo do citado órgão, abordando a estrutura, o manuseio das modalidades licitatórias, a natureza jurídica e diversas competências, inclusive os princípios norteadores constitucionais e administrativos que orientam a comissão de forma a pautar sua conduta atentando sempre para legalidade, isonomia, impessoalidade e outros no proceder do certame. A importância da criação e composição das comissões, no que atine ao recebimento, exame e julgamento das licitações, bem como a responsabilidade por seus atos, assim como o seu regime jurídico. Estuda a aporia procedimental e a aplicabilidade pela Comissão de Licitação para o melhor desfecho para as aporias. Investiga as possíveis causas das aporias e averigua os desenlaces possíveis para as divergências mais habituais. Demonstra um horizonte ou perspectiva favorável a ser seguido pelos integrantes da Comissão de Licitação. Não é mansa e pacífica a questão, conforme se verá com as explicações a cerca da aplicabilidade do procedimento licitatório e divergências mais freqüentes. Por fim, traz conclusões pontuais e críticas objetivando alternativas para a solução das aporias.

PALAVRAS-CHAVE: comissão; licitação; princípios; aplicabilidade; aporia.

ABSTRACT

The research searches to clarify the difficulty found for the Commission of Licitations in leading of the licitations procedures, to pledge in becoming understandable the doubts or theoretical difficulties of the Commissions of Licitations. In virtue of these considerations it discloses the historical evolution of the commissions of licitation throughout the years, and sprouting of some diploma that treat on licitation. In such a way, it will be demonstrated to the normative reach of the cited agency, approaching the structure, the manuscript of the licitation modalities, the legal nature and diverse abilities, also the principles administrative north constitutional and that guide the form commission to always pautar its behavior attempting against for legality, isonomy, impersonal and others in proceeding from the proceeding. The importance of the creation and composition of the commissions, in what it hits upon to the act of receiving, examination and judgment of the licitations, good eats the responsibility for its acts, as well as its legal regimen. It studies the procedural difficulty and the applicability for the Commission of Licitations for optimum outcome for the difficulty. It investigates the possible causes of the aporias and inquires the possible outcomes for the divergences most habitual. It demonstrates a horizon or favorable perspective to be followed by the integrant ones of the Commission of Licitations. Not is tame and pacific the question, as it will be seen with the explanations about the applicability of the licitation procedure and more frequent divergences. Finally, it brings alternative prompt and critical conclusions objectifying for the solution of the difficulty.

KEYWORDS: commission; licitation; principles; applicability; difficulty.

Sumário

1 INTRODUÇÃO.....	9
2 COMISSÃO DE LICITAÇÃO.....	11
2.1 Antecedentes Históricos	11
2.2 Análise conceitual e peculiaridades licitatórias.....	14
2.3 Aspectos Gerais	16
2.4 Princípios orientadores	27
2.4.1 Princípio da Isonomia.....	29
2.4.2 Princípio da Legalidade.....	31
2.4.3 Princípio da Impessoalidade.....	32
2.4.4 Princípio da probidade e da moralidade	33
2.4.5 Princípio da publicidade	34
2.4.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório.....	35
2.5 Responsabilidade por atividades ilegítimas ou ilícitas.....	36
3 IMPOTÊNCIA E COMPETÊNCIA DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO.....	39
3.1 Exame de impugnações quanto ao conteúdo do Edital	40
3.2 Recebimento e exame dos envelopes de habilitação e proposta	42
3.3 Julgamento das propostas	44
3.4 Adjudicação do objeto ao proponente vencedor e posterior remessa para homologação.	49
4 APORIA PROCEDIMENTAL	52
4.1 Dispensa e Inexigibilidade	52
4.2 Habilitação – discricionariedade da Administração	60
4.3 Adjudicação: comissão ou autoridade superior?	62
CONCLUSÃO.....	66
REFERÊNCIAS	68
SUGESTÕES PARA AS APORIAS.....	71

1 INTRODUÇÃO

A presente obra versa sobre a Comissão de Licitação e o conteúdo técnico-jurídico aplicado a aporia encontrada pela mesma, descrevendo o estudo da Comissão nos eventos licitatórios patrocinados pela administração pública, numa tentativa de traçar seus aspectos singulares e suas concepções distintivas.

Em verdade, a justificativa da escolha do tema proposto foi provocada pela quase inexistência de obras atentas à especificidade do objeto em estudo e sua importância na gestão pública atual como evento de escolha da melhor proposta aos entes estatais.

Tentaremos encontrar uma maneira de superar as dúvidas e dificuldades mais comuns das Comissões de Licitação no conduzir dos procedimentos licitatórios da Administração Pública e acarretar o esclarecimento das aporias.

Mesmo positivado na lei federativa de licitações os procedimentos a serem adotados pela Comissão, muitas dúvidas e dificuldades surgem no decorrer das licitações, conforme a peculiaridade de cada caso, sendo facultado aos membros das Comissões discorrerem sobre algum ponto, em que haja divergência entre eles.

É sobretudo importante assinalar que o trabalho desenvolvido pelas comissões é repleto de dificuldades, dúvidas e conflitos, sendo o presente projeto um meio auxiliar ao seu trabalho, pretendendo solucionar algumas questões polêmicas, deixando claro de que forma são estruturadas as comissões, a melhor maneira de aplicar os procedimentos licitatórios e superar as dificuldades.

Acentue-se, por oportuno, que esboçamos objetivos gerais e específicos com vistas a nortear todo o trabalho metodológico que será desenvolvido. Com efeito, no primeiro momento, analisaremos as considerações propedêuticas acerca da licitação e seus princípios, seguidamente, as idéias de competência e controvérsias patrocinadas pela Comissão de Licitação.

Afinada com essa aspiração, traçaremos a evolução da licitação, e mais à frente, centraremos a nossa atenção na análise conceitual do instituto e seus aspectos gerais no contemporâneo enfoque normativo, descrevendo os princípios orientadores e outros diplomas pertinentes.

Além disso, demonstraremos seus pressupostos teóricos alinhados para definição de aspectos distintivos e formato legal previsto, até alcançarmos o estudo do procedimento administrativo pertinente à espécie e seus elementos práticos.

Examinaremos o papel da Comissão de Licitação diante do adorno imposto às formas e modalidades licitatórias, bem como, o controle externo e interno, e por último, o alcance do diploma de responsabilidade fiscal.

O método principal escolhido é o dedutivo, pois, parte do geral, para o particular. Está comprometido com a verdade, procurando a mesma no processo conclusivo. Assim, partindo das generalidades, estuda, investiga, tracejando conclusões relativas a um objeto.

Em função do tema exposto, não poderia ser diferente, pois, embora haja aporias encontradas pelas comissões de licitação, existem regras a serem seguidas pelas mesmas.

Será adotado, também, o método dialético, onde se é obtida a verdade mediante confronto entre teses e antíteses, do qual serão produzidas sínteses conclusivas com relação ao objeto de estudo.

Assim, utilizaremos o marco teórico de administrativistas brasileiros e do direito comparado que atentam especificamente sobre a matéria, com o propósito de desenvolvermos seus conceitos e conhecimentos para descobrirmos as respostas aos problemas comuns ligados a Comissão de Licitação, com emprego de técnicas científicas e labuta prática que permitam descobrir suas noções.

Busca-se, na presente obra, enveredar no campo almejado através de um trabalho persistente, sempre no ensejo contínuo de solucionar possíveis indagações levantadas e patrocinar algumas conclusões obtidas através da observação, documentação, experimento e pesquisa.

Trata-se, finalmente, de uma modesta sistematização de estudos e pronunciamentos, acrescidos de relatos de experiências vividas em situações concretas, em sua maioria, no exercício das funções consultivas e de direção em Comissões de Licitação desenvolvidas na esfera pública.

2 COMISSÃO DE LICITAÇÃO

2.1 Antecedentes Históricos

É sobretudo importante assinalar o papel da Comissão da Licitação na condução dos certames, traçando a sua evolução histórica diante do próprio instituto licitatório.

Remonta em mais de cento e quarenta anos a história das licitações. Vários diplomas legislativos esboçaram acerca da licitação, buscando os meios para obtenção de contrato mais vantajoso para a Administração Pública, resguardando os direitos de possíveis contratados.

Segundo Hely Lopes Meirelles, essa preocupação existia desde Idade Média:

Nos Estados Medievais da Europa usou-se o sistema denominado “vela e pregão”, que consistia em apregoar a obra desejada e, enquanto ardia uma vela, os construtores interessados faziam suas ofertas. Quando se extinguia a chama, adjudicava-se a obra a quem tivesse oferecido o melhor preço. (2001, p. 257).

Válido ressaltar que no Direito Comparado vários países realizavam a licitação após a escolha discricionária da Administração Pública em face da liberdade para decidir ou avaliar a forma de sua execução, atendendo aos critérios da conveniência e oportunidade.

Evidencia-se, portanto, o dever do Estado de realizar seu exercício de potestade estatal quanto aos fins sociais pretendidos, afirma Manuel Maria Diez (1974, p. 39) : La razón de ser del poder reposa sobre una obra de bien común. Su legitimidade se basa em la adecuación de actividade a esse fin. Se considera el poder en su aspecto exterior por el cual se nos hace evidente.

A licitação no Brasil, com o advento do Decreto nº. 2.926/1862, foi arraigada visando à regulamentação das arrematações dos serviços do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas, contudo no âmbito federal o procedimento licitatório somente se firmou, através do Decreto nº. 4.536/22, estabelecendo as bases do Código de Contabilidade da União, mais precisamente nos artigos 49 a 53

que dispõem sobre a modalidade licitatória da época, a concorrência pública, e explana sobre fornecimentos parcelados, valores superiores para execução de obras, publicação das licitações, quando há dispensabilidade e adjudicação, assinalando sempre a idéia principal do proveito para administração, mediante a apresentação de propostas mais baratas, e outros que foram sendo aperfeiçoados no decorrer das décadas.

Não se pode olvidar o evidente desenvolvimento dos procedimentos de licitação, com a finalidade de confrontar maior efeito às pactuações públicas. Em decorrência desse avanço, despontou a Constituição Federal de 1967, expressando em seu artigo 8º, XVII e § único que cabe à União estabelecer normas gerais de licitação e, aos Estados, normas supletivas.

No intuito de sistematizar as referidas contratações, o Decreto Lei nº. 200/67 determinou através dos artigos 125 a 144 a reforma administrativa federal, criando normas relativas à licitação, prolongadas pela Lei Federal nº. 546/68, vindo esta norma a atingir não somente o âmbito federal, também se aplicando aos Estados e Municípios.

Desta forma, criou-se uma verdadeira polêmica com o surgimento da Lei Federal, pois esta estendeu seus preceitos aos outros entes federativos. Foi adiante tal discussão quando se tornou público o Decreto Lei nº. 2.300/86 que falava acerca das licitações e contratos na Administração Pública, mencionando sua aplicabilidade aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, como norma geral estabelecidas.

Posteriormente, tal Decreto foi atualizado pelos Decretos nº. 2.348 e 2.360, que criou um Estatuto jurídico sobre Licitações e Contratos Administrativos, tratando em seu bojo de normas gerais e especiais vinculadas à matéria. Tal atitude foi validada e apreciada por uns, mas por outro lado foi tida como inconstitucional, pois ofendeu, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p.301), ao princípio da autonomia das unidades federadas para legislar sobre essa matéria.

Em 1988, com o surgir de uma nova Constituição brasileira a licitação passou a ser de cumprimento obrigatório, dispondo o seu artigo 22, XXVII:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta, incluindo as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, nas diversas esferas de governo, e empresas sob seu controle.

A partir dessa idéia, a Emenda Constitucional nº. 19/98 deu novo sentido ao artigo supracitado, esclarecendo:

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 ao disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III.

Examinando o artigo 37, XXI da CF/88, facilmente observa-se que a licitação é princípio constitucional, devendo ser reparado inevitavelmente, em toda contratação feita pela Administração Pública, ressalvado os casos especificados na legislação.

O intuito do procedimento de licitação é permitir à Administração contratar interessados que reúnam condições necessárias para o atendimento do interesse público, levando em consideração aspectos relacionados à capacidade técnica e econômico-financeira do licitante, à qualidade do produto e ao valor do objeto.

Por derradeiro, surgiu um Estatuto específico sobre licitações, a Lei Federal nº. 8.666 de 21/06/1993, emergida em meio a tantos problemas econômicos e escandalosos que o Brasil vinha enfrentando, especificamente no que atine aos serviços públicos e após o histórico *impeachment* do presidente da época, Fernando Collor de Melo.

Em verdade, buscou-se a decência das compras e contratações de serviços feitos pela Administração Pública, regulamentou o artigo 37, XXII da Constituição Federal de 1988, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública e dando outras providências. Posteriormente, o Estatuto Federal Licitatório foi parcialmente modificado pelas Leis nº. 8.883/94, 9.648/98, 9.854/99, 10.438/02, 10.973/04, 11.079/04, 11.107/05 e 11.196/05.

Mister se faz apreciar o comentário de Marçal Justen Filho sobre o atual Estatuto:

Verifica-se forte tendência à alteração do modelo da Lei nº. 8.666. Há a difusão da sistemática do pregão (disciplinado pela Lei nº. 10.520), que vem sendo aplicado de modo amplo. A Lei nº. 11.079 (de 2004) introduziu sensíveis inovações nas concorrências para outorgas de parcerias privadas. É previsível que, em um futuro não muito distante, o procedimento licitatório siga disciplina diversa daquela prevista na lei nº. 8.666. (2005, p.12).

Hodiernamente no Brasil, os processos de compra pública, assim como a execução de obras, a prestação de serviços e o fornecimento de bens para atendimento das necessidades públicas devem obedecer a Lei nº. 8.666/93 e a Lei 10.520/2002, alcançando as normas da Lei das Licitações, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União:

[...] **os** órgãos integrantes da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. (2006, p.20).

2.2 Análise conceitual e peculiaridades licitatórias

Nessa vereda, é imperioso trazer à baila os conceitos de licitação.

Para Carlos Pinto Coelho Motta:

Licitação é o processo pelo qual são realizadas as compras públicas. A palavra licitação comporta vários significados que estão ligados a idéia de oferecer, arrematar, fazer preço sobre coisa, disputar ou concorrer. [...] “Licitação (do latim licitatione): ato ou efeito de licitar, oferta de lances em um leilão ou hasta pública”. De acordo com a legislação em vigor, Lei 8.666/93, este termo significa: “o procedimento administrativo pelo qual a Administração Pública, obediente aos princípios constitucionais que a norteiam, escolhe a proposta de fornecimento de bem, obra ou serviço mais vantajoso para o erário”. (1999, p. 17-26, grifo do autor).

Busca-se através da licitação, a escolha de uma proposta mais vantajosa para a Administração, através da escolha de um contrato menos oneroso para os cofres públicos.

Através do procedimento licitatório, dá-se oportunidade igualitária a todos que desejam contratar com a Administração.

Sabidamente Odete Medauar (2002: 220-221). afirma: [...] a licitação visa, portanto, a selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público [...].

Mais uma vez são esclarecidos os benefícios da licitação, assinalando João Sanches Ferreira que

Trata-se de instituto constitucionalmente previsto, que tem por objetivo dotar a administração pública de instrumentos viáveis para, ao contratar com os

particulares, assegurar a todos que pretendam com ela negociar, o direito de competir em igualdade de condições, selecionando, em processo formal, a proposta mais vantajosa. (2003, p.23, grifo do autor).

Destarte, o objetivo principal da licitação é permitir à administração pública que, em processo formal, garantindo os direitos subjetivos de cada licitante, contrate ou crie condições para contratar a melhor proposta.

Da mesma forma, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera:

Licitação – em suma síntese – é um certame que as entidades governamentais devem promover e no qual abrem disputa entre os interessados em com elas travar determinadas relações de conteúdo patrimonial, para escolher a proposta mais vantajosa às conveniências públicas [...].(2003, p.479).

Em verdade, a licitação é o método utilizado no setor público para escolha da proposta mais vantajosa ao futuro contrato administrativo, tendo em consideração o regramento legal e editalício, sendo 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 outros correlatos, desde que garantida a observância do princípio constitucional da isonomia, sendo vedada aos agentes públicos, a prática de qualquer ato que admita, preveja, inclua ou tolere nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem seu caráter competitivo.

Somente com a Lei nº 8.666/93 é que houve menção expressa à Comissão de Licitação, mais precisamente no artigo 6º, XVI da Lei nº. 8.666/93:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:
XVI – Comissão – comissão, permanente ou especial, criada pela administração com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

Todavia, desde o Decreto nº. 2.926/1862 há referência não a uma Comissão de Licitação propriamente dita, mas a uma Junta que tinha atribuições de uma Comissão, recebia as propostas dos concorrentes e fazia o julgamento das mesmas. Era composta a mencionada Junta por um presidente e dois membros.

Com o surgimento do Decreto nº. 2.300/86 todas as propostas e documentos passaram a ser rubricado por uma Comissão, que no Decreto alhures refe-

renciado era chamada de Comissão Julgadora. Esta realizava atas, relatórios e deliberações sobre as licitações.

Foi a primeira vez em que se referiu a uma comissão permanente e especial, como podemos constatar observando o artigo 41 do Decreto nº. 2.3000/86:

Art. 41 A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, sua alteração e cancelamento, e as modalidades de licitação, serão julgadas por uma comissão, permanente ou especial, de, no mínimo, três membros.

Diante do que foi exposto é fácil constatar a importância das Comissões de Licitação, sendo estas criadas para julgar, dirigir as licitações ou responder por determinadas atitudes.

No entendimento de Diogenes Gasparini Comissão de Licitação é:

Um órgão público colegiado ou simples órgão colegiado de, no mínimo, três integrantes, responsável pela direção e julgamento das licitações que a Administração Pública ou que lhe faça as vezes está, em princípio, obrigadas a promover [...]. (2002, p. 05).

Assim, será formalizado para cada ato pertinente à licitação que está sendo realizada, um procedimento administrativo, com vistas à formação do feito regular, sendo este procedimento dirigido e julgado pela Comissão de Licitação.

2.3 Aspectos Gerais

A criação Comissão de Licitação não foi feita pela Lei Federal de Licitações e Contratos. Esta apenas assinalou a sua obrigatoriedade em determinadas condições e descreveu parâmetros a serem seguidos pela Administração Pública ao instituí-las, indicando a disciplina de seu funcionamento.

Segundo Diogenes Gasparini (2002, p. 09, grifo do autor), a criação e o estabelecimento do “modus operandi” competem a cada entidade (União, Estado-membro, Distrito Federal, Município) que deve utilizar-se desses colegiados.

Cabe a cada entidade competente a criação desses órgãos colegiados na medida de sua necessidade, devendo apenas ser observadas as normas gerais dessa lei e em se tratando da União a observância total do Estatuto.

Assinala Renato Geraldo Mendes:

Com a expressão comissão quer-se designar o conjunto de pessoas às quais se incumbe uma determinada atribuição, *in casu*, o recebimento, exame e julgamento do procedimento de licitação, bem como o cadastramento de fornecedores. O fundamental é acentuar-se o fato de que a opção do legislador no sentido de que as atribuições acima fossem desempenhadas por um órgão colegiado, isto é, por uma comissão e não por uma autoridade singular. Constituem exceção à regra as hipóteses previstas no § 1º do art. 51 e no art. 53 da Lei nº 8.666/93, e inc. IV do art. 3º da Medida Provisória nº 2.182-18, de 23 de agosto de 2001, que instituiu, no âmbito da União, a modalidade de licitação denominada pregão. (2002, p. 48-49, grifo do autor).

Analisando também o artigo 6º, inciso XVI, do Estatuto Federal Licitatório, onde está definida a Comissão, nota-se que o legislador acabou fixando a criação de duas comissões: licitação e cadastramento, não rejeitando, entretanto, a possível existência de uma comissão com várias competências unificadas.

Lembra Justen Marçal Filho:

A autoridade competente para representar a entidade deverá nomear a comissão de licitação, definindo-lhe as atribuições. Em princípio, trata-se de atividade discricionária. Poderá estabelecer uma pluralidade de comissões de licitação, com atribuições distintas e variadas segundo os critérios que melhor aprouverem à Administração. Assim, podem existir comissões distintas para concorrências, para tomada de preços e para convites [...]. (2005, p. 478).

A Comissão de Licitação é criada pela Administração com a função precípua de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos ao cadastramento de licitantes e às licitações nas modalidades concorrência, tomada de preços e convite.

Interessante se faz falar de cada modalidade licitatória separadamente, para que se tenha uma noção do trabalho da Comissão de Licitação em cada uma delas.

Modalidades de licitação são as formas de realizar o procedimento licitatório, que irão ser ajustadas às peculiaridades de cada tipo de negócio administrativo.

O artigo 22 da Lei nº 8.666/93, do inciso I ao V, traz em seu bojo as modalidades de licitação admissíveis, sendo elas: concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão.

Com efeito, há ainda, o pregão, modalidade de licitação instituída pela Medida Provisória nº 2.026/2000 que, após sucessivas reedições e numerações, acabou convertida na Lei Federal nº 10.520/2002, surgindo posteriormente o pregão eletrônico, regulamentado pelo Decreto 5.450/2005.

Tenha-se presente que a concorrência, está prevista no artigo 22, I da Lei de Licitações, e definida pelo §1º da mesma Lei. Trata-se de modalidade de licitação entre quaisquer interessados, cadastrados ou não, onde, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução do seu objeto.

Com base no que afirma Paulo Boselli (1998, p.43): Concorrência é a modalidade de licitação própria para contratos de valores elevados, em que se admite a participação de quaisquer interessados, cadastrados ou não, que satisfaçam as condições do edital.

Comprovado pela Comissão de Licitação que o proponente, cadastrado ou não, cumpriu os requisitos exigidos pelo instrumento convocatório, estará ele apto para prosseguir no certame.

O julgamento dos requisitos pessoais dos interessados, sob o aspecto da capacidade jurídica, da regularidade fiscal, da qualificação técnica e da idoneidade econômico-financeira, sempre competirá a Comissão de Licitação, sendo inadmissível a exigência de qualquer outro requisito para participar da concorrência, pois estaria infringindo o princípio da universalidade inerente à mesma.

É a mais ampla das modalidades, sendo obrigatória nos contratos de grande vulto, isto é, aqueles cujo valor da obra ou serviço de engenharia a ser contratado seja superior a R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), ou que o valor da aquisição de bens ou contratação de outros serviços supere o limite de R\$ 650.000,00 (seiscentos e cinquenta mil reais), nos termos do artigo 23, I e II da Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Por envolver valores vultosos é a mais burocrática e detalhista, e por isso a mais demorada.

No tocante à tomada de preços, prevista no artigo 22 da Lei nº 8.666/93 definida no §2º do mesmo artigo, é de opinião unívoca que se trata de modalidade de licitação própria para contratos de médio valor, nos termos do artigo 23, I e II da Lei Federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, entre interessados devidamente cadastrados, possuidores do CRC – Certificado de Registro Cadastral, ou que atendam todos, as condições exigidas para cadastro até 3 (três) dias antes da data prevista para entrega das propostas, observada a necessária qualificação.

Bom é analisar o mencionado por Diogenes Gasparini quanto às características de tal modalidade:

Caracteriza-se por: a) destinar-se a contrato de vulto médio; b) permitir unicamente a participação de interessados previamente cadastrados ou habilitados; c) exigir publicidade, e; d) requer prévia qualificação dos interessados. (2006, p.445).

Será obrigatória para a contratação de obras e serviços de engenharia de valor superior a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais), e para aquisição de bens e contratação de serviços de valores acima de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), conforme dispõe o artigo 23, I e II do Estatuto Federal Licitatório. Mantém a mesma estrutura da concorrência, porém com prazos reduzidos e com habilitação preliminar.

Outrossim, o convite, previsto no inciso III do artigo 22 e conceituado no §3º desse artigo da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, implica em uma 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.

É a mais simples das modalidades e se destina a contratações de pequeno valor. A administração escolhe quem quer convidar, entre os possíveis interessados, desde que com cinco dias úteis de antecedência e através de recibo. A divulgação deve ser feita mediante afixação de cópia do convite em quadro de avisos do órgão ou entidade, localizado em lugar de ampla divulgação.

É utilizado nas licitações de menor complexidade, com valores entre R\$ 8.000,00 (oito mil reais) e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), para a aquisição de bens e serviços em geral, e entre R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) para obras e serviços de engenharia, como preceitua o artigo 23, I e II da Lei alhures referenciada. As empresas que não tenham sido convidadas, também poderão participar desde que devidamente cadastradas no ramo pertinente e que tenham manifestado seu interesse até 24 horas antes da apresentação da proposta.

Atente-se ao que dispõe o § 6º do artigo 22 do Diploma Licitatório:

Art. 22 São modalidades de licitação:

§ 6º Na hipótese do § 3º deste artigo, existindo na praça mais de 3 (três) possíveis interessados, a cada novo convite, realizado para objeto idêntico

ou assemelhado, é obrigatório o convite a, no mínimo, mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações.

No Convite, para que a contratação seja possível, não é necessário somente três propostas, é preciso acima de tudo que as três apresentadas sejam válidas. Caso isso não ocorra a Administração é obrigada a repetir o convite e convidar no mínimo mais um interessado, enquanto existirem cadastrados não convidados nas últimas licitações, ressalvados os casos de limitação do mercado ou manifesto desinteresse dos convidados, desde que devidamente justificado no procedimento de licitação, conforme o preceituado no artigo 22, §7º do Estatuto Federal Licitatório.

A direção e julgamento do certame licitatório é de responsabilidade exclusiva da Comissão de Licitação. Contudo, haverá exceção no convite, pois havendo escassez de pessoal disponível nas pequenas unidades administrativas, tal responsabilidade ficará a par de um determinado servidor, como bem preconiza o artigo 51, § 1º do Estatuto Federal de Licitações e Contratos.

Em seguida, o concurso está previsto o artigo 22, inciso IV da Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos e conceituado no §4º do mesmo artigo. 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.

Por sua vez, o leilão está prescrito no inciso V e definido no §5º do artigo 22 do Estatuto Federal Licitatório. Trata-se de modalidade licitatória entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou ainda para alienação de bens imóveis conseguidos através de procedimento judicial ou da ação em pagamento, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao que foi avaliado, podendo ser realizado por leiloeiro oficial ou por servidor designado pela administração.

Finalmente, o pregão, modalidade mais nova introduzida na licitação, é aquela através da qual podem ser adquiridos bens e serviços comuns em sessão pública e para qualquer valor estimado de contratação. Pode ser presencial, previsto na Lei nº 10.520/2002, mas conceituado pelo artigo 2º do Regulamento aprovado pelo Decreto nº 3.555/2000 ou na forma eletrônica, anteriormente regulamentada pelo Decreto Federal nº 3.697/2000 e atualmente regulamentada pelo Decreto Fede-

ral nº 5.450/2005, sendo aplicada subsidiariamente às duas espécies de pregão a Lei Federal nº 8.666/93.

Será presencial, quando os fornecedores apresentarem as suas propostas de preços por escrito, disputando com lances verbais. Todavia, poderá também o fornecedor apresentar suas propostas e disputar lances via *internet*, daí porque é chamado de pregão eletrônico.

As propostas serão apresentadas independentemente do valor estimado para contratação, na qual o vencedor será o licitante que fornecer o produto ou serviço pelo menor preço.

O julgamento e direção do certame quando a modalidade for pregão, seja ele presencial ou eletrônico, ficará a par do pregoeiro e sua equipe.

Registre-se que a Comissão de Cadastramento, é diferente da Comissão de Licitação. Acentua Diogenes Gasparini:

É constituída com o intuito específico de receber e julgar os pedidos de cadastramento e expedir, quando for o caso, o competente ato de registro, chamado de certificado de registro cadastral, para fins licitatórios, cabendo ainda a referida comissão, receber e julgar os pedidos de alteração e de atualização e o cancelamento dos já cadastrados. (2002, p. 77).

Posta assim a questão, é de se dizer que iremos nos ater especificamente a comissões de licitação, sejam elas permanente ou especial.

A Lei nº. 8.666/93, em seu artigo 51, caput, disciplina a constituição das comissões de licitação:

Art. 51 A habilitação preliminar, a inscrição em registro cadastral, a sua alteração ou cancelamento, e as propostas serão processadas e julgadas por comissão permanente ou especial de, no mínimo, 3 (três) membros, sendo pelo menos 2 (dois) deles servidores qualificados pertencentes aos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsáveis pela licitação.

Neste artigo está o fundamento legal da criação das comissões de licitação, que será designada pela autoridade superior para encaminhar os atos da licitação, bem como para processar e julgar os documentos apresentados pelos licitantes.

Será permanente a comissão quando a designação abranger a realização de licitações por período determinado, criadas com o objetivo de dirigir e julgar a maioria das licitações e será especial quando as licitações forem específicas, ou se-

ja, criadas para determinado fim, porque o objeto licitado apresenta características que requer, para direção e julgamento, uma comissão com componentes especiais, e a qualidade exigida para tanto.

Em verdade, depende para criação da Comissão Especial, a situação e a complexidade do objeto, sendo que a nomeação dos seus membros deve ser feita por autoridade competente da administração.

Ambas são obrigatórias, embora não seja necessária a existência desses colegiados simultaneamente, exceto se for exigido por lei. Pode-se ter somente uma comissão permanente de licitação, mas em um determinado momento, pode-se precisar dos dois órgãos, ou seja, a comissão permanente e a especial.

Esclarece de maneira brilhante Diogenes Gasparini a possibilidade de existência das comissões permanente e especial:

O que se tem como discricionário é a possibilidade da instituição de várias comissões permanentes de licitação e, sempre que exigido, de diversas comissões de licitação. A escolha e a instituição de uma só espécie não são, como podem aparentar, manifestações discricionárias da Administração Pública, salvo se a opção recair na comissão permanente de licitação, que pode existir quando não for exigida a comissão especial de licitação. Esta, no entanto, não pode existir sem a comissão permanente de licitação. (2002, p. 59-60).

Como se nota, as comissões, sejam elas permanentes ou especiais, são obrigatórias e devem ser criadas tanto na Administração Pública direta como na indireta, das diversas esferas de governo Federal, Estadual, Distrital e Municipal.

As Comissões são criadas por lei, por ato jurídico propriamente dito ou por ato administrativo. Quando as comissões forem permanentes devem ser criadas por lei, que estabelecerá a sua vinculação a um determinado órgão, assim como a nomeação de seus membros e as suas respectivas competências.

Em sua essência, quando a lei nada prescrever quanto à criação ou instituição desses órgãos colegiados, caberá à entidade que deles tiverem necessidade criá-lo, seja por ato administrativo, quando for entidade de Direito Administrativo Público, a exemplo do superintendente na autarquia ou por ato jurídico propriamente dito, quando for entidade ligada ao regime de Direito Privado, como exemplo o próprio presidente na sociedade de economia mista.

A lei ou ato que institui as Comissões devem ser publicados na íntegra, na imprensa oficial, seja em Diário Oficial ou em jornal particular, selecionado via licitação.

Não sendo possível o ato de criação das comissões por lei, as mesmas serão veiculadas por decreto, portaria, resolução ou outros conforme a essência da entidade que deseja executá-lo, ressaltando que em determinadas entidades existe provimento específico para veicular à criação das Comissões de Licitação.

Em consonância com o expressado, caso seja a comissão designada por decreto, este deverá ser prévio, para que no ano seguinte já esteja devidamente publicado e a comissão tome posse sem maiores problemas.

Registre-se, ainda, que a Comissão deve estar devidamente constituída antes da publicação do edital ou expedição do convite, porque o ato de nomeação desse colegiado é peça integrante do procedimento licitatório.

É a Comissão de Licitação que conduz o desenvolvimento do certame, sob a presidência de um dos seus membros, representando-os perante os licitantes e os outros membros se reportarão a ele para prática dos diversos atos.

Tenha-se presente que somente poderão ser membros e suplentes, servidores da entidade responsável pela criação da comissão. Estes servidores devem ser devidamente qualificados, isto é, possuírem conhecimento sobre licitação e o objeto licitado, nada impedindo que um dos membros não seja qualificado ou que todos sejam qualificados. A qualificação será ainda mais cobrada e apurada quando se tratar de membros que irão compor Comissão Especial, devido à especificidade do objeto licitado.

Determina a Lei de Licitações e Contratos Administrativos que na composição das Comissões de Licitação sejam observados os requisitos da quantidade mínima de membros, qualificação dos integrantes, situação funcional e investidura.

No que diz respeito à composição da Comissão de Licitação, Marçal Justen Filho leciona:

A lei estabelece número mínimo de membros. Não há número máximo. A pluralidade de membros visa a reduzir a arbitrariedade e os juízos subjetivos. Amplia-se a publicidade das decisões, na medida em que a pluralidade de membros dificulta o sigilo [...] (2005, p.479).

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 520) é categórico ao declarar que as licitações são processadas e julgadas por comissão, permanente ou especial, composta de pelo menos três membros.

João Sanches Ferreira, ainda, explana:

A comissão terá no mínimo três membros, sendo pelo menos dois deles servidores qualificados, pertencentes aos quadros da Administração. [...] Devem ser servidores efetivos em cargos públicos ou, no mínimo, estáveis no serviço público. (2003,p.44).

Por igual razão afirma João Ribeiro Mathias Duarte:

A Comissão Permanente ou Especial de Licitação deverá ser constituída, no mínimo, por três membros, ou, mais propriamente, sempre em números ímpares, evitando, com isso, na hipótese de divergência entre eles, a configuração do empate que ensejaria o surgimento de situação impossível de vir a ser solucionada [...] (2004, p. 62).

Quanto à condição pessoal dos membros, há algumas regras a serem seguidas para serem compostas as comissões.

Com base nos ensinamentos de Marçal Justen Filho,

Os membros da comissão deverão ser agentes públicos, integrados na estrutura da Administração Pública. Excepcionalmente e tendo em vista peculiaridades especiais do objeto licitado, poderão ser convidados terceiros para integrar a comissão. Esses terceiros deverão apresentar algum requisito técnico-científico-cultural que justifique sua convocação para tarefa. Isso se passa, especialmente, nos casos de concurso. (2005, p.479).

Celso Antônio Bandeira de Melo, também, afirma,

Dois deles deverão ser servidores qualificados dos quadros permanentes dos órgãos da Administração responsável pelo certame, salvo na modalidade de concurso, para o qual haverá comissão especial integrada por renomados especialistas, servidores ou não.(2003, p.520).

O que a lei exige é que os membros da comissão, seja esta especial ou permanente, possuam um vínculo laboral perene com a administração, mas nada impedindo que os Estados-membros e Município disponham de modo diverso, por se tratar de matéria administrativa.

Vale ratificar que não poderão compor a Comissão de Licitação, servidores contratados para atender necessidade temporária de excepcional interesse pú-

blico, estranhos, não-servidores, pois não integram o quadro permanente, e ainda, servidores cedidos por outras entidades.

Os servidores devem agir com imparcialidade, eximindo-se de qualquer influência dos efêmeros titulares do poder. Por essa razão não se permite as suas presenças, por se entender, pelo cargo que ocupam, passíveis de sugestionamento nas decisões.

Sendo a Comissão de Licitação formada por um grupo integrado, funcionários públicos ou pessoas estranhas ao serviço público, ou ainda, pela junção desses dois grupos, será um órgão colegiado ou coletivo. Este órgão de forma conjunta tomará todas as decisões pertinentes ao recebimento, exame e julgamento das licitações, expressando sempre o desejo da maioria dos seus membros.

A Comissão de licitação, seja ela de cadastramento ou qualquer outra, quando for permanente, será um órgão.

Diogenes Gasparini esclarece:

[...] Será público se integrado à estrutura organizacional de uma entidade de Direito Público, como são, a exemplo de outras, a autarquia e o Município. Será privado se integrado à estrutura orgânica de uma entidade de Direito Privado, como são as sociedades de economia mista e as empresas públicas. Em qualquer hipótese será, sempre, um órgão *colegiado* ou *coletivo*. [...] (2002, p. 07, grifo do autor).

Por tais razões, a Comissão Permanente, possui natureza jurídica de órgão colegiado.

Afirma ainda Diogenes Gasparini (2002, p. 07): Como órgão, é um centro abstrato de competências da Administração Pública e dela não se distingue. Não é, pois, pessoa jurídica. Por essa razão não pode ser sujeito de direitos e obrigações.

Embora não seja pessoa jurídica, possui capacidade judiciária, podendo postular em juízo na defesa de suas posições como autora ou ré, através do seu representante legal, o Presidente da Comissão.

O artigo 51, § 4º do Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos veda a recondução da totalidade dos membros da Comissão de Licitação para a mesma comissão no período subsequente.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p.520) aduz que no caso de comissão permanente, a investidura de seus membros não excederá de um ano. A

recondução é possível, mas não da totalidade deles para mesma comissão no período subsequente.

Cumpra observar que apesar do prazo máximo estipulado, não há um prazo mínimo a ser seguido, contanto que seja seguido o prazo de um ano a contar da nomeação. Em se tratando de comissão especial ou de concurso não há nomeação para um prazo certo, mas sim para realização de uma licitação, podendo as funções da comissão, excederem o prazo de um ano ou terminarem em prazo inferior a este.

Em casos especiais, poderão ser convidados especialistas para fazer parte da comissão, pois dependendo do objeto a ser licitado, este pode escapar do universo de conhecimento usualmente exigido dos agentes públicos.

Justen Marçal Filho também esclarece que:

Ultrapassado o prazo de um ano, cessa a investidura do agente na comissão de licitação.[...] O agente deverá cessar sua atuação, mesmo como integrante da comissão, ainda quando a licitação se tiver iniciado antes de decorrido o prazo legal. (2005, p.480).

Nestes termos, a Comissão atuará até o prazo de investidura de seus membros e após o término deste, fica a mesma impedida de praticar qualquer ato no procedimento licitatório em andamento, passando a nova Comissão a encarregar-se do conduzir de todo certame.

Realçando a regra geral, Carlos Ari Sundfeld citado por Marçal Justen Filho (2005, p.480), assinala: A lei permite a recondução de parte dos membros da comissão. Se outra fosse a intenção normativa, seria desnecessário o vocábulo totalidade.

Em virtude dessas considerações o TCU delibera:

A investidura dos membros das comissões permanentes ou especiais não pode exceder a um ano. Quando da renovação para o período subsequente, é possível a recondução parcial desses membros. A lei não admite apenas a recondução da totalidade. (2006, p.212).

Sendo assim, infere-se que é permitida a recondução de um ou algum dos membros, mas não de todos.

Posta assim a questão, é de se dizer que a própria recondução leva a maior qualificação dos membros. Não há então porque não reconduzir o membro

qualificado pelas inúmeras licitações que realizou e pelos diversos cursos dos quais participou. Ademais as comissões de licitação tornam-se mais confiáveis na medida em que os certames são dirigidos e julgados por experientados membros.

Corroborando o assunto, vem à tona a dúvida de até quantas vezes será possível à recondução dos membros para a mesma comissão. Jessé Torres Pereira Júnior (1995, p. 325) aduz com máxima experiência que em nenhuma hipótese se admite a terceira investidura.

Por outro lado, Diogenes Gasparini (2002, p. 42) afirma que apenas uma, pois as reconduções sucessivas acabariam por violar o princípio republicano da rotatividade dos mandatos de titulares de cargos executivos.

Havendo na administração um número grande de servidores efetivos, é interessante que se realize a mudança da comissão de licitação. É na verdade importante que a mesma seja modificada todo ano, pois tal atitude ensejará em maior transparência e segurança ao julgamento dos procedimentos licitatórios, impedindo, até mesmo, a constituição de vínculo entre a Comissão e os fornecedores.

2.4 Princípios orientadores

A importância dos procedimentos das licitações e contratações públicas, quando do estudo de uma disciplina jurídica, justifica a necessidade de um estudo pormenorizado dos princípios que a orientam, pois estes são os parâmetros para a Comissão de Licitação quando da atividade de elaboração, interpretação e aplicação das licitações.

Diante disso, vale dizer, que os princípios são normas que orientam a produção de outras normas no sentido de direcionar o trabalho não só do legislador infraconstitucional, mas também do administrador público.

Segundo ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (2005, p.882-883).

A importância do princípio para a licitação está como postulados fundamentais para sua aplicação e interpretação, como vetores pré-normativos.

Antes de elencá-los, torna-se necessário entender que existe uma sobreposição entre os princípios, podendo, inclusive, haver confusão entre eles, uma vez que se assemelham em muitos aspectos. Porém, embora sejam tão similares, cada um deles apresenta autonomia individualizada de conteúdo.

Por iguais razões Marçal Justen Filho demonstra:

[...] o princípio permite solucionar conflitos não previstos explicitamente no corpo legislativo. Incidirá o postulado de que soluções ou controvérsias similares deverão ser resolvidas segundo a linha fornecida pelo princípio aplicável. (2005, p.41-42).

Havendo mais de uma solução compatível com os princípios, será aplicada aquela que esteja de acordo com os seus lineamentos no sentido de verificação de (in)validade e os finalize de modo mais abrangente e intenso.

São vários os princípios que norteiam a licitação, não havendo uniformidade entre os doutrinadores quando à indicação dos princípios norteadores.

Conforme artigo 3º da Lei de Licitações e Contratos Administrativos a licitação será julgada e processada 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.

Segundo entendimento de Henrique Savonitti Miranda (2005, p.36), os princípios oriundos do regime jurídico administrativo são: finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, devido processo legal e ampla defesa, adjudicação compulsória e eficiência.

Carlos Galarda (2003, p.14) enumera os seguintes princípios: legalidade, isonomia, economicidade, publicidade, vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo, probidade administrativa, moralidade e impessoalidade.

Mais uma vez Marçal Justen Filho explana acerca dos princípios, enumerando e que a seu ver orientam as licitações, quais sejam:

Princípio da finalidade da licitação: a vantajosidade; instrumentalidade, formalidade; isonomia (igualdade); indisponibilidade do interesse público; vinculação ao instrumento convocatório; legalidade, proporcionalidade (razoa-

bilidade); impessoalidade; objetividade do julgamento, moralidade; probidade; publicidade, economicidade. (2005, p.42–54).

Mesmo sendo estes os princípios orientadores da licitação, devem ser observados outros princípios correlatos.

Hely Lopes também relaciona um número grande de princípios:

[...] Procedimento formal, publicidade, igualdade entre os licitantes, sigilo das propostas, vinculação aos termos do instrumento convocatório, julgamento objetivo e adjudicação compulsória. (2003, p.265).

Como se observa, foi inserida a vinculação ao instrumento convocatório, ou seja, vinculação ao Edital ou a Carta-Convite, a depender da modalidade licitatória utilizada, contendo regras a serem seguidas pela Administração Pública licitante e os interessados na licitação.

A respeito dos princípios constitucionais do Direito Administrativo brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello descreve minuciosamente os seguintes:

Supremacia do interesse público sobre o privado, legalidade, finalidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação, impessoalidade, publicidade, devido processo legal, moralidade administrativa, controle jurisdicional, responsabilidade do Estado por atos administrativos, eficiência e segurança jurídica e ampla defesa. (2005, p. 86 – 89).

Alguns desses princípios encontram guarida expressa no próprio texto constitucional, como exemplo a legalidade, devido processo legal e a ampla defesa.

Para melhor entendimento, segue a concepção resumida dos princípios básicos.

2.4.1 Princípio da Isonomia

Refere-se à igualdade. Esse princípio traduz que o tratamento deve ser uniforme para situações iguais. Nessa linha de raciocínio, a diferenciação e o tratamento discriminatório são insuprimíveis, porém não devem ser fruto de preferências pessoais e subjetivas do gestor público.

Esclarece Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da igualdade um dos alicerces da licitação, na medida em que esta visa, não apenas permitir à Administração a escolha da melhor proposta, como também assegurar a igualdade de direitos a todos os interessados em contratar. (2006, p. 353).

Não restam dúvidas de que é defeso a existência de cláusulas ou condições que reflitam qualquer circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto que pretende a administração contratar, ou que estabeleça tratamento diferenciado, nos atos de convocação da licitação, mas é equivocado supor que o critério isonômico proíbe que haja diferenciação entre os particulares no momento da Administração os contratar.

A própria escolha da proposta que contenha o menor preço e conseqüentemente do contratante que a ofertou, já explicita uma diversidade entre eles. O que é proibido é fazer dessa diferenciação algo discriminatório. Isonomia é tratamento igualitário para situações uniformes, somente havendo distinção na medida em que existam diferenças.

Celso Antonio Bandeira de Mello esclarece de maneira brilhante os desdobramentos do princípio da igualdade:

Igualdade não significa invalidade de todo e qualquer tratamento discriminatório. A discriminação entre situações pode ser uma exigência inafastável para atingir-se a igualdade. Nesse caso, o tratamento uniforme é que seria inválido, por ofender a isonomia. (1978, p.38).

Conforme consulta nº 113704/93 realizada no Tribunal da Contas de Minas Gerais:

A realização do certame para contratação de serviços de conserto, revisão e reposição de peças e, frota de veículos se faz necessária, haja vista que a licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a solucionar a proposta mais vantajosa para a Administração, sendo processada e julgada em estrita conformidade com os princípios expressos no art. 3º da Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993.

Convém notar que não configurará ofensa ao princípio da igualdade, a aposição no edital ou convite, de requisitos mínimos para participação no certame. Através desse estabelecimento tornar-se-á possível garantir a execução do contrato, à segurança da obra ou serviço, à regularidade do fornecimento, bem como qualquer atendimento decorrente do interesse público.

2.4.2 Princípio da Legalidade

Nos atos licitatórios, não existe liberdade para o gestor, tendo em vista que para sua atuação existe previsão legal estabelecendo a ordenação dos atos a serem realizados e, dessa forma, não permitindo às escolhas pessoais ou subjetivas.

A partir dessa idéia, com grande propriedade afirmamos que a legalidade está implicitamente prevista no artigo 4º da Lei de Licitações:

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

Em virtude da idéia do supracitado artigo, é fácil verificar que a subjetividade atribuída ao licitante lhe deu a faculdade de sentindo-se lesado pela inobservância das normas, judicialmente impugne o certame.

Oportuno trazer a baila à lição de Hely Lopes Meirelles:

[...] na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. (2001, p. 82).

Apesar da discricionariedade do administrador, esta será em determinadas fases e momentos do procedimento licitatório, restrita.

Como bem observa Henrique Savonitti Miranda:

O gestor público não age como “dono” que pode fazer o que lhe pareça mais aprazível. Diz-se, então, que ao Administrador Público só é dado fazer aquilo que a lei autorize, de forma prévia e expressa. (2005, p. 38, grifo do autor).

Ademais, este princípio é de magnífica importância, pois a partir dele é vinculado todo procedimento licitatório à lei, ou seja, vincula os licitantes e a Administração Pública às regras estabelecidas nas normas e princípios em vigor.

2.4.3 Princípio da Impessoalidade

Está intimamente ligado ao princípio da objetividade do julgamento. Têm como característica a vedação do subjetivismo do agente público, isto é, a Comissão de Licitação ao decidir qualquer ato ou fato ligado à licitação deverá ser impessoal, agindo independentemente de sua vontade. Logo, para apuração da proposta mais vantajosa, deve ser realizado julgamento objetivo, baseado em critérios previamente definidos no Edital e na Lei de Licitações e Contratos.

Comungando da mesma idéia afirma Marçal Justen Filho:

A impessoalidade é emanção da isonomia, da vinculação à lei e ao ato convocatório e da moralidade. Indica vedação a distinções fundadas em caracteres pessoais dos interessados. Ao menos, os caracteres pessoais devem refletir diferenças efetivas e concretas (que sejam relevantes para os fins de licitação). Exclui o subjetivismo do agente administrativo. A decisão será impessoal quando derivar racionalmente de fatores alheios à vontade psicológica do julgador. A impessoalidade conduz a que a decisão independa da identidade do julgador. (2005, p. 52).

Deve amparar-se Comissão de Licitação, ao proferir o julgamento das propostas em critérios estritamente objetivos, excepcionado os critérios subjetivos previstos na lei, Edital ou Carta-Convite.

A Lei de Licitações em seu artigo 45 esclarece as dúvidas quanto à aplicabilidade dos princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo assim dispondo:

Art. 45 O julgamento das propostas será objetivo, devendo a Comissão de Licitação ou o responsável pelo convite realizá-lo em conformidade com os tipos de licitação, os critérios previamente estabelecidos no ato convocatório e de acordo com os fatores exclusivamente nele referidos, de maneira a possibilitar a sua aferição pelos licitantes e pelos órgãos de controle.

Não deve haver fatores de natureza subjetiva ou pessoal interferindo nos atos do processo licitatório.

2.4.4 Princípio da probidade e da moralidade

A conduta da administração ou do particular deve seguir os valores fundamentais consagrados pelo sistema jurídico. Dessa forma, ainda que não exista previsão legal, o administrador ou o particular não está autorizado a ter comportamento que ofenda à ética e à moral.

Nesse contexto, o Tribunal de Contas da União (Acórdão nº 110/2000) decide: Desrespeito ao princípio da impessoalidade e moralidade – Licitação – Fraude no preenchimento das propostas – Falta de pesquisa de preços quando do julgamento.

A probidade na Administração é mandamento constitucional previsto no artigo 37, § 4º, que se não praticado, implicará em suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O ato de improbidade é punido pela Lei nº 8.666/93, na tentativa de permear a conduta dos licitantes e agentes públicos, para que a mesma seja compatível com a moral, à ética, a licitude, os bons costumes, além das regras da boa administração.

A moralidade administrativa foi amplamente divulgada e difundida em nosso Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.6661-5-MA pelo brilhante ministro Celso de Mello:

O princípio da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos órgãos e agentes governamentais.

Da análise da jurisprudência do Supremo, constata-se que uma conduta ainda que prevista no ordenamento jurídico, mas imoral, será tida como inválida e na licitação acarretará a nulidade do procedimento licitatório ou do ato.

2.4.5 Princípio da publicidade

Este princípio tem como escopo garantir o conhecimento aos interessados quanto à realização das licitações e seu controle, mediante a divulgação dos atos praticados pelos administradores nas fases da licitação, e ao mesmo tempo, possibilitar aos órgãos de fiscalização a verificação da regularidade dos atos praticados. É uma forma de transparência e idoneidade do procedimento licitatório.

Nesse contexto, o Estatuto Federal Licitatório estabelece em seu artigo 3º, § 3º:

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.

§ 3º A licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura.

O princípio da publicidade não é uma peculiaridade da licitação, é inerente a toda Administração Pública, variando apenas os seus meios: imprensa oficial, imprensa comum, afixação em quadros de fácil acesso, ou simples franqueamento aos interessados.

Vários artigos no Diploma Licitatório referem-se à publicidade, tendo como exemplo o artigo 21, caput, que prevê normas para publicação de avisos contendo resumos do Edital; o parágrafo 4º do mesmo artigo refere-se a divulgação de toda e qualquer modificação da mesma forma como foi feita o texto original, ou seja, uma vez publicado um Edital, havendo modificações futuras, o mesmo deve ser novamente publicado, através do mesmo meio em que foi divulgado o primeiro Edital.

Tal exigência tem o objetivo de proporcionar conhecimento ao maior número de interessados sobre o que se deseja licitar, e varia em quantidade de dias de antecedência da publicação dos avisos até o recebimento das propostas ou a realização do evento, de acordo com a modalidade e o tipo de licitação a ser aplicada.

Também, no artigo 21, inciso III, a Lei autorizou a administração, conforme o vulto da licitação, utilizar-se de outros meios de divulgação para ampliar a área de competição. Assim, a administração poderá utilizar, além da publicação na im-

prensa oficial e privada, o rádio, a televisão, sindicatos, federações e outras entidades, visando maior divulgação e competição, com vista à obtenção da proposta mais vantajosa.

Outros tantos artigos fazem menção explícita ao princípio da publicidade, assegurando a transparência no conduzir das licitações.

2.4.6 Princípio da vinculação ao instrumento convocatório

Significa obrigatoriedade de observação das normas e condições estabelecidas no ato convocatório, uma vez que a administração está vinculada ao mesmo.

Henrique Savonitti Miranda ressalta a importância da vinculação ao Edital: [...] Estabelecidas as regras de certa licitação, tornam-se inalteráveis durante todo seu procedimento. (2005, p. 52).

Seria incompreensível que a Administração após fixação no Edital da forma e modo de participação dos licitantes, no decorrer do procedimento ou na realização do julgamento se afastasse do estabelecido, ou ainda admitisse documentação ou propostas em desacordo com o solicitado.

O instrumento convocatório a que alude a Lei no artigo 41 é o Edital ou o Convite, que deverão ser observados no desenrolar de todo certame licitatório.

Existe Acórdão 668/2005 Plenário do Tribunal de Contas da União (2006, p.18), salientando a observação ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, previsto nos artigos 3º e 54, § 1º, da Lei 8.666/93, abstendo-se de prever nas minutas de contratos regras distintas das fixadas no Edital.

Como se depreende, a administração ao elaborar as minutas contratuais deve ter o cuidado de atentar para as regras exigidas no Edital.

Ao ensejo da conclusão dos princípios, registre-se ainda a presença de mais dois princípios pouco mencionados nas matérias que versam sobre licitação. São eles o princípio da ampla defesa e o princípio da celeridade. O primeiro é garantia constitucional, assegurado aos litigantes em processo judicial ou administrativo e sabiamente previsto na Lei de Licitações e Contratações Públicas, e o segundo é princípio consagrado na Lei de Pregão, buscando simplificar procedimentos de rigidez excessiva ou formalidades desnecessárias.

Sobre princípios ensina Marco Aurélio Mello citado por Henrique Savonitti

Miranda:

Os princípios podem estar ou não explicitados em normas. Normalmente sequer constam de texto regrado. Defluem no todo do ordenamento jurídico. [...] O só fato de um princípio não figurar no texto constitucional, não significa que nunca teve relevância de princípio. [...] Os princípios gerais do direito existem por força própria, independentemente de figurarem em texto legislativo. (2005, p.37, grifo do autor).

Os princípios constitucionais da licitação, como todas as regras de Direito, não têm valores absolutos, devendo ser coordenados com outros princípios do mundo jurídico.

Por conseguinte, vale ressaltar que todos os princípios relatados devem orientar os atos da Comissão de Licitação, sendo admissível à transigência, principalmente em vista das operações realizadas na licitação.

2.5 Responsabilidade por atividades ilegítimas ou ilícitas

A responsabilidade dos membros da comissão de licitação será solidária perante os atos cometidos pelos mesmos, salvo se houver manifestação contrária explícita.

Mister se faz firmar a conceituação individualizada do que é solidariedade e responsabilidade.

A obrigação solidária é espécie de obrigação múltipla, configurando-se esta pela presença de mais de um indivíduo em um ou em ambos os pólos da relação obrigacional. Ocorre, portanto quando concorrem vários credores e/ou devedores. Destaca-se porque cada titular, isoladamente, possui direito ou responde pela totalidade da prestação, embora aos outros assista o direito de reversão.

Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado à dívida toda.

Caio Mário da Silva Pereira aponta seis notas distintivas da obrigação solidária:

O título é a causa da solidariedade; O devedor solidário paga por inteiro, porque deve por inteiro; A solidariedade é uma relação subjetiva e visa a fa-

cilitar a exação do crédito e o pagamento do débito; A solidariedade resulta da lei ou da vontade das partes, possuindo origem técnica; A morte dos devedores é causa de extinção da solidariedade; Quando a obrigação se converte em perdas e danos, porém, sobrevive o atributo da solidariedade. (2002, p. 253).

No sentido jurídico, a solidariedade configura, segundo ensinamento de De Plácido e Silva (2003, p. 184, grifo do autor), a consolidação em unidade de um vínculo jurídico diante da pluralidade de sujeitos ativos ou passivos de uma obrigação, a fim de que somente se possa cumprir por inteiro, ou *in solidum*. Solidariedade é, pois, co-responsabilidade.

A responsabilidade, nada mais é, conforme ensinamento de De Plácido e Silva :

O dever jurídico em que se coloca a pessoa, seja em virtude de contrato, seja em face de fato ou omissão, que lhe seja imputado, para satisfazer a prestação convencionada ou para suportar as sanções que lhe são impostas.(2003, p. 125).

Desse modo cabe dizer que a responsabilidade pode ser civil e penal. Conforme Diógenes Gasparini (2002, p. 50): [...] a responsabilidade civil é a que obriga o agente a reparar o dano causado a alguém e a responsabilidade penal é a que submete o agente a uma sanção criminal.

Juntamente com essas responsabilidades está a responsabilidade administrativa, que é aquela cobrada do servidor da Administração Pública por não cumprir norma administrativa, responsabilidade essa, prevista no artigo 82 do Estatuto Federal Licitatório. Os membros das comissões permanentes ou especiais também se submetem a estas responsabilidades, por serem servidores.

Consideram-se responsáveis pela licitação, os agentes públicos designados pela autoridade competente, mediante ato administrativo próprio (portaria, por exemplo), para integrar comissão ou ser pregoeiro.

Como a Comissão delibera em conjunto, todos os seus integrantes têm o dever de cumprir a Lei e defender as funções atribuídas ao Estado.

Para Jessé Torres Pereira Júnior (2003, p.542), a solidariedade alcança a autoridade responsável pela homologação e adjudicação.

Estabelece o artigo 51, § 3º do Estatuto Federal das Licitações e Contratos Administrativos que os membros das comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados por esse órgão, salvo se posição individual

divergente, estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

Observe-se, que não tem o Presidente da Comissão direito a voto qualificado e, portanto, de maior peso em relação aos demais membros.

Com igual pensamento, Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece que:

Todos os membros da Comissão respondem, solidariamente pelos atos a ela imputáveis, ressalvado o caso de quem houver manifestado fundamentadamente sua posição divergente registrada em ata na qual foi tomada a sua decisão. (2003: p.520).

A responsabilidade é solidária perante os membros da comissão, considerando a decisão em conjunto, obrigando que seus membros cumpram as determinações legais. Quando isso não acontece, qualquer integrante tem o dever de opor-se à conduta dos demais. Assim, se qualquer membro, por negligência ou comodismo, concordar com o ato ilegal, torna-se responsável pela sua consequência.

Os membros do órgão colegiado, responderão pelos resultados das suas decisões como se fossem tomadas individualmente.

Diogenes Gasparini explana de maneira brilhante dizendo que,

[...] se a consequência for penal, todos responderão pelo crime cometido, pois todos são os seus autores. Se a consequência for de ordem administrativa, todos responderão pela infração da norma administrativa. Se a consequência for de natureza civil, todos responderão patrimonialmente pelo total do prejuízo, cabendo à Administração Pública, nesta hipótese, escolher aquele que, no seu entender, melhor e mais rapidamente satisfaz a recomposição patrimonial, restando a esse, o escolhido, o direito de regresso contra os demais responsáveis. (2002, p.51).

Vale ressaltar que essa responsabilidade somente será levada em conta em consequência de uma conduta culposa ou dolosa do membro, pois somente responde pelos seus atos aquele que agiu, no mínimo, com culpa.

Dessa forma, o membro da comissão permanente ou especial, somente estará excluído da responsabilidade se demonstrar que não agiu com culpa ou tomou decisão divergente da adotada pela comissão, devendo essa divergência ser expressa, justificada e registrada em ata da reunião em que o incidente ocorreu, apontando o vício ocorrente e indicando uma posição individual.

Os membros das demais comissões (recebimento de bens, cadastramento e concurso) respondem individualmente pelos seus atos, não estando submetidos a essa espécie de responsabilidade.

Neste passo, a divergência manifestada, fora da oportunidade acima descrita, ainda que expressa, não liberará o autor da responsabilidade.

Observe-se o comentário de Carlos Ari Sunfeld apud Justen Marçal Filho (2005, p. 480) : Se o membro divergente encontrar oposição dos demais componentes da comissão de licitação, para consignar em ata a sua manifestação devidamente justificada, deve levar esse fato à autoridade superior.

Destaque-se que, o membro tendo seu interesse contraposto, deve levar tal atitude, imediatamente ao conhecimento da autoridade nomeante (quando se tratar de infração administrativa) ou ao delegado de polícia ou o Ministério Público (no caso de crime), sempre via protocolo, expondo o acontecido, apresentando as provas concebidas para o caso concreto ou indicando o local onde as mesmas se encontram e as razões da sua oposição, cabendo à autoridade tomar a medida que entender adequada.

Salvo a responsabilidade solidária, os membros da Comissão de Licitação Permanente ou Especial, respondem individualmente pelos atos praticados. Ademais, respondem civil, penal e administrativamente como servidores comuns, nos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da entidade a que são ligados, pela prática anômala de suas prerrogativas.

Firmaram-se, destarte, algumas premissas e princípios a respeito. Dora-vante, partiremos para mostrar a importância e detalhar as diversas competências da Comissão de Licitação.

3 IMPOTÊNCIA E COMPETÊNCIA DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

Como já dito anteriormente, cabe à Comissão de Licitação a direção e julgamento dos procedimentos licitatórios, visando à escolha da melhor proposta e outros atos que se fizerem necessários, dentro da competência atribuída a esses colegiados.

Diogenes Gasparini afirma:

Qualquer ato que desborde dessa vinculação será passível de vinculação administrativa ou judicial. Essas competências defluem naturalmente do ato de criação desse órgão, ou estão, majoritariamente, arroladas no regulamento geral [...]. (2002, p.13).

Sendo a Comissão de Licitação composta por três membros, um deles desempenhará a função de presidente. Necessária se faz a divisão das atribuições, conforme a competência seja da Comissão ou de seus membros, pois há atos que são de inteira responsabilidade dos seus membros, isso no tocante à responsabilidade, às nulidades e aos recursos interpostos.

A comissão encarregada deve atender as bases normativas e principiológicas atinentes ao instituto licitatório sempre em busca do preço mais conveniente ou a melhor oferta aos interesses públicos. Aliás, premissa confirmada a partir do conceito de licitação pública firmado pelo Professor Argentino Roberto Dromi:

[...] és um procedimiento de selección del contratista de la Administración pública que, sobre la base de una prévia justificación de idoneidad moral, técnica y financeira, tiende a estalecer qué persona es la que ofrece el precio más conveniente o la mejor oferta. (2006, p.493).

Com base na Lei 8.666/93, mais precisamente em seu artigo 51, caput, e parágrafos combinado com o artigo 6º, inciso XVI do mesmo Diploma, pode-se declarar com firmeza que os atos de inerentes e de competência da Comissão de Licitação devem estar atentos à moralidade pública e a igualdade de oportunidades.

3.1 Exame de impugnações quanto ao conteúdo do Edital

O Edital consiste no ato por meio do qual se convoca os interessados em participar do certame licitatório, bem como se estabelecem as condições que irão regê-lo.

Configura-se como documento formal, que dá início à fase externa do procedimento licitatório. A função desses documentos é, ao mesmo tempo, divulgatória e normativa. Dessa forma, ao convidar os interessados a licitar e apresentar suas propostas, o ato convocatório tem a função divulgatória.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello:

São as seguintes as funções desempenhadas pelo Edital:

- a) dá publicidade à licitação;
- b) identifica o objeto licitado e delimita o universo das propostas;
- c) circunscreve o universo de proponentes;
- d) estabelece os critérios para análise e avaliação dos proponentes e propostas;
- e) regula atos e termos processuais do procedimento;
- f) fixa as cláusulas do futuro contrato. (2003, p.532).

É o Edital documento fundamental da licitação e a Administração está estritamente vinculada a ele, não podendo descumprir as normas e condições estabelecidas no mesmo, quando da realização do certame licitatório.

Outrossim, quando determina as regras básicas a serem seguidas, disciplinando as exigências que devem ser observadas pelo interessados, o Edital tem a função normativa entre as partes.

O Edital, segundo o Art. 40 da Lei nº 8.666/93, é dividido em duas partes, a saber: o preâmbulo e o corpo que contém as condições obrigatórias. O preâmbulo contempla informações que visam permitir que qualquer interessado tenha acesso fácil ao certame, principalmente sobre o local aonde poderá obter maiores explicações a respeito do que vai ser licitado; a unidade administrativa que está procedendo a licitação; modalidade; regime de execução; tipo de licitação; regência da Lei nº 8.666/93; as atividades do procedimento licitatório e, ainda, a indicação da data, horário e local de entrega da documentação e das propostas, e o momento de início da abertura dos envelopes.

Não é estabelecido pela Lei Federal de Licitações e Contratos o agente responsável pela elaboração do Edital ou Convite, ficando a critério do administrador determinar a qualquer setor da estrutura da entidade, o cumprimento desse mister. Todavia, tem-se notado a tendência de que essa atividade seja outorgada à Comissão de Licitação, que, para cumprimento dessa missão, poderá recorrer aos serviços de outros setores, visando o assessoramento no atendimento de requisitos especiais que porventura constem no Edital ou Convite.

Fica a encargo da Comissão de Licitação o exame e pronunciamento a respeito de eventuais impugnações contra o conteúdo do edital.

Publicado o Edital ou Convite, o mesmo poderá ser impugnado por qualquer cidadão por irregularidade e por estar em desconformidade com a aplicação do Diploma Licitatório, desde que atendido o prazo de cinco dias úteis antes da data

prevista para a abertura dos envelopes de habilitação, como dispõe o artigo 41 do mencionado Diploma. Recebida a impugnação cabe a Administração, que no caso em análise será representada por uma Comissão de Licitação, julgar e respondê-la em até três dias úteis. Mesmo que não seja aceita a impugnação e anulado o Edital pela Administração, poderá o insurgente ainda representar junto ao Tribunal de Contas. (art. 113, § 1º).

Vale lembrar que ao licitante também é atribuída a faculdade de impugnar o Edital em caso de falhas ou irregularidades, contanto que a proponha até o segundo dia útil antes da abertura dos envelopes de habilitação, prazo este que se não cumprido implicará em decadência do direito de impugnação do licitante. Ademais, satisfeito tempestivamente o prazo, poderá o proponente participar livremente do certame até que a administração profira decisão sobre a demanda.

Pelo exposto, constata-se que qualquer cidadão, assim como o licitante, pode exercer o direito de petição junto à Administração Pública, e sendo constatada invalidade no Edital, não terá outra saída senão anulá-lo.

3.2 Recebimento e exame dos envelopes de habilitação e proposta

Não havendo nenhuma impugnação ao Edital ou Convite, compreende-se que o mesmo está em conformidade com o Estatuto Licitatório, sendo então dado prosseguimento ao certame, nos termos do artigo 38 e incisos do Estatuto.

Impende observar que a habilitação, no entendimento de Lúcia Valle Figueiredo (2004, p.492) é ato vinculado por meio do qual a Administração reconhece ter o interessado capacidade para licitar. Se satisfizer o interessado o exigido no edital, não pode a Administração inabilitá-lo.

Os documentos de habilitação devem ser apresentados em um envelope fechado e rubricados pelo licitante ou seu preposto. Esses documentos podem ser apresentados em original, mediante cópia autenticada por cartório ou por servidor da Administração.

A abertura dos envelopes de documentos referentes à fase de habilitação é realizada em sessão pública, nos termos do artigo 43, §1º da Lei Federal de Licitações e Contratos e pode ser assistida por qualquer cidadão interessado na apreciação do certame. Esta sessão é previamente designada, da qual se lavra ata circuns-

tanciada, assinada pelos licitantes e pela comissão de licitação. Os membros da comissão e os licitantes presentes examinarão os documentos retirados do envelope, devendo rubricá-los.

Deve ser registrado pela Comissão todo o trabalho de recebimento e abertura dos envelopes.

Embora seja importante a presença dos licitantes na sessão de julgamento da habilitação, não é obrigatória, nem indispensável para manifestar sua renúncia ao recurso cabível, tendo em vista que a interposição de recurso é faculdade assegurada aos licitantes contra a decisão da fase de habilitação, conforme art. 109, inciso I, da Lei 8.666/93.

O exame dos documentos pertinente à habilitação será feito com a máxima atenção, e a Comissão de Licitação verificará o conteúdo dos mesmos, sua veracidade e autenticidade, porém evitando o formalismo exacerbado. A própria Lei ao teor do artigo 43, § 3º, faculta à Comissão ou a autoridade superior, em qualquer fase da licitação, a promoção de diligência destinada a esclarecer ou complementar a instrução do processo.

Caberá à Comissão de Licitação a análise dos documentos de habilitação apresentados e a habilitação ou inabilitação do licitante, conforme atenda ou não ao que está estabelecido no edital ou convite.

Considera-se habilitada a empresa que atendeu a todas as exigências atinentes à habilitação contempladas no convite ou edital, envolvendo habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal que impõe ao licitante demonstrar não empregar, em trabalho noturno, perigoso ou insalubre, menores de 18 (dezoito) anos e, em qualquer trabalho, menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos, isso sem prejuízo da declaração, quando for o caso, sob as penalidades legais, da superveniência ou não de fato impeditivo à habilitação.

Por tais razões, o licitante habilitado tem direito assegurado de participar da fase seguinte: abertura dos envelopes contendo as propostas comerciais.

A Comissão de Licitação somente passará para a fase do exame de proposta depois de terminada a de habilitação, que segundo o art. 43 da Lei, dar-se-á após a desistência de todos os licitantes da faculdade de recorrer, do decurso de

prazo para recorrer sem que haja sido interposto recurso e do julgamento dos recursos com decisão contrária aos mesmos.

Será inabilitada a empresa que deixou de atender qualquer exigência para a habilitação mencionada anteriormente, não podendo mais participar das fases subsequentes do certame, conforme preconiza o artigo 41, §4º da Lei nº 8.666/93, ocasião em que terá seu envelope de propostas devolvido devidamente fechado.

Inclusive pode acontecer de todos os licitantes serem considerados inabilitados, não ultrapassando a fase de habilitação. À conta disso o Estatuto Federal Licitatório preceitua no seu artigo 48, § 3º:

Art. 48 Serão desclassificadas:

§ 3º Quando todos os licitantes forem inabilitados ou todas as propostas forem desclassificadas, a administração poderá fixar aos licitantes o prazo de oito dias úteis para apresentação de nova documentação ou de outras propostas escoimadas das causas referidas neste artigo, facultadas, no caso de convite, a redução deste prazo para três dias úteis.

João Ribeiro Mathias Duarte elucida qualquer dúvida esclarecendo:

[...] impõe-se considerar, que a adoção do procedimento indicado constitui uma faculdade da Administração, que poderá ser levada a efeito em qualquer modalidade e tipo de licitação, condicionada, sempre, à verificação do interesse público. (2004, p. 193).

Ainda que seja uma faculdade do administrador, tal atitude somente pode ser tomada se todos os licitantes desistirem dos recursos, tenha transcorrido o prazo para interposição de recurso, ou então, após o não acatamento de qualquer deles.

3.3 Julgamento das propostas

Ultrapassada a fase de habilitação, a Comissão ingressará no exame das propostas, que será realizado entre os participantes que foram habilitados na fase anterior.

Em consonância com o já dito anteriormente, o ato de abertura das propostas deve ser feito em sessão pública e todos os licitantes e presentes irão presenciar e atestar a legalidade do ato.

Em razão do sigilo de que se revestem as propostas, não é permitido a qualquer pessoa ter conhecimento ou leitura de documento existente dentro dos envelopes, principalmente a proposta. Por esse motivo, é comum ser pedido que os envelopes sejam, de preferência, opacos.

Não havendo a abertura dos envelopes de propostas imediatamente após a entrega dos mesmos, deverá ser providenciada pela Comissão, a rubrica nos citados envelopes pelos seus membros e licitantes presentes, que se manterão lacrados de modo a garantir a confidencialidade e sigilo dos mesmos. Este sigilo constitui-se de caráter absoluto para a Administração e a quebra do mesmo é passível de punibilidade prevista no Estatuto Licitatório e no Código Penal.

Após a entrega dos envelopes, seja qual for a modalidade de licitação realizada, não caberá aos licitantes desistir das propostas oferecidas, salvo por motivo devidamente justificado, decorrente de fato superveniente, aceito por todos os responsáveis pela licitação.

As propostas que até o presente momento foram conservadas lacradas, serão abertas na frente de todos, que poderão examiná-las, e impugná-las, salientando que o licitante que não se fizer presente ou que não se fez representar devidamente, perderá a oportunidade de impugnar possíveis questões formais, porém as questões materiais, relacionadas a vícios encontrados na proposta poderão ser questionadas.

Abertos os envelopes, e verificado que o seu conteúdo está conforme os requisitos do Edital ou instrumento convocatório, a Comissão dará seguimento aos trabalhos de julgamento das propostas, nos termos do artigo 45 da Lei Federal de Licitações Contratos da Administração Pública, ou, se lhe for conveniente, realizará essa atividade posteriormente, em outra sessão, fato que deverá constar em ata de forma circunstanciada, a qual será assinada pelos membros da comissão e pelos licitantes presentes à sessão.

De seu turno, o TCU em seu Acórdão 1292/2003 Plenário, delibera (2006, p.177): Defina claramente, no ato convocatório da licitação, o critério de julgamento das propostas, se por preço unitário ou global, de modo a dar atendimento ao art. 44, § 1º, da Lei nº 8.666/93

Os responsáveis pela licitação poderão interromper a reunião para analisar as propostas, e se necessário proceder a diligências ou consultas e ainda examinar amostra ou protótipo de produto de menor preço.

Observará também a Comissão de Licitação ao julgar as propostas, o que preconiza o artigo 43, incisos III e IV da Lei Federal de Licitações e Contratos:

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

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;

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 a desclassificação das propostas desconformes ou incompatíveis.

Assim é que, após o processamento e julgamento com base no Estatuto, serão desclassificadas as propostas que não atendam as exigências do ato convocatório, com preços inexeqüíveis, ou seja, aqueles que não venham a ter demonstrada sua viabilidade através de documentação que comprove que os custos dos insumos são coerentes com os de mercado e que os coeficientes de produtividade são compatíveis com a execução do objeto do contrato, condições estas necessariamente especificadas no ato convocatório da licitação, além das propostas com valor global superior ao limite legal para modalidade.

Lúcia Valle Figueiredo ao discorrer sobre a matéria explica:

O prosseguimento da licitação, a partir do estudo das propostas e de sua classificação, é feito por meio de atos unilaterais da Administração. O estudo e a classificação das propostas habitualmente são feitos não em ato público, mas privado. Tal medida, além de ser conveniente, possibilita à Comissão incumbida do julgamento o exame das propostas confrontando-as e socorrendo-se de órgãos técnicos, quando necessário. (2004, p. 497-498).

Se todas as propostas forem desclassificadas, a Lei, no seu § 3º, artigo 48, determina que a Administração poderá facultar aos licitantes a apresentação de outras propostas, eliminando as causas que deram origem às desclassificações.

Os licitantes terão oito dias úteis para corrigi-las, podendo ser reduzido para três dias úteis quando se tratar de convite.

Convém lembrar, que a Comissão deverá apontar todos os aspectos que deverão ser objeto de outras proposições, sempre direcionados para cada uma das empresas licitantes, de forma a não omitir qualquer indicação, culminando, assim, com a apresentação de nova proposta.

Interessante trazer ao lume deliberação do TCU – Decisão 907/2001 Plenário:

Firma entendimento no sentido de que a reabertura de prazo para apresentação de novas propostas, nos termos previstos no art. 48, § 3º, da Lei 8.666/1993, permite a ampla reformulação das propostas, até mesmo quanto ao preço, não estando as novas propostas vinculadas às anteriores. (2006, p. 182).

Entretanto, se todas as propostas forem classificadas, inexistirem recursos, ou se existindo, a estes foi atribuído efeito suspensivo, é feito o julgamento segundo os critérios previstos no edital ou convite.

A Lei nº 8.666/93 possibilita a utilização de critério de julgamento conforme os tipos de licitação: menor preço, melhor técnica, a conjunção da técnica e preço e o melhor lance ou oferta, nas hipóteses de alienação de bens ou concessão de direito de uso. (Art. 45, § 1º, incisos I, II, III e IV).

Sabidamente Marçal Justen Filho tece críticas a respeito dos tipos de licitação:

Qualquer que seja o tipo de licitação, o interesse perseguido pelo Estado poderá ser satisfeito se o certame for adequadamente estruturado. Uma licitação de menor preço pode conduzir a resultado disparatado tanto quanto uma de técnica. Basta a omissão do padrão de qualidade mínima para que uma licitação de menor preço propicie desenlace inadequado. Já a licitação de técnica requer a identificação perfeita dos atributos técnicos aptos a produzir a realização das funções atribuídas ao Estado e demanda sabedoria na fixação dos parâmetros de sua apreciação. Portanto, um dos grandes equívocos na interpretação da Lei nº. 8.666 reside na aplicação inflexível do texto legal, presumindo-se que certos tipos de licitação são intrinsecamente adequados a produzir a melhor contratação, de modo automático. Supões-se, muitas vezes, que basta identificar o objeto licitado e daí se obteria a seleção do tipo de licitação adequado. Não é assim, eis que o fundamental é identificar a natureza do interesse a ser satisfeito e, muito mais, eleger critério de qualidade mínima de julgamento satisfatório. (2005, p. 442).

Pelo o que foi narrado pelo grande doutor Marçal, torna-se claro que não basta que o edital escolha critérios técnicos de julgamento. É preciso acima de tudo o estabelecimento de parâmetros objetivos de avaliação das propostas, de modo tal que o julgamento demonstre uma avaliação sólida sobre a vantajosidade das ofertas dos particulares,

Ratificando a idéia explanada, o Tribunal de Contas da União, aponta:

A ausência de definição, no Edital, de critérios objetivos de avaliação de cada tópico do julgamento das propostas técnicas ... possibilitou a escolha do vencedor do certame de acordo com a subjetividade dos membros da comissão de licitação, os quais sequer motivaram as notas atribuídas a cada tópico ... feriu-se irremediavelmente o princípio do julgamento objetivo. (Acórdão nº. 332/2003 – Segunda Câmara, grifo no original).

O julgamento é função exclusiva da Comissão de Licitação e ainda que o órgão responsável pela homologação se recuse a ratificar o objeto adjudicado pela mesma, por entender ter havido erro ou vício no decorrer do procedimento, não poderá o referido órgão substituir a Comissão com o intuito de modificar o julgamento. O que poderá fazer é anular parte do procedimento, mas será este devolvido para a mesma Comissão que anteriormente proferiu o julgamento para que faça novo pronunciamento.

Não se pode esquecer que o julgamento proferido pela Comissão tem força vinculante para Administração e o estudo feito pela mesma para efetuar o julgamento é eminentemente técnico, por isso é a decisão vinculante.

É vedada a utilização de qualquer critério, elemento ou fator sigiloso, reservado ou subjetivo, que possa, ainda que indiretamente, manter afastado o princípio da igualdade entre os licitantes. Inaceitável será a proposta que possa ferir o princípio da igualdade, ainda que vantajosa para a Administração.

Ademais, existindo propostas com valores iguais, isto é, havendo empate entre duas ou mais propostas, a Lei propõe o desempate a teor do artigo 45, § 2º. Após a análise de todas as condições do ato convocatório, será efetuado sorteio, em sessão pública, registrada em ata, para a qual todos os licitantes serão convocados.

Em igualdade de condições, como critério de desempate, os incisos I a III, § 2º, artigo 3º do Diploma Licitatório estabelece preferência, sucessivamente, aos bens e serviços produzidos ou prestados por empresas brasileiras de capital nacional; produzidos no país; produzidos ou prestados por empresas brasileiras.

Em derradeiro, a fase de julgamento culmina com uma classificação pela Comissão, da proposta que apresentou melhor vantagem para a Administração. Essa classificação é feita segundo uma ordem decrescente de vantajosidade e a proposta classificada em primeiro lugar, será considerada vencedora.

Após a classificação feita pela Comissão é elaborada ata na qual constarão os preços propostos pelos licitantes, o resultado do julgamento e os motivos que o fundamentaram.

O resultado do julgamento será divulgado na imprensa oficial ou serão os licitantes comunicados diretamente.

Estando todos os licitantes ou seus representantes legais presentes à sessão e expressamente declarem o desejo de não recorrerem, será lavrada ata constando tal fato, que deverá ser assinada pelos licitantes e membros da Comissão de Licitação.

Não ocorrendo desistência expressa pelos licitantes quanto à interposição de recurso, é aguardado prazo, que quando se tratar de convite será de dois dias úteis e quando for concorrência ou tomada de preços serão cinco dias úteis. Caso haja recurso interposto por qualquer dos licitantes, a Comissão dará conhecimento dos recursos aos outros licitantes, proporcionando a análise e pronunciamento, nos seguintes prazos: dois dias úteis para convite e cinco dias úteis para tomada de preços e concorrência.

Após recebimento do recurso contra seus atos, a Comissão irá apreciá-lo, e caso ache necessário reverterá a sua decisão ou a manterá, remetendo em seguida a autoridade superior para sua decisão, através de ata circunstanciada, informando todos os passos percorridos no procedimento licitatório, fundamentada em critérios objetivos estabelecidos no edital ou convite, quando for o caso, com a indicação do licitante vencedor do certame.

Convém notar, outrossim que, a Comissão de Licitação reapreciará seus atos quando viciados, ex officio ou por provocação de qualquer pessoa.

Inclusive, poderá o órgão julgador propor à autoridade competente através de representação ou ofício subscrito pelos membros da Comissão a aplicação de penas aos licitantes que cometam infrações no decorrer da licitação.

3.4 Adjudicação do objeto ao proponente vencedor e posterior remessa para homologação.

A Comissão de Licitação ao adjudicar está apenas formalizando o julgamento, pois a adjudicação nada mais é do que a seqüência lógica do julgamento.

No entendimento de Henrique Savonitti Miranda (2005, p. 149), adjudicação é o ato pelo qual a autoridade administrativa entrega formalmente o objeto ao vencedor da licitação e o convoca para assinatura do contrato.

Existe divergência doutrinária acerca da adjudicação ser atribuição da Comissão de Licitação ou autoridade superior, mas esse tema será minuciosamente tratado posteriormente, quando falarmos sobre a priori procedimental.

Com a adjudicação é atribuído o objeto imediato da licitação ao melhor licitante, passando a ter o licitante vencedor direito e deveres que segundo Lúcia Valle Figueiredo (2004, p. 500), são: [...] direito de exigir que se fundamentem as razões se o contrato não se aperfeiçoar; dever de sustentar a proposta para a assinatura do contrato; dever de firmar o contrato nos termos em que se obrigou.

Após a adjudicação pela Comissão de Licitação, poderá a Administração homologar a licitação, dando eficácia ao ato adjudicatório. Homologando a licitação, a autoridade superior está aceitando a classificação apresentada pela Comissão,

É a homologação a fase final do procedimento licitatório e através dela a autoridade competente irá ratificar a validade do ato trazido a controle.

Celso Antônio Bandeira de Mello assinala:

Homologação é o ato pelo qual a autoridade competente, estranha à comissão, após examinar todos os atos pertinentes ao desenvolvimento do certame licitatório, proclama-lhe a correção jurídica, se esteve conforme as exigências normativas.[...] (2003, p. 555).

Desejando obter esclarecimentos ou retificação de lapsos, a autoridade competente poderá determinar o retorno dos autos para Comissão de Licitação.

No entanto, poderá a autoridade superior anular a licitação, por ter encontrado vício insanável no seu procedimento. Essa anulação pode ser no todo ou em parte e o procedimento será anulado desde o ato viciado, podendo ser refeito daí em diante, caso seja possível. O efeito da anulação é *ex tunc*.

Cumpre examinarmos neste passo a lição de Lúcia Valle Figueiredo:

[...] se a Administração tem o dever de anular o procedimento viciado, não se pode eximir de compor os prejuízos a que tiver dado causa. Isso acontece em decorrência do princípio de responsabilidade objetiva do Estado, segundo o qual o dano produzido pelos agentes do Poder Público é indenizável (art. 37, § 6º, da Constituição Federal). (2004, p. 502).

Por conseguinte, a Administração poderá ainda revogar o procedimento licitatório em qualquer fase, por entender ser inconveniente ou inoportuna a contratação, salientando que essa revogação, quando for por razões de interesse público, deve ser devidamente fundamentada pela Administração.

Sobre a anulação e revogação, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

Súmula 473 A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os torne ilegais, porque deles não se originam, direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência e oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Finalmente, após a emissão da homologação, é dado fim ao procedimento licitatório, e caberá a Administração convocar o licitante ao qual foi adjudicado o objeto para assinatura do contrato, que deverá ser feito conforme o edital e a proposta apresentada.

O fundamento para tais competências encontra-se não só na Lei Federal, mas também no edital ou convite.

O TCU em mais um de seus Acórdãos (135/2005 Plenário) delibera:

É obrigatório que a Comissão Permanente de Licitação não delegue competências exclusivas de sua alçada, tais como habilitação e julgamento das propostas, para outras unidades da empresa, conforme preconiza o art. 6º, inciso XVI, c/c o art. 45, todos da Lei 8.666/93, ressalvadas a possibilidade solicitar parecer técnico ou jurídico relativo à matéria submetida à sua apreciação. (2006, p.23).

Somente poderão realizar a Comissão de Licitação atos de sua competência. Apesar desse ensinamento, em várias unidades administrativas, os colegiados vêm praticando atos que não são de sua alçada. É o que se infere do ato de realização da justificativa de dispensa ou inexigibilidade de licitação, onde a Administração está liberada de licitar e muitas vezes é praticado pelas comissões.

Em verdade, tais atos devem ser praticados por qualquer servidor, visto que nem existe uma licitação para que se fale em direção do órgão colegiado.

Analisada a importância e as diversas competências da comissão de licitação, trataremos a seguir da aporia procedimental nos eventos licitatórios.

4 APORIA PROCEDIMENTAL

4.1 Dispensa e Inexigibilidade

A ausência do procedimento licitatório somente poderá ser aceita nas situações de exceção previstas na legislação, porque a regra para Administração Pública é comprar ou contratar bens ou serviços, licitando previamente.

Ocorre a dispensa quando a administração pode optar ou não pelo caminho da competição pública, no entanto a inexigibilidade acontece quando, pela natureza do objeto, não é possível proceder a uma disputa eficiente. Nestes casos, a contratação é direta e devidamente justificada. A Lei de Licitações e Contratos Administrativos faz previsão de algumas necessidades que a Administração Pública pode passar, as quais permitem a adoção de mecanismos legais, a fim de preservar a legalidade da despesa e o atendimento do interesse público.

Quando se fala em dispensa, cumpre-nos acentuar que pode ser esta dispensada ou dispensável. Na licitação dispensada Administração é expressamente desobrigada do dever de licitar, assim como prescreve o artigo 17, I, II, §2º e §4º da Lei Federal de Licitações e Contratos, e enumera hipóteses de alienação de bens e direitos. Todavia na licitação dispensável há possibilidade de competição, mas não a obrigatoriedade, conforme dispõe o artigo 24 da Lei e disciplina regras gerais acerca de contratos envolvendo compras, serviços e obras.

Apesar da diferença entre licitação dispensada e dispensável vir explícita no Estatuto Federal Licitatório, e conter esclarecimentos evidentes de que aos casos do artigo 17 da referida Lei, o legislador autorizou a Administração a não licitar, por conseguinte, no artigo 24 essa autorização é ato discricionário do administrador. Vários doutrinadores, a exemplo Marçal Justen Filho, não acreditam nessa distinção.

Contrariamente ao que dispõe a lei, o referido autor afirma:

Em ambos os casos, o legislador autoriza contratação direta. Essa autorização legislativa não é vinculante para o administrador. Ou seja, cabe ao administrador escolher entre realizar ou não a licitação. Essa competência administrativa existe não apenas nos casos do art. 24. Aliás e se não fosse assim, o art. 17 conteria hipóteses de vedação de licitação. Significa reconhecer que é perfeitamente possível realizar licitações nas hipóteses do

art.17, desde que o administrador repute presentes os requisitos para tanto. [...] (2005, p.233).

É importante notar que apesar da contratação ser direta, não será ela informal. É necessário um procedimento administrativo, pois não pode a Administração simplesmente contratar, salvo em casos de natureza emergencial, onde a demora implicaria em maior onerosidade aos cofres públicos, bem como paralisação da máquina administrativa.

Em verdade, a administração deve seguir todos os procedimentos iniciais de uma licitação, porque somente no momento da verificação da contratação é que ficará clara a inaplicabilidade da licitação, seja por inviabilidade de competição, por escolha da administração ou do legislador.

Em virtude do acima mencionado, entende o Tribunal de Contas da União:

O administrador deve ser cauteloso ao decidir-se pela contratação direta, pois a Lei de Licitações considera ilícito penal dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses descritas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes. (2006, p.216).

Ainda que haja faculdade do administrador para realizar dispensa de licitação, uma vez ocorrendo esta, deverá vir acompanhada da justificativa e ratificação realizada pela autoridade superior, assim como prescreve o artigo 26, caput da Lei Federal de Licitações e Contratos, com exceção dos casos previstos no inciso I e II, do artigo 24 da Lei retro mencionada, onde a dispensa é em virtude do valor da contratação.

Por conseguinte, quando se tratar de entidades privadas sem fins lucrativos, Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ocorrendo dispensa ou inexigibilidade de licitação, irá ser seguida também à regra do artigo 26 da Lei nº 8.666/93 e a ratificação a que alude o artigo acima mencionado deve ser originada da autoridade máxima da entidade, além de publicada na imprensa oficial, sob pena de ineficácia do ato.

É inegável a constatação de que mesmo sendo a dispensa ou inexigibilidade exceção à regra geral, onde se deve licitar, o que temos visto com freqüência é o contrário sendo realizado.

Afirma com muita propriedade Justen Marçal Filho:

[...] *contratação direta* tem de ser aplicada tal como envolvesse uma hipótese de licitação. Mais propriamente, defende-se a concepção de que as hipóteses de contratação direta envolvem, na maior parte dos casos, procedimentos licitatórios simplificados. Portanto, teriam de ser multiplicadas as chamadas *modalidades licitatórias*, inclusive para abranger inúmeras hipóteses englobadas, presentemente, nas figuras da dispensa e da inexigibilidade. Isso equivale a reconhecer que as inúmeras hipóteses de contratação direta não são homogêneas entre si. Não é possível assemelhar todos os casos de dispensa por exemplo. Em inúmeras situações, existe plena possibilidade de competição, a qual exige apenas a simplificação procedimental. Qualquer reforma legislativa deve encaminhar-se, então, para aperfeiçoar essas distinções, na aceção de prestigiar a competição e a disputa pela contratação administrativa. (2005, p.232, grifo do autor).

Em realidade, a administração vem tentando driblar a licitação, utilizando-se demasiadamente da contratação direta em casos onde evidentemente é possível a realização do certame, desobedecendo muitas vezes o princípio da igualdade, sob a alegação de estar agindo em nome do interesse público.

Diante do exposto, iremos explanar em breves linhas sobre hipóteses de licitação dispensável e inexigível, enumerando as mais utilizadas pela Administração Pública.

Na licitação dispensável, mesmo sendo viável a competição, a mesma não será adequada, por não acarretar vantajosidade para administração.

O primeiro caso de dispensa acontece quando se tratar de obras e serviços de engenharia de pequeno valor, prescrito no artigo 24, I e II da Lei de Licitações e Contratos, pois entende a Administração que os custos para realização do certame licitatório seriam maiores.

Em se tratando obras e serviços de engenharia ou compras e outros serviços, não poderá ultrapassar 10% (dez por cento) do limite estabelecido para modalidade convite, equivalendo ao valor de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) e R\$ 8.000,00 (oito mil reais), respectivamente, sendo vedado o parcelamento com o intuito de fugir da licitação.

Além desse fator, quando a contratação for realizada por sociedades de economia mista e empresas públicas, além de autarquias e fundações qualificadas como agências executivas, os valores serão de até R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) para obras e serviços de engenharia e de até R\$ 16.000,00 (dezesesseis mil reais), quando forem compras e outros serviços, o que equivale a 20% (vinte por cento) do estabelecido para o convite.

Em seguida, há que se falar dos casos de emergência ou de calamidade pública, preceituando o artigo 24, IV da Lei nº 8.666/93:

Art. 24 É dispensável a licitação:

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

Em vista disso, toda vez que houver emergência ou calamidade pública haverá contratações diretas, ressaltando que somente poderão ser adquiridos os bens necessários para atender a situação emergencial ou calamitosa. Sendo assim, as contratações realizadas fora dessa ordem, implicarão em nulidade do contrato.

Ponto de divergências e dúvidas tem sido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos estabelecido na lei. Como sabemos cabe à Comissão de Licitação o acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato. Terminado o prazo sem que tenha sido concluído o objeto e persistindo a necessidade, assim como a calamidade e urgência, com a autorização da autoridade competente, poderá a Comissão prorrogar ou não o prazo mencionado.

Discorrendo sobre a matéria Celso Antônio Bandeira de Mello é contra a prorrogação, esclarecendo:

A aquisição cingir-se-á aos bens necessários ao atendimento da situação calamitosa e à contratação da parcela de obras ou serviços que possa ser concluída em 180 dias ininterruptos, contados da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação. (2003, 9.496).

Diferentemente entende Marçal Justen Filho:

[...] o próprio limite de 180 dias deve ser interpretado com cautela. Afigura-se claro que tal dimensionamento pode e deve ser ultrapassado, se essa alternativa for indispensável a evitar o perecimento do interesse a ser protegido. (2005, p. 241).

A depender de circunstâncias, que guardem ligação com o contrato e inviabilizem a conclusão das obras ou realização dos serviços, poderá ser prorrogado

o prazo ao qual se refere à lei, desde que com o fim precípua de atender ao interesse público.

Neste passo, interessante apresentar hipótese de contratação direta quando for deserta a licitação, assim como se observa da dicção do artigo 24, V da Lei de Licitações.

Em epítome, faremos distinção entre licitação deserta e fracassada. Na primeira não aparecem interessados ao certame, enquanto na segunda os mesmos comparecem, porém são inabilitados, ou tem as propostas desclassificadas, ou desistem de participar da licitação.

Assim, em sendo a licitação deserta, poderá a Administração, evitando prejuízos para os cofres públicos, contratar diretamente o objeto ao qual deseja, desde que atente para todas as condições preestabelecidas no ato convocatório.

Tenha-se presente que Administração ao realizar compras ou locação de imóvel, também poderá contratar diretamente.

Será contratado imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípua da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia, como se observa da leitura do artigo 24, X da Lei nº 8.666/93.

É evidente que o imóvel somente preencherá a condição para realizar a dispensa se for o único que atenda a todos os requisitos exigidos pela lei, porém em sendo um dos requisitos preenchidos juntamente com a avaliação prévia do imóvel, poderá a dispensa ser efetivada.

Em análise última, iremos explanar acerca da inexigibilidade, prevista no artigo 25, incisos I a III do Estatuto Federal Licitatório, mencionando casos em que a licitação é inviável, ou seja, há inviabilidade de competição, devido às características do objeto ou pessoa que pretende a administração contratar.

A partir dessa idéia, o Tribunal de Contas deliberou no Acórdão 125/2005 Plenário:

Não efetue aquisições e contratações por inexigibilidade de licitação quando houver viabilidade de licitação, e também nos casos em que houver apenas exclusividade de marca e não exclusividade do produto de interesse da empresa. (2006, p. 233).

Deverá ser comprovada, para que se realize a inexigibilidade, a inviabilidade ou desnecessidade de licitação.

Será também inviável a licitação, quando se tratar de produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, sendo vedada a preferência de marca, salvo nos casos em que houver justificativa técnica e plausível, sendo observado acima de tudo as propriedades restritas do objeto que se pretende adquirir, não se desvirtuando contudo do princípio da isonomia.

Impende observar que a contratação de serviços técnicos especializados, mais particularmente contrato de prestação de serviços, será também por inexigibilidade, como se examina do que dispõe o inciso II, do artigo 25 da Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos:

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

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

Os serviços técnicos são os enumerados no artigo 13 da Lei de Licitações, que sendo observado, notar-se-á que não estão ali enumerados os serviços de publicidade e divulgação. Implica evidenciar, que para preencher as características expostas como serviço técnico, o prestador do serviço deve ter marcante especialização, indo além do conhecimento normal de outros profissionais da área.

Deverá ter o contratado para execução do serviço, notória especialização. Isto posto, interessante se faz trazer Decisão do Tribunal de Contas da União nº 565/95 – TCU – TC nº 578/95 Primeira Câmara – Relator Ministro Carlos Átila Álvares sobre notória especialização:

Será aquela que o gestor considerar a mais adequada para prestar os serviços previstos no caso concreto do contrato específico que pretender celebrar. Ressalvadas sempre as interpretações flagrantemente abusivas, defendendo assim a tese de que deve preservar margens flexíveis para que o gestor exerça esse poder discricionário que a lei lhe outorga.(2006, p. 231, grifo do autor).

Associada a notória especialização está a singularidade do serviço, que por ser este singular não necessita necessariamente que seja o único, mas que outras pessoas não possam realizar o mesmo serviço.

Em realidade, o que temos visto com muita freqüência é a contratação por inexigibilidade de vários profissionais sem atentar para singularidade do objeto. Tema de várias dúvidas e divergências é a contratação de serviços advocatícios.

A doutrinadora Alice Maria Gonzales Borges deixa perfeitamente clara a questão específica da contratação de advogado, no qual apresenta os seguintes argumentos:

O estatuto da OAB e o Código de Ética veda a capacitação de clientela, os procedimentos de mercantilização da profissão e o aviltamento de valores dos honorários advocatícios (arts. 39 e 41 do Código de Ética), como conciliar tais princípios com a participação de advogados, concorrendo com outros advogados em uma licitação de menor preço, nos moldes dos arts. 45, I e § 2º da Lei 8.666/93?

[...] Também resulta inviável, pelos mesmos princípios, a participação de escritórios de advocacia em licitações do tipo melhor técnica, a qual, nos termos do art. 46, § 1º, descamba, afinal, para o cotejamento de preços. Obviamente, também a licitação de técnica e preço do art. 46, § 2º, que combina aqueles dois requisitos. (1996, p. 07, grifo do autor).

Quando, porém, o elemento fundamental da contratação for a confiança requerida pelas particularidades do caso, não se há que falar nem mesmo em concurso. O mesmo se pode dizer com relação a situações emergenciais, de real urgência.

A questão já foi objeto de decisão do Supremo Tribunal Federal, no RHC 72.8308-RO proferida pelo eminente relator Ministro Carlos Velloso:

Acrescenta-se que a contratação de advogado dispensa licitação, dado que a matéria exige, inclusive, especialização, certo de que se trata de trabalho intelectual, impossível de ser oferecido em termos de preço mais baixo. Nesta linha, o trabalho de um médico operador. Imagine se a abertura de licitação para contratação de um médico cirurgião para realizar delicada cirurgia num servidor. Esse absurdo somente seria admissível numa sociedade que não sabe conceituar valores. O mesmo pode ser dito em relação ao advogado, que tem por missão defender os interesses do Estado, que tem por missão a defesa da *res publica*. (1996, p. 521, grifo do autor).

Em seu ilustrado voto, o ministro é acolhido por unanimidade, negando a existência de crime na contratação de advogado para a defesa de interesses do Estado junto aos Tribunais Superiores,

No que concerne ao assunto explana Marçal Justen Filho:

É impossível sumariar todas as características aptas a produzir a singularidade de um serviço advocatício. [...] Ou existem situações normais, que podem (e devem) ser resolvidas pelos serviços internos da entidade adminis-

trativa, ou há episódios excepcionais que desembocam na contratação direta. Esse quadro exclui a possibilidade de licitação: ou se trata de um serviço desenvolvido no âmbito interno da própria Administração ou existe contratação direta de um especialista.(2005, p. 285).

Em remate está a contratação direta para profissional de setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública, assim como preceitua o inciso III do artigo 25 da Lei de Licitações.

No caso acima mencionado será comprovado que o profissional tem notória especialização através da crítica especializada e/ou da opinião pública.

Por fim, Celso Antônio Bandeira de Mello termina por elidir qualquer dúvida sobre contratações direta:

Em suma: sempre que se possa detectar uma incontestável e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput. (2003, p. 501).

Tenha-se presente, que a justificativa mencionada no artigo 26 da Lei nº. 8.666/93, deve vir acompanhada da descrição objetiva da necessidade a ser atendida, demonstrar objetivamente que é possível a contratação por dispensa ou por inexigibilidade, conforme os casos previstos na Lei, apresentação das razões que levaram a escolha do contrato e justificativa do preço a ser pago.

Por fim, convém notar que no âmbito federal, a competência atribuída a Comissão de Licitação para opinar sobre dispensa ou inexigibilidade de licitação ou o ato de liberação da obrigação de licitar e sua respectiva justificativa, deve ser delegada a este órgão colegiado por lei, pois não existe menção expressa ou tácita no Estatuto Federal Licitatório para a validade desse ato e se determinado por ato administrativo e não por lei, será tido como ilegal.

No dizer sempre expressivo de Diogenes Gasparini:

Também não lhe toca praticar o ato de dispensa ou inexigibilidade de licitação e sua justificativa nos casos em que a Administração Pública está liberada da obrigação de licitar. Essas competências devem ser de algum servidor público, nunca da comissão de permanente de licitação, pois nesses

casos sequer tem uma licitação cuja direção e julgamento fosse da responsabilidade desse órgão público.[...]. (2002, p. 16).

As Comissões de Licitação existem justamente para processar julgar o certame licitatório, não podendo praticar atos impertinentes à sua função.

4.2 Habilitação – discricionariedade da Administração

A habilitação é a forma pela qual os participantes interessados em adentrar no certame licitatório e conseqüentemente contratar com a Administração Pública, demonstram possuir os requisitos e qualificações contidas no instrumento convocatório.

A administração tem o dever de exigir os documentos necessários para habilitação e que sejam compatíveis com o ramo do objeto licitado, submetendo-se o licitante ao que está estabelecido na lei e no edital.

Terá a habilitação natureza vinculada, conforme se depreende do explicado por Marçal Justen Filho:

Enquanto ato decisório, a habilitação é ato vinculado. Não é informada por qualquer juízo de conveniência. Nem, pode ser fundar na vantajosidade de propostas. Há uma radical dissociação entre “habilitação” (exame da presença das condições do direito de licitar) e julgamento das propostas. (2005, p. 299, grifo do autor).

Em assonância com a lição sempre precisa Lúcia Valle Figueiredo é acen-
tuado:

Dissemos ser a habilitação ato vinculado, porque o exigível do interessado, para que se comprove sua qualificação, deverá expressamente estar contido no texto do edital. O edital deverá especificar que documentos se devam apresentar para a comprovação da capacidade jurídica, técnica, financeira e regularidade fiscal. Especificando a administração os documentos que deverão ser apresentados, vincula-se inteiramente. Ao examinar a habilitação, deverá fazê-lo de acordo com o preestabelecido no edital. (2004, p. 493).

Mediante observação do artigo 27 da Lei nº. 8.666/93, constatamos que o legislador elencou os requisitos para habilitação, quais sejam eles: habilitação jurídica, regularidade fiscal, qualificação técnica, qualificação econômico-financeira e cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição Federal.

Mister se faz frisar, que no certame licitatório, todas as exigências para a habilitação estão pautadas no princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, dentre outros.

Roborando o assunto, o Tribunal de contas da União, esclarece:

As exigências não podem ultrapassar os limites da razoabilidade e estabelecer cláusulas desnecessárias e restritivas ao caráter competitivo. Devem restringir-se apenas ao necessário para cumprimento do objeto licitado. (2006, p.116).

Nas modalidades licitatórias a habilitação dar-se-á de maneira diferente, a depender da modalidade adotada.

No Convite, diante da pequena importância do bem ou serviço que será licitado, não existe a fase de habilitação. Como nessa modalidade a administração convida três interessados em participar do certame, presume-se que os mesmos já estejam habilitados.

Nessa modalidade, assim como no leilão, no concurso e no fornecimento de bens para pronta entrega, como se trata de procedimento mais simples, mais ágil, menos burocrático, há uma faculdade para as comissões, que por sua vez, na fase habilitatória, não vislumbrará ao vencedor a obrigatoriedade de apresentar a Certidão Negativa de Débito do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS e o Certificado de Registro do Fundo de garantia por tempo de serviço - FGTS, sendo necessária a apresentação dos mesmos somente na hora de retirar o instrumento de contrato ou a nota de empenho junto ao órgão de materiais.

Com efeito, na tomada de preços os interessados em participar do certame devem inscrever-se previamente no registro cadastral, que nada mais são que registros mantidos por órgãos e entidades administrativas que com frequência realizam licitações, com o intuito de fixar formalmente suas habilitações. Neste sentido, os requisitos contidos no artigo 27 da Lei Federal de Licitações e Contratos são antecipadamente examinados. Contudo, os não cadastrados também podem participar da licitação, contanto que atendam até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, as condições exigidas para o cadastramento.

Cumprido salientar que, os documentos necessários para habilitação podem ser substituídos por certificado do registro cadastral, desde que previsto no edital, assim como prescreve o artigo 32, §2º da Lei nº 8.666/93.

No que atine a concorrência, a habilitação é feita no momento do certame licitatório e especificamente para o objeto que irá ser licitado, além de ser aberta para todos os interessados.

Inovando na habilitação das modalidades licitatórias, destaca-se o pregão, onde há inversão das fases da licitação, ou seja, a habilitação acontece posteriormente ao julgamento das propostas. Somente participará do certame o participante que obteve o melhor preço na sessão de lances.

Em linhas gerais, Lúcia Valle Figueiredo (2004, p.494) expressa: Se a Administração exorbitar dos requisitos exigíveis para habilitação, excedendo sua faixa discricionária, estará ilegalmente restringindo a possibilidade de oferta. De conseqüente, ocorrerá nulidade.

A Comissão de Licitação, quando no conduzir do certame licitatório, mais especificamente na fase da habilitação, deve atentar para o fato de que a mesma está estritamente vinculada ao edital, não podendo solicitar mais do que foi nele exigido. Porém, diante de determinadas circunstâncias, poderá dispensar alguns requisitos da habilitação. Nesse sentido há discricionariedade para o órgão colegiado, cabendo ao mesmo adotar a alternativa que melhor satisfaça o interesse público, sem apartar-se todavia dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

4.3 Adjudicação: comissão ou autoridade superior?

Cumpra observar, preliminarmente, que a adjudicação é uma das maiores aporias encontradas pela Comissão de Licitação no conduzir do certame licitatório. Isto se deve ao fato de que a doutrina diverge quando da adjudicação do objeto ao vencedor da licitação, surgindo a dúvida ou a dificuldade em saber quem realizará o ato de adjudicação, se a Comissão de Licitação ou a autoridade superior.

A adjudicação é ato pelo qual o objeto do futuro contrato é atribuído ao vencedor do certame, através desse ato a comissão de licitação ou autoridade superior convoca o proponente para vir assinar o contrato.

Em primeiro momento iremos nos reportar aos doutrinadores que comungam da idéia de que adjudicação é ato da autoridade superior e a homologação é ato anterior a adjudicação.

No entendimento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2003, p. 341), a adjudicação é o ato pelo qual a Administração pela mesma autoridade competente para homologar, atribui ao vencedor o objeto da licitação. É ato final do procedimento.

Observa-se que adjudicação acontece após a homologação e é realizada por autoridade superior.

Da mesma maneira entende Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, p. 555): à homologação segue-se à adjudicação, que é o ato pelo qual a promotora do certame convoca o vencedor para travar o contrato em vista do qual se realizou o certame.

No mesmo sentido discorre Henrique Savonitti Miranda:

Atualmente, a doutrina é unânime em afirmar que a **homologação** é ato administrativo que antecede a **adjudicação**, apresentando-se como meio pelo qual a autoridade competente confirma a classificação final do julgamento proferida pela Comissão de Licitação. (2005, p. 148, grifo do autor).

Por tais razões, compreende-se que o trabalho da Comissão de Licitação é de mero julgamento e classificação das propostas, ficando a adjudicação a cargo da autoridade competente e após a homologação.

Com efeito, João Ribeiro Mathias Duarte ensina:

Após a publicidade do ato de homologação, a autoridade competente (que pode ser a mesma responsável pela homologação) expedirá o ato de adjudicação do objeto licitado, atribuindo, assim, a obrigação decorrente da licitação ao licitante vencedor, ou seja, primeiro classificado (artigo 43, inciso VI). (2004, p. 222, grifo do autor).

O autor supramencionado aduz que, a adjudicação poderá ser feita por autoridade competente, o que abre margem para possível divergência, pois se presume que poderá também ser feita por Comissão de Licitação.

Segundo Tribunal de Contas da União (2006, p.183), a autoridade competente é aquela a quem foi delegada competência para praticar o ato.

A partir dessa idéia, com grande propriedade Marçal Justen Filho afirma:

O conteúdo jurídico e os efeitos atribuídos à adjudicação ultrapassam os limites da competência da comissão de licitação. Não compete a ela atribuir o "objeto" da licitação ao vencedor, reconhecendo a satisfatoriedade da proposta formulada. [...] A comissão apenas seleciona a proposta que reputar mais vantajosa, segundo os critérios previstos no ato convocatório. Por isso, a adjudicação apenas poderia ser praticada pela autoridade superior hierarquia na entidade da Administração Pública. (2005, p. 426, grifo do au-

tor).

Semelhantemente, Diogenes Gasparini explicita:

Concluída a fase de julgamento, com o ordenamento das propostas [...] cabe à comissão de licitação preparar pequeno relatório sobre o procedimento onde conste expressamente mencionado o vencedor e remeter o processo à autoridade superior para *deliberação*, consoante a cronologia fixada pelo art. 43, VI, do Estatuto Federal Licitatório, para que esta homologue o procedimento e adjudique o objeto da licitação ao seu vencedor. Com esse relatório, em tese, está concluído o trabalho da comissão de licitação. Essa *deliberação* não é outra coisa que não a *homologação* e a *adjudicação*. [...]. (2006, p. 609, grifo do autor).

Ademais, pode haver delegação da competência a qual alude o artigo 43, inciso VI do Estatuto Federal Licitatório.

Bom é trazer ao lume ato da Comissão Diretora do Senado da República nº 29/03, com redação dada pelo Ato nº 21/04, em seu artigo 7º citada por Henrique Savonitti Miranda:

[...] houve por bem, de maneira implícita, promover a inversão dessas fases, quando confere competência para **adjudicação** aos diretores da Secretaria Administrativa, da Secretaria Especial de Informática – SEI e da Secretaria Especial de Editoração e Publicações – Seep, e para **homologação** ao Diretor-Geral do Senado Federal. (2005, p. 149, grifo do autor).

Trata-se de caso em que houve expressa modificação de competência da adjudicação, além de ter sido posta esta anterior a homologação.

Por outro lado, há autores que entendem ser a adjudicação anterior a homologação e de competência da comissão de licitação.

No dizer sempre expressivo de João Sanches Ferreira adjudicação é:

[...] para nós, no contexto do tema “licitação”, é declaração da Comissão (ou da autoridade superior, para alguns) que determinado licitante é o vencedor do certame e de que ele será o contratado para executar aquele objeto, será o seu adjudicatário. Já a homologação [...].

E continua o mesmo autor:

Para o procedimento licitatório é o ato através do qual autoridade superior o declara regular e o aprova. É o mais importante do processo, pois que sem ele o processo não é válido e nem pode gerar efeitos. (2003, p. 81, grifo do autor).

Infere-se do texto acima que a competência para adjudicação será da comissão de licitação e a competência para a homologação será da autoridade superior, apesar de alguns autores acreditarem que adjudicação também será feita por autoridade competente.

Do mesmo modo, Lúcia Valle Figueiredo enfatiza:

A Comissão, ao adjudicar, apenas formaliza o julgamento, emite provimento administrativo ao declarar que o licitante "X", ganhador da licitação, constitui-se na situação de proponente único perante ela.

Portanto, a adjudicação nada mais é do que a seqüência lógica do julgamento. O conteúdo do provimento administrativo é sempre o julgamento da Comissão. (2004, p. 500, grifo do autor).

É possível perceber que a adjudicação, como ato proferido pela comissão de licitação, irá formalizar o julgamento pronunciado pela mesma, remetendo em seguida a adjudicação para autoridade competente, que, verificando a legalidade do ato praticado, a validade do ato trazido a controle e a conveniência do objeto licitado, irá ratificá-lo através da homologação.

Registre-se ainda, que no entendimento do Tribunal de Contas da União:

Nas modalidades convite, tomada de preços e concorrência, a competência para o ato de adjudicação pode ser delegada pela autoridade competente aos responsáveis pela licitação. O ato de homologar a licitação, porém, é intransferível e indelegável e cabe exclusivamente à autoridade competente.

Nas modalidades convite, tomada de preços e concorrência, cabe à Administração definir qual ato deve ser efetivado primeiro, se a adjudicação ou homologação. Embora o tema possa comportar interpretações diversas, o art. 43, inciso VI, da Lei nº 8.666, de 1993, ao ordenar os atos de homologação e adjudicação, colocou em primeiro a homologação. (2006, p. 184).

Em sentido contrário, Carlos Ari Sunfeld, apud Marçal Justen Filho (2005, p. 425) explica: [...] a adjudicação é anterior à homologação. Além disso, para este autor, a adjudicação é ato da Comissão e não da autoridade superior.

Em arremate ao esclarecido, deve ser analisada com efeito a posição que irá tomar a Comissão de Licitação no conduzir da licitação, visto que em algumas unidades federativas há entendimento de que a adjudicação é posterior a homologação e vice-versa. Ademais, a competência para adjudicação do objeto, a nosso ver, ficará a cargo da comissão de licitação, por ser esta que detém maior conhecimento sobre a matéria, tendo capacidade de melhor atribuir o objeto do futuro contrato ao licitante vencedor.

CONCLUSÃO

Traçar as aporias da comissão de licitação, a partir do estudo de sua expressão doutrinária até a sua estrutura e aplicabilidade, é tornar clara as dúvidas e dificuldades teóricas desse órgão colegiado. Ademais, conforme notas introdutórias, esta pesquisa foi elaborada com o escopo de analisar a atuação da comissão de licitação perante as aporias encontradas no certame licitatório e suas soluções diante dos ensinamentos respeitantes e do Estatuto Federal Licitatório vigente.

No momento em que o Estado evolui, aumentam a necessidade de contratação de obras, serviços, assim como compras, alienações, publicidade e locações por parte da Administração Pública, advindo para atender as demandas um Estatuto Federal Licitatório específico, com o intuito de lograr maior eficiência as licitações.

Nota-se imperioso que a comissão de licitação, uma vez criada, passa a ser competente para vários atos procedimentais, buscando exemplificar dentre eles o manuseio das modalidades licitatórias, habilitação e julgamento das propostas comerciais, permitindo concluir que a comissão de licitação, dentro de um aspecto geral e sabiamente definida pela Lei Federal de Licitações e Contratos Administrativos é aquela com a função de receber, examinar e julgar todos os documentos e procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes.

Dessa forma, de tudo que foi cuidadosamente analisado, firmamos com as seguintes conclusões a respeito do título proposto:

A aporia da comissão de licitação, advém de dúvidas ou dificuldades teóricas encontradas pela mesma. Em toda exposição percebemos as divergências produzidas pela aporia procedimental.

Considerando o exposto, cumpre salientar que a natureza jurídica da comissão será de órgão colegiado e os demais princípios orientadores é que irão norteá-la, atentando para o alcance do contrato mais vantajoso para a administração, sem esquecer contudo da satisfação do interesse público, porém não se esquivando do princípio da isonomia.

Assim, podemos afirmar que a importância da comissão e suas respectivas competências, é tornar-se um meio para a obtenção da lisura do certame.

Os necessários atos da comissão de licitação quando da impugnação do Edital, recebimento dos documentos de habilitação e proposta comercial, assim como posterior julgamento, deverá estar sempre fundamentado na Lei nº 8.666/93.

É perceptível que ao enveredar na aporia procedimental, algumas divergências foram se tornando claras. De igual modo percebeu-se que o Diploma Licitatório, bem como os diversos diplomas surgidos no decorrer dos anos revelam imprecisão para esclarecimento das mencionadas aporias. Almejam-se mudanças na Lei de Licitações no sentido de motivar ou ao menos tornar mais compreensível a matéria.

Da perspectiva abordada podemos ver que o assunto não se esgota neste compacto estudo, requerendo uma constante diligência e análise profunda dos técnicos, legisladores e operadores do Direito como forma de solução dos conflitos passados pela Comissão de Licitação.

Em últimas palavras, toda perquirição empreendida tem o condão de ajudar as Comissões Permanentes e Especiais, buscando alternativas para as dificuldades rotineiras enfrentadas, proporcionando esclarecimentos acerca da estrutura e aplicabilidade dos procedimentos licitatórios.

REFERÊNCIAS

BORGES, Alice Maria Gonzáles. **Administração Municipal**. Boletim Jurídico, n. 8, p. 07, jul. 1996.

BOSELLI, Paulo. **Como ter sucesso nas licitações**. São Paulo: Edicta, 1998.

BRASIL. **Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil**- CAHALI, Yussef Said (Org.). 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. (Coleção RT-Mini-Códigos).

BRASIL. Decreto 2.926, de 14 de maio de 1862. **Regulamenta as arrematações dos serviços a cargo do Ministério da Agricultura, Comércio e Obras Públicas**.

BRASIL. Decreto 4.536, de 28 de janeiro de 1922. **Organiza o Código de Contabilidade da União**.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986. **Dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal e dá outras providências**, revogado pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

BRASIL. Lei 8.666, de 21 de junho de 1993. **Regula o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Públicos e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, 22 de julho de 1993.

BRASIL. **Reforma administrativa federal**: dec. lei 200/67. Org. Juarez de Oliveira. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Portal de pesquisa textual (Decisões e Acórdãos do TCU)**. Disponível em: <<http://www.tcu.gov.br/>> Acesso em 03 out. 2006.

BRASIL. Tribunal de Contas de Minas Gerais. **Consulta nº 113704/93**. Disponível em: <<http://www.tce.mg.gov.br/consultas/indexconsultahtm>> Acesso em 11 set. 2006.

DROMI, Roberto. **Derecho administrativo**. 11. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 2006.

DUARTE, João Ribeiro Mathias. **Desenvolvimento do procedimento licitatório**, São Paulo: Unesp, 2004.

FERREIRA, João Sanches. **Da licitação na modalidade convite**, Curitiba: Juruá, 2003.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 7.ed.atual.São Paulo:Malheiros, 2004.

FILHO, Marçal Justen. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 11 ed. São Paulo: Dialética, 2005.

GALARDA, Carlos. **Licitações e Contratos Administrativos – Técnica e Preço**, Curitiba: Juruá, 2003.

GASPARINI, Diógenes. **Comissões de Licitação**, 2 ed. São Paulo: NDJ, 2002.

_____, **Direito Administrativo**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**, 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito de Administrativo**, 15 ed rev e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso de. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.6661-5MA**. Disponível em: <[http:// www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp](http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp)> Acesso em 03 out. 2006.

MENDES, Renato Geraldo. **Lei de Licitações e Contratos Anotada**. 4 ed.ampl.rev. e atual. Porto Alegre: Síntese,2002.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Licitações e Contratos Administrativos**, 3 ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MOTTA, Carlos Pinto Coelho. **Eficácia nas licitações e contratos, estudos e comentários sobre as leis 8.666/93 e 8.987/95, com a redação da lei 9.648 de 27 de maio de 1998**. 8 ed. Belo Horizonte: Del rey, 1999.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres Pereira. **Comentários à lei de Licitações e Contratos Administrativos**, 6 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo**, 16. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2003.

SÁNCHEZ, Manuel Díaz. **Ética pública e estado do bemestar**. Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1994.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**, v. 3, 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. **Licitações & Contratos – Orientações Básicas**, 3. ed. Brasília: TCU, 2006.

VELLOSO, Carlos. **Acórdão**. BLC - Boletim de Licitações e Contratos, n. 10, p. 521, set. 1996.

SUGESTÕES PARA AS APORIAS

RAZOABILIDADE DAS DECISÕES DA COMISSÃO DE LICITAÇÃO

O trabalho da Comissão de Licitação é árduo e repleto de dificuldades. Diante do cenário político em que estamos envolvidos, ao falar-se de licitação sala aos olhos a idéia de roubalheira e a total inaplicabilidade da lei e dos princípios norteadores de um certame licitatório. Imagine então o que pensar dos membros de uma Comissão de Licitação.

O que a Comissão não pode perder de vista é que todas as suas decisões devem ser pautadas em princípios licitatórios e na Lei Federal de Licitações. Todavia não pode esquecer que as suas decisões devem ser razoáveis e decisões desarrazoadas ferem não só o princípio da razoabilidade, mas todos os princípios utilizados para fundamentar a licitação.

No conduzir de um procedimento licitatório, ao analisar se os participantes de um certame atendem ou não ao Edital deve-se ater ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório, pois sua missão é cumprir a lei na conformidade do Edital. Comungando da mesma idéia, interessante trazer a baila comentário de Antônio Carlos Cintra do Amaral:

“[...] Não cabe à comissão emitir juízo sobre a razoabilidade das regras do edital. Razoável ou desarrazoada, a regra do edital deve ser cumprida pela Comissão (www.celc.com.br – Em 01/04/2008).

Mas será que cumprindo a lei, literalmente falando, não deixaria muitas vezes de seguir determinados princípios?